

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

Segunda época. Vol. 45/2
Desde su fundación vol. 59
(Fasc. 99)
Julio-Diciembre 1997

Bilbao
Universidad de Deusto
1998

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 - 2350-93

Impreso en España/Printed in Spain

Fotocomposición: IPAR, S. Coop. - Bilbao

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

Sumario

Estudios

- B. ACHA UGARTE, *Partidos políticos de extrema derecha en Europa. Hacia un marco teórico para el análisis de nuevos partidos* 11
- I. ALVAREZ SACRISTÁN, *El poder tutelador de la Justicia y el Juez como poder independiente* 45
- J. DE CHURRUCA, *La actitud de Clemente de Alejandría ante la riqueza* 105
- V. DÍAZ DE RADA IGÚZQUIZA, *Usos de las encuestas de presupuestos familiares* 141
- J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, *Responsabilidad profesional: falta de tratamiento unívoco* 163
- J. RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, *Naturaleza jurídica de la relación entre los repartidores y mensajeros y las empresas de transporte: ¿contrato laboral o mercantil?* 181
- G. VADILLO ROBREDO, *Reconocimiento y ejecución en Alemania de sentencias extranjeras de daños punitivos. Comentario a la decisión del Tribunal Federal de Justicia alemán (Bundesgerichtshof), de 4 de junio de 1992* 203

Conferencias y Comunicaciones

- J.C. ALLI, *La cooperación entre comunidades autónomas. El acuerdo entre la Comunidad Autónoma Vasca y la Comunidad Foral de Navarra* 247

M.M. ZORRILLA RUIZ, <i>Reflexión axiológica sobre la justicia social y el empleo</i>	269
C. MOVILLA ALVAREZ y M.M. ZORRILLA RUIZ, <i>Protección judicial efectiva de las libertades</i>	285

Vol. 45/2 Julio-Diciembre 1997

ESTUDIOS

PARTIDOS POLITICOS DE EXTREMA DERECHA EN EUROPA

Hacia un marco teórico para el análisis de nuevos partidos¹

Beatriz Acha Ugarte

En las últimas décadas la mayoría de los países europeos han sido testigos del fenómeno del surgimiento de nuevos partidos políticos y de la consiguiente transformación de sus sistemas de partidos, que de una u otra forma han tenido que adaptarse a los recién llegados. Sin duda, analizar la forma en que tiene lugar esta adaptación, o, lo que es lo mismo, estudiar las consecuencias de la aparición de nuevos partidos sobre la dinámica de la competición interpartidista, puede resultar muy interesante. Sin embargo, este tipo de análisis no puede, ni debe equivaler al estudio de las condiciones bajo las que surgen estos nuevos partidos. El análisis de los factores que inhiben o facilitan la creación de nuevos partidos políticos es necesario para no acabar cayendo en el error de asumir que el número de partidos ya establecidos se corresponde con el de partidos potenciales de cada sistema político, algo que nos dificultaría la comprensión en su totalidad del proceso de transformación de los sistemas de partidos europeos.

Como ya argumentaron Hammel y Robertson (1985) no hace mucho, ha habido «olas» de estudio sobre el tema de los nuevos partidos, que suelen tener lugar en períodos históricos en los que se han creado muchos nuevos partidos. Así por ejemplo, en los años sesenta «el desarrollo de nuevos sistemas de partidos en países recién democratizados (...) ofreció a los politólogos la posibilidad de utilizar nuevas herramientas empíricas para observar y comparar de manera sistemática los

¹ Una primera versión de este trabajo fue presentada hace dos años en el XIV Congreso del *European Consortium for Political Research* (ECPR) en Oslo. La versión actual se ha beneficiado de los comentarios y observaciones de los participantes en el seminario sobre nuevos partidos que allí se celebró, además de los asistentes a las reuniones de trabajo del «Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales» del Instituto Juan March (Madrid).

nacimientos y nuevos éxitos o fallos de instituciones asociadas con las democracias estables» (*ibid.*: 403). Sin embargo fue en los setenta y en los ochenta cuando se emprendieron la mayoría de los estudios sobre nuevos partidos, lo que fue debido al surgimiento de un nuevo tipo de partido que habría de tener enorme éxito: el de los Verdes. El interés suscitado por los movimientos ecológicos organizados pronto dio lugar a toda una serie de estudios que aplicaban diversas herramientas analíticas y teóricas al análisis de los procesos de creación, organización interna y desarrollo de los Verdes; hasta tal punto fue esto así que de hecho la mayoría de las investigaciones sobre nuevos partidos han estado centradas desde entonces en los partidos libertarios de izquierda de manera casi exclusiva. Y aunque existen investigaciones puntuales sobre casos concretos de nuevos partidos, parece necesario realizar una aproximación comparada y más sistemática al estudio de las condiciones de surgimiento y éxito de otros nuevos partidos, y no sólo de los Verdes.

Los partidos de extrema derecha son un buen ejemplo de cómo determinados nuevos competidores políticos resultan ser capaces de influir en las interacciones que tienen lugar entre los partidos ya establecidos de cada sistema de partidos. De hecho, en términos generales son ya conocidos algunos de los efectos de su novedosa presencia, pero a pesar de eso es necesario llevar a cabo un esfuerzo teórico más decidido para entender cómo y en qué condiciones concretas se han creado y desarrollado con éxito dichos partidos. En este trabajo pretendo argumentar que la creación y el surgimiento de nuevos partidos de extrema derecha puede explicarse a través de un modelo que combine el análisis de las condiciones sociales, institucionales y políticas en determinados países y que ponga el acento en la cuestión de los partidos en sí. Este modelo trataría de incorporar varios hallazgos de la literatura sobre la extrema derecha contemporánea, así como algunos de los elementos más interesantes de la investigación teórica y empírica sobre nuevos partidos, que puedan facilitar la comprensión del auge de este nuevo tipo de partidos.

La primera parte de este trabajo realiza una descripción del fenómeno de los partidos de extrema derecha, así como un breve repaso de la literatura relacionada con este tema, tratando de apuntar las razones por las que las explicaciones actuales sobre el éxito de estos partidos no consiguen dar cuenta del complejo conjunto de factores que intervienen en su auge. La segunda parte se centra en la literatura sobre nuevos partidos, y a partir de ella se avanza lo que constituyen los rudimentos de un marco teórico que habría de incluir todas las variables posiblemente significativas, con el objetivo último de permitir la generación de hipótesis validables en términos empíricos. No se pretende

por tanto avanzar una explicación general de un fenómeno que alcanza ya dimensiones preocupantes, sino tan sólo ofrecer una reflexión sobre la idoneidad de determinados instrumentos analíticos ya existentes.

Breve repaso a la literatura sobre partidos de extrema derecha contemporánea: hacia una definición de la familia de partidos de extrema derecha

Si se observan los datos sobre el rendimiento electoral de partidos de extrema derecha durante los últimos tiempos se puede apreciar que han alcanzado, además de elevados niveles de apoyo electoral, una creciente estabilidad, como evidencian los casos austríaco y francés, y al respecto se suele considerar ya que en los últimos diez o quince años «el neofascismo y el extremismo de derechas han abandonado su posición de curiosidades políticas para pasar a ocupar un lugar central en la política europea» (Karvonen, 1994:1). Parece por lo tanto que estamos asistiendo no sólo a la aparición de nuevos actores en ciertos sistemas políticos, sino incluso también a la consolidación de algunos de ellos como actores políticos potencialmente significativos, por no mencionar la posibilidad (cada vez menos remota) de que algunos de ellos puedan llegar a acceder a una determinada cuota de poder.

En este trabajo se tomarán como ejemplos significativos de consideración partidos de extrema derecha los siguientes: el FPÖ (*Freiheitliche Partei Österreichs*), o Partido Liberal Austríaco; el belga *Vlaams Blok* (VB); el danés FRP (*Fremkridspartiet*, o Partido de Progreso); el Frente Nacional (FN) francés; los alemanes *Republikaner* y el Partido Nacionaldemocrático (NPD); el Movimiento Social Italiano (MSI) y su transformación en Alianza Nacional; el Partido de Progreso noruego (FRP, o *Fremskrittpartiet*), y por último el suizo *Auto Partei*. Existen por supuesto otros muchos partidos de extrema derecha, pero aquí se han considerado solamente aquéllos que desde el punto de vista político (electoral, muchas veces) pueden ser actores significativos en el seno de sus respectivos sistemas de partidos.

Además, este grupo ofrece ya una diversidad lo suficientemente considerable para constituirse en objeto de estudio.

A lo largo de las siguientes páginas designaré a éstos como partidos de *extrema derecha* de manera consciente, en un esfuerzo por evitar el uso de otros términos como neofascistas, neonazis, radicales... y algún otro. Cada uno de estos términos tiene su propia historia, y arrastra evidentes connotaciones, como ha evidenciado Mudde (1995): así por ejemplo, los términos neonazismo y neofascismo son utilizados desde

la tradición de pensamiento marxista, y subrayan la continuidad histórica entre la extrema derecha de entreguerras y la contemporánea. Además de esto, suelen ser utilizados de manera casi exclusiva para designar a partidos con claras referencias ideológicas al fascismo o a su versión alemana. Otro término bastante utilizado es el de radicalismo de derecha (*Rechtsradikalismus*), que en la tradición alemana tiene un significado distinto al de extremismo de derechas². El término derecha radical contemporánea es muy similar a éste último (Merkl y Weinberg, 1993).

También abundan las definiciones que incluyen el término «populismo», como populismo de derechas, populismo de derecha radical (Betz, 1993) o «nuevos partidos populistas» (Taggart, 1994). Para autores como Betz, responsable de la popularización de este término, los partidos de derecha radical son en cierto sentido más moderados que los de extrema derecha; en general puede decirse de esta acepción que se centra más en el estilo político y menos en la ideología, al contrario que el término «extremismo de derechas»³. Al adoptar la etiqueta de la extrema derecha, pretendo poner en cuestión de manera explícita que exista una conexión histórica entre los partidos de extrema derecha que compiten en la actualidad y los partidos políticos del período de entreguerras⁴, o sus predecesores, en línea con la corriente más generalizada en la literatura actual (Hainsworth, 1992; Minkenberg, 1994; Weinberg, 1993).

El término «extrema derecha» abarca tanto la dimensión ideológica como espacial, ambas recogidas y subrayadas en la primera definición

² «La diferencia entre radicalismo y extremismo es que el primero sólo es *verfassungsfeindlich* (está en oposición a los principios de la constitución), mientras que el segundo es *verfassungswidrig* (inconstitucional)» (Mudde, 1995:10). La distinción es fundamental si tenemos en cuenta que los partidos considerados extremistas pueden ser prohibidos y perseguidos legalmente en Alemania, razón por la que es difícil encontrar partidos que se definan a sí mismos con este término, aunque ideológicamente estén próximos a su realidad.

³ Von Beyme (1988) ha expuesto con claridad algunas ventajas de este término, que sin embargo no está exento de problemas, como queda evidenciado por el hecho de que no está en absoluto claro qué es lo que distingue a un partido de extrema derecha de otro de derecha «sin más». Esto ha llevado en ocasiones a confusiones y malentendidos, como considerar a la Liga Lombarda (Merkl y Weinberg, 1993) o a Alianza Popular (Ignazi, 1992) ejemplos de partidos de extrema derecha.

⁴ Incluso para los autores que tratan de identificar cuidadosamente las características comunes entre el «fascismo» de entreguerras y el contemporáneo, parece innegable que «a pesar de las similitudes genéricas entre movimientos de la derecha secular moderna, que incluyen tanto al fascismo clásico como a la derecha radical en Europa occidental, cambios críticos en los contextos históricos distinguen a estos dos fenómenos de manera esencial (...) los nuevos movimientos representan una nueva era y luchan por nuevas y distintas batallas en Europa» (Prowe, 1994:312).

de Ignazi (1992), y hace referencia al hecho de que el partido suele ser colocado tanto por los votantes «de a pie» como por los estudiosos y expertos en la parte derecha del continuo ideológico, y al hecho de que se trata de un partido extremo, es decir, —teóricamente al menos— fácilmente distinguible de los partidos políticos de la derecha tradicional no extrema⁵. Esta distinción es posible entre otras razones porque los partidos de extrema derecha suelen compartir una determinada actitud hacia el sistema, «normalmente algunos rasgos comunes que son claramente antisistema, como el antiparlamentarismo, antipluralismo y antipartidismo. Incluso aunque dichos partidos no defiendan abiertamente un orden institucional no democrático, atacan a la legitimidad del sistema al expresar su desconfianza en el sistema parlamentario, en las vanas discusiones provocadas por líderes ambiciosos, en la excesiva libertad, la debilidad del Estado, la ruptura de las comunidades naturales tradicionales y el igualitarismo antinatural» (Ignazi, 1992:12). El hecho de ser partidos antisistema, característica que puede variar en alcance y contenido —desde marcadas posiciones antisistema y antidemocráticas a un antipartidismo menos comprometido o incluso a tan sólo ciertos elementos de protesta (Minkenberg, 1993)— es, en mi opinión, un rasgo definitorio de todos los partidos de extrema derecha. Además, también podrían mencionarse otros rasgos característicos comunes a todos ellos:

- el ya mencionado *derechismo*, que implica que todos los partidos de extrema derecha aparecen siempre situados en el ala derecha del espectro político⁶. Desde luego, no es tarea fácil definir qué significa exactamente estar en la derecha, o «ser de derechas», ya que, por ejemplo, uno de los criterios tradicionales para determinar la localización ideológica general de un partido político a

⁵ Claramente, las implicaciones derivadas de este término, tal y como es utilizado por Ignazi y otros autores, que tratan de clasificar a los partidos de extrema derecha a lo largo de una dimensión que mide la persistencia de la ideología fascista (Ignazi, 1992; Ignazi e Ysmal, 1992; Betz, 1993; Ignazi, 1994), introducen no pocos problemas. Básicamente puede decirse que esta clasificación está quedándose anticuada, pues el tipo de partido de extrema derecha tradicional, que estos autores suelen conceptualizar como aquél que todavía defiende posturas pro-fascistas, prácticamente ha desaparecido y se limita en la actualidad a los casos del hasta hace unos años MSI (ahora AN), y el hoy insignificante NPD alemán. Según los mismos autores, todos los demás partidos de extrema derecha, tanto los que tienen éxito como los que no, pertenecen al nuevo tipo «postindustrial» de partidos de extrema derecha; no parece tener mucho sentido por lo tanto mantener una clasificación basada en sólo dos categorías, estando una de ellas prácticamente vacía de referentes empíricos.

⁶ De manera más específica, puede decirse que suelen aparecer localizados más allá del punto 8 en la escala de 1 a 10, donde el 10 es la posición más a la derecha.

lo largo del continuo izquierda-derecha, el de sus planteamientos socioeconómicos, no es válido en este caso, pues no existe una única filosofía común con respecto a asuntos económicos; y es que, aunque todos los partidos de esta familia comparten el rechazo a la visión socialista y/o comunista tradicional del papel del Estado en la economía, el antisocialismo y el anticomunismo no son ya buenos rasgos definitorios de estos partidos, al contrario de lo que ocurriría con los partidos fascistas tradicionales. Las cuestiones económicas no representan una preocupación central para estos partidos, y cuando ocupan un lugar en la doctrina más general, entonces las políticas propuestas están bastante cerca de las concepciones económicas más neoliberales (Betz, 1993).

De manera más evidente que el tema económico, todos los partidos de extrema derecha aquí considerados comparten su preocupación por la *ley* y *el orden*, tema característico de la derecha moderada, pero que aquí se expresa en términos mucho más radicales.

- Todos estos partidos hacen gala de un marcado *nacionalismo* que no implica necesariamente la defensa a ultranza de las fronteras nacionales «objetivas» del país en el que se encuentran, sino que más bien puede concretarse en demandas de tipo imperialista y/o regionalista. La concepción de la nación que subyace en estas reivindicaciones es definida casi siempre en términos étnicos, cuando no raciales, y está impregnada de connotaciones biológicas; a la vez, se evidencia la preferencia «intelectual» por un concepto de ciudadanía basado en el *ius sanguinis* (Fenemma, 1995:8). Sin embargo, conviene también señalar que «aunque el nacionalismo es un factor común a muchas corrientes políticas contemporáneas, es el estilo de la afirmación nacionalista —normalmente agresivo, exclusivo, chovinista e históricamente selectivo— lo que ayuda a identificar la naturaleza de la extrema derecha» (Hainsworth, 1992:10).
- Algunos atributos organizativos también suelen definir a los partidos de extrema derecha, entre ellos la existencia de un *líder* fuerte (y casi siempre carismático), el predominio de estructuras de poder centralizadas y una tendencia a la adopción de formas y contenidos propios de movimientos de corte populista, evidente en «un estilo de política de confrontación y oposición hacia la clase política existente» (Taggart, 1994:5), y también en su «instrumentalización de sentimientos de ansiedad y desencanto, su apelación al hombre común y a su supuestamente superior sentido común» (Betz, 1993:413).

En mi opinión, todos los partidos de extrema derecha mencionados más arriba comparten este conjunto básico de características ideológicas y organizativas. Sin embargo, persisten entre ellos grandes diferencias, hasta el punto de que parece necesario añadir otros rasgos más específicos, que nos ayuden a distinguir varios subgrupos dentro de la familia más general de la extrema derecha:

- El primero, más pequeño y políticamente menos significativo de todos es el grupo que he denominado de partidos de extrema derecha *neofascistas*, como el NPD alemán o el antiguo MSI, que experimentaron cierto éxito electoral en décadas anteriores. El rasgo más característico de estos partidos, que comparten también las cuatro características ya mencionadas más arriba, se refiere a su compromiso ideológico con el fascismo, y como consecuencia a su evaluación al menos parcialmente favorable de los regímenes fascistas que les sirven de referente.
- Otro «tipo ideal» de partidos de extrema derecha es el de los *populistas*, que no expresan ninguna connivencia ideológica con la ideología fascista, y pueden ser reconocidos a través de sus proclamas por apoyar medidas supuestamente asociadas con la idea de progreso, además de, sobre todo, por su rechazo a cualquier noción corporatista de la economía, como las típicamente fascistas, y su defensa a ultranza de políticas neoliberales. Los partidos de progreso noruego y danés, además del suizo, son buenos representantes de esta subfamilia de partidos, que ha sido conceptualizada por algunos autores como la de los herederos del «poujadismo». Betz denomina a estos partidos populistas de derecha radical, y define sus posiciones ideológicas en cuestiones económicas como sigue: «aunque varían en énfasis e importancia, los partidos populistas de derecha radical han tendido a mantener posturas fuertemente antiestatalistas. Se articulan a través de una aguda crítica a los elevados niveles de fiscalidad, al estado burocrático en general y a los gastos del estado de bienestar» (1993:418).
- Hay por último un tercer grupo de partidos de extrema derecha, los más exitosos desde el punto de vista electoral, que sólo parecen tener un «barniz» neofascista, y que no muestran una especial preocupación por la adopción de políticas económicas neoliberales o neocorporatistas. A pesar de que muestran un especial interés por el estado de los sistemas de bienestar social y económicos, lo que ha venido llamándose *Wohlstandschauvinismus* (Minkenberg, 1994), la organización económica de la sociedad

no es una cuestión fundamental para ellos. Parecen más bien haberse volcado en un tema de extraordinaria importancia: la inmigración. Los partidos de extrema derecha *xenófobos* antiinmigrantes son los más extendidos y los que hoy por hoy suponen una mayor amenaza a los valores democráticos⁷. Partidos como el Frente Nacional francés o el austríaco FPÖ, ambos integrantes ideales de este grupo, en el que también se puede incluir al belga *Vlaams Blok* y a los *Republikaner* alemanes, constituyen el mejor ejemplo de nuevos y triunfantes partidos en los sistemas políticos de Europa occidental.

Manteniendo esta clasificación en mente, me volveré ahora hacia los factores explicativos que pueden dar razón del surgimiento y éxito de partidos de extrema derecha en determinados países europeos. Para ello, resulta necesario analizar no sólo las razones por las que algunos sectores del electorado votan de hecho por estos partidos, sino también los factores que convierten a esta opción repentinamente en viable, es decir, aquellas cuestiones relacionadas con la perspectiva misma de los partidos. Combinando a la vez explicaciones del lado de la oferta y de la demanda, el análisis de las razones por las que los votantes se desplazan súbitamente hacia el extremo derecho del espectro político queda complementado por el estudio de los cambios que han tenido lugar en el sistema político de un país, y que han posibilitado la apertura de un *nuevo espacio político*, abierto a un porcentaje cada vez mayor de votantes.

Desde luego, y a pesar del énfasis en los propios partidos, también hay que tener en cuenta aquellas contribuciones al tema de la extrema derecha que se centran más específicamente en los votantes, pues existen ciertos hallazgos teóricos y empíricos que ofrecen interesantes y agudas perspectivas sobre este complejo tema. Esto es lo que de hecho

⁷ En el caso francés ya ha sido analizada la importancia del tema de la inmigración para los que apoyan a la extrema derecha. En su análisis sobre la relevancia de los *cleavages* tradicionales para los lepenistas, Lewis-Beck y Mitchell (1993) llegaron a la conclusión de que el desempleo no es por sí mismo una variable causal ni tan siquiera fundamental a la hora de determinar el voto a la extrema derecha, al menos al nivel de los departamentos. Lo que estos autores descubrieron, en lugar de esto, es que son el desempleo y la inmigración juntos los que producen un efecto significativo sobre el voto: «Parece que el desempleo tiene un efecto dependiente de la inmigración. En departamentos con pocos inmigrantes, un porcentaje elevado de desempleo no aumenta verdaderamente el apoyo al FN. Sin embargo, según aumenta el número de inmigrantes, el impacto del desempleo se intensifica (...) es el desempleo conectado con la inmigración lo que motiva el apoyo al Frente Nacional» (*ibid.*: 123).

ha ocurrido con una de las aproximaciones más comunes a la extrema derecha contemporánea, que se centra en el concepto de *privación relativa*, el cual subraya la respuesta de algunos grupos sociales a la crisis económica, de la que son víctimas. Son varios los autores que han adoptado esta perspectiva, según la cual las «oleadas» de auge del extremismo de derechas (en Alemania se trataría ahora ya de la tercera, desde el final de la Segunda Guerra Mundial) guardan relación con las situaciones de crisis económica vivida en determinados períodos: «Una tercera fase de extremismo de derechas fue causada por el desempleo y la xenofobia al final de un largo período de prosperidad» (Von Beyme, 1988:11)⁸.

En un nivel macrosociológico, sin embargo, esta relación entre condiciones económicas adversas y el rápido ascenso de los partidos de extrema derecha (que desde esta perspectiva tienden a conceptualizarse como meros partidos-protesta), fracasa al explicar por qué el extremismo de derechas ha hecho su aparición en algunos países y no en otros en los que el impacto de la crisis ha sido cuando menos igualmente fuerte, y por lo tanto no ofrece una explicación satisfactoria de las distintas reacciones a esta crisis. Esto es lo que ha ocurrido en los casos de España y Gran Bretaña, países en los que la recesión ha golpeado duramente varios sectores sociales sin que se hayan dado consecuencias políticas en la dirección aquí señalada. Sin duda, debe recurrirse a otros factores para explicar las diferencias en el comportamiento electoral de los ciudadanos de los diversos países europeos, dado que no existen indicios de que los españoles y/o los británicos exhiban actitudes menos intolerantes y autoritarias que el resto de los votantes de los demás países aquí tratados. Por otro lado, y de acuerdo con estos análisis, los votantes de partidos de extrema derecha son básicamente votantes-protesta, algo que ya no se corresponde en absoluto con la realidad de un electorado en aumento, constante y estable como el del Frente Nacional en Francia y el FPÖ en Austria.

Más aún, la mayoría de las aproximaciones al tema de la extrema derecha centradas en el tema de la crisis tienden a analizar el impacto de la recesión económica sobre grupos sociales específicos que supuestamente pasan a estar marginalizados y consiguientemente reaccionan negativa y casi siempre antidemocráticamente; de nuevo a este nivel

⁸ En palabras de KITSCHOLT, «la teoría de la privación relativa predice la movilización colectiva cuando las instituciones sociales no son capaces de producir los beneficios que los actores esperan de ellas. Para las teorías del *breakdown*, la crisis económica y en particular la dislocación crean condiciones favorables para la movilización colectiva» (1989:15).

microsocial la evidencia empírica es muy poco concluyente⁹. Aunque el debate sobre las bases sociales de la extrema derecha no haya tocado fondo, y mientras muchos estudiosos apoyan la tesis (en línea con el diagnóstico sobre la importancia del desempleo, la privación social y la marginalización) de que el electorado de los partidos de extrema derecha se ajusta básicamente al perfil de hombre joven y urbano que atraviesa dificultades económicas, lo cierto es que los hallazgos empíricos suelen dar la razón a quien constata la creciente *heterogeneidad social* del apoyo a los partidos de extrema derecha (Minkenberg, 1994; Weil, 1994)¹⁰. En parte como consecuencia de los diferentes trasfondos sociales de los apoyos a diversos partidos pertenecientes a esta familia, es cada vez más común en la literatura suponer que, sobre todo en los casos en los que el voto de extrema derecha no es exclusivamente un voto protesta, el perfil sociodemográfico del votante de extrema derecha se encuentra cada vez más difuminado¹¹. Por último, si como escribe Hainsworth, «los votos a la extrema derecha no pueden correlacionarse simplemente con un bajo nivel socioeconómico o ni siquiera con el número de inmigrantes en un área determinada» (1992:9), resulta cada vez más difícil demostrar la validez de las aproximaciones centradas en el concepto de privación relativa para explicar la diversidad de la base social del fenómeno de la extrema derecha en la actualidad.

Tanto los partidos de extrema derecha en sí como sus votantes han sido analizados desde otras perspectivas, entre ellas la adoptada por buena parte de la literatura sobre *New Politics* o Nueva Política. Los análisis del impacto de la Nueva Política sobre el cambio electoral en Europa Occidental han tratado de mostrar que los partidos tradicionales no son ya capaces de dar respuesta a los problemas planteados en

⁹ Según HANS BETZ, por ejemplo, «varios estudios sugieren que existen diferencias significativas entre los partidos radicales populistas de derecha en términos del trasfondo social de sus partidarios y simpatizantes» (1994:676).

¹⁰ Analizando el extremismo de derechas y el de izquierdas en Alemania, F. D. WEIL ha argumentado que «la simpatía por el extremismo no está relacionada en primer lugar con la necesidad económica y social, ni tampoco los simpatizantes *Republikaner* se caracterizan como jóvenes, desempleados, alienados y de clase trabajadora. Más bien la simpatía por los extremistas de izquierda y de derecha es sobre todo un sentimiento ideológico anti-partido establecido» (1994:28).

¹¹ En su análisis ya comentado del caso francés, y tras destacar que el Frente Nacional «cada vez se parece más a un partido normal, y menos a un partido relámpago» (1993:114), Lewis-Beck y Mitchell concluyen que no puede darse crédito ni a la hipótesis de la clase trabajadora, ni a la «poujadista», según la cual es el electorado típico de Pujade (básicamente, pequeña burguesía y granjeros) quien permanece fiel a Le Pen. En suma, la evidencia apunta claramente a que no puede responsabilizarse a un único y determinado grupo social del éxito de la extrema derecha.

las sociedades actuales (Minkenberg, 1992), así como que el clima político favorece un progresivo debilitamiento de los lazos partidistas tradicionales; que la apatía generalizada hacia la política aumenta la posibilidad de que surjan posturas políticas no convencionales y, en una palabra, que la extensión de los valores postmaterialistas ha hecho que las opciones políticas tradicionales se vuelvan obsoletas¹².

La aparición de posibles nuevos *cleavages* como consecuencia del cambio político estructural en Europa, y las consecuencias que ello ha tenido para los partidos tradicionales han sido analizadas hasta hace poco en referencia casi exclusiva al fenómeno del auge de los partidos verdes, y sólo muy recientemente ha pasado a ser parte del estudio de los partidos de extrema derecha. La famosa tesis de Inglehart sobre la Revolución Cultural (1991) ha sido modificada por Piero Ignazi (1992) con el propósito de incluir también a los partidos de extrema derecha, de tal manera que se afirma que «junto a la extensión del postmaterialismo en los países occidentales en los años ochenta se ha ido conformando un talante cultural y político diferente (...) En cierto sentido podría decirse que los Verdes y los partidos de extrema derecha son los hijos legítimos y los no deseados de la Nueva Política, respectivamente; al igual que los Verdes surgen de la revolución silenciosa, los partidos de extrema derecha se derivan de una reacción a ella, de una especie de contrarrevolución» (Ignazi, 1992:6). Hoy son ya varios los estudiosos de la extrema derecha que trabajan en la misma dirección, entre ellos Minkenberg (1994), Betz (1994), Lewis-Beck y Mitchell (1993) e Ignazi (1992, 1994, 1995).

Con respecto a estas aproximaciones, es necesario reconocer que este tipo de explicaciones estructurales sobre la emergencia de nuevos partidos ofrece algunas intuiciones básicas para comprender los procesos de desalineamiento y realineamiento de los electorados europeos, los cuales constituyen una precondition para el crecimiento electoral de cualquier nuevo partido político. Sin embargo, el problema fundamental de ésta y otras perspectivas centradas en la extensión de las sociedades postindustriales y postmaterialistas y su impacto en los alineamientos políticos de los votantes, es que no pueden ofrecer explicaciones adecuadas sobre *cuándo* y *cómo* cambian las preferencias de los votantes, o en qué dirección. La observación de Kitschelt, aplicada al caso de los

¹² La obra clásica que trata extensamente este tema es la de R. DALTON, S. FLANAGAN y P.A. BECK, *Electoral Chance in Advanced Industrial Democracies: Realignment or Dealignment?* El tema del fracaso de los partidos políticos tradicionales se analiza específicamente en *When Parties Fail: Emerging Alternative Organizations*, editado por Lawson y Merkl (para más detalle, consultar bibliografía).

partidos de izquierda, sobre la incapacidad de los modelos basados en el cambio estructural pone de manifiesto cuál es el problema teórico subyacente: «Las teorías de la sociedad postindustrial y el cambio de valores dan cuenta como mucho de las cambiantes orientaciones individuales, preferencias y capacidades para participar en protestas colectivas. Pero no predicen de manera suficiente las condiciones y oportunidades en las que estos valores y preferencias conducen a la formación de partidos de izquierda libertarios» (1988:208)¹³. Sin duda hay que tener en cuenta el impacto de los cambios estructurales, pues ayuda a explicar por qué existe presión para representar nuevos intereses en la arena política, pero «son las instituciones políticas y las relaciones de poder las que explican si estas presiones son representadas por partidos políticos específicos, cuándo aparecen estos partidos y qué nombre adoptan» (*ibid.*: 204). Lo que empieza a ser llamado la aproximación «del lado de la demanda», término éste que comienza ya a popularizarse entre algunos autores (Weil, 1994), nos puede ayudar a comprender no sólo por qué algunas partes del electorado votan a partidos de extrema derecha, sino también y en pocas palabras, *bajo qué condiciones el potencial social, la disposición favorable hacia el extremismo de derechas, se puede transformar en un sonado éxito electoral de un partido de extrema derecha.*

El hecho de que el voto potencial a la extrema derecha está ahora muy extendido es algo mostrado por diferentes encuestas en toda Europa. No sólo los Eurobarómetros, sino también estudios a nivel nacional evidencian un aumento constante de los posicionamientos autoritarios y xenófobos entre la población del continente. Esto es lo que se nos muestra por ejemplo a través de los resultados del Estudio de Valores Europeo (EVS) presentado por L. Karvonen (1994). En su investigación sobre el cambio actitudinal realizada en países europeos en 1981 y después en 1990-91 observa que la intolerancia hacia los extremistas de izquierda, hacia otras razas y hacia los trabajadores extranjeros ha crecido en este período. Estos tres grupos de personas correspondían a otras tantas categorías citadas como aquellas que uno «no querría tener como vecinos». Otra dimensión cada vez más importante era la del nacionalismo, que también ha experimentado un cambio al alza en estos diez años, y por último Karvonen también observa un aumento de la dimensión que recoge el antiparlamentarismo (mientras que sin embargo

¹³ Y en *La Lógica de la Formación de Partidos* añadía: «Mientras la transformación económica y cultural de las sociedades moderna explican por qué irrumpen en la arena política, sólo las instituciones políticas y las relaciones de poder explican cómo, cuándo y con qué efectos políticos se articulan estas demandas (1989:14).

la intolerancia hacia los homosexuales y el respeto por la autoridad parecen haber perdido cierta importancia).

A pesar de éstos y otros resultados que apoyan igualmente la creencia de que tanto el autoritarismo como el apoyo a opciones de extrema derecha están aumentando, lo cierto es que la extrema derecha sólo ha tenido éxito electoral en algunos países, lo que por otro lado pone de manifiesto una obviedad, a saber: que no todos los ciudadanos con ideas autoritarias, intolerantes o incluso anti-democráticas otorgan su voto a representantes de opciones de extrema derecha¹⁴. En este sentido conviene tener siempre presente la distinción entre el extremismo en su manifestación social, es decir, como conjunto de actitudes, creencias u opiniones manifestadas por los ciudadanos de un país, y su manifestación política, objeto de estudio del presente trabajo y que queda evidenciada básicamente a través de la notoriedad política alcanzada por quienes pretenden supuestamente representar los intereses de esos sectores extremistas de la ciudadanía. En esta misma línea, y aunque aplicado a un concepto no equivalente, Husbands ha puesto de relieve la diferencia cualitativa entre «el racismo actitudinal y la expresión del racismo político a través del acto de votar» (1988:702), entendiendo por el primero un factor predispositivo, una condición necesaria pero no suficiente para explicar el segundo: «Obviamente, la pregunta más general es por qué determinados individuos con estas actitudes, de entre los muchos que las comparten, se ven arrastrados al racismo político. Seguramente los factores que predisponen a dicha actitud en un momento determinado en el tiempo pueden ser explicados a través de una teoría general del racismo (...) Sin embargo, en general, para identificar a los individuos atraídos por el racismo político hay que recurrir a factores declaradamente políticos, como los que actúan de manera distinta según el lugar y el tiempo» (*ibid.*: 703). Desde mi punto de vista, si pretendemos explicar por qué, dada una «disposición actitudinal hacia el extremismo de derechas» similar en varios países y/o contextos, sólo en algunos casos aparece y alcanza el éxito electoral un nuevo partido de extrema derecha, habría que considerar otras variables, además de las puramente socioeconómicas. Las condiciones socioeconómicas, que son objeto de análisis detallado en las aproximaciones basadas en el concepto de

¹⁴ Esto es exactamente lo que parece haber ocurrido en Alemania, donde según Zimmermann y Saalfeld, «las encuestas han mostrado repetidamente que hay un potencial conservador-autoritario casi siempre latente entre el electorado alemán occidental considerablemente superior al porcentaje de votos correspondiente obtenido por los partidos de extrema derecha en las elecciones» (1993:64).

privación relativa, favorecen sin lugar a dudas la creación de cierto tipo de actitudes y contribuyen además a la formación de nuevos movimientos sociales y políticos (incluyendo partidos). Pero si el interés va más allá del mero potencial de extrema derecha, entonces hay que tener en cuenta otras variables.

Fue precisamente este tipo de investigación teórica y empírica comprehensiva la que llevó a cabo hace unas décadas Maurice Pinard, con su trabajo sobre el ascenso de terceros partidos. Pinard analizó la súbita irrupción de un partido de ideología de extrema derecha, el *Social Credit*, en el estable sistema bipartidista canadiense, con la intención de proporcionar al lector un completo estudio de las razones por las que en un determinado momento, ni antes ni después, un movimiento social fue capaz de movilizar un increíble número de votantes, y lo hizo combinando la literatura sobre la acción colectiva —y de manera más específica, el trabajo de Smelser sobre teorías de comportamiento colectivo— y sobre modelos de sociedad de masa, con investigaciones más tradicionales de comportamiento electoral. De esta manera Pinard reconocía la existencia de una «fuerte relación entre los cambios de condiciones económicas y el apoyo a un nuevo movimiento político», pero a la vez ansiaba mostrar la importancia de todas las variables propiciadoras de un episodio de comportamiento colectivo, como Smelser los conceptualizó¹⁵, y por lo tanto apoyaba el argumento de este autor de que «si bien una tensión es una condición importante para la aparición de cualquier tipo de acción colectiva (incluidos los movimientos políticos), también otros determinantes deben estar presentes, sobre todo el propiciamiento estructural». Y añadía: «en este caso, el elemento propiciatorio existía en el sistema político, y más específicamente en las características del sistema federal de partidos en Quebec» (1975:21).

Para los propósitos de este trabajo, el argumento más importante del estudio de Pinard reside precisamente en la combinación de variables socioeconómicas, psicológicas, políticas, relativas a la sociedad de masas y otras, que aspiran a desarrollar y validar hipótesis generales referidas al surgimiento de «nuevos movimientos políticos». Es precisamente este tipo de literatura, más que la literatura sobre la misma extrema derecha ya mencionada brevemente, la que se propone en la siguiente sección, como alternativa para analizar los nuevos partidos de extrema derecha.

¹⁵ Estas otras variables eran según Pinard las siguientes: «Propiciamiento estructural y tensión estructural, una creencia generalizada, factores precipitantes, movilización de los participantes hacia la acción, y control social» (1975:15).

Hacia la construcción de un marco teórico para analizar los nuevos partidos de extrema derecha en Europa

Entre las diferentes perspectivas teóricas para estudiar la aparición y el éxito de los partidos de extrema derecha, hay una que trata específicamente de los nuevos partidos. Tradicionalmente, la cuestión de cómo y por qué surgen nuevos partidos en determinados contextos políticos no ha sido contestada de manera muy específica, aunque pueden encontrarse perspectivas interesantes relacionadas con esta cuestión en modelos teóricos más generales¹⁶. La literatura sobre el surgimiento de nuevos partidos, como ya se ha mencionado, no es demasiado abundante: hubo muchos estudios sobre nuevos partidos en los sesenta, ya que ésta era una época en la que se fueron creando sistemas de partidos en muchas naciones en vías de desarrollo (Harmel, 1985). Al cabo de unos años, el resurgimiento de este tipo de estudios en los ochenta estuvo ligado de nuevo al desarrollo de nuevos partidos en democracias ya establecidas, lo que significó una preocupación casi exclusiva por los partidos verdes/ecológicos, probablemente porque representaban el caso más extendido de partidos recién creados con éxito electoral. También se han dado intentos de construir estudios más generales de tipo comparado, como los de Janda (1980), Hauss y Rayside (1978), Müller-Rommel (1982) y Harmel y Robertson (1985). Sin embargo, muchos de estos estudios, aunque tratan de generalizar, suelen tratar de explicar por qué en algunos países se crean y eventualmente triunfan *más* nuevos partidos, lo que obviamente representa una pregunta distinta a la de por qué un tipo particular de partidos —los de extrema derecha— experimentan un auge súbito en varios países.

La literatura sobre nuevos partidos no está exenta de contradicciones y problemas teóricos: el primero es el *concepto del «nuevo» partido* en sí. La mayoría de los autores suelen establecer límites temporales como criterio para posteriormente seleccionar los casos de estudio. Así, es habitual que todos aquellos partidos surgidos después de que quedara establecido el sistema original de partidos de un país, sean considerados «nuevos». Sin embargo, según este criterio, y dado que siguiendo a Lipset y Rokkan se suele considerar que el proceso de formación de

¹⁶ El de Downs es seguramente el mejor ejemplo de esto. En su influyente *Teoría económica de la democracia* manifestaba desde la perspectiva de la elección racional que los nuevos partidos tienden a aparecer y sobrevivir «cuando tienen la oportunidad de coger buena parte de los adeptos de un viejo partido, colocándose entre éste y sus votantes» (1973:138).

los sistemas de partidos tuvo lugar muy tempranamente, el número de nuevos partidos en cualquier país de Europa sería inmenso, y por ejemplo podría ocurrir que tanto el partido nazi como los contemporáneos *Republikaner* pertenecieran a la misma categoría de «novedad». Estos problemas también persistirían si el límite temporal quedara fijado, como también suele darse con frecuencia, al final de la Segunda Guerra Mundial, pues de nuevo nos encontraríamos con un número de casos y una diversidad interna inmanejables para la investigación. Desde mi punto de vista, el límite debe ser establecido por el propio investigador, en función de los condicionantes teóricos que el mismo establezca. En el caso que nos ocupa, la década de los setenta puede ser un buen punto de partida para el análisis, lo suficientemente flexible como para decidir cuándo partidos recién aparecidos son verdaderamente nuevos partidos. Más concretamente, me referiré al período del final de la década, cuando ya estaban en marcha los procesos de desalineamiento y realineamiento de los sistemas de partidos en Europa occidental, y fueron creadas varias opciones políticas novedosas.

Sin embargo, las consideraciones sobre cuándo pueden ser considerados comparativamente nuevos nos dicen muy poco sobre lo que distingue a los genuinamente nuevos partidos de otros que ya existen y que, o bien cambian sus nombres, o desaparecen durante un tiempo y después vuelven al terreno de la competición electoral sin apenas transformaciones; o que incluso se dividen en varias facciones, que pasan a competir por la misma franja de votantes. Desde la perspectiva aquí adoptada, un partido es un nuevo partido si desempeña un papel distinto en el sistema de partidos, y sólo puede ser considerado así si presenta «batalla sobre lo que se percibe que son nuevos asuntos políticos (*issues*). Estos partidos son nuevos por lo que hacen por o a su sistema de partidos; añaden una nueva dimensión de conflicto en el escenario de la política de partidos, y al hacerlo pueden alterar de manera fundamental la naturaleza de la lucha partidista» (Harmel, 1985:405). En mi opinión, el concepto relacional del partido implícito en esta definición es un buen punto de partida para analizar nuevos partidos, a pesar de la difícil operacionalización de algunos de los conceptos a los que se refiere, como por ejemplo el de «papel» (*role*). Esta definición también nos permite incluir como casos de estudio a aquellos partidos ya establecidos que por diversas razones realizan una transformación sustancial de sus posicionamientos ideológicos y, por ende, de su posición con respecto a los otros partidos del sistema de partidos, como ha resultado ser el caso con el austríaco FPÖ. Las transformaciones ideológicas también pueden llegar a ser decisivas en el caso de la italiana Alianza Na-

cional, que actualmente podría considerarse en proceso de transición hacia la constitución de un nuevo partido¹⁷.

Otro debate teórico que está teniendo lugar en las contribuciones a este tema es el que se refiere a la diferenciación analítica entre explicar el *surgimiento* y el *éxito* de un nuevo partido. La mayoría de los autores son conscientes de la diferencia teórica entre ambos conceptos, que podrían también denominarse establecimiento y mantenimiento, génesis y supervivencia o formación y consolidación: «La distinción entre las dos variables dependientes es particularmente importante para propósitos teóricos, pues no puede suponerse que las mismas condiciones que animan a la formación de nuevos partidos les proporcionarán forzosamente el éxito; como tampoco puede suponerse que la falta de factores propiciatorios del éxito electoral vayan a inhibir la formación inicial de nuevos partidos» (Harmel y Robertson, 1985:502). Estrictamente hablando, estos dos conceptos no son idénticos, como de hecho parece confirmar la evidencia empírica disponible. Para distinguir lo que ambos representan en términos más prácticos, y dado que ambos se refieren a una realidad similar, como es la del desafío que suponen los competidores políticos no tradicionales, puede resultar útil recurrir a la reflexión teórica de Mogens Pedersen (1991) sobre el papel de los partidos pequeños en Dinamarca. El marco que él propone parte de una concepción de los partidos como organizaciones mortales que nacen y mueren. Según Pedersen, «la duración de la vida (*lifespan*) de los partidos puede ser dividida en un número discreto de fases, marcadas por sucesivos umbrales que el partido atraviesa» (*ibíd.*: 98). Lo más interesante de esta formulación es su posterior adaptación, ya que lo que Pedersen llamó umbrales de declaración y autorización podrían en realidad resumir lo que queda comprendido con el concepto de «surgimiento» ya planteado (que es un sinónimo de nacimiento, creación, formación...). Teóricamente, esto implica que aquellos grupos que se han declarado a sí mismos de manera pública o privada como nuevos competidores podrían no ser considerados como nuevos partidos hasta que efectivamente lleguen a ser partidos legales, es decir, hasta que se registren y además presenten candidatos a las elecciones. Esto va más allá de lo que Pedersen considera cruzar el umbral de autorización e implica, por ejemplo, que la recién creada *AuN*

¹⁷ En la actualidad y aparentemente al margen de los visibles cambios simbólicos y organizativos, la mayoría de los autores considera que este partido es muy similar al antiguo MSI. Las declaraciones públicas de Fini no han sido suficientes para dotar al partido de una nueva imagen, ya que se percibe que el núcleo ideológico central del partido permanece básicamente inalterado (sobre todo por lo que se refiere a las persistentes ambigüedades con respecto a la evaluación del pasado fascista y del antifascismo).

española (Alianza por la Unidad Nacional), no tenida en cuenta en este trabajo por su escaso papel en vida política española, podría ser un caso de un nuevo partido emergente que ya ha cruzado estos dos umbrales.

El tercero y el cuarto umbrales para Pedersen son los de representación y significación, respectivamente. Asimilar estos dos últimos estadios de la vida de un partido con la variable aquí denominada «éxito» podría representar problemas, pues existen muchas situaciones poco definidas. Por ejemplo, los *Republikaner* alemanes no pueden ser considerados un caso tan exitoso como el Frente Nacional en Francia, aunque han desempeñado un papel mucho más significativo en la política alemana que cualquier representante de la extrema derecha en España¹⁸. Por lo tanto, la forma exacta de medir los distintos grados de éxito debería estar sujeta a la interpretación del papel desempeñado por este partido en el seno de su propio sistema de partidos. De hecho, cualquier medida cuantitativa debería estar complementada por análisis cualitativos más flexibles. En esta línea, considerar el criterio de persistencia de la cuota electoral alcanzada por el partido (la duración de su voto), que distingue en última instancia a un partido relámpago (*flash party*) de otro más estable que amenaza con instalarse como parte duradera del sistema de partidos, podría ser un buen medidor del grado de éxito del mismo.

Tras esta breve revisión de los debates más importantes en la literatura sobre los nuevos partidos, podría pasarse ahora a una descripción, siquiera superficial, de las variables que deberían considerarse en un hipotético y no desarrollado marco teórico. En mi opinión, son varios los tipos de variables que pueden influir sobre el proceso de surgimiento y/o éxito (tal y como ha quedado definido) de nuevos partidos políticos, y que pueden por tanto aportar su poder explicativo. El primero de estos tipos es el que se refiere a las variables societales.

1) *Los factores societales* que pueden favorecer el auge de nuevos partidos están relacionados con la existencia de *nuevos cleavages y/o temas* que pueden convertirse en importantes de manera más o menos repentina para una proporción creciente de los electores. Esto es exactamente lo que pasó con los partidos verdes: inicialmente se adueñaron del tema ecológico, pero éste pronto se convirtió prácticamente en un nuevo *cleavage*, una nueva dimensión de conflicto en varios de los sistemas políticos europeos.

¹⁸ De la misma forma, resulta difícil justificar en términos teóricos que un partido que obtenga «tan sólo» un 4,5% de los votos y, consiguientemente, ninguna representación en el parlamento alemán, deba ser considerado un caso menos relevante que, por ejemplo, un partido danés que sí gane un escaño en el parlamento tras conseguir un 2% de los votos.

Obviamente, no se forman nuevos partidos cada vez que un nuevo tema empieza a ser importante para ciertas partes del electorado, y ni tan siquiera cuando el tema se convierta en un *cleavage*. Más bien, los *cleavages* y los nuevos temas pueden actuar como factores precipitadores, como condiciones necesarias pero no suficientes para la formación de nuevos partidos, pues está claro que «Los nuevos *cleavages* o los cambios en los ya existentes no producen de manera automática nuevos partidos (...) Más aún, la existencia de un *cleavage* nos dice muy poco sobre cómo o cuándo se desarrolla un nuevo partido. El *cleavage* debe politizarse para constituir la base de un partido» (Hauss y Rayside, 1978:40). Dicho de otra forma, cuando los líderes potenciales del nuevo partido perciben que pueden presentar batalla con un tema que el resto de los partidos descuida, pero que es percibido como importante por algunos sectores de la sociedad, entonces aumentan las probabilidades de que se forme el nuevo partido (considero esta variable fundamental en la fase temprana de formación del nuevo partido, aunque también podría seguir siendo crucial en etapas posteriores, especialmente si el partido recién formado continúa apropiándose de manera exclusiva del tema inicial que le dio origen). Si, por ejemplo, se descubre entre ciertos sectores poblacionales una creciente disposición actitudinal negativa contra los extranjeros o inmigrantes, podría ocurrir que el partido se aproveche de que el tema no es tratado adecuadamente en los programas de los otros partidos, y utilizarlo en su propio beneficio. No resulta difícil demostrar que este ejemplo es bastante real, y que dicha disposición, como ya se ha dicho, ha ido creciendo recientemente en varios países. A través de varios grupos de datos pueden evidenciarse los cambios en las actitudes del electorado europeo, en concreto un aumento de las actitudes de rechazo e intolerancia hacia los extranjeros e inmigrantes, desde mediados de los ochenta, que por supuesto no guarda relación con un correspondiente aumento de las cifras reales de inmigración, lo que contribuye a mostrar el carácter artificial del mal llamado «problema» de la inmigración¹⁹. El porcentaje de personas

¹⁹ Poco antes de que los partidos de extrema derecha actualmente con más éxito en Europa, el austríaco y el francés, comenzaran a cosechar sus fantásticos resultados electorales, estos dos países ocupaban un séptimo y un tercer lugar respectivamente en la escala de países según el porcentaje de población inmigrante que vive dentro de sus fronteras (Layton-Henry). Sin embargo, los años en que estos éxitos se han ido consolidando no han sido testigos de un aumento de estos porcentajes (al contrario que en Alemania, donde precisamente la extrema derecha continúa sin alcanzar el nivel parlamentario). Las diferencias en los resultados electorales entre unos y otros países no son en ninguna medida atribuibles a los distintos niveles que en ellos ha alcanzado la proporción de población extranjera.

que consideraban que había demasiada gente de otras nacionalidades en su país subió del 37% en 1988 al 43% en 1994 en el conjunto de los doce países comunitarios, tras haber alcanzado un máximo de 52% en 1993 (Melich, 1995:14). Más aún, en 1992 el 34% de la población creía que los derechos de los inmigrantes deberían ser restringidos, doblando así el porcentaje de quienes opinaban lo mismo tan sólo seis años antes, en 1988. Finalmente, los que encontraban molesta la presencia de personas de otra nacionalidad, raza o religión aumentaron en los años 1992 y 1993, para descender ligeramente al año siguiente sólo en algunos países (*ibíd.*: 20).

La inmigración, el *issue* por excelencia de la extrema derecha, ha sido sin ninguna duda la más fuerte arma electoral de estos nuevos partidos, de la misma manera que el tema ecológico reportó inmensos beneficios a los partidos verdes hace unos años. El dilema al que se enfrentan los otros partidos, que no pueden apropiarse de este tema sin arriesgarse a sufrir pérdidas electorales considerables por parte de sus votantes tradicionales, también ha contribuido al aislamiento general de la extrema derecha en su estrategia de apropiación en exclusiva de la cuestión de la agitación xenófoba, estrategia que por otra parte le ha rendido jugosos frutos.

La otra variable societal importante es la *extensión del electorado*, que se ha conceptualizado con respecto a la primera formación de los partidos políticos en Europa como la consecuencia del cambio social que implica que «nuevos grupos sociales surgen para formar la base natural de un nuevo partido» (Berrington, 1985:454), pero también puede entenderse hoy en día simplemente como la extensión del derecho de voto a nuevos grupos. El aumento de nuevas clientelas puede ser un factor importante, por lo tanto, que dé razón del éxito electoral de un nuevo partido. Ni que decir tiene, un aumento del número de votantes no tiene por qué conducir necesariamente a la creación de nuevos partidos políticos, a menos que constituyan un grupo claramente distinguible de otros y con intereses bien diferenciados, ya que en principio no hay un claro beneficiario de este hecho. Con respecto a los partidos de extrema derecha, se ha argumentado con insistencia que sus electorados se componen de gente joven; si esto es así, podría esperarse que el aumento de votos a la extrema derecha y la ampliación del derecho de voto a cohortes más jóvenes estuvieran relacionados positivamente. Esta hipótesis podría ser validada a un nivel macrosocial contemplando la estructura de edad de algunas poblaciones europeas en un momento en el que unas elecciones hubieran arrojado un resultado especialmente espectacular para estos partidos.

2) Un segundo grupo de *variables* es el de las *institucionales*, que pueden influir tanto en el surgimiento como en el posterior éxito electoral de nuevos partidos²⁰; de manera más específica, puede concretarse que variables como el *sistema electoral* pueden ejercer una extraordinaria influencia sobre los éxitos electorales de la extrema derecha: en primer lugar, y por lo que se refiere a los umbrales de representación, los sistemas proporcionales facilitan enormemente la consecución del objetivo de la representación parlamentaria. El sistema mayoritario se utiliza en tan sólo dos de los casos aquí analizados, en el Reino Unido y parcialmente en Francia, con consecuencias inmediatas para la irrupción de cualquier partido político. En los demás casos (excepto en el irlandés, un sistema mixto peculiar conocido como de voto único transferible) existen distintas fórmulas proporcionales para el reparto de escaños, algunas de las cuales (como la de Hare y Saint Lagué, utilizadas en Austria y Dinamarca) tienen efectos más proporcionales que otras. El efecto contrario se deriva de la aplicación de la fórmula D'Hondt, utilizada en países como Bélgica, España y Portugal. La fórmula de reparto de escaños representa junto con otras variables igualmente importantes, como el tamaño de la circunscripción y la existencia de umbrales para acceder al reparto de escaños (que en el caso holandés es de tan sólo un 0,67% de los votos, por contraposición al 5% del umbral que rige para los casos español y alemán, por ejemplo), un formidable obstáculo en la aparición, y sobre todo en el éxito de los nuevos partidos de extrema derecha.

Los *requisitos legales* y/o constitucionales que se exigen a los partidos son también importantes, tanto para la fase de formación como de posterior desarrollo del nuevo partido. Requerimientos burocráticos específicos (número de firmas necesarias, depósitos financieros...), por no mencionar la propia capacidad del partido para financiar sus primeras actividades, pueden llegar a constituirse en importantes impedimentos para la formación de partidos; también conviene mencionar la existencia de otro tipo de constreñimientos legales diseñados especialmente para impedir la creación de cierto tipo de partidos, como ocurre con los

²⁰ Las variables institucionales se han analizado detalladamente en la literatura sobre la estructura de la oportunidad política, que ofrece una herramienta analítica muy útil para entender las condiciones y los procesos de formación de muchos movimientos sociales y políticos. Así, se menciona específicamente la relevancia de la apertura de la estructura formal de acceso al sistema político para los nuevos movimientos políticos, algo que Kriesi (1992) ha conceptualizado como la estructura formal institucional del Estado, que puede ser abierta o no (dependiendo del grado de centralización, la concentración de poder, la coherencia de la administración pública y la institucionalización de los procedimientos democráticos directos), y fuerte o débil (atendiendo a los mismos factores).

neonazis en Alemania. Este obstáculo puede desempeñar un papel fundamental en la consolidación de nuevas alternativas políticas.

Las fuentes de financiación son especialmente importantes cuando se está formando el partido y aspira a presentar sus primeros candidatos a las elecciones. Los constreñimientos financieros vienen determinados por ley, y por ello existen grandes diferencias entre los países que nos ocupan: allí donde las subvenciones se realizan con posterioridad al desembolso efectuado por los partidos, es decir, en función del porcentaje de votos y/o escaños obtenidos, los nuevos partidos encuentran enormes dificultades para competir. La mayoría de los sistemas de partidos en Europa contemplan específicamente este tipo de financiación, y se convierten así en activos inhibidores de la formación de nuevos actores políticos.

Finalmente, el acceso a la cobertura de los *medios de información* es otro factor fundamental que afecta al desarrollo del nuevo partido tanto en sus primeras como en posteriores etapas. Aunque en Europa el acceso y el derecho a ser objeto de atención por parte de los medios de comunicación está casi siempre regulado por ley y resulta por lo tanto difícil encontrarse con situaciones típicas como las vividas en las elecciones presidenciales americanas (Rosenstone, 1995), lo cierto es que la solvencia del grupo o grupos que apoyen a un recién llegado en su batalla por hacerse un hueco en el panorama político de un país puede tener consecuencias directas en sus posibilidades de acceso a los medios, en la atención que despierte en éstos, y en la consiguiente notoriedad que esto proporciona entre los votantes.

3) Las *variables políticas* tienen un papel decisivo en este marco de análisis, pues pueden afectar poderosamente el proceso de surgimiento y de consolidación de los nuevos partidos. A este respecto, la investigación de Pinard sobre el súbito auge del *Social Credit* en la provincia de Quebec se concentró sobre todo en el análisis del impacto específico de las variables relacionadas con el sistema de partidos sobre su variable dependiente, más que en la influencia de las típicas variables socioeconómicas (que él agrupaba con el nombre de «strain», aquí traducido como «tensión»). Entre estas variables políticas él consideraba el sistema de dominio de un partido (*one-party dominance*), definido como «un sistema de partidos en el que el partido o partidos de la oposición no pueden ser considerados un competidor serio, una alternativa viable al gobierno dominante» (1975:280), como la variable política más importante que explica el ascenso de terceros partidos. Según Pinard, en este sistema de partidos los votantes sin forma de expresar su descontento se volverían a la tercera opción. En un intento por

extender el alcance de su teoría Pinard llegó a definir el sistema de dominio de un partido como «tan sólo una de las formas de la condición más general de propiciamiento estructural, la de la no-representación política de grupos sociales a través del sistema de partidos» (*ibíd.*: 280). Este modelo sigue siendo especialmente interesante para el caso específico de los partidos de extrema derecha, a pesar de que el tema del desencanto político no resulte ya ninguna novedad. Pinard creía que si los votantes, en una situación de sistema multi- o bipartidista, rechazaran a todos los partidos políticos, surgiría un movimiento radical (y no un movimiento protesta)²¹. En este trabajo se ha evitado precisamente la consideración de los nuevos partidos de extrema derecha como meros partidos-protesta, y por eso, según la hipótesis de Pinard, aquellos partidos con mayor éxito electoral deberían haber realizado sus mayores avances en condiciones de rechazo por parte de los votantes de todos los otros partidos competidores. La evidencia de los casos francés y austríaco sobre el grado de desafecto con los partidos tradicionales entre la población parece apuntar en esta dirección²².

La hipótesis de Pinard sobre la estructura y dinámica del sistema de partidos podría aplicarse al marco aquí presentado si la situación de dominio de un partido que él describe fuera una de dominio liberal y debilidad conservadora. De hecho, ya se han oído algunas voces que alertan sobre una importante variable que podría afectar al desarrollo de partidos de extrema derecha, a saber, la naturaleza del partido en el gobierno. La mayoría de los autores se inclinan por pensar que estos partidos encuentran las mejores condiciones para su desarrollo en situaciones de gobierno de derechas (Zimmermann y Saalfeld, 1993; Fenemma, 1995; Hainsworth, 1992). Sin embargo, mi argumento es que no es tanto el partido en sí lo que hay que observar, cuanto la(s) política(s) que adopta con respecto a ciertos temas, sobre todo los «favoritos» de la extrema derecha: por ejemplo, si un partido de izquierdas en el gobierno aplicara una política dura de control de la inmigración, estaría actuando de contenedor del voto a la extrema derecha exactamente igual que si el partido en el gobierno hubiera sido de derecha moderado.

La *reacción de los partidos ya establecidos*, una vez que los partidos de extrema derecha han irrumpido en la escena política, y especialmente

²¹ La diferencia entre un movimiento radical y uno protesta se encuentra en «la intensidad, el alcance, la extensión y el carácter determinante de la ideología» (Pinard, 1975:281).

²² El hecho constatable de que haya otros muchos casos en los que el desafecto con la política esté también muy extendido, y sin embargo no experimenten éxitos de la extrema derecha, no invalida esta proposición, pues según Pinard ésta es sólo una de las condiciones estructurales para el ascenso de un tercer partido, pero nunca *la* condición suficiente.

su deseo y habilidad para «recapturar» los temas olvidados y supuestamente acaparados por la extrema derecha, es otra variable fundamental que tiene una influencia considerable en el éxito del recién llegado (Hainsworth, 1992; Poguntke, 1987, Harmel y Robertson, 1985). Como ya se ha comentado, el dilema planteado a todos los demás partidos, que les impide adoptar el tema (al menos, en los mismos términos) de los nuevos competidores, en la creencia de que esto les reportará más costes que beneficios (Berrington, 1985), favorece la acaparación prácticamente en exclusiva del problema de la inmigración por éstos²³; sin embargo, algunos autores avisan del peligro que supone el hecho de que la mayoría de los partidos «se vuelvan más nacionalistas y conservadores en el tema del asilo político» (Braunthal, 1993:110), de manera gradual y apenas perceptible, y que la cultura política del país en su conjunto se pueda desplazar hacia la derecha (Hainsworth, 1992).

Finalmente, algunas otras variables políticas están relacionadas directamente con las *características mismas del sistema de partidos*. Factores como la naturaleza de la competición (Harmel y Robertson, 1985), la existencia de polarización, fragmentación y volatilidad, podrían influir en las posibilidades de que nuevos partidos surjan y tengan éxito. Ignazi ha mencionado la volatilidad intrapartidista y el desvanecimiento de lazos duraderos entre el electorado y los partidos establecidos (1992:3) como factores conectados con el surgimiento de los partidos de extrema derecha. Otros autores también han mencionado la relevancia de los procesos de desalineamiento para la formación de nuevos partidos (Berrington, 1985; Rochon, 1985). Las hipótesis sobre los efectos de la polarización apuntan al hecho de que las posibilidades de que surja un nuevo partido de extrema derecha disminuyen en sistemas de partidos muy polarizados. Esto implica que cuanto más cerca estén los partidos competidores uno de otro, más fácil será para uno nuevo surgir por los extremos vacíos; en palabras de Hainsworth «el terreno más favorable para la extrema derecha ha sido a menudo uno donde la distancia ideológica entre los mayores partidos

²³ Lamentablemente la existencia de este dilema no implica que, al margen de lo polémico del tema, algunos de los otros partidos no hayan tratado de explotarlo en su propio beneficio, si bien con diferentes consecuencias: «en Francia la derecha tradicional ha intentado competir con Le Pen en el tema de la inmigración en las elecciones de 1992. Esto pareció haber sido en vano, pues el Frente Nacional obtuvo un 14% de los votos. Le Pen clamó triunfante que los votantes “preferían el original a la copia” (...). En las elecciones provinciales de 1995 en Holanda el partido conservador-liberal (VVD) convirtió a los solicitantes de asilo en un tema de campaña. Esto contribuyó a una victoria aplastante a costa de los partidos racistas. Esta vez el electorado pareció preferir la copia al original, como ya lo hicieron en Gran Bretaña quince años antes» (Fenemma, 1995:20).

se ha visto reducida, y ha creado por lo tanto un vacío conducente al éxito de la extrema derecha» (1992:11). En mi opinión, éste es un factor importante que es responsable del auge espectacular del partido de los liberales en Austria.

Además, variables como la fragmentación de los sistemas de partidos y el índice de volatilidad también pueden tener una influencia sobre la creación de un partido de extrema derecha, básicamente porque se cree que actúan como condiciones necesarias (aunque no suficientes) para que cualquier nuevo partido encuentre un electorado de apoyo: los votantes «flotantes» así como los inestables y no partidistas, son una precondition para ello.

4) Por último, hay una serie de variables que según la literatura de la estructura de oportunidades políticas se refieren a la capacidad de los propios partidos de *movilización de recursos*. La capacidad de atraer apoyo económico, por ejemplo, actúa como un factor decisivo para el surgimiento y el éxito de cualquier partido nuevo, mientras que el hallazgo de un líder carismático puede ser de extrema relevancia en varias de las fases del desarrollo del partido (Zimmermann y Saalfeld, 1993). La importancia de esta última variable, que además suele ser considerada una característica definitoria de toda la familia de partidos de extrema derecha, queda de manifiesto con la siguiente afirmación de Ignazi: «para movilizar al electorado tiene que aparecer un empresario político (...) en el lado de la extrema derecha un único líder ha sido el catalizador del éxito. Le Pen en Francia, Haider en Austria, Dillen en la Bélgica flamenca, Janmaat en Holanda, Schönhuber en Alemania (además de Glistrup en Dinamarca, Lange y Hagen en Noruega y Karlsson y Watchmeister en Suiza) eran líderes políticos dotados que aparecieron súbitamente como figuras nacionales y atrajeron consentimiento por su lenguaje franco» (1994:19). Finalmente, el tipo de *estructura organizativa* que el nuevo partido trata de adoptar desde el principio podría tener una gran influencia sobre cómo se desarrolla posteriormente. En el caso del *Social Credit*, Pinaud también consideraba que la base regional del partido era extremadamente importante para el futuro desarrollo del nuevo (tercer) partido a nivel federal, lo que puede aplicarse perfectamente a cualquier caso de partido de extrema derecha en Europa. Para validar esta hipótesis, el caso austríaco puede ser ilustrativo: inicialmente, la fuerza del FPÖ en la región de Carintia fue clave para la consolidación del partido a un nivel más general, y por lo tanto la existencia de una fuerte organización popular se ha convertido en un factor crucial para explicar su éxito electoral.

El análisis detallado de todas las variables arriba comentadas debería ser capaz de proporcionarnos alguna pista para comprender el fenómeno que se ha discutido en estas páginas, a saber, el de la muy distinta plasmación electoral (y política) de un fenómeno socialmente similar en cuanto a su extensión en muchos países europeos. Para concluir, la siguiente figura representa de manera gráfica aunque experimental el conjunto de variables aquí mencionadas, y trata de clasificarlas en función del estado de desarrollo del partido (surgimiento o éxito) en el que su influencia resulta más obvia:

	Societal	Institucional	Políticas	De movilización de recursos
Surgimiento	—Tema nuevo — <i>Cleavage</i> nuevo	—Requisitos legales/ constitucionales —Fuentes de financiación —Cobertura de los medios	—No-representación —Partido en el gobierno —Polarización —Volatilidad —Fragmentación	—Liderazgo —Capacidad de financiación
Exito	—Extensión del electorado	—Sistema electoral —Fuentes de financiación —Cobertura de los medios	—Política del gobierno —Reacción de otros partidos	—Estructura organizativa

A modo de discusión

Las páginas anteriores han tratado de describir cuáles pueden ser los factores que expliquen el surgimiento y el éxito de una nueva familia de partidos políticos en Europa. Después de definir lo que entiendo por el término «extrema derecha» y por las características básicas que comparten todos los miembros de esta familia, he propuesto una clasificación que sea capaz de mostrar la diversidad interna dentro de la misma, que se manifiesta en forma de diversos subgrupos de partidos. Después, al subrayar algunos de los problemas y carencias de la literatura sobre la extrema derecha contemporánea, he tratado de presentar lo que podría ser un marco teórico que tenga en cuenta el carácter novedoso de este fenómeno y que proporcione varias herramientas para comprender el hecho de por qué algunos de estos partidos se han con-

vertido súbitamente en actores significativos en sus respectivos sistemas de partidos. Más que en las razones por las que los ciudadanos pueden inclinarse a votar por ellos, he creído necesario proponer que se indague en las condiciones de cada uno de los sistemas de partidos afectados que podrían facilitar o impedir su desarrollo. Para ello, se han incorporado elementos de diversas aproximaciones analíticas, adoptadas en distintas investigaciones sobre terceros, pequeños, o en general nuevos partidos, con el propósito de comprender el desafío que la presencia de estos nuevos competidores en la extrema derecha supone para los ya establecidos, sobre todo en sus primeras etapas de formación y alcance de la representación parlamentaria.

Las etapas posteriores del desarrollo del partido no han sido tenidas en cuenta, a pesar de la creciente amenaza que supone el proceso de consolidación de algunos de los partidos objeto de estudio. Tampoco se han considerado aquellos partidos que se encuentran en etapas previas a las de declaración, autorización y presentación a elecciones (es decir, previas a lo que se ha considerado su formación). Esta restricción en el análisis, junto con una concepción implícita de los partidos como organizaciones que se distinguen de otros movimientos sociales con relativa facilidad ha sido adoptada con el objeto de limitar el objeto de estudio a algo más manejable que el fenómeno de la extrema derecha contemporánea en sí, algo que todavía hoy muchos autores se empeñan en explicar.

Sin duda, el hecho de considerar a todos los partidos que he mencionado aquí como pertenecientes al grupo de la extrema derecha puede ser problemático, sobre todo si no se está de acuerdo con que todos ellos comparten un conjunto determinado de factores básicos. Incluso pueden surgir dudas a la hora de clasificar a todos esos partidos como *nuevos* partidos. Y es que no sólo es difícil definir lo que hay de verdaderamente nuevo en ellos, cuando se les compara con otras previas olas de partidos de extrema derecha, sino que también existe el problema de que algunos de ellos son en realidad transformaciones substanciales de partidos formados con anterioridad y ya bien establecidos, como ocurre con los casos del FPÖ o AN (curiosamente, la transformación ideológica de estos dos partidos está siguiendo caminos opuestos: en el primero se avanza hacia un modelo extremista, en el otro hacia la moderación).

Creo que la única forma de determinar si estos y otros casos «dudosos» son verdaderamente ejemplos de partidos nuevos es observar el papel específico que cada uno de ellos ha desempeñado en su respectivo sistema de partidos, y comprobar si, y en qué sentido, este papel ha cambiado (Herzog, 1987). También sería conveniente cierta flexibili-

dad a la hora de determinar qué son casos con y sin éxito de nuevos partidos, incluso desde un criterio únicamente electoralista. Hay que destacar la relevancia teórica de algunos modelos explicativos sobre el ascenso de terceros partidos, que desgraciadamente sólo se han aplicado a contextos específicos de sistemas bipartidistas, como el caso de Norteamérica y del Reino Unido (Eagles y Erfle, 1993). A pesar de ello, conviene destacar que el concepto de terceros partidos no es idéntico al de nuevos partidos, y habría que desarrollar más esfuerzos teóricos para decidir cuáles de los factores explicativos del ascenso de los primeros pueden ser de utilidad para el de los segundos. Por último, y tal y como evidencia el cuadro con las variables arriba presentado, existen problemas a la hora de clasificar las variables según afecten bien al surgimiento, bien al éxito de los nuevos partidos de extrema derecha, bien a ambos. Y por supuesto, tampoco se ha hecho mención específica de la forma en que las diversas variables podrían afectar a los partidos pertenecientes a distintos subgrupos ideológicos, cuestión ésta que no habría que dejar de lado en un análisis posterior.

Deben hacerse dos últimos comentarios: el primero se refiere a la necesidad de que una investigación centre su esfuerzo en niveles distintos del nacional. Ya se ha mencionado la extraordinaria importancia de la estructura organizativa del partido a nivel regional y/o local, para su consolidación como alternativa política. De hecho, los datos en los que se basa este trabajo se refieren al nivel nacional-federal, pero no hay que olvidar que algunos de los partidos escogidos han alcanzado sus más espectaculares resultados en elecciones subnacionales, casi siempre regionales. Por ello, la solidez del modelo aquí presentado sería mayor cuanto mejor soportara la aplicación a distintos niveles de análisis; la segunda observación se refiere a la necesidad de adoptar criterios flexibles para evaluar el impacto de los nuevos partidos de extrema derecha, criterios que incluyan otras medidas de éxito más allá de los resultados electorales. De manera más específica, parece necesario tener en cuenta la influencia de los nuevos partidos en el cambio y adopción de políticas por parte de los partidos en el poder. Puede ocurrir (de hecho, hay claros indicios de ello en el caso francés) que los esfuerzos por privar a la extrema derecha de sus bazas electorales acaben suponiendo la aplicación de algunas de las mismas medidas propuestas por los temidos contrincantes, con lo que en última instancia éstos habrían conseguido ganar la batalla fuera de las urnas, en el terreno ideológico (Rosenstone, 1995; Harmel, 1985). No podemos obviar el hecho, sin embargo, de que esta sugerencia conllevaría la necesidad de discutir el *concepto subyacente de partido político*, pues desde esta perspectiva éste se convertiría en una organización que no tendría como última ra-

zón de ser la de ganar votos, y que por lo tanto se acercaría más al modelo teórico de partido «policy-seeking» que al clásico de «vote-seeking» (Janda y Harmel, 1992).

Bibliografía

- ALBER, Jens. 1989. «Modernization, Cleavage Structures and the Rise of Green Parties and Lists in Europe», en MÜLLER-ROMMEL, Ferdinand (ed.), *New Politics in Western Europe*. Londres: Westview Press.
- BACKES, Uwe y Patrick MOREAU. 1994. «The Extreme Right». *German Comments*, 33: 54-62.
- BARDI, Luciano. 1994. *Party System Change and Anti-Party Sentiment in Italy. Forza Italia, the Lega Nord and Other Things*. Presentado en las «ECPR Joint Sessions of Workshops», Madrid, abril.
- BERRINGTON, Hugh. 1985. «New Parties in Britain. Why Some Live and Most Die». *International Political Science Review*, 6 (4): 441-461.
- BETZ, Hans-Georg. 1993a «The Two Faces of Radical Right-Wing Populism in Western Europe». *The Review of Politics*, 55 (4): 663-685.
- , 1993b «The New Politics of Resentment: Radical Right-Wing Populist Parties In Western Europe». *Comparative Politics*, 25 (4): 413-428.
- BETZ, Hans-Georg. 1994. *Radical Right-Wing Populism in Western Europe*. Londres: Macmillan.
- BLINKHORN, Martin (ed.). 1990. *Fascists and Conservatives*. Londres: Unwin Hyman.
- BRAUNTHAL, Gerard. 1993. «The Rise of Right-Wing Extremism in the New Germany», en Christopher ANDERSON, Karl KALTENTHALER y Wolfgang LUTTARDT, *The Domestic Politics of German Reunification*. Londres: Lynne Rienner Publishers.
- BRÉCHON, Pierre y Subrata KUMAR MITRA. 1992. «The National Front in France: The Emergence of an Extreme Right Protest Movement». *Comparative Politics*, 25 (1): 63-82.
- CASTLES, Stephen y Mark J. MILLER. 1993. *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*. Londres, Macmillan.
- CHELES, Luciano, Ronnie FERGUSON, y Michalina VAUGHAN. 1991. *Neo-fascism in Europe*. Londres: Longman.
- COOPER, Joseph y Louis MAISEL. 1978. «Problems and Trends in Party Research: An Overview», en Louis MAISEL y Joseph COOPER (eds.), *Political Parties: Development and Decay*. Londres: Sage.
- DAALDER, Hans. 1984. «In Search of the Center of European Party Systems». *The American Political Science Review*, 78 (1): 92-110.
- DALTON, Russell J., Scott C. FLANAGAN y Paul A. BECK (eds.). 1984. *Electoral Change in Advanced Industrial Democracies: Realignment or Dealignment?* New Jersey: Princeton University Press.
- DOWNES, Anthony. 1973. *Teoría económica de la democracia*. Madrid: Aguilar.

- EATWELL, Roger y Noel O'SULLIVAN. 1989. *The Nature of the Right. American and European Politics and Political Thought since 1789*. Boston: Twayne Publishers.
- ENELow, James M. y Melvin J. HINICH. 1984. *The Spatial Theory of Voting. An Introduction*. Cambridge: Cambridge University Press.
- FENNEMA, Meindert. 1995. *Some Theoretical Problems and Issues in the comparison of Racist Parties in Europe*. Trabajo presentado en las «ECPR Joint Session of Workshops», Burdeos, mayo.
- GRESS, Franz, Hans-Gerd JASCHKE y Klaus SCHONEKAS. 1990. *Nene Rechte und Rechtsextremismus in Europa*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- HAINSWORTH, Paul. 1992. *The Extreme Right in Europe and the USA*. Nueva York: St Martin Press.
- HARMEL, Robert. 1985. «On the Study of New Parties». *International Political Science Review*, 6 (4): 403-418.
- HARMEL, Robert y John D. ROBERTSON. 1985. «Formation and Success of New Parties. A Cross-National Analysis». *International Political Science Review*, 6 (4): 501-523.
- HAUSS, Charles y David RAYSIDE. 1978. «The Development of New Parties in Western Democracies since 1945», en Lonis MAISEL y Joseph COOPER (eds.), *Political Parties: Development and Decay*. Londres: Sage.
- HERZOG, Hanna. 1987. «Minor Parties: The Relevancy Perspective». *Comparative Politics*, 19 (3): 317-329.
- HUSBANDS, Christopher T. 1988. «The Dynamics of Racial Exclusion and Expulsion: Racist Politics in Western Europe». *European Journal of Political Research*, 16 (6): 701-720.
- HUSBANDS, Christopher T. 1995. *Some Practical and Methodological Problems and Issues in the Comparison of Racist Political Parties in Europe*. Trabajo presentado en las «ECPR Joint Sessions of Workshops», Burdeos, mayo.
- IGNAZI, Piero y Colette YSMAL. 1992. «New and Old Extreme Right Parties». *European Journal of Political Research*, 22: 101-121.
- IGNAZI, Piero. 1992. «The Silent Counter-Revolution». *European Journal of Political Research*, 22: 3-34.
- IGNAZI, Piero. 1994a *The Cultural Basis of Right-Wing Anti-partism: Some Reflections with Referente to France and Italy*. Presentado en las «ECPR Joint Sessions of Workshops» sobre Sentimiento Anti-Partido, Madrid, abril.
- , 1994b *The Extreme Right in Europe: a Survey*. Presentado en el XVI Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Ciencia Política (International Political Science Association), Berlín, agosto.
- , 1994c «La Resurrezione Postfascista». *Il Mulino*, 355: 853-861.
- , 1994d *The Decline of Party and the Rise of New Parties*. Presentado en el Symposium sobre Partidos Políticos, Instituto Juan March, Madrid, diciembre.
- IGNAZI, Piero. 1995. *The Extreme Right in Western Europe: Problems of Definitions and Identification*. Trabajo presentado en las «ECPR Joint Sessions of Workshops», Burdeos, mayo.
- INGLEHART, Ronald. 1991. *El cambio cultural en las sociedades industriales Avanzadas*. Madrid: CIS.

- JACOBS, Francis. 1989. *Western European Political Parties*. Essex: Longman.
- JANDA, Kenneth. 1980. *Political Parties: A Cross-National Survey*. Nueva York: Free Press.
- JANDA, Kenneth. 1993. «Comparative Political Parties: Research and Theory», in Ada W. FINIFTER (ed.) *Political Science: The State of the Discipline*, vol. II. Washington: The American Political Science Association.
- KARVONEN, Lauri. 1994. *The New Extreme Right-Wingers in Western Europe: Attitudes, World Views and Social Characteristics*. Presentado en el XVI Congreso Mundial del IPSA, Berlín, agosto.
- KATZ, Richard S. y Peter MAIR (eds.). 1992. *Party Organizations: A Data Handbook*. Londres: Sage.
- KING, Russell (ed.). 1993. *The New Geography of European Migrations*. Londres: Belhaven Press.
- KITSCHOLT, Herbert P. 1986. «Political Opportunity Structures and Political Protest: Anti-Nuclear movements in Four Democracies». *British Journal of Political Science*, 16 (1): 57-85.
- KITSCHOLT, Herbert P. 1988. «Left-Libertarian Parties: Explaining Innovation in Competitive Party Systems». *World Politics*, 40 (2): 194-234.
- KITSCHOLT, Herbert P. 1989. *The Logics of Party Formation*. Londres: Cornell University Press.
- KITSCHOLT, Herbert P. 1995. *The Radical Right in Western Europe. A Comparative Analysis*. Ann Arbor: The University of Michigan Press.
- KLINGEMANN, Hans-Dieter, Richard HOFFERBERT y Ian BUDGE. 1994. *Parties, Policies and Democracies*. Boulder: Westview Press.
- KRIESI, Hanspeter. 1989. «The Political Opportunity Structure of the Dutch peace Movement». *West European Politics*, 12 (3): 295-312.
- KRIESI, Hanspeter, Ruud KOOPMANS, Jan Willem DUUVENDAK y Marco G. GIUGNI. 1992. «New social movements and political opportunities in Western Europe». *European Journal of Political Research*, 22 (2): 219-244.
- LANE, Jan-Erik y SVANTE O. ERSSON. 1987. *Politics and Society in Western Europe*. Londres: Sage Publications.
- LAPALOMBARA, Joseph y Myron WEINER. 1966. «The Origin and Development of Political Parties», en Joseph LAPALOMBARA y Myron WEINER (eds.), *Political Parties and Political Development*. Princeton: Princeton University Press.
- LAWSON, Kay y Peter H. MERKL (eds.). 1988. *When Parties Fail: Emerging Alternative Organizations*. New Jersey: Princeton University Press.
- LEWIS-BECK, Michael S. y Glenn E. MITCHELL. 1993. «French Electoral Theory: The National Front Test». *Electoral Studies*, 12 (2): 112-127.
- MAIR, Peter. 1987. *The Changing Irish Party System. Organisation, Ideology and Electoral Competition*. Londres: Pinter Publishers.
- MARSH, Michael. 1994. *Theories of Parties and Electoral Behaviour and the Rise of New Parties: Ireland since the early 1980s*. Presentado en el Symposium sobre Partidos Políticos: Roles Cambiantes en Democracias Contemporáneas, Instituto Juan March, Madrid, diciembre.
- MANN, Thomas E., y Raymond E. WOLFINGER. 1980. «Candidates and Parties in Congressional Elections». *The American Political Science Review*, 74 (3): 617-632.

- MELICH, Anna. 1995. *Comparative European Trend Survey Data on Racism and Xenophobia*. Trabajo presentado en las «ECPR Joint Sessions of Workshops», Burdeos, mayo.
- MERKL, Peter y Leonard WEINBERG. 1993. *Encounters with the Contemporary Radical Right*. Boulder: Westview Press.
- MINKENBERG, Michael. 1994. *The New Right in France and Germany; a Comparative Analysis of Changing Cleavage Structures and New Configurations in European Politics*. Presentado en el XVI Congreso Mundial del IPSA, Berlín, Agosto.
- MORLINO, Leonardo y Mattei, FRANCO. 1992. «Vecchio e nuevo autoritarismo nell'Europa Mediterranea». *Rivista Italiana de Scienza Politica*, 22: 137-160.
- MUDDE, Cas. 1994. *Right-Wing Extremist Parties in the Low Countries: Agents of Anti-Party Sentiment or True Anti-Party Parties?* Presented at the ECPR Joint Sessions of Workshops, Madrid, abril.
- MUDDE, Cas. 1995. *What, Who, Why? The Defining of the Extreme Right Party Family*. Trabajo presentado en las «ECPR Joint Sessions of Workshops», Burdeos, mayo.
- O'MAOLAIN, Ciarán. 1987. *The Radical Right: A World Directon*. Essex: Longman.
- PEDERSEN, Mogens N. 1991. «The Birth, Life and Death of Small Parties in Danish Politics», en Ferdinand MÜLLER-ROMMEL y Geoffrey PRIDBAM (eds.), *Small Parties in Western Europe. Comparative and National Perspectives*. Londres: Sage.
- PINNARD, Maurice. 1975. *The Rise of a Third Party. A Study in Crisis Politics*. Montreal: McGill-Queen's University Press.
- POGUNTKE, Thomas. 1987. «New Politics and Party Systems: The Emergence of a New Type of Party?». *West European Politics*, 10 (1): 76-88.
- PROWE, Dietlhem. 1994. «Classic Fascism and the New Radical Right in Western Europe: Comparisons and Contrasts». *Contemporan European History*, 3 (3): 289-313.
- REES, Philip. 1990. *Biographical Dictionary of the extreme right since 1890*. Hertfordshire: Simon & Schuster.
- ROCHON, Thomas R. 1985. «Mobilizers and Challengers. Towards a Theory of New Party Success». *International Political Science Review*, 6 (4): 419-439.
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, José Luis. 1994. *Reaccionarios y golpistas. La extrema derecha en España: del tardofranquismo a la consolidación de la democracia (1967-1982)*. Madrid: CSIC.
- ROTH, Dieter. 1990. «Die Republikaner». *Aus Politik und Zeitgeschichte*. B 27/90: 27-39.
- SANI, Giacomo y Giovanni SARTORI. 1983. «Polarization, Fragmentation and Competition in Western Democracies», en DAALDER, Hans y Peter MAIR. *Western European Party Systems*. Londres: Sage Publications.
- SARTORI, Giovanni. 1976. *Partidos y sistemas de partidos. Marco para un análisis*. Madrid: Alianza.
- SCHMIDT, Michael. 1993. *The New Reich. Violent extremism in Unified Germany and Beyond*. Nueva York: Pantheon Books.

- SCHÖNWÄLDER, Karen. 1991. *The Extreme Right and Xenophobia in Germany*. Presentado en la «ECPR Joint Session of Workshops», Essex, marzo.
- STÖSS, Richard. 1988. «The problem of Right-Wing Extremism in West Germany». *West European Politics*, 11 (2): 34-46.
- STÖSS, Richard. 1993. «Rechtsextremismus und Wahlen in der Bundesrepublik». *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 11/93: 50-61.
- TAGGART, Paul. 1994. *Riding the Wave: New Populist Parties in Western Europe*. Presentado en la «ECPR Joint Session of Workshops», Madrid, abril.
- THRÄNHARDT, Dietrich. 1995. «The Political Uses of Xenophobia in England, France and Germany». *Party Politics*, 1 (3): 323-345.
- «The rise of the outside right». *The Economist*, 15 octubre, 1994.
- VON BEYME, Klaus. 1986. *Los partidos políticos en las democracias occidentales*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- VON BEYME, Klaus. 1988. «Right-wing Extremism in Post-war Europe». *West European Politics*, 11: 1-18.
- WEIL, Frederick D. 1994. *Democratic Legitimation in Tough Times: Germany since Reunification*. Presentado en el XVI Congreso Mundial del IPSA, Berlín, agosto.
- WEIL, Patrick. 1991. «Immigration and The Rise of Racism in France: The Contradictions in Mitterrand's Policies». *French Politics and Society*, 9 (3-4): 82-100.
- ZIMMERMANN, Ekkart y Thomas SAALFELD. 1993. «The Three Waves of Right-Wing Extremism», en Peter MERKL y Leonard WEINBERG (eds.), *Encounters with the Contemporary Radical Right*. Boulder: Westview Press.
- ZIMMERMANN, Ekkart. 1995. *Racist Parties in Germany in the 1990s: Some Emerging Comparative Perspectives*. Trabajo presentado en las «ECPR Joint Sessions of Workshops», Burdeos, mayo.

EL PODER TUTELADOR DE LA JUSTICIA Y EL JUEZ COMO PODER INDEPENDIENTE

Isidoro Alvarez Sacristán

Doctor en Derecho.

Magistrado.

Sumario: I. El poder tutelador de la justicia. 1. Introducción. 2. ¿Es *poder* el poder judicial? 3. El mandato tutelador del artículo 24 de la C.E. 4. El papel mediador del Juez. 5. El elemento personal de la tutela judicial. 6. La tutela ordinaria y el amparo. 7. El derecho a un proceso justo. II. El Juez como poder independiente. 1. Antecedentes. 2. La independencia como término difuso. 3. El sometimiento a la Ley. 4. Independencia e interpretación. La contaminación política. 5. La independencia sociológica. 6. La independencia orgánica. 7. La independencia extrajudicial. 8. La responsabilidad.

I. EL PODER TUTELADOR DE LA JUSTICIA

1. Introducción

Una fuente de la Carta Magna española obliga a los juzgadores a otorgar (y a todos a **obtener**) la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Tal derecho fundamental, que tiene una naturaleza **constitutiva**, tiene múltiples posibilidades de ejercerse. Bien sea a través de la acción legitimatoria de los particulares —elemento personal—, bien por medio de los procesos correspondientes —elemento instrumental— o por medio, siempre, de la acción del Juez —elemento jurisdiccional—.

A través de los jueces es por el único cauce por el que se obtiene la tutela **efectiva**. Si bien el poder ejecutivo debe cumplir los derechos fundamentales que la norma superior ampara, como mandato a que se refiere el artículo 9.1 CE y que ordena a los «poderes públicos» observar la Constitución, lo cierto es que quien se siente perturbado en su derecho tiene un único medio tutelador a través del cauce jurisdiccional. Se convierte al Juez, así, en guardián de la norma y cuyo compro-

miso de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado alcance caracteres *subliminales* para adentrarse en otro mundo que es tangencial con el Derecho. Estamos refiriéndonos a la ética, a la deontología, el arte de juzgar, a la equidad. Todas las virtudes —u obligaciones morales— que no son cuestiones estrictamente técnico-jurídicas.

Un Juez tutelador entremezclado en los avatares sociológicos de la caridad o la misericordia no le permite la objetividad de la **efectividad** de la norma. Por el contrario un Juez inquisidor, que vaya más allá del rigor de la ley, que no juzgue con las normas interpretativas, que se olvide de la equidad, y que encorsete el brocardo *sic lex sic iudex*, puede tergiversar el principio de la **efectividad**. Porque tal expresión no se termina en el simple acceso a la jurisdicción, sino que va más allá de la actuación burocrática de los Tribunales. No sólo la tutela se refiere al derecho de la prueba, a las dilaciones indebidas, a la posibilidad de que otro Tribunal pueda ver el litigio, sino que la **efectividad** exige que el poder esté signado por el halo de lo que se ha llamado —tildado de anacrónico, es verdad— el «arte de juzgar», al que se refiere Entrena Klett¹, considerando que «la cualidad que los ha transformado de meros técnicos (a los jueces) en **artistas** del Derecho ha sido su sentido de lo justo, la equidad». No es una norma que se hubiera sustantivado en las Leyes de una manera clara (en algunas sí se especifica, como por ejemplo en el artículo 106 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre), sino que se encuentra en los supuestos del artículo 3 del CC, que debe aplicarse **ponderadamente** cuando se interpreten las normas, sin que se «descanse» en ella de una forma exclusiva. El peligro de la equidad no está en que se sea más o menos rígido o flexible sino en el peligro de que se subjetivice de tal manera que se planteen y resuelvan de distinta forma litigios sustancialmente iguales, sobre la base del talante del juzgador. La justicia así aplicada ya no es efectiva, sino discriminatoria y arbitraria. La **equidad** no es una fuente del Derecho —para su aplicación pura está el arbitraje privado— sino que se configura como un criterio de **interpretación** de una manera «ponderada» (consideración imparcial) en concurrencia con otros factores y nunca, desde luego, *contra legem*, ya que la **equidad sigue a la ley** (*aequitas sequitur legem*), y debe administrarse con mesura y equilibrio para que el convencimiento de que se ha aplicado con corrección la norma llegue a todos los litigantes; porque no hay mayor **efectividad** que mejorar la opinión del justiciable, sea beneficiado o perjudicado con la decisión final.

¹ Carlos M.^a ENTRENA KLETT, *La equidad y el arte de juzgar*, Aranzadi, Pamplona, 1979, p. 84.

Porque el Juez, como tutelador de la justicia efectiva, no es un simple instrumento técnico —lo que le deshumanizaría— ni es una calculadora a la que le dan los datos de las partes y aplica la norma de una manera mecanicista, sino que debe gozar de la prístina claridad de quien se siente dotado de un **poder** que procura la paz social, hace viable la convivencia privada, reprende a la Administración Pública o protege libertades. Su actuación, por tanto, no es de simple técnico, ni de funcionario sujeto a normas burocráticas. La labor tuteladora y **efectiva** se desmarca de los principios tecnócratas para adentrarse en la sublime tarea de preservar los valores superiores en una sociedad democrática. El **poder** no es otro que un poder derivado —como ya hemos dicho— pero cuya **efectividad** no se consigue en plenitud si no está signado por la norma ética y amparado por la equidad en la aplicación de la Ley, pero no extramuros de ella. Esa es la **tutela** intrínseca de la que está apellidado el **poder judicial**.

2. ¿Es poder el poder judicial?

Las voces más recientes llevan a manifestar de una forma nueva que los poderes del Estado, más que por una rivalidad, pasan por una **influencia recíproca**², preguntándose cómo explicar que el control del Juez viene impuesto por el poder político. Nada más tenemos que observar el sistema de nombramiento de los miembros del Poder Judicial en España, para contestarnos que ello es cierto. Pero en mayor medida en la forma de acceso al Tribunal Supremo.

Si bien el Poder judicial responde a la teoría clásica de división de poderes, no podemos por menos de declarar que una política judicial no puede empañarse con una judicialización política. Y no salimos de nuestro asombro cuando oímos hablar de la «derecha judicial» o de la «izquierda judicial». Más sorpresa nos causa —como si estuviéramos en el siglo XVIII— que nos hablen de jueces *progresistas* o jueces *conservadores*. Casi siempre quienes hacen esta clasificación desean que en la sociedad existan clases y permanecen anclados en ideas —y sobre todo terminologías— que están caducas. (Así, quienes se titulan **progresistas**, emplean el término «patrón» para referirse al empleador o empresario; como se ve, lo que quieren conservar es una diferenciaclista entre señor y siervo. Al que llaman **conservador**, sin embargo,

² Antoine GARAPON, *Juez y Democracia*, F.V. (sin cita de edición, Depósito legal B., para la edición castellana. Odile Jacob, París 1996) 1997, p. 37.

quiere una sociedad **participativa** en lo social en que desaparezca el término —y la actitud— «patronal», y en la figura de «empresario» se concentren los factores de la producción predominando lo humano.) Como se ve, los progresistas (?) están anclados en el pasado, mientras que los denostados **conservan** una actitud moderna y social. Quienes desde el Poder político se proclaman progresistas, desean un cambio en la composición del Poder Judicial acorde con su ideología monorrítmica y atemporal, para acceder a la imposición de su ideología; por el contrario, quienes desean un moderno concepto del Poder Judicial pretenden la constitución de éste por medio de un sistema democrático y social que lo haga **independiente** de las ataduras revolucionarias de la ideología más tiránica. Retomando la idea, la representación que concede el pueblo a los partidos políticos ha de manifestar la **voluntad popular**, que no es lo mismo que la emanación de un poder. Por este camino llegaremos a decir que una sentencia es de derechas o de izquierdas.

Tales apellidos causan rubor en una sociedad democrática —que debe alejarse de la trasnochada decimonónica dicotomía ideológica— pues los jueces son, por ley, independientes y sometidos al imperio de la Ley.

Es cierto que la idea democrática ha de ser cambiante, como lo es la propia sociedad. Las últimas corrientes sobre la **reinterpretación** de la democracia dejan constancia de que «la democracia no descansa solamente en las leyes, sino sobre todo en una cultura política» (Alain Touraine). Pero añadimos que debe ser atendida como organización de la *polis* en que los poderes diferenciados estén al servicio de la sociedad. Un poder —el Judicial— que no se vea desdibujado por la consonancia con los otros poderes a los que le unen los siguientes caminos: A) Una sonda **vigilante** para que los «excesos» de los otros poderes sean controlados bajo la legalidad. Si quienes tienen que ser controlados nombran al controlador, la vigilia desaparece o se atenúa en los brazos del sueño prevaricador. Claro que se puede argumentar y preguntar ¿quién controla al controlador? La pregunta no está exenta de demagogia y sólo la hacen los que no desean ningún tipo de responsabilidad. B) Una **norma** para que las decisiones no sean arbitrarias, de manera que recibe el mandato legal del pueblo a través del parlamento. Pero una cosa es el **mandato legal**, y otra cosa el nombramiento. Cuando el Poder Legislativo dicta las leyes y se publican en el periódico oficial, han cumplido su misión y la tutela legislativa pasa a depender de otro Poder: el que tiene la misión de ejecutar. C) Por fin la relación con el Poder ejecutivo en una doble tarea: 1) por un lado, la vigilancia para que no se exceda aquel en su misión organizativa; 2) por otro,

para que pueda coordinar de alguna forma las distintas facetas de la misión juzgadora (tales los edificios, el personal, la relación con los operadores jurídicos, etc.)³.

Cada una de ellas es una «intensa vigilia» a que se refería Maeztu. Porque la democracia no es sólo un sistema de elección más o menos puro, sino el acercamiento de las decisiones a las carencias del bienestar, es la tutela ejercida por el **poder** que desde la legitimidad del pueblo **vigile** a todo el entramado social. Un poder **derivado** siempre estaría maniatado al cauce de la ideología, apresado por quien le nombra.

Los apellidos a que nos referíamos antes claman al cielo en una Constitución que no los menciona y que la sociología o los poderes mediáticos tergiversan. El sometimiento a la Ley releva de cualquier apellido. Pero claro, si son nombrados por los partidos políticos, que ellos mismos se sitúan en el progreso —la mayoría de las veces falso y lo que llaman progreso es inmovilismo o vuelta atrás— o conservadurismo, no nos extraña que tales epítetos se endilguen a los jueces. El Poder Judicial es más serio que una película de buenos o malos. La Justicia —el Poder Judicial— no puede andar mercadeando decisiones bajo los aleatorios acuerdos de otros poderes. Nos bastaría que estuviera signado por la **ética judicial**, para juzgar, nombrar a los miembros de los Altos Tribunales, ejecutar lo juzgado con una profesionalidad fuera de toda intervención partitocrática.

Desde la Ley que regula el Poder Judicial podemos entresacar una serie de **atribuciones** que conforman el poder.

A) Poder **consultivo**. Emitir informe sobre los proyectos de ley que afecten a demarcaciones judiciales, Estatuto de Magistrados, Jueces, Secretarios Judiciales, y resto de personal al servicio de la Administración de Justicia. Leyes Penales, y las de «aspecto» (sic, art. 108 LOPJ) jurídico-constitucional. Tal consulta no es vinculante, porque, es obvio, no tiene la misión ni de proponer leyes (ejecutivo) ni de elaborarlas (legislativo).

Ser «oído», en el nombramiento del Fiscal General del Estado.

B) Poder **decisorio**. Con respecto a nombramientos de altos cargos de la Justicia. Así propone el nombramiento de dos miembros del Tribunal Constitucional (art. 159.1 CE y 107.2 de la LOPJ). Propuesta de nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo (que lo es del CGPJ).

³ Nos acercamos así a la idea de LOCKE, que combina el ejecutivo y el judicial. Comentado por GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Taurus, Madrid 1972, pp. 26 y ss.

Nombramiento de Magistrados del Tribunal Supremo, de Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia y de Audiencias Provinciales. A quienes argumentan que tal «poder» es exclusivamente funcional se les escapa que los miembros que componen el Consejo son nombrados a su vez por el Poder Legislativo mayoritario en las Cámaras y cuyos candidatos van a presidir la cúpula decisoria de litigios entre Administraciones Públicas o dictar sentencias sobre cuestiones de gran repercusión social y política.

C) Poder **burocrático**, sobre inspección de juzgados y tribunales, presupuestos, publicaciones, etc.

D) Poder **formativo**. La selección, formación y perfeccionamiento de los Jueces es competencia del Poder Judicial, que en numerosos casos se transfiere a —o por lo menos se comparte con— las Comunidades Autónomas. La formación inicial y los reciclajes de los jueces tienen tanta importancia que de su eficacia depende la decisión final del juzgador. Una formación dirigida a una interpretación retorcida del Derecho ya dijimos más arriba que nos lleva a un uso alternativo del Derecho y que repugna a la balanza de la justicia y se contamina con otras apetencias o intenciones que las de llevar a la sociedad al establecimiento de un Estado Social y Democrático de Derecho.

E) Poder **creador**. Hay una tendencia doctrinal⁴ sobre teorizar ante la posible «capacidad de producción de normas». Se basa —Asís Roig— en que la actuación de los jueces tienen un valor jurídico real o «la interpretación de los enunciados». Bien es cierto que el artículo 1.6 del CC establece como complemento del ordenamiento jurídico la **doctrina** del Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Es un poder con **trascendencia** normativa, alcanzando, en ocasiones, una fuerza unificadora para paliar la posible inseguridad jurídica. A veces, cuando el TS se «enfrenta» a una interpretación no conforme a la idea que de ella tenía el legislador, un cambio legal clarificador puede revocar aquella decisión. Nos encontramos ante un choque producido por una idea de la norma no acorde con el espíritu que imperaba la promulgación. Muchas veces, las «criptográficas» redacciones de las leyes tienen que llevarse a la aplicación por la interpretación de ellas que hace el Alto Tribunal. La falta de técnica jurídica de muchas leyes redactadas por tecnócratas debe ser ponderada por los Tribunales.

La relación entre los puntos E) y B) se hace evidente. Si se toma la decisión de nombrar a unos cualificados Magistrados —como una

⁴ Rafael DE ASÍS ROIG, *Jueces y normas*. Pons, Madrid 1995, pp. 54 y ss.

determinada tendencia— para el Tribunal Supremo al que le llegan asuntos o litigios de clave importancia en la vida política o económica, o sobre determinados procesos a altos cargos del Estado, no cabe duda de que la decisión del nombramiento anterior puede decantarse por una inclinación u otra. No estamos hablando de una interpretación subjetiva ni, por supuesto, prevaricadora, pero sí de una «atención» más proclive —por un humano razonamiento jurídico— a interpretar la ley por cauces permitidos por la norma, pero acordes con la **actitud** nombradora.

3. El mandato tutelador del artículo 24 de la Constitución

El artículo 24 de la Constitución española es, a nuestro juicio, un «apretado» concepto tutelador y con una clara vocación de **garantía** en las relaciones judiciales. Y fijándonos en la palabra, no he dicho jurídicas, que van por otro camino de los derechos fundamentales —que más tarde comentaremos—, sino que se centran en la **relación** del ciudadano con la justicia. El mismo Tribunal Constitucional ha dicho que tal precepto tiene «un contenido complejo» (s. 89/1985 de 19 de julio), y que su redacción «no ha conseguido expresar nítidamente el reconocimiento del Derecho a la jurisdicción»⁵. El párrafo primero —que no es un dechado de perfección redaccional— dice así:

«Todas las personas tienen el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

Desmenuzando el precepto podemos advertir las siguientes connotaciones: 1) Cuando se refiere a todas las personas, se configura sin matices ni discriminación, sean personas físicas, jurídicas o entes colectivos. El concepto de persona, como es obvio, no es mismo que el del ciudadano a que se refiere el artículo 9.1 de la CE, pero al estar precedido del adjetivo «toda», no excluye a ningún ente que goce de la suficiente «personalidad». La tutela de los denominados «derechos» de los animales se encuentra también protegida por la acción que puedan interponer las **personas** o las asociaciones que los defiendan. 2) El derecho a que se refiere el artículo es una situación **permanente** de acción, pero

⁵ Angela FIGUERUELO BURRIEZA, *El Derecho a la tutela judicial efectiva*. Tecnos, Madrid 1990, p. 29.

que no se ejerce hasta que se ve conculcado. Ello ha permitido distinguir entre la **acción y la pretensión**⁶, cuestión de la que ya nos ocupamos⁷ y que quedó claramente configurada en el trabajo de Guasp⁸. Sabemos que nuestros derechos se encuentran custodiados y vigilados por las normas constitucionales, nuestra acción permanece en reserva hasta que el derecho es conculcado y, en ese instante, se pone en marcha la misma a través de la pretensión, que lo que desea es «**obtener**» la respuesta de los tribunales. Acción y pretensión son dos momentos cronográficos distintos, pero que persiguen un mismo fin: la respuesta judicial. La acción es una consecuencia del ejercicio del derecho, la pretensión es una situación o momento con el que inicia un proceso, ambas son poseedoras potenciales de una satisfacción. 3) Todavía no hemos llegado al concepto de tutela efectiva, estamos en la posibilidad de obtención. Es un derecho de acceso (Figueruelo) para la petición de tutela cuando se conculca —o así se cree— un derecho individual o colectivo. No es la obtención de un guarda o vigilancia por medio de sistemas policiales de represión, acción protectora de los bienes y vidas, ni un derecho de ejercicio privado de los negocios jurídicos, sino que se enmarca en la **obtención, previo ejercicio —acción— volitivo ante los juzgados —pretensión—** de la satisfacción de un derecho. 4) El lugar no puede ser otro que los Juzgados y Tribunales, como componentes del Poder Judicial. La jurisdicción no protege en el sentido **ejecutivo** del poder, sino que se sitúa en un amparo una vez que el derecho ha sido conculcado. Podemos decir, con Figueruelo⁹, que el derecho a la jurisdicción es un «**concepto instrumental**». Aunque es un «instrumento» signado por tres pluses: a) que responde al ejercicio de un **poder** ciudadano como un derecho de **los demás** (art. 10.1. CE) y cuyo ejercicio compone, entre otros, la paz social; b) está alimentado por uno de los derechos fundamentales garantizados por la CE (art. 9.3) cual es la «seguridad jurídica»; y c) nadie más que los jueces puede ofrecer la tutela; es decir, que si la **efectividad** de la misma pudiera

⁶ FIGUERUELO, *op. cit.*, p. 31.

⁷ Isidoro ALVAREZ SACRISTÁN, *La pretensión en el proceso laboral*. RL, Madrid, n.º 19, 1989, pp. 8 y ss.

⁸ Jaime GUASP DELGADO, *La pretensión procesal*, Civitas, Madrid, 2.ª ed. 1985, p. 75. «La pretensión procesal en cuanto declaración de voluntad es, pues, esencialmente una petición, y en este aspecto, conjugando los elementos subjetivos y objetivos ya conocidos, cabe sostener sin reparo que es una petición de un sujeto activo ante un Juez frente a un sujeto pasivo sobre un bien de la vida.» (Nosotros diríamos que es sobre un derecho.)

⁹ Angela FIGUERUELO, *op. cit.*, p. 31.

obtenerse por otras vías —arbitrajes, laudos, dictámenes, etc.— los jueces no tendrían la prerrogativa que les concede la CE de ser los únicos que pueden ofrecer una **efectiva** solución de sus demandas. 5) La tutela a que se refiere el precepto es para la protección de los **intereses legítimos**. Tal expresión no tiene una resolución unívoca, pues el interés legítimo no es otro que aquél que se corresponde con la legitimación para ser parte en un proceso, mientras que desde la sustantividad del Derecho tal interés puede situarse *ex* antes del proceso. Pero si relacionamos —y no puede ser de otra forma— el **interés legítimo** con el acceso a la **jurisdicción**, tal interés se procesaliza y se **garantiza** sólo a quienes ostenten la legitimación. Pero si tal acceso es ejercitado por quien «detenta» el interés, sólo a través del proceso se podrá saber si está legitimado para comparecer ante el órgano tutelador, o no. Por lo tanto, el interés legítimo desde el acceso constitucional a la jurisdicción es una tutela de la Carta Magna, pero no se virtualiza nada más que a través del proceso¹⁰. El Tribunal Constitucional así lo tiene dicho:

«el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse satisfecho con una resolución de contenido meramente procesal, siempre que se base en una argumentación fundada y razonablemente derivada de las normas procesales que resulten de aplicación» (S. 11 de julio 1994, BOE 4-8-94).

Con este planteamiento la sentencia que se cita quiere que la legitimación tenga una **conexión** con la acción-pretensión, o, lo que es lo mismo, con el **proceso**. El acceso es para «todos», pero una vez en él se decidirá su legitimación. De manera que los **legitimados** constitucionalmente pueden no estarlo procesalmente, y por eso no quiebra la tutela jurisdiccional, ya que el poder de ejercitar la acción, responde el Poder con acceder a ella, pero pasándola por el tamiz de las Leyes procesales. La duda surge enseguida: si todos tienen derecho a obtener la tutela, ¿por qué a uno sí y a otros no? La respuesta es bien obvia, el

¹⁰ El problema de la legitimación ha sido complicado y mucho más nos lo complica la Constitución, pues bastaría con dejar sentado que se accede por interés, ya que hasta que no se accede al proceso no se sabe si es legítimo o no. Desde CALAMANDREI, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, p. 261, hasta MONTERO AROCA, *La legitimación en el Proceso Civil*, Civitas, 1994, pasando por el trabajo de Antonio ESTEBAN DRAKE, *El Derecho Público subjetivo... y el problema de la legitimación procesal*. Civitas, Madrid, 1990, el problema no ha sido resuelto con claridad, dada la complejidad de las relaciones privadas y el acceso subjetivo a la jurisdicción.

concepto de **efectiva** no quiere decir estimada, ni quiere decir que los **intereses** particulares estén signados por el Derecho. Un interés particular puede ser tan legítimo como el del contrario, pero sólo uno de los dos es poseedor de la justicia. Ahora bien, aun a pesar de que se invoque un **interés legítimo**, las normas procesales pueden impedir su acceso. Bien por no estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 2 LEC) o bien por falta de representación, o por no reunir alguno de los requisitos **procesales** de la legitimación.

Es evidente que el acceso a la jurisdicción —ya que no son órganos consultivos— sólo resulta eficaz para el proceso cuando los derechos han sido **violados**. Esta es la expresión a que hace referencia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.3.): «toda persona cuyos derechos y libertades... hayan sido **violados**...». La protección de los derechos y libertades no corresponde al Poder Judicial sino al Ejecutivo, sólo cuando se **violan** aparece la tutela del Juez.

4. El papel mediador del juez

Al principio del capítulo, advertíamos de los elementos que podían componer la acción-obtención de la justicia. Entre ellos el elemento **jurisdiccional**. Dentro de este elemento, se sitúa el **juez** como hacedor **independiente**¹¹ y con un papel de **mediador**¹², pero «sinónimo de libertad e igualdad»¹³ y garante de un Estado Democrático y Social de Derecho. Lo que está haciendo el Juez es «propugnar» ni más ni menos que un valor superior cual es la **justicia**, sin la que no sería posible ni la libertad, ni el pluralismo político que proclama la Constitución. Tiene razón Peces Barba que la **justicia** «o es sinónimo de libertad e igualdad, o está vacía de contenido o produce más problemas que los que resuelve su utilización»¹⁴.

Como valor superior **trasciende** el Estado de Derecho, pues para su eficacia pasa por el imperio de la Ley, la garantía jurídica, la división de poderes y la sumisión del Poder ejecutivo al principio de legalidad¹⁵.

¹¹ Sobre la independencia judicial ya tratamos en el capítulo segundo.

¹² Teoría de Lucas VERDÚ criticada por Gregorio PECES BARBA, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid 1986, p. 147. El papel de la justicia se acerca más al elemento instrumental que al jurisdiccional.

¹³ *Op. cit.*, p. 146.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Como concepto eje del «Estado de Derecho» a que se refiere Oscar ALZAGA, *La Constitución española de 1978*, Foro, Madrid, 1978, p. 77.

Es evidente que ante esta presencia de la justicia, el papel del Juez es, si no de mediador, por lo menos de **conciliador**, para que se cumpla la glosa que de las Partidas hacía Gregorio López: «todos los juzgadores deben ayudar a la libertad, porque es amiga de la natura»¹⁶.

Este papel pasa por los siguientes parámetros:

A) Entre la **libertad y justicia**. Parecería que cuando se coloca re-daccionalmente en un mismo plano a los *valores* libertad —juntamente con igualdad y pluralismo político— y justicia son de idéntica naturaleza. Evidentemente no es así, pues, en todo caso —como apunta Alzaga—, no son superiores *del* sino, en todo caso, superiores *al* ordenamiento jurídico. Decir que la **justicia** es un valor superior de su ordenamiento **jurídico** es un pleonismo. ¿La justicia es superior a lo jurídico, o lo jurídico debe ser justo? Que la propia Constitución nos sitúe en tantas dudas filosóficas no deja de ser una paradoja. Por lo menos, la justicia protege la libertad y, por ello, los jueces *examinan* los **valores superiores** a los que amparan, y condenan los *disvalores* a los que proscriben. Tal amparo camina por el aforismo de Bacon «el Magistrado es la ley parlante; la Ley es el Magistrado silencioso». Si bien la CE ordena a **todos** promover los valores, el Tribunal Constitucional ha dejado dicho que «la obligación de los poderes públicos que es promover la real y efectivamente las condiciones para la *libertad* y la igualdad de individuos y grupos...» (S. TC 19-12-1994). Cuando ese mandato no se cumple aparece la **jurisdicción** a través del juez. La tutela judicial que proclama la Constitución, lo es para los derechos, y para las **libertades**. Cuando al amparo de tales libertades, el individuo o la persona puede elegir entre varias opciones vitales —S. TC 18-6-1989— que se le presentan de acuerdo con sus preferencias e intereses, y alguien se opone a ello, el **acceso** a la jurisdicción —elemento instrumental— concede el Poder una actuación *personal* de un juez. Lo de menos es el nombre que le demos, lo importante es que acude a **mediar** (estar en medio, poner paz, arreglar). Bien es cierto que no es un árbitro ni un componedor de controversias, sino supremo —y único— tutelador de la **libertad**.

B) Entre **Poder y poder**. Una tarea difícil, pues nos estamos refiriendo a los «poderes públicos». A las controversias entre varias Administraciones; entre los «poderes» fácticos o los «poderes amediáticos». Ardua tarea la de los juzgadores. Cuando se trata de actos de la Administración sujetos a Derecho administrativo y las disposiciones reglamentarias es al orden jurisdiccional —a sus jueces— a quien corresponde la atención

¹⁶ Gregorio LÓPEZ, *Glosa a las Partidas*, L.I., Tít. 34, Part. VII.

(art. 9.4 LOPJ). Y también cuando se trata de actos de las Comunidades Autónomas, el control corresponde a la misma jurisdicción contenciosa-administrativa.

Una influencia de otros poderes ante el juez puede llevarle a decidir sobre una **realidad** que escapa de la legalidad. Se dice que «el juez garantiza los intereses de la justicia, ya no como antes, sino manteniendo con la realidad que se le encomienda una relación de nuevo tipo, a la vez más concreta y más atenta a ciertos principios (y) le corresponde al juez actualizar y contextualizar sin descanso su espíritu. No se trata por tanto de una capitulación de la justicia sino, por el contrario, de su preocupación de asumir la pérdida de criterios sustanciales de justicia querida por la democracia¹⁷. Bajo estas palabras que *entierran un criterio único de verdad*, al decir de Garapon, el juez accede por la vía interpretativa en el fiel de su labor de **centro o mediación** en la interpretación de la realidad social (cuestión que, por otra parte, quiere que así sea el art. 3 del CC).

Las normas que debe aplicar el juzgador son cambiantes y la cadena de situaciones sociológicas que influyen en las leyes y, por supuesto, en los jueces, que si no están avezados en la impronta del cambio social, pueden producir con sus decisiones el pernicioso divorcio entre la realidad social y la anacrónica norma jurídica, determinando una **ucronía** que, por un lado, produce en el justiciable una sensación de desamparo y, por otro, un desajuste sociopolítico de consecuencias imprevisibles¹⁸. Reconociendo que, de momento, no existe un mecanismo, ni político ni social, que pueda desarrollar la norma en el impreciso momento en que se produce el cambio social, hemos de acudir al momento de su aplicación —allí sí hay momento preciso histórico— y adaptar el cambio social al Derecho. Es evidente que el *hecho social* o la conducta individual se aprecia de distinta manera según la época, el lugar o las personas. El Derecho es **contestado** por la sociedad, al contrario que en épocas pasadas para juridificarlo. Pero la llamada espontaneidad del hecho social dificulta la reacción súbita del Derecho; que, aunque vivo y cambiante, no puede aplicarse desde una **directriz** sociológica transida de veleidades extraparlamentarias, nacidas de acciones fugaces o improntas de minorías no consolidadas en el poder legislativo.

Si el artículo 3 del CC nos marca que el juez debe interpretar la norma conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser

¹⁷ Antoine GARAPON, *op. cit.*, p. 248.

¹⁸ Isidoro ALVAREZ SACRISTÁN, «La interpretación de la norma conforme a la realidad social». *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, n.º 5/1987, pp. 71 y ss.

aplicadas, lo hace bajo la sabia decisión de dar luz a la norma antigua u oscura. Una luz que no puede ampliarse sobre un hecho social aislado en el tiempo y en el espacio, sino que debe estar armonizada con el contexto del resto de la normativa. Esto es así porque las circunstancias o situaciones sociales en las que se produce el nacimiento de una ley —proposición, discusión o desarrollo parlamentario— están presididas por movimientos ideológicos, transacciones políticas, influencias o presiones, quizás huelgas; y pasadas aquellas situaciones queda la letra. La tarea no es fácil, como lo dijo el TS en sentencia de 22 de abril de 1986:

«El elemento sociológico, como criterio interpretativo previsto en el artículo 3.1 del CC, se halla integrado por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico; datos que deben valorarse con cautela, ya que estos factores, aparte de que no pueden nunca autorizar al intérprete para modificar o inaplicar la norma, y sí sólo para suavizarla hasta donde permita el contenido del texto que entra en juego, requieren en su utilización mucho *tino y prudencia*, porque envuelven grave riesgo y arbitrariedad al entregar al *criterio subjetivo del juez* apreciaciones tan delicadas como la conciencia moral de un pueblo»

Como se puede apreciar —el subrayado es nuestro— nos lleva a la dicotomía entre subjetivismo-objetivismo. No puede llegarse a una apreciación «subjetiva y sentimental del intérprete», como argumenta Batlle¹⁹, sino que tal decisión no es **permisiva sino interpretativa** en conjunto con otras realidades. No se trata, por tanto, de una **mediación permisiva**, como algunos piensan, sino de que el espíritu de la norma no se convierta en entelequia pasado el tiempo de su promulgación. Su empleo —como se dice en la exposición de motivos de la reforma del CC de 1974 y que la doctrina ha seguido— es «ciertamente muy delicado» y, como nosotros hemos subrayado, debe emplearse con «tino y prudencia», ya que su utilización no está exenta de subjetivismos jurídicos, pues la llamada **directriz sociológica** no puede ser un cajón de sastre del que se sacan adminículos que, como dice el refrán, igual valen para un roto que para un descosido. La norma, como recuerda la doctrina jurisprudencial constantemente, no puede interpretarse de una forma aislada sino que debe serlo a través de lo **contextual**, lo **histórico**

¹⁹ Manuel BATLLE VÁZQUEZ, *Comentarios a las Leyes Civiles*, Madrid 1979, Tomo I, p. 84.

y lo **social**. La *mens legislatoris* de los días de su promulgación debe inspirar la objetivación actual, es un salto de **mentalidad**. El juez que no esté preparado con tal avío no podrá adoptar en su decisión las nuevas concepciones jurídicas. Debe primar, por tanto, la interpretación **coetánea** al situarse entre los **poderes. Tiempo** y realidad social componen el binomio por el que quien juzga ha de hacer discurrir sus decisiones. Ya no es el funcionario que aplica el Reglamento, que se sabe de memoria los códigos o que estudia, en aislamiento, la construcción correcta de una sentencia técnicamente perfecta, sino que su realidad social hace que sea partícipe de su entorno, de *su* cambio, de *su* devenir. Se convierte así en un segundo intérprete de lo que demanda el pueblo (el primero es el Parlamento). Ahora bien, la realidad social no es sólo su contenido sociológico (encuestas de opinión o **poder** mediático), sino que está signada de contenido jurídico. Y éste no puede ser otro que la asunción por el intérprete de los valores constitucionales. Ya lo dijo el Tribunal Constitucional: entre varios sentidos posibles de una norma o entre varias interpretaciones hay que aplicar la **más ajustada a la Constitución**. Lo que se desea es que los juzgadores que se sitúan entre los poderes sean hombres *vivenciales*, asequibles a la modernidad, diseñadores de la realidad social, pero siempre teniendo presente la juridicidad permanente, pues la justicia no puede seguir a fugaces veletas sino a una realidad consolidada como valor superior.

C) Entre poder **público** y poder **privado**. Cuando el artículo 106 de la CE ordena a los Tribunales que **controlen** la potestad reglamentaria y la legalidad en la actuación administrativa, y cuando el artículo 53 CE liga a «todos los poderes públicos» a guardar y respetar los derechos y libertades, está ordenando a los jueces a soportar la carga de ser vigilantes de las decisiones de la Administración Pública con respecto a las administradas y la salvaguarda de aquella de las decisiones injustas de los ciudadanos o de otros entes sociales. Para algunas interpretaciones²⁰ el Derecho privado es servidor de la clase media como concepción neoliberal y que subordina, por tanto, el derecho privado a la realidad económica. Nada más lejos de la realidad; por la mediación del juez, al contrario, se ampara la decisión unilateral del Poder ejecutivo alejándolo de la prerrogativa *o factum principis*, pues el ciudadano no es *servidor* del Derecho Público, es decir, de la **unicidad** del Estado, sino que es agente en convivencia constante con las normas

²⁰ Ulrich MÜCKENBERGER y Dieter HART, «La formación de los juristas...», con BARCELONA, en *La formación del jurista*, Civitas, Madrid, 1991, p. 71.

dentro de un Estado **democrático y social de Derecho**. Quiere decirse que no está a merced del gobernante más caprichoso ni éste de la omnímoda presión de grupos o personas. Al Juez le corresponde ser el garante no de clase, como quiere Mückenberger, sino de los derechos de las personas que «le son inherentes».

Queda claro que en todas las sociedades regidas por un Estado Democrático, las Administraciones Públicas están sometidas a la ley. Es, al decir de Larenz²¹, una «**estrecha vinculación**», asegurando la decisión final del Parlamento y «**controlados por los Tribunales Administrativos** si sus decisiones son jurídicamente vinculantes para los ciudadanos». Es cierto que —como sigue diciendo Larenz— «el funcionario también interpreta la ley cuando la aplica; pero si el asunto se convierte en litigioso, el Tribunal decide si su interpretación era o no la correcta. En esta medida se puede hablar de un monopolio judicial de la interpretación». Es una decisión judicial que no le vincula a la Administración, por más que ésta sirva los intereses generales ya que el **valor superior** está, por evidente interpretación gramatical, por encima de cualquier decisión afectativa. El control del juez consiste, como argumenta Parejo²², en comprobar si existe contradicción o no entre el ordenamiento y la decisión administrativa. Tal acto administrativo puede afectar a otra administración o los ciudadanos; y en sentido contrario, el Juez **controla** las actuaciones ciudadanas que pueden perjudicar al patrimonio público.

Otra cuestión de la que ya hemos apuntado alguna tesis es la mediación controladora entre la actuación del **poder** político cuando éste se excede de sus funciones democráticas y constitucionales. No es de extrañar, por tanto, que se trate de mediatizar a través de los partidos políticos la decisión judicial.

D) Entre **poder judicial y poder orgánico**. Es lo que puede llevar a «*controlar al controlador*». Dos cuestiones aparecen —y de grave trascendencia— en las tomas de decisión del juzgador que debe juzgar a otros iguales: 1) la procedencia nominativa de quienes deben emitir juicio y, 2) la desaparición de la prerrogativa que tenían los jueces de someterse al «antejuicio». La primera cuestión objeto de controversias mediáticas debe estar alejada de toda duda de que los jueces que decidan la responsabilidad —sobre todo penal— de otros compañeros no se vean coartados por influencias exógenas al poder que el pueblo les ha dado. Si la influencia es política al socaire de que

²¹ Karl LARENZ, *Derecho justo*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 166, 168.

²² Luciano PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar...*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 58.

los partidos son los auténticos elegidos por los ciudadanos, la cuestión se complica más; y si la influencia es corporativa, la crítica mediática arreciará aún más. ¿Dónde la independencia y la libertad de juzgar? La mediatización aleja al juzgador del equilibrio necesario para la decisión final; como ya dijo Paulo, no es válido lo actuado por un juez fuera de las funciones de su cargo. Y quien lleva el peso de la toga no puede obnubilarse por la niebla de la participación política o de los medios de masas. Pero, por el contrario, no debe ser cohorte de cualquier otro poder que pretende absorberle de sus funciones.

La otra cuestión que tenía una larga tradición, como es el antejuicio de Jueces y Magistrados cuando se les exigía responsabilidad penal en el ejercicio de las funciones de su cargo, fue derogada por la Ley 5/1995 —del Jurado, de infausta promulgación—, cuyo contenido estaba en la LOPJ, en su artículo 410, y que permitía la posibilidad del «antejuicio», a través de un Tribunal que decidiría si se admitía la querrela o no. Era una prerrogativa en similares condiciones a las de los Diputados o Senadores o las de los altos cargos de la Administración, pero, por lo visto, el poder de los jueces se sitúa en un lugar más bajo que el resto de los poderes. Quien tiene el privilegio de legislar se da sus propias normas y, además, las de los que tienen que vigilarlo. La situación de jueces que son víctimas de querellas infundadas y que con un mínimo de «indicio» de delito son juzgados sin previa comprobación del querellante, puede llevar al desprestigio constante del juzgador y de la institución, o del **poder** que sirve a la sociedad. La medida de suprimir tal instituto, con gran raigambre en el tiempo y con ningún peligro de que se eximiera a los jueces de su responsabilidad, no ha sido acertada. Parece como si se desconfiara de la decisión judicial o que se apreciara una inclinación corporativista.

5. El elemento personal de la tutela judicial

Tiene su base en la «**dimensión subjetiva**»²³ de los Derechos Fundamentales. Si al elemento jurisdiccional a que antes hemos aludido le añadimos el elemento **personal**, ya tenemos formado el binomio que va a discurrir entre los instrumentos que se ponen al servicio de los justiciables. Ante esta «dimensión» aparecen dos variantes:

A) En primer lugar los **sujetos** portadores de derechos fundamentales —de valores— que se entrelazan en la esfera privada de los individuos y

²³ Antonio E. PÉREZ de LUÑO, *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1986, 2.ª Ed., p. 22.

los entes, que son perseguidos por las Administraciones Públicas que deben encaminarse a «promover la libertad y la igualdad del **individuo** y de los grupos». A quien protege, por tanto, es a los **sujetos** que son portadores de igualdad. Es decir, que lo que la tutela garantiza son «derechos subjetivos», «en cuanto garantizan el status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia»²⁴. Lo que manda la Constitución (art. 9) va dirigido tanto a los sujetos privados como a los **sujetos** públicos. Pero con dos connotaciones respecto de cada uno de ellos. Para los **poderees públicos** la actuación ha de ser *dinámica*, pues les ordena **promover** las condiciones para que impere la libertad y la igualdad, y les ordena **remover** obstáculos que impidan u obstaculicen su plenitud, esto es, la consecución completa sin cortapisas o disminuciones, es decir, con carácter de generalidad. Tal mandato origina una búsqueda de medios para lograr que la realidad se acerque a los principios rectores» (S TC 24-11-1987), medios que se encuentren en el amplio marco de un Estado Democrático y Social de Derecho, que bien pueden ser las leyes a través del Poder Legislativo o la actuación **judicial** a través de los sistemas de **acceso a la justicia**. Son en fin actitudes positivas y diligentes para caminar por las vías *ex Constitutione*, camino al que se incorporan los sujetos tutelados. Para los **individuos** y **grupo** la actitud es, en principio, *estática*, pues nada puede hacer en la esfera individual y privada para conseguir el fin constitucional, su aceptación del sistema político vigente y la elección de quienes le han de dar las normas hace que «confíe en que el **poder legislativo** le va a conceder el privilegio de que su quehacer discurra por los campos de la libertad y la igualdad. Sólo la actitud estática se pone en marcha y dinamiza la voluntad, cuando accede a la jurisdicción. Si el ciudadano no observa que es tutelado, comienza a surgir un “sentimiento reivindicativo”²⁵ que si no se atiende pasa a otro estadio, como es la insolidaridad, la indolencia, la desconfianza en la justicia, en fin».

B) Si la Constitución garantiza todos estos derechos —pero sobre todo la libertad y la igualdad— en un conglomerado que bastaría con definir como **seguridad jurídica**, dando a este término la expresión de tutela de cualquier origen constitucional, corresponde a los **elementos subjetivos** promover la actividad —o soportar la acción— siendo, en definitiva, sujetos activos y pasivos del proceso tutelador, en lo que Aragoneses²⁶ ha

²⁴ PÉREZ DE LUÑO, *op. cit.*, p. 25.

²⁵ Gregorio ROBLES *Los Derechos Fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Civitas, Madrid, 1992, p. 35.

²⁶ Pedro ARAGONESES, *Proceso y Derecho Procesal*, EDERSA, Madrid, 1997, p. 151.

llamado «un proceso supra-autónomo», compaginadores del principio de igualdad de partes ante la tutela. Cuando la tutela acude a unos sujetos sí y a otros no, se rompe el valor superior de igualdad y es un obstáculo que hay que **remover** o en ocasiones, sancionar.

C) Desde que se constitucionalizaron los derechos naturales, el avance en la consecución de derechos ha sido constante y, a veces, en detrimento de la **solidaridad** o deberes que, antaño, parecieran inmovibles (la pena de muerte, el servicio militar obligatorio, etc.) y hogaño se tornan un valor imposible de desbancar en una sociedad democrática. Como ha quedado dicho (Gregorio Robles), «es un hecho social palpable que en la sociedad de nuestros días el sentimiento del deber empalidece, con frecuencia se muestra extinguido, mientras que su contrario, el sentimiento reivindicativo, alcanza mayores cotas de intensidad». No es extraño, por tanto, que diariamente se vean colapsados los juzgados en demanda de justicia. Los ciudadanos no sólo se mueven por circunstancias provenientes de conculcación de un derecho individual o colectivo sino que se mueven por la «circunstancia» sociológica de la **comparación**. El elemento personal pasa desde la sociologización a la juridicidad sin que apenas exista un camino trazado legalmente, sino que se contrae por alguna impronta que no tiene su nacimiento en ningún momento impreciso. Cada vez son más las demandas basadas en **acciones declarativas de derechos**, cuya admisión ante los Tribunales era anormal y, en la actualidad, se decantan tanto de la acción de condena como la **declarativa**. (Buen ejemplo de ello son las acciones en el orden jurisdiccional social, sobre todo en los conflictos colectivos.)²⁷

D) Por lo que respecta a los titulares del Derecho —a los que nos hemos referido más arriba— el TC ha mantenido una clara tendencia «amparadora» al permitir el establecimiento de una **doble garantía** para «todas las personas», como una situación **positiva** al permitir a quienes se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos e intereses

²⁷ Especial mención merece la Sentencia del TS, Sala 1.ª de 8 de noviembre de 1994, *La Ley*, Ref, 1995, 211. «Aunque la LEC no reconozca de modo expreso la posibilidad de acciones meramente **declarativas**, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia admite el ejercicio de esas acciones y de hecho no son infrecuentes en la práctica, en especial, en el campo de los derechos reales. Este tipo de pretensiones no intentan la condena del adversario, sino que se declare por medio de sentencia la existencia de una determinada relación de derecho puesta en duda o discutida; no buscan, por ello, la obtención actual del cumplimiento coercitivo del derecho sino la prueba en claro del mismo. No obstante su ámbito es restringido, pues de la acción declarativa sólo puede valerse quien tiene especial necesidad para ello: debe existir la duda o controversia y una **necesidad actual de tutela...**»

legítimos, sino que **prohíbe** —conducta **negativa**— al legislador que «con normas excluyentes de la vía jurisdiccional, le impida el acceso al proceso» (TC S. 99/1989, de 5 de junio).

6. La tutela ordinaria y el amparo

Como elemento instrumental para el acceso a la tutela es, obviamente, la jurisdicción o **el proceso debido** y al que se accede a través de los distintos órdenes jurisdiccionales denominados —no muy correctamente, ya que no hay extraordinarios, que desaparecieron por la LOPJ— ordinarios a través de las distintas modalidades procesales, acciones, peticiones, etc. y que «se extiende a todas las personas, a **todas las materias** y a todo el territorio en la forma establecida en la Constitución y las Leyes» (art. 4 LOPJ), mandando la misma Ley a **todos los Jueces y Tribunales** interpretar y aplicar las leyes de acuerdo con los principios constitucionales. Tal mandato relevaría de cualquier acción ante el amparo constitucional si los instrumentos que las leyes ponen al alcance del justiciable devinieran en cumplidores estrictos de la Constitución. Cualquier norma procesal o sustantiva que contraríe los principios inspiradores de la Carta Magna, debe ser preterida, sin aplicación práctica alguna en el proceso; y si se tratara de actos entre particulares o entre la Administración y los ciudadanos puede acudir a los Tribunales «ordinarios». Pues cualquier **disposición** (del rango que sea) queda derogada si se opone a lo establecido en la Constitución (D. Derogatoria tercera CE). Para decidir sobre la inaplicabilidad de la norma inconstitucional se debe aplicar el criterio «**jerárquico**», pues la Constitución es **una ley superior**, y el criterio «temporal», ya que es posterior, pero además, y lo más importante, es que aquella deviene en invalidez y «pérdida de vigencia» (S TC 4/1981 de 2 de febrero). Lo matiza más el TC en sentencia del 20 de diciembre de 1982, 77/82:

«Si la ley reguladora del derecho fundamental es anterior a la Constitución e infringe ésta, no cabe duda que debe considerarse inaplicable en lo que vulnere dicha norma constitucional por haber quedado derogada. Lo mismo debe concluirse, y con mayor razón, cuando la norma que vulnera lo dispuesto en la Constitución Española es de naturaleza reglamentaria, y todo ello sin necesidad de que el legislador, la Administración o los Tribunales, según los casos, hagan una declaración en tal sentido».

La CE en su artículo 53.2 permite a los Tribunales **ordinarios** la protección de libertades y derechos en ella reconocidos, y como el mis-

mo TC ha dicho no tiene la «última palabra» sino la «**primera palabra**» (S TC 59/1990 de 29 marzo). El citado artículo 53.2 se remite a un **procedimiento de preferencia y sumariedad**. No se ha promulgado tal procedimiento especial, pero sí existen algunas modalidades que pueden amparar tal mandato y en las cuales pueden los justiciables acudir en demanda de amparo cuando se trate —especialmente— de decidir sobre libertades y derechos fundamentales:

- Ley 62/1978 de 26 de diciembre de Protección **Jurisdiccional** de los Derechos Fundamentales de la Persona²⁸, que permite el **ejercicio** de los derechos fundamentales y «gozará de garantías jurisdiccionales». Se refiere a los derechos de libertad de expresión, reunión, secreto de correspondencia, etc. La disposición Final de la referida Ley —preconstitucional— ya atisba la promulgación de la Constitución de 1978, al decir que «se podrán incorporar al ámbito de Protección de esta Ley los nuevos derechos **constitucionalmente declarados**». No obstante, en la DF se está a la espera de «regular definitivamente el procedimiento jurisdiccional».
- Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo de Protección Civil del Honor, la intimidad personal y la propia imagen, que se promulga —según su exposición de motivos— «de acuerdo con lo prevenido con el artículo 53.2 de la Constitución». Se protegen «civilmente» y cuando sea constitutiva de delito se estará a lo dispuesto en el Código Penal (Títulos X y XI del CP)²⁹.
- Ley Orgánica 2/1984 de rectificación. Si no se rectifica por el medio previsto podrá acudir al Juez de 1.^a Instancia en procedimiento verbal.
- LO 9/83 de Derecho de reunión. Ante su prohibición puede interponerse recurso contencioso-administrativo, por los trámites del artículo 7.6 de la Ley 62/1978.
- Real Decreto Legislativo 2/1995 de 7 de abril de Procedimiento Laboral —que como en tantas otras cosas es una Ley «adelantada»— se contiene en el Capítulo XI del Título II, del Libro II, y en su artículo 181, la **modalidad procesal de las demandas de**

²⁸ Se ha dicho que «como es sabido, como la principal de entre las normas de desarrollo del artículo 53.2 CE... aunque presente la paradoja de que su entrada en vigor es anterior a la Constitución. Alfonso MARTÍNEZ ESCRIBANO, *El marco Constitucional al amparo judicial ordinario*, CGPJ, 1994, Vol. XXVII, p. 65.

²⁹ Hay que citar la LO 6/1984, de 24 de mayo, del procedimiento del *Habeas Corpus*: solicitado, en su caso, ante el Juez de Instrucción.

tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio que se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional. Si bien es cierto —como se ha argumentado³⁰— que se colma con esta modalidad procesal el acceso a los Tribunales ordinarios para la protección de los derechos fundamentales, no lo es menos que la invocación actual de los mismos también puede extenderse a los razonamientos jurídicos que amparen la *causa petendi* de cualquier acción siempre que se pruebe la relación entre la *questio factio* y la *questio iuris*.

Hay que hacer especial mención, a este respecto, a la redacción que da la Ley 5/1997 de 4 de diciembre al artículo 240 de la LOPJ. Es, en verdad, una solución histórico-procesal y **atemporal** del problema que suscitó el artículo 53 de la CE. No parece del todo creíble que tal norma —incorporada a una Ley que no es estrictamente procesal— dé respuesta al desarrollo de aquel precepto, a pesar de que en la exposición de motivos de la reciente Ley así se diga. Si, como ha quedado patente, la acción ante los Tribunales Ordinarios para recabar tutela por violación de derechos y libertades fundamentales se encuentra en procedimientos **fragmentarios y diversos**³¹, la redacción dada de la LOPJ, ni «desarrolla» el artículo 53.2 de la CE, ni viene a aclarar nada que no se hubiera podido hacer a través de los recursos correspondientes. Lo que parece desprenderse de tal redacción es liberar al Tribunal Constitucional de la carga de asuntos que llegan a él a través del amparo, por medio de que los Juzgados y Tribunales puedan entender sobre la posible **nulidad radical** de actuaciones procesales, tanto antes de recaer sentencia definitiva, como una vez que la sentencia sea firme. Esta última posibilidad es la novedad que contiene —si bien con carácter extraordinario— la reforma del artículo 240 de la LOPJ.

Si bien no es el lugar ni el momento de comentar tal precepto, no nos parece oportuno ni por la forma ni por el fondo que exista relación alguna entre el artículo 53.2 de la CE y el artículo 240.3 de la LOPJ. En primer lugar porque nada se dice de que la nulidad de actuaciones a instancia de parte se efectúe a través de un procedimiento «preferente y sumario» (la nulidad se puede pedir hasta los cinco años), tampoco se

³⁰ Pedro Luis SERRERA CONTRERAS, «La protección ordinaria de los derechos fundamentales», *Actualidad Aranzadi*, n.º 173, noviembre 1994.

³¹ SERRERA CONTRERAS, *op. cit.*, *ifra*, p. 5.

aclara si los «defectos de forma, que hubieran causado indefensión o incongruencia del fallo»³² deben estar ínsitos en los supuestos de libertades y derechos fundamentales (aunque si la indefensión). Lo que la Ley quiere que sea **excepcional** se va a convertir en cotidiano, con lo cual se introduce otro proceso y, a la larga, si no se reforma la LOTC va a terminar en el propio TC.

Si la reforma **no es** desarrollo del artículo 53.2 de la CE, los procedimientos para tal amparo por los Tribunales ordinarios siguen su cauce por el medio **instrumental** de las leyes citadas cuando la violación de los derechos lo es por los particulares, ya que el artículo 240 de la LOPJ se está refiriendo a violación de aquellos por las Resoluciones judiciales. Es lo que se ha dado en llamar la «**eficacia inmediata**»³³ de los derechos fundamentales y que deja a discrecionalidad de los jueces la composición heterónoma de la norma constitucional sin ser el Tribunal que se crea *ad hoc* para ello. Antes ello se opone que no se trata de dar al juzgador un poder discrecional, ya que «el Juez nunca puede sustituir al legislador en aquellas cuestiones en las que es lícito adoptar distintas posiciones, todas ellas *igualmente constitucionales*»³⁴. Por otro lado, añadimos nosotros, la labor constitucional del juzgador le nace —y le obliga— porque «vincula a todos los Jueces y Tribunales» (art. 5.1 LOPJ), en cualquier procedimiento, sea o no de carácter extraordinario para la protección de libertades y derechos fundamentales; y una vez que estos no hubieran sido respetados, «en su caso», a través del «recurso de amparo», ante el TC.

Es bastante común que se oiga decir que ante una sentencia «cabe recurso ante el Tribunal Constitucional». Ello no extraña, ya que la misma Constitución llama **recursos** a la impugnación de inconstitucionalidad o al amparo por violación de derechos y libertades. El TC no es la cúspide de la pirámide jurisdiccional, ya que no es estrictamente «poder judicial», sino que se mueve por otros parámetros institucionales. Quien, en principio, debe velar por tales derechos y libertades son los Tribunales «ordinarios», ya que la actuación del TC es «sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales

³² Creemos que la redacción correcta podría ser: «defectos de forma esenciales del procedimiento o incongruencia en el fallo, que hubieran causado indefensión o vulneración de derechos y libertades fundamentales». De las primeras resoluciones aplicando el nuevo artículo 240.3 de la LOPJ, se contiene en el Auto de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 30 de marzo de 1998, REC/1731/97.

³³ Tomás QUADRA-SALCEDO, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Civitas, Madrid, 1981, p. 65.

³⁴ Tomás QUADRA-SALCEDO, *op. cit.*, p. 66.

de Justicia». La misión del amparo no es, por tanto, un **instrumento** alternativo de acción jurisdiccional, sino que es **subsidiario o vigilante**. Primero corresponde a los Tribunales la protección, pues el artículo 44 de la LOTC es claro al respecto: que se hayan agotado todos los recursos en la **vía judicial**, y que, por éste, se hubiera efectuado una acción u omisión que pudiera violar tales derechos. El amparo constitucional se configura así con «carácter **extraordinario y suplementario de la tutela de los derechos fundamentales y libertades**», como ya recordó el TC en sentencia de 15-11-1990. Por lo que se refiere a las relaciones entre los particulares y cuando no se cumplen los requisitos de salvaguarda de la libertad o los derechos exigidos por la Carta Magna, el TC mantiene que tal amparo «normalmente corresponde a los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de tales libertades y derechos» (S TC 18/1984 de 7 de febrero).

7. El derecho a un proceso justo

Cuenta Kafka³⁵ que cuando K. va a casa del pintor Titorelli le encuentra pintando la figura de un Juez («en actitud de incorporarse con tono amenazador») y una figura alada que representaba a la Justicia; K. le comenta que «la justicia debe estar inmóvil, pues de lo contrario la balanza oscila y no puede pesar con exactitud». No le faltaba razón al bueno de K., que se vio envuelto en un proceso con múltiples peripecias e insólitas resoluciones. Para que el ciudadano pueda estar tranquilo de que los jueces van a acertar debe tener, por lo menos, la intuición de que está sometido a todas las garantías que, como veremos más adelante, supongan una eficacia personal. En definitiva, para decirlo con palabras de Guasp³⁶ y en términos comprensibles, cuando se «solicita la intervención del Juez, se formula con **objeto** de proteger un derecho **subjetivo** de que el solicitante es titular», sobre derechos que cree que han sido vulnerados. Pero tal como se ha venido transmitiendo de boca en boca, «tres cosas son menester para la justicia alcanzar: tener razón, saberla pedir y que te la quieran dar»; no es muy esperanzador el canto popular de dejar la decisión del «querer» al juzgador. Ya que éste no produce decisiones «personales» ni subjetivas, sino que tales decisiones son, por su propia naturaleza, objetivas. El

³⁵ Franz KAFKA, *El proceso*, Edaf, Madrid, 1989, p. 222.

³⁶ Jaime GUASP, *Concepto y método del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 12.

TC, en sentencia de 14-11-1994, se refiere a ello al insistir «en la importancia que en esta materia —salv guarda de la neutralidad e imparcialidad— tienen las apariencias, pues va en ello la confianza que los tribunales de una sociedad democrática han de inspirar en los justiciables». Si las Leyes responden, siempre, de los aspectos tuteladores de los justiciables, hay alguna extraña razón —no siempre perceptible, pero sí cuantificable— por la que las encuestas de opinión sitúan a la justicia por debajo de los mínimos deseables en cuanto a eficacia y prestigio.

El ejercicio de los derechos ante los Tribunales a través del proceso, es para el «aprovechamiento o satisfacción de un interés»; si esto es así —que lo es— a nadie puede extrañar que cuando se desestima una pretensión o se condena a un justiciable se recele de la **justeza** de aquella decisión, ya que se trata de un «interés» que puede ser directa o indirectamente personal. Cuando los juzgadores acogen las **subjetividades** de las partes, las colocan en aquella balanza inmóvil de Titorelli, las convierten por el arte de juzgar en precisiones neutrales, sin contrapesos o medidas espúreas. Goldschmidt lo dijo muy claro: «La imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador; éste debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad».

La respuesta al interrogante de saber cuándo un proceso es justo no está exenta de demagogias, subjetividades tendenciosas o influencias mediáticas. Estas últimas pueden airear los casos más llamativos en los que se ven implicadas personas de resonancia política o social, o las sentencias desorbitadas o anormales para dar pábulo a la opinión. Cada día son dictadas miles de resoluciones por jueces callados y eficaces, pero que —inevitablemente— se verán criticados por quien pierde un pleito o es condenado a penas creyendo ser inocente. Contestar a la pregunta de por dónde transita el proceso justo haciendo abstracción del «aprovechamiento» de los justiciables es la tarea de quien tiene en su poder la decisión de declarar tal justeza.

Lo que nosotros llamamos **proceso** no tiene una expresión unívoca en las normas procesales. Ni siquiera la CE alude a él con carácter correcto, pues si bien a las leyes las llama «de procedimiento», a su aplicación (oral) también la llama así, en lugar de proceso. El término tiene diversos remedos en las normas procesales. A veces se llama «juicio», otras «pleito» o «litigio», otra «cuestiones litigiosas» o «pretensiones», «asunto», «controversia», «causa», etc. Sea cual fuere la terminología aplicable, al justiciable lo que le preocupa es que su **interés** sea tratado en justicia, y para ello —sin entrar en doctrinas sobre la naturaleza del proceso—, pasa por los siguientes parámetros:

A) *Unicidad*. Instar justicia o que la proclamación de un derecho ante otros se vea amparado no tiene ninguna otra vía posible que el **proceso**. Se ha recordado que «el Estado de Derecho es necesariamente un Estado de Justicia, en el sentido explícito de *justicia judicial* y no en cualquier otro más etéreo o evanescente»³⁷. Sólo hay una justicia que responda al proceso, y sólo hay un proceso que responda a la justicia jurisdiccional. Otra cosa será acudir a la justicia social o a la distributiva a través de la convención colectiva de trabajo, o a las leyes fiscales, por ejemplo. Y, por otro lado, el proceso no se puede dividir ni entre varios juzgados ni en varios órdenes jurisdiccionales a la vez, pues lo que puede resolver uno excluye al otro, más que nada por la seguridad de que toda justicia debe estar impregnada.

B) Una vez instada la mediación de Juzgador, debe enterarse de las posturas de las partes —y sobre todo el conocimiento de los hechos— sino que su imparcialidad debe estar presidida por el principio *audiatur et altera pars*. Ser oído o tenido como parte comporta acceder a todas las actuaciones judiciales sin oscuridad ni detrimento de los actos procesales; en definitiva, como se dice en el artículo 24 CE, ser «**informado**», bajo la ya clásica norma de que nadie puede ser condenado, ni juzgado, sin ser oído.

C) Sobre la **imparcialidad**, baste decir que la neutralidad es una de las bases fundamentales del Estado de Derecho. La inmovilidad a que se refería Kafka al pintar a la justicia alada, cuando debía estar estática, quiere decir que no puede —el proceso— estar sometido a los vaivenes de decisiones ajenas a las partes y a la ley. El juez forma parte de la controversia, está ínsito en ella, pero no es una **parte lateral** sino una **parte central** inoscilante, con el ojo fijo en las posturas de los laterales pero ajeno a las miradas —a veces griteríos— de los que no son parte. Porque —comenta Aragonese— «el proceso responde a una necesidad social, y la jurisdicción es una estructura para satisfacer tal necesidad»³⁸. Si bien el proceso justo aparece invocado por los entes sociales o institucionales, no puede criticarse una decisión final de un Tribunal imparcial cuando las propias instituciones se han dado (para ellas) este modelo de procedimiento por el que discurre la pretensión procesal.

D) La garantía material de un proceso justo o de un «debido proceso» pasa por cumplirse todos los derechos a que se refiere al artículo 24 CE,

³⁷ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces...*, Civitas, Madrid, 1995, p. 151.

³⁸ Pedro ARAGONESES ALONSO, *Proceso y Derecho Procesal*, EDERSA, Madrid, 1997, p. 129.

esto es, que todas las actuaciones cronográficas —o en su caso orales— pasen por el cedazo **garantista**-procesal que se ampara en la Constitución y, por ende, por las normas de los procedimientos. Así —como veremos más adelante— la **eficacia** de un proceso justo pasa por posibilidad de comparecer ante los órganos judiciales, posibilidad de defensa, gratuidad de los órganos y la decisión final como culminación del amparo. Y no se trata de establecer una justicia **personal** o subjetiva, a pesar de que irremediamente sean personas las que comparecen, sino que, como ya apuntaba Carnelutti, «el juicio sirve para establecer **lo que es justo**». Lo que nos lleva a concluir que el derecho a un proceso justo no ampara una pretensión injusta, pues la *eficacia* de los Tribunales no puede ir más allá de lo que la justicia le permite, sin extenderse en cuestiones caritativas o morales.

II. EL JUEZ COMO PODER INDEPENDIENTE

1. Antecedentes

Una propuesta de estudio tan actual que o bien pueden quedar obsoletos estos planteamientos en un periodo corto o llevarnos a un replanteamiento, pero con la misma **sustancia** que tenía hace más de un siglo, cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 proclamaba:

Conveniente es que los representantes del Poder Judicial se hallen alejados del terreno de la política activa, no tomando parte en sus ardientes luchas... deben evitar que el ánimo aparezca turbado por las resueltas pasiones de los partidos que aspiran a influir de una manera directa en la gobernación del Estado¹

Tan sabia propuesta debería ser tenida en cuenta y figurar en el frontispicio de la formación y decisiones del Poder Judicial. Esta era una **independencia política**, alejada de toda injerencia de partidos, pero de una forma amplia y extensa no sólo desde el alejamiento de afiliación, sino de la influencia exógena de presiones, propuestas electorales tan ajena a la propia independencia de quien juzga y que está sometido, a veces, a la institución —por otra parte respetable— de la ideología deformadora del equilibrio arbitral.

En la primera Constitución de 1812, se establecía en su Título V «De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo Civil y en lo Criminal», en el cual se contenía una novedosa —para aquella época— regulación de la justicia y de los Tribunales, cuya función **exclusiva** era «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», y los magistrados y jueces «no podrán ser depuestos de sus destinos».

La denominada Constitución de Cánovas para la Monarquía restaurada, de 1876, establecía en su Título IX la regulación «De la Administración de Justicia», siguiendo la idea anterior de no poder ejercer otras funciones que juzgar, siendo los jueces **inamovibles y responsables**.

La Constitución republicana de 1931, como es obvio, cambia el espíritu y la filosofía de las anteriores constituciones, bajo el cariz político

¹ Y seguía diciendo la exposición de motivos de aquella ley: «El Juez o el Magistrado que toma parte activa en determinadas candidaturas, y el que en sus manifestaciones públicas se declara partidario intransigente de una idea política, por más que a la puerta del Tribunal se despoje de su afección y de sus odios, no será creído por el que tenga que comparecer ante él en demanda de justicia cuando su adversario pertenezca al bando político en que ese juez se haya afiliado».

y revolucionario de la época, como se aprecia en su artículo primero: «España es una República democrática de trabajadores de toda clase». Y por lo que respecta al apartado de la Justicia, en el artículo 94, proclama que «los jueces son **independientes** en su función. Sólo están sometidos a la ley». Se refiere también a las incapacidades e incompatibilidades, con la advertencia de que el ejercicio de la magistratura «durará diez años». Se establece la inamovilidad, el traslado y la responsabilidad civil y criminal de los jueces.

Durante el régimen del general Franco, la Ley Orgánica del Estado establecía en su artículo 29 que «la Justicia gozará de completa independencia», «administrada por Jueces y Magistrados, inamovibles y responsables con arreglo a la ley». Salvando las distancias sobre la forma y estructura del Estado, la redacción es, en algunos aspectos, parecida a la del artículo 117 de la Constitución actual. No obstante hemos de señalar que no se conciliaba muy bien aquel artículo 29 sobre la **independencia** del poder judicial con el sistema institucional, que respondía a «unidad de poder y coordinación de funciones». Por eso, nos parece criticable desde la comparabilidad de sistemas —aquél totalitario, éste actual democrático— que los miembros del Poder Judicial sean nombrados —todos— a propuesta de otros Poderes, lo que en definitiva **unifica** el **poder** para que lo ejerza el partido más votado o la ideología al uso.

En todas las épocas —y con más acento en las revolucionarias o conflictivas— han tratado los políticos de acceder al control de la justicia. En los momentos anteriores y en plena guerra civil española, pedía el Frente Popular la independencia de la justicia pero, naturalmente, «una vez reorganizada» de acuerdo con los postulados de su ideología. Los regímenes totalitarios piden —tal como fue constituido en la Rusia de 1921— una «autoridad absoluta», bajo el ejercicio y control del partido en las distintas formas de vida: burocracia, prensa, y la abolición de «todos los límites legales impuestos al poder»².

² Ricardo LOWENTHAL, «La URSS modelo de estados totalitarios», en *Rusia encuentra su nuevo espíritu*, Madrid, 1967, N y C, p. 89. Las cuatro características que definen al Estado totalitario son, para el autor: la autoridad absoluta del partido dirigente sobre el Estado; la segunda, el ejercicio del partido sobre todas las formas de vida, con una «red de organizaciones que limitan a los individuos desde que nacen hasta que mueren» (sic!); la tercera, «autoridad absoluta del régimen sobre los órganos de difusión, de la prensa y otras *mass media* a la literatura, el arte, la educación»; y la cuarta, la posibilidad para el Estado de utilizar medios arbitrarios o terroristas, cuando lo juzgue conveniente para el cumplimiento de los deseos del régimen.

Durante la guerra de 1936, ambos bandos siguieron un sistema de depuración dentro del ámbito de la judicatura. La idea de formar un juez «republicano» que propagó un bando, fue recogida por la otra parte como la formación de un juez «nacional», pasada una primera etapa de totalitarismo de los vencedores de la guerra civil. Como recuerda Montero Aroca³ «después de este intento de lograr un **«juez nacional»**, las aguas volvieron al cauce de la «politización».

A pesar de la declaración de independencia de todas las Constituciones o Leyes, lo cierto es que la judicatura ha sido moneda de cambio en los cambalaches políticos, el poder judicial apetecido por las ideologías a través de los partidos políticos y las decisiones judiciales mediatizadas, a veces, por el impacto liberal de una combinación demagógica y utópica.

Si se ha criticado que en el régimen de Franco el Presidente del Tribunal Supremo fuera nombrado entre «juristas españoles de reconocido prestigio», ahora se denuesta la transacción sobre nombres ataviados con determinado ropaje ideológico y que pudieran influir en las decisiones de nombramientos en el Tribunal Supremo, en las Audiencias Provinciales o en los expedientes disciplinarios que pudieran alejarse del **reconocido prestigio** para navegar por el de *reconocida adscripción*.

Si se habla tanto de la justicia, no es porque las decisiones judiciales interesen al ciudadano, sino que se habla porque su funcionamiento deja mucho que desear para llegar a lo que la Constitución llama Estado Democrático y Social de Derecho. Si a veces los ciudadanos no creen que los jueces son independientes, no es porque lo palpén en sus propias carnes sino porque respiran la noticia de trifulcas entre el poder ejecutivo y el judicial, entre los propios jueces, entre el jurado popular y los jueces; y, dentro del entramado de las normas judiciales ininteligibles, oyen y ven lo que les dicen los medios de comunicación, ávidos de noticias atronadoras sobre el comportamiento de una determinada persona o la eficacia de una resolución judicial equivocada.

El juez se ve así rodeado, observado, casi diríamos que espiado para caer sobre él al más mínimo desliz. No cabe duda que si la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey, el juzgador se debe a un doble compromiso —ya no es independiente en el sentido estricto—: por un lado se debe a la Corona y no puede ser un «juez republicano», ni tampoco un «juez popular» (ni populachero), pues se

³ Juan MONTERO AROCA, *Independencia y responsabilidad del Juez*, Civitas, Madrid, 1990, p. 69.

administra en nombre del pueblo en el sentido de **organización social** «del que emanan los poderes del Estado». Es decir, que su justicia es el **desideratum** de un crisol que es la organización del Estado. Cuando el Juez se viste la toga lleva sobre sus hombros un poder **real** y un poder **social**. Ni más ni menos que una dignidad **aristocrática** y un mandato del *pueblo*. Difícil **independencia** ésta de cumplir dos compromisos y alejarse los lodos que pueden degenerar en demagogia o ser tentados por la autocracia.

2. La independencia como término difuso

La palabra independencia o independiente puede aplicarse a las cosas, a las posiciones, a los Estados, a las economías, a los vehículos; por fin, a los cargos o personas. Para aplicarla a la función judicial, al poder judicial o a la judicatura no sólo es necesario acudir a las normas que los puedan regular, sino que la realidad de los entornos hacen imposible que se defina o delimite. Tal limitación, como veremos, se hace poco menos que imposible. Y como recordaba Henry Sumner⁴ en una obra que glosaba el Derecho antiguo: «las ideas rudimentarias del derecho son para el jurisconsulto lo que las capas primitivas de la tierra para el geólogo, en cuanto contienen en embrión todas las formas que el derecho ha tomado posteriormente» (refiriéndose a estudiar los conceptos jurídicos a través de los poemas, bajo las palabras de *Themis* y *Themistas*). Esto es, que no podemos analizar un concepto desde la lectura legal si la realidad nos separa cada día de esta legalidad. Decir que los jueces son independientes, sometidos a la ley y al Derecho, no es decir nada para el ciudadano de a pie, aunque para el profesional de la justicia su lectura tenga unas connotaciones deontológicas o de estructuralismo profesional.

Se ha dicho que «el concepto de independencia es, ante todo, una noción **relacional**»⁵. Creemos que ello es cierto, pero también que es un concepto jurídico indeterminado, una relación comparativa, una obligación y una secuencia profesional.

A) Es un concepto jurídico indeterminado porque lo que caracteriza a tal concepto es una indeterminación absoluta y concreta. Más bien

⁴ Henry SUMNER MAINE, *El Derecho antiguo*, Madrid, 1893, p. 14, facsímil editado por Civitas en 1993.

⁵ Juan F. LÓPEZ AGUILAR, *La justicia y sus problemas en la Constitución*. Tecnos, Madrid, p. 114.

la independencia, como veremos, se define en cada momento justo y preciso. Podemos aseverar que tal definición **en la ley es ambigua y su aplicación es concreta**. Ahora bien, si como reconoció García de Enterría⁶ en uno de los primeros estudios sobre la materia, «el concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple» nos encontramos con una traba —más bien maraña— de circunstancias en las que tal situación concreta puede ser variada y «no más que una» (como argumenta Enterría), pues si bien es cierto que en los conceptos jurídicos indeterminados sólo hay una solución entre varias o la contraria, esto es, o hay conculcación del orden público o no, o la casa es ruinoso o no, la temeridad existe o no, el concepto de independencia puede variarse o verse desde diferentes ópticas. Así se es independiente respecto de las presiones familiares, de la injerencia de los superiores, pero se depende —aunque sea subconscientemente— de la adscripción ideológica o de la presión ambiental.

B) Es un concepto **comparativo**, porque se entremezcla con otras realidades jurídicas y sociales. Así las decisiones del juzgador deben ir acordes con la interpretación sobre determinada norma que efectúa el Tribunal Supremo al «interpretar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho (art. 1.6 del Código (Civil)). Otras veces no tiene más remedio que aplicar la **realidad social**, ordenado por el artículo 3.1 del CC. Ya nos surgen, de inmediato, aspectos que erosionan la independencia volitiva o intelectual de quien juzga y que mira de soslayo la decisión de otros juzgadores o la de una presión social que lo hace vulnerable a una posible idea preconcebida del concepto de **justicia**. Nace, sin querer y al hilo de la disertación, la **independencia comparativa**. Unas veces se es independiente *in puribus* y otras mediatizado intelectualmente por otras decisiones, otras ideologías, otros poderes, en fin. A su derredor, para ser **justamente independiente**, deben situarse el resto de los estamentos, las instituciones, los partidos, los sindicatos, las asociaciones, todo el entramado social, en fin, bajo la cultura de la justicia cuyo emblema se dibuja por ser justo y no arbitrario, independiente y no mediatizado. Las palabras de Thering acuden prestas a nuestra postura: «No, no basta para que el derecho y la justicia florezcan en un país, que el juez esté siempre dispuesto a ceñir la toga, y que la policía esté dispuesta a desplegar a sus agentes; es preciso aún que cada uno contribuya por su parte a esta gran obra, porque todo hombre tiene el deber de pisotear, cuando llega la ocasión, la cabeza de esa

⁶ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1974, p. 36.

víbora que se llama la arbitrariedad y la ilegalidad»⁷. Hay todo un entramado social que recorre la vida del juez, unas visiones ajenas a su decisión, unas opiniones que lo **comparan** con otras actitudes e ideas. El Juzgador no es ajeno a estos niveles de comparación. Se le premia con loables artículos periodísticos, o le denigran e insultan abogados, dirigentes políticos o periodistas, según tercie o según sus decisiones sean favorables a los intereses de unos o de otros. Se **compara** con otros jueces, con otras épocas, con otras decisiones.

El juez mismo, a veces, se pregunta si su independencia se tambalea, no tiene cimientos estables, si su intelecto padecerá ceguera o si su decisión refleja fielmente el concepto de justicia. **Compara** su postura, se analiza, en ocasiones sufre en solitario y su independencia se desmorona.

C) **Obligacional**. El **mandato** constitucional (art. 114) configura al Poder Judicial como el compuesto por Jueces y Magistrados **independientes**, concepto y prerrogativa que obliga a respetar a todos los españoles, al aprobar **el pueblo** y mandar que «guarden y hagan guardar» la Constitución. La independencia, por tanto, forma parte de las prerrogativas del **poder judicial** integrado por los Jueces y Magistrados. De tal suerte que si en el artículo 1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial se proclama que los Jueces y Magistrados son integrantes del Poder Judicial, y aquellos son independientes, éste también lo es por subsunción de los unos en el otro. Por ello decimos que es una cuestión obligacional para **todos**, sean poder en el sentido constitucional o sociológico. De manera que los otros poderes están **obligados** a preservar al Judicial en su **independencia**. No sólo es obligado para los jueces a los que se les ha dotado de inmunidad, pero también de responsabilidad, sino también para los demás poderes que conforman el Estado de Derecho. Así la ley debe preservar a los jueces en su independencia, la Administración velar por lo que figura en el Título II de la LOPJ, y los poderes sociológicos (medios de comunicación —cuarto poder—, las manifestaciones sociales —quinto poder—, los partidos políticos, la Iglesia, etc.) cumplir el mandato constitucional desarrollado por la Ley. Si, como dice Ihering⁸, el hombre lucha por defender su derecho personal, su acción debe trascender su personalidad. Los derechos personales, todos, pasan al ejercerlos por la obligación de preservar a la justicia en una independencia que haga posible la eficacia de

⁷ R. VON IHERING, *La lucha por el Derecho*, Porrúa, Mexico, 1989, p. 70. Edición Facsímil, Madrid, 1881.

⁸ R. VON IHERING, *op. cit.*, pág. 67.

dejar inamovible el fiel de la balanza. La independencia se traslada como obligación a otras esferas ajenas a la justicia —pero protegidas por ella—.

D) **Profesional**. La independencia judicial es típicamente **profesional**; se vincula a la labor, al trabajo, a las obligaciones laborales; la independencia debe estar presente en la categoría profesional, en la decisión de cada resolución, en la conducta, en fin. Se mantiene —so pena de las influencias que veremos— con vocación de permanencia como un elemento fundamental —sin él carece de sentido la justicia— y responde al *ars resistentiae*, como pieza que engrana las ruedas dentadas unísonas y fieles a la ética, muro perenne en que chocan las insinuaciones políticas o las tendencias prevaricadoras. Es, como se ha dicho⁹, «una prerrogativa eminentemente funcional». Pero no sólo es prerrogativa, es decir, no se ejerce como derecho proteccionista, sino que se vincula a la **profesión** como **deber** de permanecer incólumes ante los vaivenes de la sicología o la política. Todas las profesiones tienen sus derechos y deberes, sus códigos deontológicos. Toda colegiación —y más entre los operadores jurídicos— se rige por derechos y prerrogativas, consideraciones y tratamientos, pero como contrapartida existen los deberes de su actividad, su responsabilidad ante el cliente, el enfermo o el contratista. Pero ninguna profesión es observada con más tesón microscópico que la de Juez. Y si ya tenía que esmerarse en su pulcritud de acción, sin contrapartida premial, a ello se añadió la desaparición del Código Penal del delito de desacato, aunque se incorporan al CP de 1995 los delitos de «obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional».

3. El sometimiento a la Ley

El punto primero del artículo 117 CE compendia y envuelve a las notas que caracterizan el Poder Judicial (independientes, inamovibles y responsables) y que quedan circunscritas al «**sometimiento únicamente al imperio de la ley**», cuya expresividad activa queda contenida en el artículo 5 de la LOPJ ordenando a los jueces que interpreten las Leyes conforme a la Constitución. De esta forma, el juez crea su propia **independencia**, que perjudica, en ciertos aspectos, a la unificación del Derecho. El mandato de que los jueces «interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales»

⁹ Juan F. LÓPEZ AGUILAR, *op. cit.*, p. 114.

deja un portillo abierto hacia la decisión personal. Porque no hay otros principios inalterables y claros que los **fundamentales y las libertades públicas**. Lo demás son, a veces, programación genérica que se somete a múltiples decisiones, dependiendo del talante de los jueces (así conceptos tan grises como «defensas de la productividad» —artículo 38 CE—, Servicios esenciales —artículo 37—, «prestaciones sociales suficientes» —artículo 40—, «acceso a la cultura» —artículo 44—, «disfrute del medio ambiente» —artículo 45—, «derecho a una vivienda digna», etc.

Según el artículo 5.1 de la LOPJ, los jueces deben juzgar conforme a los principios constitucionales, los que deben presidir toda ley. Ahora bien, se le deja una puerta abierta a quien juzga sobre la posibilidad de decidir en un caso concreto para que **interprete** la ley según la Constitución. Ello encierra no pocos peligros, ya que pueden darse tantas soluciones como talantes o formación de quien juzga. Muchas veces, bajo la sombrilla —casi siempre caduca, obsoleta y antigua— del progresismo se conculcan los principios más elementales del sometimiento a la ley, dejando a la norma hecha harapos¹⁰.

Si se llega a esta conclusión **amplia** en cuya manga cabe toda interpretación exhaustiva de la Ley, llegaríamos a reemplazar la decisión judicial por la legislativa. La labor de los jueces no es esa —aunque la del Poder Judicial sea informar, aconsejar o dictaminar sobre leyes—, los jueces «no gobiernan ni desplazan a los legisladores», dice Gargarella¹¹, añadiendo que existen dificultades para la interpretación de las leyes por parte del poder judicial. A veces cuando al legislativo no le convence esa interpretación cambia la norma. Aquí surge de inmediato un dilema. O los jueces se hallan alejados de la realidad social o los legisladores no han conectado con el pueblo (con su electorado, al fin). Difícil tarea que deben analizar los sociólogos. La tarea de los jueces es así **indisputable (Gargarella)**. Si el poder legislativo se deja llevar por el grupo más hablador, la pancarta más constante o los gritos de las minorías para dictar las leyes, el juzgador debe tener presente la **realidad social**, el espíritu y la finalidad de las leyes. Precepto tan amplio y escurridizo que ha sido saco de no pocas arbitrariedades, bajo la capa de una realidad ficticia, de escasa implantación o fugaces situaciones. El juez no puede crear el Derecho que le apetezca ni ir más allá de la Constitución sino que debe expresar sus derechos o deberes en

¹⁰ Valeriano HERNÁNDEZ MARTÍN expone algunos en su monografía *Independencia del juez y desorganización judicial*. Civitas, Madrid, 1991, pp. 117 y siguientes.

¹¹ Roberto GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 79, 80.

lugar de hincharlos sobre un aire que no tiene consistencia jurídica y se desmorona al menor pinchazo.

Lo que se denomina **directriz sociológica** de la norma no es otra cosa que la interpretación coetánea a que se refiere el artículo 3 del CC¹². Es evidente que tan sabia decisión no puede dar una luz a la oscura o antigua norma. Una luz, por supuesto que no puede ampliarse por entender que esa realidad social no está aislada, sino que, como bien se dice en el citado artículo 3 CC, debe estar dentro del contexto los antecedentes históricos. Esto es así porque las circunstancias y situaciones sociales en las que se produce el nacimiento —su proposición, discusión o desarrollo parlamentario— de una ley, están presididas por movimientos ideológicos, transacciones políticas, influencias o presiones; y pasadas aquellas situaciones queda la letra que debe aplicarse en cada momento posterior. «El intérprete debe buscar la norma jurídica no sólo en la letra de la ley sino en los hechos sociales que le rodean, en las ideas económicas, morales y políticas que hayan encontrado su expresión en normas posteriores y actuales, pues esta concreción objetiva de cambio es la garantía contra la apreciación puramente subjetiva del intérprete»¹³. Tal propuesta no puede entenderse como una solución para una interpretación correcta, constante y objetiva de la Ley. La única garantía que permite la LOPJ (art. 5) es el sometimiento a los **principios constitucionales**, esto es, los **valores superiores del ordenamiento jurídico**. Ahora bien, tal valor amplio, conceptual, filosófico y prometedor no puede tener un **encuentro** distinto de los intérpretes. Ni siquiera el Tribunal Constitucional puede dar pautas sobre ellos dependiendo de su extracción ideológica, profesoral, académica o judicial.

El Derecho ha de mantenerse siempre vivo bajo la premisa interpretativa, pero ello no permite el cambio, como se cambia de partido o de dirigentes. No se trata, como algunos argumentan, de aplicar una **ley permisiva, ni de sociologizar** el Derecho, sino de enlazar la realidad con la historia jurídica. Tampoco se pretende respaldar con la justicia cualquier hecho social, sino que el espíritu de la norma no sea una enlequia pasado el tiempo de su promulgación. Porque a los jueces les

¹² Isidoro ALVAREZ SACRISTÁN. Artículo completo en el *Boletín del Iltre. Colegio de Abogados de Madrid*, n.º 5/1987, bajo el título «La interpretación de la norma conforme a la realidad social».

¹³ Manuel BATLE VÁZQUEZ. *Comentarios a las Leyes Civiles*, tomo I, p. 84. Tal postura puede tener el peligro de olvidarse de la ley para aplicar la realidad social y someter la decisión del juzgador a la **equidad**, cuya aplicación esté proscrita en el CC (art. 3.2), al poder aplicarla cuando la ley **lo permita**. Lo que denomina Batle la «garantía de cambio», nos acerca más al uso alternativo del derecho que «al sometimiento de la ley».

tiene sometido el poder legislativo a toda una variación constante de leyes y situaciones que no responden a la **realidad social**¹⁴, sino únicamente a la presión de un grupo o de una organización sin el correspondiente respaldo social. Es el prurito de salir en la foto o de ser innovador de algo que nadie ha querido innovar.

Como dice la exposición de motivos de la reforma del Título Preliminar del CC de 1974, esta interpretación y su empleo es **«ciertamente muy delicado»**, pues se trata de una adaptación que no está exenta de **subjetivismos jurídicos**. Nosotros creemos que una interpretación sociológica no puede hacerse extramuros de la histórica, de la lógica, de la axiológica, de la literal, de la finalista; porque la llamada **directriz sociológica no puede tomarse aisladamente so pretexto de los vaivenes de los hechos sociales**, sino que la prudencia interpretativa debe ir unida a una constatación real de las decisiones judiciales si no van en contra del devenir vivencial de los justiciables.

Claro que ello nos lleva de la mano a una situación tal que si no es tomada por jueces equilibrados formados y responsables se tornará su actuación en arbitraria y permisiva. Bien es cierto que normas antiguas, aunque vigentes, serían risibles en su aplicación si ahora se invocaran. El concepto de orden o desorden público no es igual ahora que hace 30 años.

En definitiva, el Derecho es contestado por la sociedad, al contrario que en épocas pasadas, en que el Derecho acudía al hecho para juridificarlo. Ello plantea¹⁵ la comparación entre la **legalidad real y legalidad ideal**. Lo cual implica que en algunos campos del Derecho las reformas sean constantes y permanentes (Derecho laboral). El espíritu de tal aplicación no son sólo los valores permanentes, sino la **ponderación**.

4. Independencia e interpretación

El juez bajo el manto amparador de la independencia no es un sujeto que pueda aplicar el precepto de la norma con preceptos obsoletos o rebuscados para adornar su decisión, pues suele ocurrir que cuanto

¹⁴ Un claro ejemplo de esta situación es la Ley del Jurado, pedida por una exigua Asociación para el Jurado, la idea de un equipo ministerial y la rápida aprobación por las Cortes sin el respaldo de la sociedad, que según todas las encuestas ni lo deseaba, ni lo pedía, ni lo creía necesario. Con resultados nefastos en los casos más sonados: absolución de una persona que mató a dos policías autonómicos, absolución de un marido que mató a su esposa, etc. El Jurado ha sustituido a un juez independiente sin gozar de una independencia sociológica o ideológica.

¹⁵ OLABUÉNAGA, *Sociología y Derecho*. Materiales de Sociología Jurídica, Gobierno Vasco, Vitoria, 1984, p. 13.

más oscura es la redacción, más subjetiva es la decisión. Hacer la **justicia de hoy**, actual y encomiable, es hacerla al aplicar la norma vigente. Para nosotros bajo un triple aspecto: responsabilidad profesional, motivación lógico-jurídica y entorno sociológico. El juez no es, por tanto, independiente en el sentido hermenéutico de la palabra; es, sí, independiente en cuanto es —o debe ser— libre de condicionamientos jurídicos o políticos, libre de presiones extrajudiciales; la única presión a la que debe estar sometido es la **justicia** derivada de la **interpretación garantista-Constitucional** de la Ley. Esta situación no es aislada —por ello difícil—, ya que hay que indagar su verdadero espíritu, su función social. Está inmerso en una cuádruple dimensión: Juez-justiciable-ley-resolución. Conexión que se produce con el entorno social. Pues si los jueces interpretan la norma distanciados de la sociedad no se produce justicia, porque, además de desconectar al juez de esa relación apuntada, desequilibran el cuerpo social, irritan al justiciable y se ponen en contra de la opinión sensata. Otras veces, el juez, por exceso, aplica la realidad social, pasajera, sin tener en cuenta que la realidad social no puede tomarse por el hoy y por el mañana. No puede aplicar la ideología dominante ni la influencia del político de turno, ni dejarse influir por los impulsos ideológicos ni por la formación política o religiosa. Creer que tal interpretación es aplicar la norma bajo las directrices de un partido es, además de desviarse de la juridicidad que debe presidir la decisión profesional, un desacato al pueblo, del cual, no lo olvidemos, emana la justicia.

La contaminación política

No hay que olvidar, sino mejor tener presente siempre, que las leyes las construyen los políticos —Poder legislativo— y que otro Poder, influido y nombrado por políticos, acude a la relación entre los jueces, nombra a los Magistrados del Tribunal Supremo y dictamina sobre las leyes. De tal suerte que el juez de a pie, por mucha preferencia que tenga de dar **juridicidad** a su conducta, de prestar su inteligencia a la razón y a la justicia, se ve mediatizado por la política, esto es, por la ideología más intrigante. Porque «el método de estudiar la influencia de los principios jurídicos consiste para Esser en examinar la conducta de los jueces»^{15bis}. Una conducta que, al decir

^{15bis} Citado por Angel SÁNCHEZ DE LA TORRE, *Textos y documentos sobre Derecho natural*. Madrid, 1967, p. 338.

de Alexy¹⁶, debe tener presente para acceder al Derecho la mezcla de la descripción del Derecho vigente, el análisis conceptual y las propuestas de los casos problemáticos. De ahí que el juzgador tiene dos caminos: a) el recto, acompañado de vicisitudes no siempre coherentes, apoyado por el cayado de la inteligencia y la razón, la rectitud del saber, la interpretación honrada lejos de los vicios de influencias exógenas al derecho; o b) el tortuoso de la alabanza, la loa de los políticos, el surco fácil de la misericordia o de la falsa caridad, en definitiva, haciendo un **uso alternativo del derecho**.

Tal concepto tuvo fortuna entre las tendencias marxistas y ha sido denunciado por la intelectualidad correcta y de progreso jurídico, entre otros por García de Enterría, Zorrilla, etc.¹⁷ Tiene su génesis en la idea de que los jueces pueden aplicar cualquier interpretación de las leyes desde la perspectiva de la ideología. Para el soviético Vyshinsky, «la norma nace como pura voluntad política, expresión, por tanto, de un latente autoritarismo»¹⁸. Explica tal teoría Cerroni: «Se comprende que con este procedimiento la utilización de las técnicas jurídicas se convierta, precisamente, en una mera utilización instrumental que encuentra su razón de ser no ya en la norma y en la lógica del ordenamiento, sino en la voluntad política que lo sostiene»¹⁹. Este tipo de actuación entre la política y el Derecho, es para las ideas marxistas —algunos las llaman de izquierdas y progresistas (!)— un campo amplio flexible cuando actúan en regímenes democráticos y una férrea disciplina interpretativa cuando tienen que juzgar en los regímenes totalitarios.

Esta influencia italiana tuvo éxito en nuestro país, y se publica por tres veces un artículo de Pietro Barcellona²⁰ argumentando que se debe ligar el Derecho a la política porque son dos caras de la misma moneda o la «utilización instrumental del derecho para conseguir

¹⁶ Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 241.

¹⁷ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *El derecho, la Ley y el Juez*, Civitas, Madrid, 1997, Manuel M.ª ZORRILLA RUIZ, *Teoría del Derecho*, Deusto, Bilbao 1997.

¹⁸ J.A. VYSHINSKY, cit. por Umberto CERRONI, *El pensamiento jurídico soviético*. EDICUSA, Madrid, 1977, p. 96.

¹⁹ U. CERRONI, *op. cit.*, p. 97. «Mientras por un lado la norma jurídica pierde su conexión orgánica... la ley debe modelarse en su ejecución y aplicación a las exigencias de la política tal como vienen entendidas por el órgano político.» Como se aprecia, el juez que no lo haga así será depurado. Pero en un régimen democrático estos jueces son libres de actuar, aunque se alejen de toda norma ético-jurídica y se alejen de la realidad social.

²⁰ Pietro BARCELLONA, *La formación del jurista*, Civitas, 1977, 1983, 1988. Madrid.

resultados políticos», pues para el autor «la realidad social es una fórmula vacía». Varias son las voces que dentro del partido comunista o sus afines se alzaron para transmitir esta idea a fin de *crear* un juez «capaz de expresar una sensibilidad diferente» (¿diferente a qué?) para «mediar en clave progresista en los conflictos sociales»^{20bis}. Para los promotores de esas ideas los demás eran reaccionarios, conservadores, de derechas. Como se ve, además de llevar a la justicia por los derroteros del siglo XIX, dividiendo a la sociedad en derechas e izquierdas, alojaban términos extrajudiciales —es decir, políticos o sociológicos— en lugar de hacer una distinción entre sabios y adoctrinados, intelectuales y funcionarios, eficaces o indolentes, independientes o vasallos.

Bien claro dejó dicho Vishinsky que «la conciencia jurídica socialista del juez» corrige la aplicación de la ley. Desde esta perspectiva no hace falta que el Estado sea totalitario, basta que lo sean los que interpretan las leyes para «adaptarlas» a su ideología, utilizando la máquina estatal —como diría Lowenthal²¹— sin límites legales.

Tal postura rompe de frente con el principio de **independencia**. El artículo 117 de nuestra Constitución —como se dejó entrever ya en 1978²²—, al comentarla, fue contestado por «los juristas de inspiración marxista» al decir que «ni es neutral el Derecho ni, por consiguiente, en su aplicación cabe un ejercicio de independencia ideológica. En definitiva, razona Oscar Alzaga²³ «desde determinadas actitudes altamente politizadas, se pretende trocar el tradicional sentido de la independencia de la Justicia, para defender un ejercicio de la función jurisdiccional en base al denominado **uso alternativo del Derecho**, en que el sometimiento a la Ley queda tamizado por la indicada interpretación politizada del Derecho a aplicar». El principio de Justicia, como dice Cicerón, es no sólo «dar a cada uno lo suyo» sino con la «grandeza y firmeza de un ánimo excelso e invencible».

Para dar mucha más claridad a la tergiversación que hace la doctrina —caduca ya— marxista, y desenmascarar la ocultación de una verdadera justicia por el ropaje de ese **uso alternativo del derecho**, alternativo y por ello exógeno al propio derecho, actualmente se le ha apellidado —como no podía ser de otra manera— como **uso divergente**

^{20bis} Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, *Justicia/Conflicto*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 26.

²¹ Richard LOWENTHAL, «La URSS modelo de Estados totalitarios». En *Rusia encuentra de nuevo su espíritu*, N y C, Madrid, 1967, p. 115.

²² Oscar ALZAGA, *La Constitución Española de 1978*, Foro, Madrid, 1978, p. 716.

²³ *Idem*.

del Derecho²⁴. Efectivamente, el acierto del término viene a responder lo que se quiere transformar, porque **divergir** es estar dos cosas cada vez más lejos una de otra²⁵ y es así como esta pretendida **alternancia** de la exigencia de la justicia se aleja cada vez más de ella, para entroncarse en las apetencias circunspectas de la ideología o, lo que es lo mismo, de los personalismos. Alejados, por propia definición, del acto **jurídico-político**, de la vida del Derecho, lo convierten —como acertadamente aduce Zorrilla²⁶— en una «**aplicación subversiva**» del Derecho. Con una táctica oculta revolucionaria, al uso de los grupos extra-parlamentarios, lo que no se logra por el método de las urnas, de la acción parlamentaria, se pretende por la **divergencia** interpretativa de las leyes. Hay miles de ejemplos sobre las decisiones judiciales que explican esta tendencia. La sociedad se muestra perpleja ante tales decisiones, creyendo que es una opinión de todo el entramado judicial, sin saber que tal uso es una contribución de «**consignas políticas**».

Como se puede comprender, esta actitud judicial no es democrática sino totalitaria, ya que no sólo se diverge del legislador, sino que hace uso de lo legislado para ponerlo al servicio de la **personalidad ideológica**. Lo resume de una manera perfecta Zorrilla: «La esencia del **uso divergente** consiste en servirse de los valores invocados —relativos a orientaciones o normas constitucionales o de amplio espectro cultural— para ensanchar el ámbito de ciertos preceptos jurídicos y comprimir, si ello procede, la aplicación de otros, según sus soluciones se condigan o no con la promoción y defensa de los nuevos estados de cosas que aguardan un tratamiento adecuado a las circunstancias en que cobran vida»²⁷.

Volviendo a la interpretación, si se hace **uso alternativo** no se está aplicando la ley en el sentido de justicia, de equidad, de aplicación, en suma, del principio de **garantía constitucional**. Y no es posible, como se ha dicho²⁸, convertir al juez en un «asidero», cuando «la Ley ha perdido

²⁴ Manuel María ZORRILLA RUIZ, *Teoría del Derecho*, con FRANCISCO LLEDÓ, Deusto, Bilbao, 1997, pp. 569 y 570. «A esta técnica contribuyen consignas políticas que, además de utilizarla para abordar cuestiones técnico-jurídicas, promueven transformaciones sociales urgentes y especulares. El uso **divergente** surge a partir de circunstancias propias de la comunera política y propugna una actitud de resistencia cuyo triunfo augura el desmoronamiento de un Derecho —contra el que se combate— llamado a correr la más infortunada de las suertes... Está al servicio de compromisos radicales.»

²⁵ Diccionario de María MOLINER.

²⁶ *Idem* nota 24.

²⁷ M.M. ZORRILLA, *op. cit.*, p. 570.

²⁸ José GABALDÓN, *Control democrático del Poder Judicial*. Poder Judicial XI, Madrid, 1986, p. 85.

su prestigio». Por ese camino, se convierte el juez en decisor sobre la eficacia en cada caso de una determinada norma. Lo que vale para unos casos no vale para otros. Como ya hemos dicho antes, la Ley no puede depender «del talante personal de sus aplicadores»²⁹, pues la seguridad jurídica se vería, así, conculcada. Bien es cierto que se pueden producir decisiones judiciales de distinto signo dependiendo del Tribunal o del juzgador de turno, pero ello se enmarca más en el principio de independencia que en el de arbitrariedad. Lo que queremos decir es que si esas divergencias se amparan precisamente en una interpretación **jurídica** de las normas y sobre el amparo constitucional de sus valores, nada impide —y una uniformidad devendría en otras connotaciones— que se den resoluciones distintas. Pero si tales **divergencias** se alejan de la **vocación** constitucional, del espíritu y de la *mens legislatoris*, con una clara aplicación ideológica, se está sirviendo, ya no al pueblo, a la justicia, sino a un fin **extrajurídico**, por lo que tales decisiones deben ser expulsadas de la jurisprudencia.

5. La independencia sociológica

Si la influencia política es decisiva para «contaminar» la aplicación de la ley, anteponiendo la ideología a la objetividad jurídica, otros factores sociales vienen a empañar la serena postura que ha de mantener el juzgador. Porque no es esta la **realidad social** a que nos hemos referido más arriba sino la **irrealidad** momentánea que presiona a través de la prensa, asociaciones, *loobys* más o menos enmascarados, sindicatos, etc.

A la prensa se le ha llamado el cuarto poder, los *mass media* que influyen en la opinión de la sociedad —de la que los jueces forman parte— que influye en la opinión de los jurados, de los políticos, de los votantes, en fin. El que fue Presidente del Tribunal Constitucional, F. Tomás y Valiente —asesinado por los terroristas—, se lamentaba de esta influencia: «Puedo decir que en los 12 años vividos en el Tribunal Constitucional nunca me sentí presionado por ninguno de los poderes del Estado, pero sí con cierta frecuencia por unos u otros **medios de comunicación social**»³⁰. Hoy en día los jueces están en el punto de mira de estos medios, en los cuales, a su vez, opinan los políticos, los sindicalistas, cualquier pseudointelectual que sepa juntar palabras. Todos

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 50.

³⁰ F. TOMÁS Y VALIENTE, «Sobre la independencia judicial», *El País*, 30-4-1993, p. 15.

los días nos desayunamos con artículos de prensa en los que cada uno opina sobre el funcionamiento de la justicia, sobre la actitud de los jueces. Se opina sobre cómo se han de dictar sentencias que afectan a políticos o sindicalistas. Se le dice al Tribunal cómo debe actuar; incluso los políticos declaran sobre la independencia o no de los jueces. Así se dice: «La Sala de lo Penal está dando pruebas de presunta parcialidad»³¹, «ELA rechaza el juicio y pide un fallo absolutorio»³², «El político X se querrela contra el Juez Y»³³. Los ejemplos se dan por miles y responden —actitud que no cuestionamos en el fondo, sino que constatamos— al principio de libertad de expresión, cuyo derecho no puede conculcar otro, también fundamental.

Para ayudar más a la presión sobre los jueces, los sindicatos, como poder fáctico, echan más leña al fuego para que la cocción se haga conforme a sus deseos no sólo como representantes de los intereses de sus afiliados y de los trabajadores en general, sino que «apetecen» influir en la política, en los Parlamentos, en la justicia. Los sindicatos pretenden «arrinconar» al Gobierno con intenciones de gobernar, pretenden presionar al poder legislativo con la intención de legislar y acuden a la presión psicológica sobre los jueces para vulnerar su independencia y que se dicten resoluciones arbitrarias y que benefician a sus afiliados. Cuando esto ocurre se produce «una actuación visceral y soreliana, olvidando los sindicatos que son poder, pero también son entidades dentro de una gran comunidad social que históricamente se encuentra en un Estado Social y Democrático»³⁴. El sindicato aparece, desde su proclamación en la Carta Magna, hasta en la más elemental de las representaciones laborales o administrativas, pasando por la legitimación procesal en las leyes. Los sindicatos son, al fin, un poder con una esfera y encuadre propios pero sin intervención en los clásicos. Si quieren participar en ellos hay otros métodos —quizás otros sistemas políticos— a través de los derechos reconocidos en la Constitución y las Leyes. No se entiende muy bien que teniendo un foro propio para expresar sus opiniones, dictámenes sobre leyes, etc., cual es el Consejo Económico y Social, se tengan diariamente en los medios de comunicación las expresiones críticas de los sindicatos sobre la actuación gubernamental o judicial.

Otra influencia sociológica que ha tenido y tiene no poca influencia en la elaboración de las normas es lo que en otra ocasión hemos llamado

³¹ *El Mundo*, 1-10-1997, p. 20.

³² *El Mundo*, 2-10-97.

³³ *ABC*, 16-2-93, p. 30.

³⁴ Isidoro ALVAREZ SACRISTÁN, «El poder sindical», *Diario de León*, 17-12-1988.

«el quinto poder», o la calle, las manifestaciones, la presión de las banderas y de las consignas políticas —para a su vez influir en otras políticas— o las descalificaciones, el poder **asambleario** que ejerce presión en las fábricas, en la negociación de convenios, que se coloca enfrente de una Audiencia el día de un juicio determinado. Que acude en masa a los juicios laborales para presionar a testigos o peritos —¿acaso a los jueces?— y que como **quinto poder**³⁵ **toma la calle. «Es un poder no constitucionalizado, pero admitido hasta un determinado nivel de agresión»**³⁶. «Estas manifestaciones de minorías en las calles provocan incidentes y coartan la libertad de los demás, siembran el terror ciudadano. La autoridad —el poder ejecutivo— no puede intervenir; los jueces —el poder judicial— no actúan por falta de pruebas o denuncias; el poder legislativo está lejos. El cuarto poder se divide. Y nos encontramos que un grupo de presión callejera, de hecho, pero sin el apoyo de la mayoría, queda convertido en poder, *arranca acciones de los otros poderes*. Ha aparecido el **quinto poder**»³⁷. Una influencia sociológica más añadida a la caldera presionable de la justicia. A veces, la violencia callejera está organizada o nos encontramos con apogetas de conductas delictivas que no son tenidas en cuenta por los jueces, y con que la misma sociedad les acusa de ineficaces o les recuerda su misión, como lo afirmaba el Presidente del TSJ del País Vasco: «los ciudadanos han recordado a los jueces que extremen su celo»³⁸.

La presión sociológica existe a través de opiniones de los partidos, los sindicatos, la calle, la prensa, etc., en unos lugares más que en otros. Así, tal fue la presión e incomodamiento de los Jueces en el País Vasco que llevó al Parlamento Vasco a aprobar una proposición no de ley de apoyo a la labor de los profesionales de la Administración de Justicia en la Comunidad Autónoma del País Vasco, cuyo texto fue el siguiente:

«El Parlamento Vasco acuerda expresar: 1. Su reconocimiento a la labor realizada por los profesionales de la Administración de Justicia en nuestra Comunidad Autónoma y a la contribución que desde su dedicación y solvencia profesional realizan por la consecución de la paz social y del progreso democrático. 2. Su respaldo a esta institución básica, a los Jueces, Magistrados, Fiscales y funcionarios y a todo el personal

³⁵ MANSILLA, «El quinto Poder», *La Hora Leonesa*, 26-11-1980, p. 12.

³⁶ *Idem*.

³⁷ *Idem*.

³⁸ Declaraciones en *El Correo* el 25-8-1997, con respecto a la violencia organizada en el País Vasco.

que realiza su trabajo profesional al servicio de la Administración de Justicia del País Vasco, al tiempo que expresa nuestro deseo de que sigan realizando su función con **independencia** y eficacia máxima en Defensa del Estado de Derecho y de la convivencia libre de todos los vascos.»

Hemos subrayado la palabra independencia porque si ésta no se hubiera conculcado no se hubiera producido aquella declaración del Parlamento.

Otras veces la influencia procede de los mismos jueces organizados que solicitan derecho de huelga, cuya actividad se desboca contra la misma independencia judicial, a la que quieren someter a una presión política, pues, como se ha dicho, tal pretensión es una tendencia cuasipolítica³⁹. El Derecho de Huelga reconocido en la Constitución va unido al derecho de sindicación, que es incompatible con la condición de Juez. Pues los jueces dictan sus sentencias **«en nombre del Rey»** y con una actividad emanada del pueblo. Estos poderes plenipotenciarios evitan la retorsión de la reivindicación personal a través del cese del trabajo. La defensa de los intereses profesionales de los jueces que se contiene en el artículo 401.2 de la LOPJ, evita cualquier connotación con los partidos políticos o con los sindicatos, pues tales reivindicaciones, que se pueden llevar a cabo «en todos sus aspectos», deben evitar —mejor está prohibida— la vinculación con los sindicatos y los partidos. Más clara no puede ser la ley. Los intereses sindicales se defienden, en última instancia, a través de una presión histórica que es la huelga; los profesionales de los jueces deben estar presididos por la sensatez de las publicaciones, los dictámenes, las reuniones, las advertencias, etc. La huelga por definición es una presión conflictiva ante una empresa o ante el poder económico. Los Jueces, por su posición en la Corona, no pueden arrogarse un cese en el trabajo al socaire de intereses ajenos a los jurisdiccionales o asociativos. Si los jueces administran la Justicia en nombre del pueblo no pueden desligarse de ese nombramiento en ningún momento de su actividad jurisdiccional. Y si la huelga no es una actividad nacida del derecho, es una acción exógena al mismo juez y, por ende, al pueblo del cual emana la acción judicial. No se puede dejar de «administrar justicia», si se recibe el mandato de hacerlo. El cese —la huelga— del trabajo se sitúa así en una actividad no permitida por el pueblo (ni, por supuesto, por el Rey). Ha dicho el Tribunal Constitucional (sentencia de 8 de abril de 1981) que «el derecho

³⁹ SÁNCHEZ PEGO, *Boletín de JD*, junio 1997, p. 8.

constitucional de huelga se concede para que sus titulares puedan **desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales**». La pregunta llega enseguida: cuando un Juez se sitúa en huelga ¿de quién se desliga? ¿De su propio Poder Judicial, del que forma parte? ¿Es una huelga contra sí mismo? ¿Se desliga en esos momentos del pueblo o del Rey? ¿Se desliga de los operadores jurídicos, de los abogados, de los procuradores, de los graduados sociales?, ¿se desliga del Ministerio de Justicia, del que recibe sus emolumentos? Y si, llegado el caso, se necesita un arbitraje, ¿quién es el llamado a ser árbitro de los jueces? Si el Juez goza de autonomía e independencia, ¿puede, acaso, situarse en *lock-out*? La situación es tan inverosímil que llevaría a una pérdida constante de tiempo, y mientras los justiciables esperan que los jueces cesen en su actitud de ocio, se acrecienta la irresponsabilidad de una misión que no es la suya. En cualquier caso, las huelgas de este contenido político, pueden llamarse —para emplear una expresión del Código Civil— de **condiciones imposibles**, que salen de la esfera del Derecho para entrar en el mundo de la sociología conflictiva de la política, que, por supuesto, nada tiene que ver con la actuación judicial.

6. La independencia orgánica

Si atendiéramos únicamente a lo que proclama el artículo 12 de la LOPJ, los Jueces son **independientes** «respecto a todos los órganos judiciales y de Gobierno del Poder Judicial». Tal independencia supone: 1) Que los jueces o Tribunales no pueden corregir a los **inferiores jerárquicos**⁴⁰ la aplicación u ordenación del ordenamiento jurídico sino cuando administren justicia en virtud de los recursos establecidos; 2) que no pueden dictar instrucciones sobre la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico hecha por el Consejo del Poder Judicial a sus **inferiores**.

Por lo que respecta a la independencia entre los órganos y jueces, lleva aparejado que no es posible la unidad de actuación, ni siquiera dogmática o procedimental entre unos y otros. No hay, en este sentido, ni siquiera jerarquía intelectual. No obstante, se produce dependencia, aunque sea jurisprudencial, sobre la actuación de los jueces **inferiores**, respecto de los **superiores** del Tribunal Supremo. La paradoja es evidente; mientras el juez de instancia —inferior— es nombrado a través

⁴⁰ Sobre la expresión **inferiores**, ver la crítica que de ello expone MONTERO AROCA en *Independencia y responsabilidad del Juez*, Civitas, Madrid, 1990, p. 75.

de la carrera, de la oposición o concurso, el Magistrado del Tribunal Supremo es nombrado por el Consejo General del Poder Judicial, cuya composición depende, a su vez, de la composición política de las Cortes. La contaminación se prolonga y la «ciencia jurídica» se proyecta sobre los **inferiores** a través de la jurisprudencia que «interpreta y aplica la ley» (art. 1.6 CC). La jerarquía orgánica se convierte en jerarquía intelectual. Se debe seguir la doctrina que emite el TS cuando se resuelven **recursos**, en los cuales puede «corregir» la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico. Estos, si siguen otra doctrina distinta a la del TS —a sabiendas como resolución injusta— están sometidos a la penalidad del artículo 446 del CP, como prevaricación.

La imposibilidad de dictar instrucciones de carácter general sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico imposibilita y ata de manos las posibles sugerencias que, en orden al mejor funcionamiento de la jurisdicción, pudieran dar los Tribunales Superiores de Justicia en aspectos procedimentales para la agilización o eficacia de la aplicación de las normas procesales. Si, como en algunas comunidades ha ocurrido, se redactan formularios para la eficacia informática, no pueden darse normas sobre su interpretación o uso, porque ello puede perturbar la independencia judicial. Si se aprecia que en las notificaciones o las elevaciones de recursos a órganos superiores no se cumplen las normas procesales y el retraso es evidente, no se pueden «corregir» tales actuaciones porque se atenta contra la interpretación procesal que afecta al juzgado. Independencia no quiere decir ineficacia. Si bien es cierto que en el artículo 417.9 de la LOPJ se contempla como falta muy grave el retraso o la desatención de las competencias judiciales, no lo es menos que no se trata de llegar a una ineficacia total sino a situaciones por ignorancia, desconocimiento o interpretación unitaria, que no es lo mismo que conculcar la independencia del Juez. Este, desde que termina sus prácticas en la carrera, no tiene ninguna relación con los órganos judiciales si no es a través de sus propias resoluciones o de las que dictan en fase de recurso los órganos **superiores**. A veces los mismos jueces lamentan que no se produzcan esas **instrucciones**, que, por supuesto, serían eminentemente técnicas.

Las tendencias actuales de situar a los jueces bajo la funcionarización⁴¹ chocan con el concepto clásico de **independencia** y nos llevarían a la jerarquización que alentaría una disciplina intelectual cerca del totalitarismo jurisdiccional.

⁴¹ Ver *Deliberación*, Revista de la APM, en su número de junio de 1997, página X, que comenta la alusión a tal concepto por un vocal del CGPJ.

Bien es cierto que los Jueces y Magistrados forman un cuerpo único (art. 122.1 CE), pero como integrantes del «Poder Judicial», distinto del «Personal al servicio de la Administración de Justicia», y que los distingue de una manera clara la Constitución, y de manera más diáfana la LOPJ al distinguir entre Jueces y Magistrados y a los «Cuerpos de Funcionarios». El hecho de que ejerzan **funciones** jurisdiccionales no quiere decir que sean funcionarios *stricto sensu*. El servicio al Estado se puede cumplir a través de varias formas: instituciones, Administración Pública, representativa o **judiciales**. Y dentro de este último como funcionario (dentro del Poder ejecutivo) o como Juez o Magistrado (Poder Judicial). El funcionario puede bocetar o sugerir, el Juez tiene la misión sacralizada del «arte de Juzgar»(*). El Juez, por decirlo con expresión de Platón⁴², debe «olvidarse de sus propias conveniencias». El Juez no es funcionario en el sentido administrativo del término, entre otras cosas porque se le debe alejar del concepto arcaico del reloj, manguito y covachuela. Al Juez le está prohibido el «venga usted mañana». La misión es única, **independiente** de jerarquía y bajo la divisa de la **honestidad** profesional. Si bien la autonomía judicial se aleja de la jerarquización funcionaria, debe responder —como razona Montero Aroca⁴³— «a una concepción política de no superioridad de un poder sobre otro, sino de igualdad dentro del marco de actuación de cada uno de ellos señalado constitucionalmente». La justeza de las resoluciones viene enmarcada por lo que diga el órgano judicial competente, lo que nos lleva de la mano a las garantías del justiciable de acceder a un juez cuyo **status** no se puede prejuzgar y cuya causa deber ser **oída** «por un Tribunal independiente e imparcial, independencia e imparcialidad que no requieren, para entenderse vulneradas, la producción de una resolución positivamente parcial o positivamente carente de independencia. Es suficiente, por el contrario, que el **status** jurídico del juzgador no reúna las condiciones que en sí mismo y como tal **status** vienen exigidos por el artículo 24.2 CE, para que pueda entenderse producida una vulneración actual, inmediata y directa del derecho fundamental» (S TC 11 de julio de 1994). Las resoluciones que dicte un juez incompetente, además de vulnerar la tutela judicial efectiva, resultan ineficaces. Lo mismo se diría si un órgano «superior» anulara una resolución ante un recurso —o de oficio— en los supuestos legales,

(*) Título de una publicación de Carlos M.^a ENTRENA KLETT, *La equidad y el arte de juzgar*, Aranzadi, Pamplona, 1979.

⁴² Cit., CICERÓN, *Los oficios*, Austral, Madrid, 1980, p. 57.

⁴³ MONTERO AROCA, *op. cit.*, p. 123.

y nuevamente el órgano así advertido volviera a recaer en el mismo defecto procesal o sustantivo del que le advirtió quien resolvió el recurso o quien advirtió para que se subsanase un defecto de orden público jurídico. Quien predeterminó la Ley y resolvió la contienda no puede ser desoído, so pena de responsabilidad disciplinaria o penal.

La independencia orgánica así entendida no puede por menos de verse acechada por la parcialidad de la **dependencia** del mismo Poder Judicial, cuyos miembros son elegidos por los partidos políticos, en el Senado y en el Congreso. A nuestro entender, la LOPJ de 1985 desarrolló el artículo 122.3 de la CE sin atender ni a su espíritu ni a su letra. Veamos. El nombramiento de los miembros del Poder Judicial —veinte— lo decidía sobre 8 —4 el Senado y 4 el Congreso— entre abogados y juristas de reconocida competencia y con más de 15 años de ejercicio profesional. Los otros doce miembros los dejaba para que fueran nombrados «en los términos que la Ley establezca». De manera que si la Constitución hubiera querido que fueran nombrados por el Senado o por el Congreso, los habría incluido en ese sistema. Al dejar su nombramiento entre Jueces y Magistrados por otro método distinto al anterior no permitió someterlos a los vaivenes de los partidos políticos. El nombramiento era así coherente con la prohibición de afiliación de los jueces a sindicato o partido político alguno. Pero una malhadada propuesta cuando se discutía la LOPJ de 1985 vino a introducir un nombramiento distorsionador en el órgano de Gobierno del Poder Judicial, al decir la LOPJ (art. 112.3) que cada una de las Cámaras propondrá a los otros seis vocales entre Jueces y Magistrados. Así se tergiversaba la norma constitucional infringiendo el principio general del Derecho *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, porque la dicción de la Ley Orgánica no es lo que mandó la Constitución, al distinguir —en aquella— los nombramientos por las Cámaras y por otros **distintos**. Si con la interpretación literal de la CE el Poder Judicial tenía cierta influencia del Poder Legislativo (8 de sus miembros), con la redacción que se dio en 1985 a la LOPJ la vinculación a aquel es total. Así da casi vergüenza leer en la prensa que tal o cual Vocal del Consejo ha sido nombrado a propuesta del partido X o de la coalición política Y. Es un remoquete que le queda al vocal para todo su mandato, sin que pueda desligarse de sus actuaciones bajo los apellidos de progresista o conservador, o de izquierdas o de derechas. La dependencia está servida, la independencia conculcada. A veces esta dependencia se ha vestido con el ropaje «de los mecanismos democrático-representativos»⁴⁴, lo que evidencia

⁴⁴ Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, *Justicia/Conflicto*, *op. cit.*, p. 44.

la frase socialista de que «Montesquieu ha muerto». Aquella máxima de Charles de Secondant de que «**el poder debe frenar el poder**» queda relegada con la intersección de los tres poderes del Estado. Lo que llevó a preguntarse a Bentham ¿qué garantía de libertad puede haber en la separación de poderes si los tres están controlados por el mismo grupo o clase?⁴⁵.

7. La independencia extrajudicial

Lo que podemos llamar **influencia extrajudicial** puede perturbar la independencia judicial, aunque se realice, en la práctica, a través de situaciones derivadas de la vida familiar, de la propia actividad de la Administración, de la funcionalidad de otras instituciones, etc. Por ello hemos de dividir las y analizarlas.

a) *Personas públicas y privadas.* Bajo la expresión de que «**todos** están obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados», el artículo 13 de la LOPJ amplía la prerrogativa a cuantos tengan relación —o la provoquen— con la justicia. La tutela de este precepto permite la actividad de: 1) Los propios jueces, que, ante tal situación, deben seguir el camino orgánico, poniéndolo en conocimiento del Consejo del Poder Judicial y, además, dar cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente, y pueden, además, «practicar las diligencias indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico» (art. 141 LOPJ); 2) el Ministerio Fiscal, que «debe velar por la independencia de los Tribunales» (art. 124.1 CE), que, como mandato constitucional, debe por sí o a petición de los Jueces «promover las acciones pertinentes» (art. 14.2 LOPJ)

Por otra parte, la responsabilidad de la independencia se traslada, —bajo el término **todos**— a las personas privadas, que están obligadas a prestar la colaboración necesaria para la ejecución de las resoluciones judiciales (art. 17.1 LOPJ), cumpliendo las sentencias que hayan ganado firmeza. Lo mismo hay que decir, y con mayor fuerza, si cabe, de las Administraciones Públicas y los funcionarios, que respetarán las resoluciones judiciales⁴⁶.

b) *Las incompatibilidades.* Como mandato del artículo 127.2 de la CE, el régimen de incompatibilidades debe asegurar la **total independencia** de

⁴⁵ *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, tomo 7. Madrid, 1974, p. 214.

⁴⁶ Véase los artículos 463 y siguientes del CP, en los delitos «De la obstrucción a la Justicia».

los Jueces y Magistrados, para que tal aseguramiento sea eficaz. Una incompatibilidad en el ejercicio profesional cuyo régimen se declara «altamente riguroso»⁴⁷, y cuyo cuadro, además de las circunstancias referentes a los partidos políticos, sindicatos u otros cargos públicos, se contiene en un cuadro de incompatibilidades y prohibiciones en los artículos 389 y siguientes de la LOPJ. Desde la perspectiva de la Ley, esta incompatibilidad se extiende a los siguientes ámbitos: 1) *Político*. No pueden pertenecer a partido político alguno ni en las actividades que exijan participación activa en los mismos, ni «tener empleo» a sus servicios (art. 395 LOPJ). Tal desconexión con la actividad de los partidos se enmarca en la posible **contaminación** que respecto del ejercicio jurisdiccional pudiera dedicar el Juez o Magistrado un uso del Derecho que se concitara con los estatutos o tendencias del partido. Bien es cierto que la ideología cercana a sus quehaceres puede influir en la impronta de las decisiones. Pero, al menos, no se verá vinculado por mandato relacional. 2) *Sindical*. No pueden pertenecer a sindicato alguno, aunque sí pueden pertenecer a asociaciones profesionales, en cuya actividad se prohíbe (art. 401.2 LOPJ) la vinculación a sindicatos. Extraña que en ocasiones algún sindicato relacione su actividad con determinada asociación profesional. Como ya dijimos más arriba, si bien los intereses sindicales defienden a los trabajadores sobre lo que «les son propios» (art. 7 CE), en nada empaña la constitución de una asociación para acceder a la defensa de los intereses profesionales de los jueces. Por esta vía la defensa está asegurada sin necesidad de someterse a los vaivenes o las decisiones de un sindicato, cuya dirección es exógena a la actividad jurídica. 3) *Administración*. No puede tener cargo alguno en la Administración, ni en otros Poderes del Estado, sea por elección o por designación, ni tomar parte en las elecciones legislativas o locales, aunque pueden tomar parte en las mismas en ejercicio de su misión (por ejemplo formar parte de las Juntas Electorales). 4) *Profesional*. No pueden desarrollar actividad profesional distinta de la de Juez o Magistrado, ni profesión libre ni dependiente. No pueden ejercer la abogacía o la Procuraduría, ni asesoramiento jurídico sea o no retribuido. No pueden ejercer actividad mercantil, ni ejercer en empresas mercantiles cargos de Gerente, Director, Administrador, Consejero, sean sociedades públicas o privadas. 5) *Otras actividades*. No pueden dirigir escritos a los poderes, autoridades o funcionarios públicos, felicitaciones o censuras por sus actos, ni asistir a actos o reuniones que no tengan carácter judicial.

⁴⁷ Oscar ALZAGA, *op. cit.*, p. 769.

6) *Familiar*. No pueden los Jueces o Magistrados actuar en los casos con vinculación familiar, ni formar Sala en los mismos dando lugar a los supuestos de abstención y recusación a que se refieren los artículos 219 y 391 de la LOPJ.

c) *Las compatibilidades*. Tal relación de incompatibilidades, que se exigen para que la decisión del juzgador no se vea empañada por directrices ajenas, influencias psicológicas o morales, compromisos ideológicos o materiales, como se ve, es amplia. Únicamente es posible compatibilidad del cargo con: 1) *Docencia*; normalmente en centros universitarios —públicos o privados— para la enseñanza en la rama del Derecho, siempre que sea en régimen de tiempo parcial y con duración determinada⁴⁸ que se desarrolle a partir de las quince horas y que no afecte a los deberes de residencia, asistencia al trabajo y al cumplimiento estricto de los deberes. 2) *Investigación jurídica*; que puede desarrollarse como una actividad *extrajudicial*, pero siempre que no menoscabe o comprometa la imparcialidad o independencia judicial. Es cierto que la actividad publicista —como producto de una acción investigadora— puede dar origen a críticas sobre el funcionamiento de la Justicia, de los otros Poderes o de la Administración, pero ello no menoscaba *per se* la imparcialidad de quien juzga y a la vez investiga o publica artículos en revistas especializadas o en prensa periódica. Pueden ser autorizadas por el CGPJ compatibilidades para actividades de investigación no permanentes o de asesoramiento en casos singulares, cuando se trate de un concurso público o se requiera una especial cualificación en el ámbito de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades. 3) *Producción o creación literaria o artística, científica o técnica*, que se desarrolle fuera de las horas de audiencia para la confección de libros jurídicos o no, expresiones de pintura o grabado, etc. 4) *Otras compatibilidades*. Las que se derivan del artículo 19 de la Ley 53/1984, entre las que destacan la administración del patrimonio personal (sin pertenecer a los cargos del art. 389.8 de la LOPJ), la dirección de Seminarios o dictado de conferencias, la participación en Tribunales calificadoros de pruebas selectivas, participación en exámenes, evaluaciones, miembros de las Juntas rectoras de la Mutualidad Judicial o la asistencia ocasional en coloquios y programas de cualquier medio de comunicación social.

d) *La independencia económica*. Como integrantes de uno de los Poderes del Estado, los Jueces y Magistrados perciben sus emolumentos con cargo a aquel, sin que sea posible su remuneración a través de tasas

⁴⁸ Ver Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial.

o abono por parte de los justiciables. Lo que dice el artículo 402 LOPJ es que el Estado, a través de los Presupuestos del Estado, garantiza —o debe garantizar— la **independencia económica**. Esta garantía pasa por los siguientes parámetros: a) Ser adecuada a la dignidad de la función jurisdiccional. Tal cuestión legal tiene necesariamente una impronta comparativa, pues si bien todos los servidores del Estado tienen una **digna** función, la actividad de cada uno de ellos responde a misiones —aunque sean importantes— que entran en una dinámica de preferencia. En todo caso, una sociedad puede convivir sin determinados servicios, pero sería imposible la más mínima convivencia sin el ejercicio de la Justicia, pues no estamos ante aquella ciudad utópica de Campanella⁴⁹ en que «las Leyes son poquísimas» y cuya pena impuesta por los jueces se limitaba a «leer» el «pecado» y se penaba «con gran suavidad». Nos encontramos en una sociedad en que «el arte de juzgar» debe estar alejado, como de la peste, de la influencia económica o de la prebenda material. Y sólo se alcanza la independencia si a la **dignidad** del juzgador la adornan las virtudes personales, los honores sociales, las inmunidades judiciales, y la acompañan las remuneraciones económicas que lo alejen de la tentación de cohecho o la prevaricación. b) Esta garantía económica se extiende a las prestaciones de la Seguridad Social a él y su familiar, tanto en activo como en la jubilación. c) Si, como se contiene en el artículo 403 de la LOPJ, las retribuciones de los jueces deben tener en cuenta la plena dedicación —dada la incompatibilidad que hemos visto más arriba— y el tiempo de servicios, hemos de decir que al Juez o Magistrado no se le exige horario porque las decisiones judiciales no pueden estar sometidas a tiempo de reloj, ni a horario de oficina. Es común que entre los jueces eficaces las decisiones más importantes se tomen, normalmente, en tiempo en que el resto de los funcionarios se dedican al ocio. Las labores de «dedicación» que se realizan en los juzgados en horas de audiencia impiden, por el tráfico de los juicios, las pruebas, las firmas, las lecturas, etc., la serena actitud de dictar una sentencia. Por eso, la expresión de la Ley «tiempo de servicios» no tiene otro significado que constatar que los jueces no tienen para sí horario de trabajo, ni ocios de puentes, ni fines de semana. Su labor es constante y en **exclusiva**. Ello lleva aparejada la posible retribución sobre «el cargo», «la categoría» o «el puesto de trabajo». La intención de remuneraciones sobre productividad es de muy difícil consecución. Así como el número de resoluciones puede ser fácilmente comparable

⁴⁹ Tomás CAMPANELLA, *La ciudad del sol*, Mondadori, Madrid, 1988, p. 146.

o medible, la **calidad** o **eficacia** de otras no puede llevarse al mundo de los números⁵⁰.

8. La responsabilidad

La **independencia** a que nos venimos refiriendo tiene otras contrapartidas personales de las que no se pueden escapar los Jueces y Magistrados: una de ellas es la **responsabilidad**, tal como se dice en el artículo 117.1 CE. La «respuesta» de sus actos ante terceros lo es en «el ejercicio» o «el desempeño de sus funciones» en los ámbitos penal, civil o disciplinario, desde el punto de vista **profesional**. Pero hay otra responsabilidad personal e interna que se desarrolla en el ámbito ético o moral que **responde** a otros valores menos legalistas —aunque a veces proceda de ellos— y que invaden la conducta de cada aplicador del Derecho y la Justicia. Hemos de dividir el análisis, por lo tanto, en dos bloques: responsabilidad **ético-profesional** y responsabilidad **jurídico-profesional**.

A) Desde la perspectiva *ético-profesional* podemos comenzar por la que adquieren nuestros jueces al jurar o prometer la Constitución, que se regula en el artículo 318 de la LOPJ, bajo la siguiente fórmula: «Juro (o prometo) guardar y hacer guardar fielmente y en todo tiempo la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, lealtad a la Corona, administrar recta e imparcialmente justicia y cumplir mis deberes judiciales frente a todos».

Tal compromiso obliga a un cumplimiento exacto de todo el complejo mandamiento constitucional, que si en el artículo 9 CE ordena la **sujeción** de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, con más motivo a los Jueces que, además, hacen juramento (ante Dios) o prometen (por su honor) un acatamiento y hacer acatar al resto de los ciudadanos «en todo tiempo» (mientras esté vigente y mientras se sea «poder judicial»). Obliga a administrar justicia, no sólo desde la perspectiva obligacional de su condición profesional —dictar resoluciones— sino llevar a la sociedad el sentido de la **rectitud** (administración **recta**) y de la **imparcialidad**, esto es, que se sitúe como profesional en la predeterminación que la ley ha hecho de su labor, en su ámbito y territorio, y como ejercicio en el

⁵⁰ En el Libro Blanco de la Justicia de 1997 se incorporan unos módulos de cargas de trabajo para los órganos Unipersonales y Colegiados que responden al número de Resoluciones máximas al año por cada uno de ellos teniendo en cuenta los rendimientos máximos, medios y mínimos de los órganos. Los peligros pueden llevar a aumentar la cantidad en detrimento de la calidad. Pero no cabe duda de que algún sistema de medición de trabajo debe haber.

fiel de la balanza que representa (como apuntaba de una manera gráfica Kafka, «la justicia debe estar inmóvil, pues de lo contrario la balanza oscila y no puede pesar con exactitud»)⁵¹.

Estamos ante la imparcialidad **subjctiva** en el desempeño de su labor, alejado de los vaivenes extrajudiciales y en conexión directa con la **independencia**.

Otro aspecto que exige un comportamiento ético —o de deontología profesional— es la **formación** y el conocimiento constante que ni esté erosionado por la pseudointelectualidad ni adocenado por la uniformidad *ex libris*. La difícil formación del Juez pasa por la idea dorsina de la laboriosidad al servicio de la inteligencia y ser intelectuales, a través, qué duda cabe, de un sacrificio que para D'Ors era **ni más ni menos que nobleza**⁵². El principio general del Derecho *iura novit curia* cobra aquí plena aplicación; pues la verdadera traducción es que los Tribunales conocen el Derecho, aunque en su aplicación procesal derive en la facultad de los jueces de aplicar las normas conforme a su conocimiento sin la vinculación a las propuestas de las partes. Tampoco hay que interpretar la obligación del conocimiento y el reciclaje en el sentido global y amplio, cuya tarea es, por total, inalcanzable para el saber humano, sino que la aprehensión de conocimientos responde a la constante y permanente formación jurídica, acompañada por la defensa de la justicia, pues si —como decía Cicerón— la ley es el Magistrado silencioso, el magistrado es la ley parlante. La formación permanente es una de las funciones de la Escuela Judicial a través de cursos, seminarios, investigaciones, etc. Pero hay otra formación que se incardina en la labor diaria y personal y que responde a la noble tarea de hacer justicia a través de la norma pero bajo los auspicios de la ética.

La laboriosidad del juzgador se entroniza en su aspecto personal —ético— profesional, olvidando la indolencia para velar por la eficacia y la atención al justiciable. Algunas veces se ha criticado la eficacia de un juzgado —al día de sus asuntos— y el retraso de otro que, pared con pared, tiene los mismos funcionarios y el reparto de los mismos expedientes. Aparte factores procesales, no cabe duda de que se ve la **mano** de un juez eficaz y resolutorio. Pero tampoco es bueno que el juez se pliegue a la burocratización de los números⁵³, pues, cuando se

⁵¹ Franz KAFKA, *El proceso*, Edaf, Madrid, 1989, p. 222.

⁵² Eugenio D'ORS, *Antología*, Doncel, Madrid, 1960, p. 103.

⁵³ El Libro Blanco de la Justicia de 1997 establecía carga de trabajo según sean los órganos unipersonales o Colegiados. Por ejemplo, juzgados civiles 850 asuntos, Salas de TSJ, 350, Audiencias, 400, etc. Responde, según el libro, a mediciones de rendimiento, de acuerdo con la carga de trabajo que pueden soportar los órganos jurisdiccionales.

descubre en el Juez español «un fuerte componente burocrático»⁵⁴ y «realiza escasas incursiones en el campo de la tutela de los intereses difusos»⁵⁵.

Otros *valores*, como diría Martínez Calcerrada⁵⁶, podrían referirse a la intelectualidad, la vocación o el factor psíquico. No es momento de advertir sobre las situaciones psíquicas, pero sí relacionar la **vocación** en la tarea, porque sin ésta no hay «entrega sin reservas»⁵⁷, no hay posibilidad de formación continua, no existe el sacrificio, la investigación en la labor, la impronta —desde el acceso al escalafón— de que la misión de un juez es clave en la vida social, que sólo es posible el Estado democrático y social de Derecho, si la rectitud de la justicia impera a través de ganar todos los días la batalla a la injusticia y la indolencia. La vocación tiene que estar alejada de las nimiedades de la burocracia —a pesar de que la máquina judicial sea «escasa en medios y víctima desde 1985 de una legislación deplorable»⁵⁸—, de las inseguridades de la política, de la crítica de los medios de comunicación, de las iniquidades de los compañeros. Por eso, se dice que la vocación es sacrificio. Ante tales presiones el Juez debe permanecer impávido, desoyendo los cantos de sirenas que, por un lado o por otro, siempre se oirán⁵⁹. El Juez está al servicio del Estado «frente a todos» —como juró o prometió— y bajo el mandato que recibió del pueblo organizado. Esta actividad, que no es nueva, pues ya Lucrecio⁶⁰ lo predijo: «Eligieron de entre ellos Magistrados, que obedecieron voluntariamente», es un enlace entre la fuente de que emana el **poder** (pueblo) y la actitud vocacional

⁵⁴ Abdón DÍAZ SUÁREZ, «Los jueces ante la crisis de la Justicia». *Revista General de Derecho*, n.º 523-1988, Valencia, p. 1.669.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Luis MARTÍNEZ CALCERRADA, «Juez y Justicia independientes», *Diario ABC*, 13-1-1993.

⁵⁷ MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, p. 1.

⁵⁸ José Luis MANZANARES SAMANIEGO, «Administración de Justicia y Poder Judicial». *Diario ABC*, 12-10-1997, p. 56.

⁵⁹ Extrañan las Resoluciones —como en la que se pone en entredicho la **imparcialidad** del Juez **natural** en el «caso Sogecable» y se le aparta del asunto— bajo la **apariencia** de «quedar en entredicho la imparcialidad del juez». Por este camino cualquiera puede difundir diatribas contra un Juez con el objeto de apartarle del conocimiento de un asunto. Así puede peligrar la imparcialidad y erosionarse la vocación.

⁶⁰ TITO LUCRECIO, *De la naturaleza de las cosas*. Cádiz, Madrid, 1994, p. 339. «Eligieron de entre ellos Magistrados / que obedecieron voluntariamente: / porque el género humano, fatigado / de vivir en dura servidumbre, / y con enemistades extenuado, / más de su agrado recibió las leyes / y los justos derechos: pero como / el enojo llevase la venganza / mucho más lejos de lo que las leyes / permiten al presente, se cansaron / de la anarquía y las venganzas fieras. / De aquí nació el temor de los castigos...»

que debe presidir la logística de su labor. Así, la vocación no tiene otra ligazón que la propia estima, la deontología profesional, el sacrificio de la labor, el servicio a lo intelectual, en suma. Con tal misión es imposible que esté relacionado con otras **dependencias**. Para ellos, si impera la vocación se arrumban otras **irresponsabilidades**.

En otra ocasión ya hemos dicho⁶¹ que «es verdad que hay —puede haber— varios tipos de jueces, algunos con el marchamo de intocable, que llevan el concepto independiente al extremo del subjetivismo anacrónico o alejados de la realidad social, cuyas resoluciones asombran a los profesionales, sometidos a la incertidumbre de ganar o perder un pleito según el Juez que lo dirima; pero también —eso es lo deseable— acceden Jueces que son la simbiosis entre la sociedad y el pueblo, que protegen los intereses legítimos individuales o colectivos».

Bien es cierto que no hay un código de conducta profesional, ni —como dijo el TS en sentencia de 23 de abril de 1997 (La Ley 5386)— se puede imponer a los Tribunales un concreto *modus operandi*, y «no existen fórmulas magistrales para que se llegue al conocimiento del Juzgador la justicialidad»; el concepto de la **sana crítica** a que se refiere en algunos artículos la LEC, cobra aquí todo su sentido, como un concepto jurídico indeterminado ligado a la objetividad, la razonabilidad, la honesta actuación, **vocacionalidad**, en fin.

B) La responsabilidad **jurídico-profesional** es la que desarrolla la LOPJ en el Título III del Libro IV, en los artículos 405 al 427 (independientemente de la responsabilidad del funcionamiento de la Administración de Justicia a que se refieren los artículos 292 a 297 de la LOPJ). Tal responsabilidad es —como se ha dicho⁶²— un imperativo ejercicio del poder y «un explícito principio de articulación de la Justicia tanto en su vertiente dogmática cuanto en las vertientes administrativas y prestacional».

a) La responsabilidad **penal** por delitos y faltas cometidos en el «ejercicio de sus funciones» y que se «exigirá» conforme a lo previsto en la LOPJ. Ello no es del todo exacto, pues si bien la LOPJ prevé la actuación de los jueces —lo que deben ser—, el incumplimiento penal está previsto por la LECRIN y el CP, ya que por la DA 1.º de la LO 5/1995, de 22 de mayo, se deroga el artículo 410 de la LOPJ que regulaba el denominado «antejuicio» que debería conocer el mismo Tribunal que entienda de la causa abierta contra el Juez. El CP vigente —LO 10/1995,

⁶¹ Isidoro ALVAREZ SACRISTÁN, «La eficacia de la Justicia», *El Diario Vasco*, San Sebastián, 1-1-1987.

⁶² Juan F. LÓPEZ AGUILAR, *La Justicia y sus problemas en la Constitución*. Civitas, Madrid, 1996, p. 55.

de 23 de noviembre— regula los delitos en los que pueden estar incurso los Jueces y Magistrados: prevaricación (art. 446), revelación de secreto sumarial (art. 460), usurpación de atribuciones (arts. 507 y 509), obstrucción a la justicia (art. 463.3), y en general aquellos delitos o faltas que pudieran aplicarse como cargo público en el ejercicio de sus funciones.

b) La responsabilidad *civil*^{62bis} se exige por los daños y perjuicios causados, con dolo o culpa, en el ejercicio de sus funciones. A la que hay que añadir la «negligencia o ignorancia inexcusable en el ejercicio de sus funciones» a que se refiere el artículo 903 de la LEC⁶³.

Lo dicho en el artículo 411 LOPJ es un transunto del artículo 1.902 CC sobre las obligaciones que nacen de culpa y negligencia y se contraen «sin convenio», como se dice en el Título XVI del Libro IV del CC⁶⁴.

Si bien en algunas circunstancias es difícil delimitar el camino entre la responsabilidad contractual (art. 1.101 CC) y la extracontractual, dada la naturaleza de las relaciones sociales en el mundo de hoy, el TS ha dejado dicho que «la culpa extracontractual se diferencia de la contractual en que aquella presupone un daño con independencia de cualquier relación jurídica anterior a las partes, fuera del deber genérico y común de todos los hombres del *alterum non laedere*, mientras que la

^{62bis} «La responsabilidad civil de Jueces y Magistrados —mal llamado recurso— que establecen los artículos 903 y siguientes de la LEC y 16.1 y 411 a 413 de la LOPJ por consecuencia del ejercicio de sus funciones cuando hubieran incurrido en dolo o culpa y asimismo por negligencia o ignorancia inexcusable, no es un derecho abstracto, inalcanzable para los ciudadanos. Al contrario, es del todo conveniente su exigencia y ha de potenciarse pero dentro de los estrictos presupuestos legales y con acatamiento a las condiciones de procedibilidad que la normativa legal establece, a fin de evitar abusos, lo que sería efecto contrario, tan discorde con la justicia, como su indebido y desviado ejercicio; en este sentido la exigencia del artículo 903 LEC se presenta clara e imperativa, en cuanto dispone que necesariamente han de utilizarse en tiempo los recursos legales procedentes, o, en su caso, haber reclamado oportunamente durante el juicio (art. 413 LOPJ). De esta manera se precisa tanto la reclamación correspondiente, lo que exige que sea acorde a la Ley, como que ésta se presente con oportunidad procesal, utilizando los remedios legales previstos.» (S TC 19-29-1994, *La Ley* 1994-2, 626)

⁶³ La regulación procesal se contiene en los artículos 903 y siguientes de la vigente —en 1997— LEC.

⁶⁴ Sobre la numerosa bibliografía reciente, se destacan las diferentes monografías de Ricardo DE ANGEL, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993. M.^a Luisa ATIENZA, *La Responsabilidad Civil del Juez*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997. Juan MONTERO AROCA, *Responsabilidad Civil del Juez...* Tecnos, Madrid, 1988. *Responsabilidad Civil*, CGPJ. Tomo XIX 1993 (Varios autores). Santiago CAVANILLAS e Isabel TAPIA, *La concurrencia de responsabilidad civil...* Aretes, Madrid, 1992. Mariano YZQUIERDO TOSLADA, *Responsabilidad Civil*, Reus, Madrid, 1993. Santiago CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la Responsabilidad Civil en la Jurisprudencia*, Aranzadi, 1987.

segunda presupone una relación preexistente que ordinariamente es un contrato»⁶⁵.

Alejados de las teorías que determinaban la relación procesal —con intervención del Juez— como un contrato —felizmente criticada por la doctrina procesalista— y desechadas las teorías sobre la relación pública, la institucional o las mixtas, se sitúa el Juez como tutelador de normas constitucionales y garantistas de valores superiores y que tienen su plasmación pedestre en la **pretensión**; o como recordó Aragoneses⁶⁶ algo tan obvio como «una institución jurídica para la realización de la justicia... que satisface la pretensión».

Esta **responsabilidad**, en cuanto al sujeto puede ser pedida por la parte que pueda resultar perjudicada y bajo los siguientes requisitos procesales:

- 1) La demanda se interpondrá una vez que se ponga fin al proceso, y la sentencia o el auto en que se resuelva el fondo de la fundamentación de la negligencia, dolo o morosidad, sea firme.
- 2) El plazo de interposición es de 6 meses desde que se dictara el auto o la sentencia que ponga término al pleito o causa (art. 905 LEC).
- 3) El órgano ante el cual se ha de interponer la demanda es el Tribunal Superior inmediato.
- 4) En ningún caso la sentencia dictada en juicio de responsabilidad civil alterará la que hubiera ocasionado el agravio. Si no se estima la responsabilidad se imponen las costas al demandante. En el caso de estimarse, se comunican los casos al Fiscal «a fin de que resulten méritos para exigir la responsabilidad criminal, inste y proponga lo que estime procedente» (art. 918 LEC). Este último supuesto es un agravio a los Jueces, ya que se les exige un *plus* de comportamiento y se lleva al terreno de la **penalidad** lo que se ha ejercido como responsabilidad extracriminal, pues si bien en la jurisdicción civil vinculan las sentencias penales —y desde la pena se exige la indemnización civil (art. 116 CP)— la restitución patrimonial en la responsabilidad civil no nace del delito, sino de los hechos que lo constituyen. Esta culpa aquiliana surge en el momento en que surge el daño o quien se cree dañado por la decisión judicial, sin que previamente exista una obligación con el justiciable que no sea la derivada de la tutela judicial efectiva.

⁶⁵ Distinción que hace a su vez José María MIQUEL GONZÁLEZ, en *La Responsabilidad contractual y extracontractual*. CGPJ, Tomo XIX, p. 61.

⁶⁶ Pedro ARAGONESES, *Proceso y Derecho Procesal*. EDESA, Madrid, 1997, p. 259.

c) Responsabilidad *disciplinaria*. Como cualesquiera otros miembros de colegios, instituciones, funcionarios, etc., los Jueces y Magistrados están sometidos a la disciplina de los órganos superiores del Poder Judicial del que forman parte. Las alusiones que se hagan a este respecto en la LEC deben entenderse derogadas, si se oponen a lo que regula el Capítulo III del Título III del Libro IV de la LOPJ, aunque ya fueron derogados algunos artículos por la Ley 16/1994, de 8 de noviembre, y en especial el artículo 447 LEC sobre la posibilidad de corregir disciplinariamente a los jueces inferiores por el órgano superior. La actual normativa —con evidente vocación de Estatuto de funcionamiento— se regula en los artículos 414 al 427 de la LOPJ, bajo los principios de **legalidad** y **garantía**. La primera porque no pueden ser sancionados sino en los supuestos a que se refiere el grado de las faltas (muy graves, graves y leves), y en cuanto a la actuación garantista, a través del expediente incoado al efecto, con audiencia del interesado y el Ministerio Fiscal.

LA ACTITUD DE CLEMENTE DE ALEJANDRIA ANTE LA RIQUEZA

Juan de Churruca

Profesor emérito de la Universidad de Deusto

1. El problema pobreza-riqueza

Se puede decir que en principio existe un consenso universal en que la pobreza es mala. Es la valoración predominante en la literatura griega y latina, que aparece también explícitamente formulada en los libros sapienciales del Antiguo Testamento. Incluso en los escritos en que más fuertemente se censura a los ricos y se ensalza a los pobres, se está afirmando indirectamente que a los ricos se les censura por haber explotado a los pobres y haberles llevado a una situación de miseria e indefensión (la pobreza), considerada como mala e injusta¹. Sin embargo, a lo largo de la historia han ido apareciendo matizaciones y correcciones de ese principio general. La riqueza puede llevar a la autocomplacencia, a la autosuficiencia egoísta, al desinterés por problemas que trascienden lo material, a una ansia creciente y absorbente de seguir enriqueciéndose². El afán de enriquecerse puede llevar y lleva con frecuencia a no reparar en la calidad moral de los medios utilizados para ello, y por consiguiente a cometer claras injusticias. De ahí que en textos legales del pueblo de Israel se castigue la injusticia y los abusos de los

¹ Sobre los conceptos de pobreza y riqueza, sus efectos y su valoración en general: R. SÈVE, «Pauvreté»: EPU 2/2, 1884; F. GIROUX, «Pauperisme»: EPU 2/2, 1883; C. BAUER, «Armut»: *Staatslexikon* (Friburgo 1957-1970) 1, 581-588; G.E.M. DE STE CROIX, *The Class Struggle in the Ancient World* (Londres 1981) 425-426.

² Por lo que se refiere a estas ideas en la cultura griega y en las diversas épocas de la historia del pueblo de Israel, ver: H. BOLKENSTEIN, «Armut»: RAC 1, 689-701; A. KALSBACK, «Armut»: RAC 1, 701-702; E. KUTSCH, «Armut»: RGG³ 1, 622-623; R. BOGAERT, «Geld»: RAC 9, 824-829; (H.L. Strack)-P. BILLERBECK, *Kommentar zum Neuen Testament aus Talmud und Midrasch* 1⁹ (Munich 1989) 818-826; F. HAUCK-KASCH, «πλούτος»: TWNT 6, 317-324. Particularmente expresivo es en este sentido es: Sir 13, 4-8; 31, 1-7.

ricos y que en la literatura sapiencial se aconseje un uso moderado y justo de la riqueza³.

La desigualdad social entre la minoría rica y la mayoría pobre y explotada puede ser tan flagrante e injusta, que dé lugar a que en determinadas coyunturas históricas surja una crítica social muy dura. Es el caso de muchos de los grandes profetas de Israel (Isaías, Jeremías, Ezequiel, Malaquías, Miqueas, etc.), que en los siglos VIII al VI a.C. fustigaron con gran dureza los abusos e injusticias de los ricos⁴. En muchos casos los Profetas generalizaron su crítica de tal forma que al leer sus obras parece presumirse que el rico es injusto mientras no se demuestre lo contrario⁵. De forma simétrica, en los escritos de los Profetas y sobre todo en los Salmos, aparece una sublimación de los pobres, a los que se presenta junto a otros marginados (huérfanos, viudas, etc.) como víctimas de la operación y abuso de los poderosos, como desprovistos de toda la ayuda terrena y abocados a poner su única esperanza en Yavé⁶. Surge así lo que se ha dado en llamar la «mística de la pobreza», que presenta a los pobres como los predilectos de Yavé porque se han puesto en sus manos, y Yavé acabará haciéndoles justicia. Por el contrario, los ricos y poderosos han sido infieles a Yavé, han oprimido a los pobres y serán castigados. En esta mística de la pobreza hay una clara referencia escatológica al anunciar la futura intervención justiciera de Yavé, aunque sin precisar cuándo se producirá ni presentarla como inminente⁷.

Aunque desde la época de los grandes Profetas (VIII-VI a.C.) hasta la de Jesús habían transcurrido por lo menos cinco siglos, la situación de injusta desigualdad social no había mejorado: la diferencia entre el «pueblo de la tierra» de las pequeñas aldeas de Galilea al que predominantemente se dirigió la predicación de Jesús, y la minoría rica, seguía siendo muy grande. A ello hay que añadir otros factores que contribuyeron sin duda a potenciar la sensibilidad para percibir la desigualdad. Por una parte las turbulencias políticas subsiguientes a la conquista romana aceptada por la minoría económicamente fuerte de los saduceos

³ Sobre este punto: J.L. SICRE, *Con los pobres de la tierra: la justicia social en los Profetas de Israel* (Madrid 1985) 57-62. Pasajes particularmente significativos: Ex 22, 20-25; 23, 6; Dtn 15, 7-11; Sir 13, 4; 34, 25-29.

⁴ Algunos ejemplos destacados: Am 5, 10-12; 8, 4-10; Is 5, 8-10; 10, 1-4; Jer 2, 34; 5, 26-29; Ez 22-29; Mich 2, 1-5; 6, 9-16; Mal 3, 5; 21, 7. Ver: SICRE [n 3] *passim* y conclusiones (437-453).

⁵ SICRE [n 3] 448-453.

⁶ R. MARTÍN-ACHARD, «nh»: THAT 2, 348-350; D. MICHEL, «Armut»: TRE 4, 74-76.

⁷ Sobre la mística de la pobreza: M. DIBELIUS, *Der Brief des Jakobus*¹⁰ (Gotinga 1959) 37-44; F. MUSSNER, *Der Jakobustrief* (Regensburg 1978) 76-84; DE STE CROIX, *Class Struggle* [n 1] 430-434.

y mal vista por el pueblo. Por otra parte, surgieron movimientos liderados por profetas que vivían en extrema pobreza, y predicaban la penitencia a la vista de una próxima catástrofe escatológica. Aparecieron también grupos que practicaban un ascetismo riguroso, en algunos casos con comunidad de bienes. En determinados grupos nació o creció una inquietud apocalíptica. Hubo varios movimientos mesiánicos fracasados por sí mismos o sofocados por los romanos⁸.

En ese ambiente actuó Jesús. Había vivido probablemente de su trabajo de artesano en un pequeño pueblo de Galilea hasta que en un momento determinado lo dejó todo para dedicarse plenamente a anunciar el Reino de Dios y su inminente llegada. Su predicación se dirigió preferentemente al pueblo llano de cultura rural y artesana. La ética que enseñaba era de una gran sinceridad libre de formalismos y compromisos. El amor al prójimo era uno de los puntos fundamentales de su predicación. Su sensibilidad para la injusticia que padecían los pobres y su simpatía por los oprimidos era clara. Su forma de hablar era directa, valiente, gráfica, nada académica, rica en máximas, con comparaciones, hipérbolos y paradojas que servían para poner de relieve ante su público rural los principios éticos y religiosos que quería comunicar. En gran parte de su predicación estaba presente la idea de la inminencia de la catástrofe escatológica que precedería inmediatamente a la plena implantación del Reino de Dios, que ya había comenzado a irrumpir. Le acompañaba un pequeño grupo de seguidores entusiastas que habían renunciado a sus bienes temporales y a su vida profesional, pero sin practicar un ascetismo rígido. Entre sus adictos y simpatizantes hubo también personas económicamente acomodadas que no renunciaron a sus bienes⁹. En este ambiente de tensión, de entusiasmo y entrega, de esperanza y temor escatológicos ha de entenderse la perícopa del Evangelio (Mc 10, 17-31) que Clemente en un ambiente muy distinto tomó como base de su opúsculo sobre la posibilidad de salvación de los ricos, que es el objeto principal de este estudio.

⁸ Sobre la situación de Palestina en el aspecto político-social en la época de Jesús: E. SCHÜRER-G. VERMES-F. MILLAR, *The History of the Jewish People in the Age of Jesus Christ 2* (Edimburgo 1979) 656-667; S. APLEBAUM, «Economic Life in Palestina», en: S. SAFRAI-A. STERN (ed), *The Jewish People 2* (Assen-Filadelfia 1976) 565-667; G. VERMES, *Jesus the Jew* (Londres, ed Fontana 1976) 42-82; G. THEISSEN, «Wir haben alles verlassen»: *NovTest* 19 (1977) 194-196.

⁹ Sobre la orientación de la predicación de Jesús: C. PERROT, *Jésus et l'histoire* (Paris 1979) 171-200; VERMES [n 8] 86-102; M. HENGEL, *Eigentum und Reichum in der frühen Kirche* (Stuttgart 1973) 31-36; E. BAMMEL, ΠΤΩΧΟΣ: *TWNT* 6, 902-908; G.E.M. DE STE CROIX, «Early Christian Attitudes to Property and Slavery»: *SCH* 12 (1975) 1-9; J. DUPONT, *Les béatitudes* (Brujas 1954) 142-148; C. BURCHARD, «Jesus von Nazareth», en: J. BECKER (ed), *Die Anfänge des Christentums* (Stuttgart 1987) 20-50.

En las comunidades cristianas de épocas posteriores se aprecian diversas actitudes antes el problema riqueza-pobreza. Entre los judeocristianos hubo algún grupo que practicó al menos durante algún tiempo la comunidad de bienes, aunque tal actitud debió de ser una excepción¹⁰. En muchas comunidades debió de ser frecuente la visita o estancia de misioneros itinerantes (apóstoles, maestros, profetas) dedicados enteramente a su labor y mantenidos por la beneficencia de la comunidad¹¹. En algunos lugares hubo grupos o individuos que practicaban un ascetismo rígido. Pero por otro lado, desde un principio se produjo la conversión al cristianismo de personas que se hallaban en situación económico-social acomodada, aunque el nivel medio de la mayoría de las comunidades cristianas fue durante mucho tiempo económicamente bajo, pero no ínfimo¹². Además, hay que tener en cuenta varios fenómenos que influyeron en que, a lo largo del tiempo, cambiase notablemente el horizonte cultural de los destinatarios del mensaje cristiano y la problemática económico-social de las comunidades. En primer lugar la difusión del cristianismo se realizó predominantemente entre la población urbana, que aún en las pequeñas ciudades se diferenciaba notablemente en los aspectos económico, social y cultural de la población rural. Por otro lado, fue cada vez mayor el número de adeptos que no provenían del judaísmo y accedían al cristianismo con un bagaje de concepciones previas muy distinto del de los judeocristianos¹³. Finalmente el

¹⁰ La comunidad de bienes aparece en una descripción idealizada y generalizada de Act 4, 32-37; 5, 1-11. Sobre estos pasajes: A. WEISER, *Die Apostelgeschichte* 1 (Gütersloh-Würzburg 1981) 134-148. Sobre el tema en general: HENGEL [n 9] 39-45; M. WACHT, «Gütergemeinschaft»: RAC 13, 26-28; 52-54.

¹¹ Sobre los misioneros itinerantes del primitivo cristianismo: A. V. HARNACK, *Die Mission und Ausbreitung des Christentums in den drei ersten Jahrhunderten*⁴ (Leipzig 1924) 332-379; G. KRETSCHMAR, «Ein Beitrag zur Frage nach dem Ursprung frühchristlicher Askese»: ZTK 61 (1964) reproducido en: K. S. FRANK (ed), *Askese und Mönchtum in der alten Kirche* (Darmstadt 1975) 135-156; G. KRETSCHMAR, «Das christliche Leben und die Mission in der frühen Kirche», en: H. FROHNES-U. W. KNORR (ed), *Kirchengeschichte als Missionsgeschichte* 1 (Munich 1974) 94-100.

¹² Sobre la existencia de personas económicamente bien situadas en las comunidades cristianas ya en los primeros siglos: HARNACK, *Mission*⁴ [n 11] 559-568; H. KREISIG, «Zur sozialen Zusammensetzung der frühchristlichen Gemeinden im ersten Jahrhundert unserer Zeit»: *Eirene* 6 (1967) 91-100.

¹³ Ver sobre este tema: DE STE CROIX, *Attitudes* [n 9] SCH 12 (1975) 9-11; H. J. DREXHAGE, «Wirtschaft und Handel in den frühchristlichen Gemeinden»: RQ 76 (1981) 7-72; W. A. MEEKS, *The First Urban Christians* (Londres 1983, 9-73, E. A. JUDGE; *The Social Pattern of Christian Groups in the First Century* (London 196) 49-61; H. KRAFT, *Die Entstehung des Christentums*³ (Darmstadt 1990) 248-279; P. LAMPE-U. LUZ, «Nachpaulinisches Christentum und pagane Gesellschaft», en: J. BECKER (ed), *Die Anfänge des Christentums* (Stuttgart 1987) 185-196; 207-216).

sentimiento inicialmente muy extendido de que la catástrofe escatológica iba a producirse muy pronto, fue disipándose y quedó sustituido gradualmente por la idea de que podía producirse en cualquier momento, pero sin la convicción de que ese momento estaba muy cerca¹⁴. Con ello disminuyó indudablemente la sensación de lo percedero e irrelevante de las cosas temporales. Con todo hay que tener también en cuenta que en algunos grupos y especialmente en determinados momentos de tensión y de persecución renacía la ardiente expectativa del fin muy cercano¹⁵.

Dentro de este marco histórico-cultural la actitud ante el problema pobreza-riqueza fue muy variada. Siguió habiendo grupos que descalificaban radicalmente a los ricos en tono parecido al que habían empleado los Profetas de Israel: un caso típico es la *Carta de Jacobo* escrita probablemente a finales del siglo I, incorporada tardíamente al canon del Nuevo Testamento, pero probablemente todavía no considerada como canónica en el ambiente de Clemente de Alejandría¹⁶. Había muchos que veían en la riqueza un gran peligro que alejaba casi necesariamente de Dios: es característica en este sentido la doctrina del *Pastor de Hermas*, escrito apocalíptico redactado en Roma hacia el año 150 y tenido en alta estima por Clemente de Alejandría¹⁷. En la parénesis cristiana se exhortaba desde muy pronto a evitar que la desigualdad económico-social entre los miembros de la comunidad repercutiese en la vida religiosa de ésta, a saber: contentarse con lo suficiente para vivir frenando el ansia de enriquecerse, a la ayuda desinteresada a los miembros más necesitados¹⁸. En general cabe afirmar que la actitud ante la riqueza no era favorable en las comunidades cristianas en el último cuarto del siglo II. Y esa actitud tenía un fuerte apoyo en las condenas contenidas en numerosos pasajes tanto del Antiguo Testamento y

¹⁴ H. CONZELMANN, «Eschatologie»: RGG³ 2, 665-672, IDEM, «Parusie»: RGG³ 5, 130-132.

¹⁵ Sobre las tendencias y grupos apocalípticos durante los tres primeros siglos: A.V. HARNACK, *Lehrbuch der Dogmengeschichte*⁵ (Tubinga 1931, 1, 114; L. CERFAUX, *Un concurrent du christianisme* (Tournai-París 1957) 388-391; P. VIELHAUER-G. STRECKER, «Apokalypsen und Verwandtes», en NTApkr 2⁵, 491-547. Por lo que se refiere a la riqueza son particularmente significativos: Apc 18, 15-24; ApcPetr(gr) 30 // ApcPetr(aeth) 9 (NTApkr 2⁵, 572-573).

¹⁶ Jac 2, 1-7. Sobre Jac: H. FRANKEMÖLLE, *Der Brief des Jakobus* 1 (Gütersloh-Würzburg 1994) 20-120.

¹⁷ Herm, Vis 1, 1, 8; 2, 3, 1; 3, 6, 5-7; 3, 9, 5-6; 3, 11, 12; Mand 10, 1, 4; Sim 1, 5; 1, 8, 9; 2, 10; 8, 8, 1-2; 8, 9; 9, 20, 1-2. Sobre el Pastor de Hermas: VIELHAUER-STRECKER [n 15] NTApkr 2⁵, 537-547. Sobre la alta estima en que Clemente tenía a Hermas: G. BARDY, *La théologie de l'Église de Saint Irénée au Concile de Nicée* (París 1947) 123-124.

¹⁸ Sobre este punto: v. HARNACK, *Mission*⁴ [n 11] 170-216; HENGEL, *Eigentum* [n 9] 61-68. WACHT [n 10] RAC 13, 26-28. Ejemplos típicos: 1 Tim 6, 10; Polyc, Ep 4,1.

de los Evangelios Sinópticos reconocidos como palabra de Dios. En comunidades como la de Alejandría, donde en esa época el grupo de cristianos en posición económica desahogada constituía ya una minoría importante, debió de plantearse el problema de si una situación económica acomodada era compatible con el cristianismo y en qué condiciones lo era. Ese es el problema con el que se enfrentó Clemente.

2. Clemente de Alejandría

Clemente había nacido probablemente en Atenas, de padres paganos, hacia el año 150. En fecha y lugar no conocidos se había convertido al cristianismo y como muchos jóvenes de su época había realizado numerosos viajes por Italia meridional, Siria y Palestina para oír a maestros cristianos afamados. Al llegar a Alejandría fijó allí su residencia atraído por las enseñanzas de Panteno¹⁹.

Alejandría en esa época seguía siendo una ciudad extraordinariamente floreciente, la segunda en importancia dentro del Imperio después de Roma, y culturalmente más importante en muchos aspectos que la capital. El judaísmo se había establecido sólidamente dentro de la ciudad y en él se había desarrollado una vigorosa tendencia de pensamiento que utilizaba la filosofía griega para explicar el Antiguo Testamento. En esa corriente destacó Filón (ca 10 a.C.-45 a 50 p.C.) cuyas obras influyeron notablemente en el pensamiento de Clemente²⁰. No se sabe exactamente la fecha y la forma en que el cristianismo había penetrado en Alejandría. En la época de Clemente estaba sólidamente establecido. Además de la corriente que prevaleció como ortodoxa, hubo numerosas corrientes más o menos disidentes y diversos grupos gnósticos en los que ideas de origen cristiano se mezclaban con especulaciones filosóficas sincretistas²¹. En la comunidad cristiana existía una escuela para formación de los catecúmenos, en la que destacó Panteno, el admirado maestro de Clemente. Este le sucedió en la dirección de la escuela (Eus, HE 6,6)²².

¹⁹ Datos sobre Clemente en: B. ALTANER-A. STUIBER, *Patrologie*⁸ (Friburgo 1978) 190-101; (W. SCHMID)-O. STÄHLIN, *Geschichte der griechischen Literatur 2/2*⁶ (Munich 1924 = 1961) 1.310-1.317.

²⁰ B. SCHALLER, «Philo 10»: KP 4, 772-776, K. BEYSCHLAG, *Grundriss der Dogmengeschichte* 1², 210-212.

²¹ Sobre las escasas noticias acerca de la penetración y desarrollo inicial del cristianismo en Alejandría hasta la época de Clemente: HARNACK, *Mission*⁴, 705-710.

²² Sobre los orígenes de la Escuela de Alejandría: Eus, HE 5, 10, 1-4; 6-6. Valoración crítica de la información de Eusebio en: G. BARDY, «Aux origines de l'École d'Alexandrie»: RSR 27 (1937) 65-83; BEYSCHLAG [n 20] 1², 210-212.

Por lo que puede deducirse de la obra de Clemente, en la comunidad cristiana de Alejandría había al menos una importante minoría de personas económica y socialmente acomodadas y de notable grado de formación cultural²³. Clemente debió de trabajar preferentemente con ellos y, en la doctrina que trató de transmitirles, aparecen unas series de rasgos muy característicos. Tuvo un marcado interés en conjugar el cristianismo con la cultura griega, en la que veía un logro cultural humano de gran calidad, procedente, en lo que tenía de bueno, de la comunicación parcial del Logos divino²⁴. Las ideas filosóficas procedentes sobre todo del estoicismo, del platonismo medio y de Filón le ayudaron a estructurar su concepción antropológica y su ideal de perfección ético-religiosa cristiana²⁵. Conforme a ella el hombre conoce la base de la verdad por la fe (πίστις), perfecciona ese conocimiento de verdad por la profundización interna (γνώσις) en un continuo proceso de perfeccionamiento (τελείωσις) que tiende a culminar en la plena unión con Dios (ἔνωσις Θεῶ). En ese proceso de perfeccionamiento es fundamental el esfuerzo continuo por desarraigar del alma las pasiones y apetencias (πάθη) que tienden a desviarla de su camino²⁶. El ideal ético-religioso de Clemente es marcadamente intelectualista y elitista sin que ello implique desprecio por el vulgo. Clemente distingue abiertamente en la comunidad una mayoría que de hecho se contenta necesariamente con lo esencial, y una minoría selecta que ha adquirido la verdadera gnosis y ha alcanzado altos niveles en el continuo ascenso hacia la perfección. A esos gnósticos les corresponde una función orientativa

²³ H.I. MARROU, Clément d'Alexandrie, *Le pédagogue* 1 (París 1960) (SC70, 62-66; 86-91).

²⁴ Sobre el helenismo de Clemente: HARNACK, *Dogmg*⁵ [n 15] 1, 642-649; M. POHLENZ, «Clemens von Alexandria und sein hellenistisches Christentum»: NGött 1943/3, 103-180; C. MONDÉSERT, *Clément d'Alexandrie, Le protreptique* (París 1949) (SC 2, 5-26); W. VÖLKER, *Der wahre Gnostiker nach Clemens Alexandrinus* (Berlín 1957) (TU 57) passim; BEYSCHLAG [n 20] 1², 212-219.

²⁵ Sobre el eclecticismo filosófico de Clemente: S. LILLA, *Clement of Alexandria: a Study an Christian Platonism and Gnosticism* (Oxford 1971) 61-117; 226-228; H. CHADWICK, «Philo and the Beginnings of the Christian Thought», en A.H. ARMSTRONG (ed), *The Cambridge History of Later Greek and Early Medieval Philosophy* (Cambridge 1967) 168-181. A.M. RITTER, «Christentum und Eigentum bei Klemens von Alexandrien auf dem Hintergrund der frühchristlichen Armenfrömmigkeit und der Ethik der kaiserlichen Stoa»: ZKG 86 (1975) 9-18 pone sobre todo de relieve las coincidencias de Clemente con los estoicos de la época imperial, principalmente con Séneca, y en cambio atenúa el influjo de la Estoa antigua y media.

²⁶ Sobre el ideal de perfección de Clemente: J. MEIFORT, *Der Platonismus bei Clemens Alexandrinus* (Tubinga 1928) 69-83; VÖLKER [n 24] 301-457; 508-515; 579-587; LILLA [n 25] 103-117.

que no coincide con la gestión jerárquica²⁷. De hecho Clemente probablemente nunca perteneció al clero²⁸.

Clemente desarrolló una gran actividad en Alejandría hasta los años 202 ó 203, en que hubo de abandonar la ciudad para escapar de la persecución de Septimio Severo²⁹. Se estableció en Capadocia, posiblemente en su capital, Cesarea, donde continuó sus actividades en un medio cultural menos elevado que el de Alejandría. Murió poco antes del año 215³⁰.

Clemente dejó tres obras principales: el *Protréptico* o exhortación (a la conversión), en un solo libro; el *Pedagogo*, en tres libros, que es un conjunto de enseñanzas a los ya convertidos para actuar conforme a la verdad cristiana ante los diversos problemas y situaciones de la vida; y los *Tapices* (en griego Στρωματεῖς [Strom]), nombre con que se designaba a obras de carácter misceláneo en que se abordaban los más diversos problemas sin orden estrictamente sistemático: la obra de Clemente tiene 8 libros³¹. La erudición de Clemente en las tres obras es amplísima; su estilo es desigual, a veces difícil por su esfuerzo de concisión; el tecnicismo de su vocabulario deja a veces que desear³².

Además de esas tres obras principales y de otras menores fragmentariamente conservadas y de otras perdidas, Clemente escribió un opúsculo que es el que interesa directamente en este estudio³³. Ha pasado a la

²⁷ Sobre la función del verdadero gnóstico en la comunidad cristiana según Clemente: VÖLKER [n 24] 546-557.

²⁸ Sobre la probable no pertenencia de Clemente al clero: BARDY, *Théologie* [n 17] 111; H. KOCH, «War Klemens von Alexandrien Priester?»: ZNW 20 (1921) 43-48.

²⁹ Datos sobre la persecución en tiempos de Septimio Severo en: Eus, HE 6, 1; K.H. SCHWARTE, «Das angebliche Christengesetz des Septimius Severus»: Historia 12 (1963) 185-208; M. SORDI, *Il cristianesimo e Roma* (Bolonia 1965) 217-231.

³⁰ Eus, HE 6, 11, 6; 6, 14, 9. Sobre la situación de cristianismo en Capadocia: v. HARNACK, *Mission*⁴ [n 11] 743-747; F. CUMONT, «The Frontier Provinces of the East»: CAH 11, 606-613.

³¹ Breve descripción de las tres principales obras de Clemente en: ALTANER-STUIBER, [n 19] 192-193; BEYSCHLAG [n 20] 1², 216-218. Utilizo las siguientes ediciones: *Protr* ed C. MONDÉSERT, SC 2 (París 1949); *Paed* ed H.I. MARROU-M. HARL, SC 70 (1960); 108 (1965); 158 (1970) (París); *Strom* ed O. STÄHLIN-L. FRÜCHTL, GCS 52³ (Clem 2); 17² (Clem 3). Para la matización de la terminología empleada por Clemente es sumamente útil: O. STÄHLIN, *Register*: GCS 39 (Clem 4) (Leipzig 1936).

³² Sobre las irregularidades del estilo de Clemente: A. MEHAT, *Étude sur les Stromates de Clément d'Alexandrie* (París 1966) 235-239; VÖLKER [n 24] 207-219.

³³ Utilizo la edición de O. STÄHLIN de 1909 en su revisión por L. FRÜCHTL-U. TREU, GCS 17 (Clem 3) (Berlín 1970). Para la interpretación de varios pasajes oscuros he tenido en cuenta las traducciones de O. STÄHLIN, *Des Klemens von Alexandria «Der Erzähler II-III» und «Welcher Reiche wird gerettet werden?»* (BKV [2 Reihe] 8 [Munich 1934]) y de G.W. BUTTERWORTH, *Clement of Alexandria, The Exhortation of the Greeks and the Richman's Salvation* (Londres 191 = 1990) [col Loeb].

historia con el título «¿*Qué rico se salva?*» (Τίς ὁ σωζόμενος πλούσιος; en latín *Quis dives salvetur?*; en lo sucesivo Div.). Se ha discutido si la obra es una homilía destinada a la predicación o un tratado formativo orientado a la lectura (Stählin Rither). Su extensión es reducida (32 páginas en la edición de Stählin). Su tradición manuscrita es deficiente, ya que para la mayor parte del opúsculo se conservan sólo dos manuscritos: el de El Escorial (Ω III. 19), del siglo XI o XII; y el de Roma (Vat. gr. 623), que es copia del anterior. El tema del opúsculo es la posibilidad de salvación de los ricos. Por lo que aparece al principio (Div 2.1-3), trataba de salir al paso de la inquietud que suscitaba el problema entre los destinatarios. Dada la escasez de datos biográficos sobre Clemente es imposible determinar la fecha y el lugar (¿Alejandría?, ¿alguna ciudad de Capadocia?) en que escribió el opúsculo³⁴.

Desde el punto de vista de su estructura la obra consta de los elementos que se exponen a continuación, debiendo tenerse en cuenta que la sistemática seguida por Clemente no es rígida y que con frecuencia se entremezclan los temas.

a) Introducción (Div 1-3).

b) Primera parte o principal, en la que sobre la base de la perícopa del Evangelio de Marcos (Mc 10, 17-31) expone sus ideas sobre la compatibilidad de la riqueza con la salvación y su concepto de pobreza y riqueza espiritual (Div 4-28). En esta parte se explica además el sentido de diversos pasajes evangélicos relacionados con el tema.

c) Segunda parte (íntimamente relacionada con la anterior), en la que expone el deber de caridad y beneficencia del verdadero rico (de acuerdo con diversos pasajes de la Escritura (Div 28-36).

d) Tercera parte, en la que Clemente realiza un elevado encomio de la caridad y de la penitencia (Div 37-41).

e) Apéndice, que contiene como confirmación la leyenda del discípulo de Juan, que se hizo jefe de bandoleros pero acabó salvándose mediante la penitencia (Div 42, 1-19), casi enteramente transcrito en Eus, HE 3, 23, 6-19).

f) Doxología final (Div 42, 20).

El hecho de que en la obra de Clemente la exégesis de la perícopa de Mc sea un elemento básico, hace que no se pueda esperar una argumentación sistemáticamente perfecta. Naturalmente la consecución de

³⁴ Sobre algunas características gramaticales de la obra: J. FANTINI, «Sintaxis participial en el tratado *Quis dives salvetur* de Clemente de Alejandría»: *Helmántica* 1 (1950) 572-573, 606-607.

ideas en un texto evangélico dista mucho de la de un tratado filosófico, sobre todo teniendo en cuenta la estructura del pasaje comentado que examinaremos más adelante (§ 4). Además hay que tener en cuenta que la exposición de Clemente no sigue un orden estrictamente sistemático ni el de un comentario temático. A ello hay que añadir que en toda la producción literaria de Clemente ni el estricto orden sistemático de la exposición ni el rigor terminológico son rasgos dominantes. Como resultado de estos factores ocurre que en Div se repiten inevitablemente las mismas ideas a veces con diversos matices y con términos no siempre rigurosamente técnicos. Por ello, parece preferible no seguir en este trabajo el orden exacto de la exposición de Clemente, sino agrupar sus ideas sistemáticamente y completarlas o aclararlas con las que sobre el mismo tema aparecen dispersos en sus obras. Los temas fundamentales elegidos para agrupar las ideas de Clemente son tres: la indiferencia ética de la riqueza (§ 3), su concepto ético-espiritual de riqueza y pobreza (§ 4) y la función de la beneficencia en ese concepto (§ 5).

3. La indiferencia de la riqueza

Tras una especie de exordio en el que dice que no hay que adular a los ricos, lo que contribuiría a que su salvación fuera todavía más difícil, y que lo que se ha de hacer es ayudarles (Div 1, 1-5), Clemente expone claramente el problema: hay ricos que ante las palabras del Evangelio de que es más fácil el paso de un camello por el ojo de una aguja que la salvación de un rico (Mc 10, 15 par), desesperan de toda posibilidad de salvarse, sin detenerse a indagar el verdadero sentido de estas palabras, mientras que otros que conocen su sentido verdadero no actúan en consecuencia (Div 2, 2-3). A ambos grupos hay que ayudar ante todo haciéndoles perder el miedo infundado de no poder obtener la salvación eterna (Div 3, 2). Para ello expone en primer lugar que la riqueza en sí misma no es mala, sino indiferente, y aduce una serie de argumentos filosóficos y teológicos.

Desde un punto de vista racional fenomenológico, Clemente afirma que la carencia de bienes temporales es irrelevante en el campo ético-religioso: no hace a los que la padecen ni más felices, ni más queridos de Dios, ni poseedores de la vida eterna (Div 11, 3). Más aún, quien se encuentra en situación de extrema pobreza se halla polarizado por la preocupación de salir de ella por cualquier medio (Div 12, 4). En otros pasajes añade que los pobres pueden ser viciosos y los ricos virtuosos (Div 18, 5) y que el que carece de bienes materiales puede ser rico en pasiones, porque la constitución de la naturaleza humana lleva a que en

esas circunstancias se ahogue el razonamiento y se inflamen las apetencias congénitas, de forma que nada aproveche el ser pobre en riquezas pero rico en pasiones, porque no se ha desprendido uno de lo que hay que desprenderse, sino de lo indiferente, y por un lado ha cercenado lo que estaba a su servicio y por otro ha dado fuego a la leña de maldad inherente a la carencia de bienes externos (Div 15, 2-3). En otro pasaje pone también de relieve su escepticismo respecto al valor ético-religioso de la carencia de bienes materiales:

Div 11, 3 (GCS 17, 166-167).

οὔτε γὰρ μέγα καὶ ζηλωτὸν τὸ τὴν ἄλλως ἀπορεῖν χρημάτων μὴ οὐκ ἐπὶ λόγῳ ζωῆς. οὔτω μὲν γ' ἂν ἦσαν οἱ μηδὲν ἔχοντες μηδαμῆ, ἀλλὰ ἔρημοι καὶ μεταίται τῶν ἐφ' ἡμέραν, οἱ κατὰ τὰς ὁδοὺς ἐρριμμένοι πτωχοί, ἀγνοοῦντες δὲ θεὸν καὶ δικαιοσύνην θεοῦ, κατ' αὐτὸ μόνον τὸ ἄκρωσ ἀπορεῖν καὶ ἀμηχανεῖν βίου καὶ τῶν ἐλαχίστων σπανίζειν μακαριώτατοι καὶ θεοφιλέστατοι καὶ μόνοι ζωῆν ἔχοντες αἰώνιον

Nada tiene de grande ni de deseable el carecer simplemente de bienes materiales, incluso de los necesarios para subsistir: en tal caso los que carecen totalmente de todo, los solitarios que mendigan lo necesario para cada día, los pobres arrojados por los caminos, desconocedores de Dios y de la justicia de Dios, por el solo hecho de carecer enteramente de todo y de su desesperanza de la vida y de estar privados de las menores cosas, serían los más bienaventurados y los más amados de Dios y los únicos que obtendrían la vida eterna.

En comparación con los numerosos pasajes del Antiguo Testamento (sobre todo Profetas y Salmos) en que aparece la crítica social de la riqueza y la antes mencionada mística de la pobreza, o en comparación también con los muchos textos de los Evangelios sinópticos que reflejan una fuerte sensibilidad de Jesús ante la situación de los pobres, llama la atención la relativa frialdad con que Clemente (como más tarde Orígenes) alude a la situación de los económicamente pobres y socialmente descalificados³⁵.

En una prolepsis retórica Clemente se adelanta a responder a la previsible objeción de que famosos filósofos, entre los que menciona a

³⁵ Orig, Cels 6, 16 (SC 147, 618. Apunta también esta falta de sensibilidad: H.V. CAMPENHAUSEN «Die Askese im Urchristentum» en: IDEM, Tradition und Leben (Tubinga 1960) 128-129. Una crítica parecida a la realizada por Clemente (pero más dura y agravada con otros matices) aparecerá más tarde en Porfirio, que considera absurda la preferencia de los pobres en orden a la salvación, e indica que tal vez esas ideas en el Evangelio no procedan de Jesús sino de embaucadores que pretendían así adueñarse de los bienes de los ricos incautos (Porph, Christ frg 58 [ed A.V. HARNACK, AbhAkBerl 1916/1, 89-83]).

Anaxágoras, Demócrito y Crates, se habían desprendido de sus bienes para donarlos a sus ciudades o repartirlos entre los pobres: apunta que en ese desprendimiento hubo un motivo de ostentación y vanagloria desprovisto de valor ético (Div 11, 4; 12, 2). Clemente considera que es mucho mejor tener lo suficiente para vivir y poderse ocupar de cosas más importantes que la subsistencia (Div 13, 1). Para la mentalidad actual resulta llamativa la facilidad con que Clemente atribuye fines bastardos al desprendimiento de algunos filósofos. Sin embargo, esta dureza está plenamente de acuerdo con las reglas usuales de la figura retórica del ψόγος o *vituperatio*, en que se recurría a cualquier medio para denigrar al adversario³⁶. Llama también la atención que Clemente en este contexto no haga la menor referencia a la comunidad de bienes que probablemente se dio en algunos grupos cristianos de los primeros tiempos, y a la existencia probablemente todavía en su época de maestros carismáticos itinerantes con carencia de bienes propios³⁷.

Desde el punto de vista de la dinámica social Clemente aduce la idea de que la vida social (κοινωνία) entre los hombres sería imposible si todos careciesen de bienes (Div 13, 1). Más tarde esa misma idea sería desarrollada retóricamente en un tono de dura crítica irónica por el emperador Juliano (361-363) en su obra *Contra los galileos* escrita poco antes de su muerte³⁸.

A lo largo de todo su opúsculo sobre la riqueza utiliza Clemente una serie de conceptos filosóficos típicos de la ética estoica, que había hecho también suyos el platonismo medio de la época imperial³⁹. El más importante de esos conceptos es el de la indiferencia moral de determinadas cosas, ya que de acuerdo con la ética estoica hay cosas que son naturalmente buenas y otras naturalmente malas: bueno es lo que conduce al hombre a su último fin o ayuda a alcanzarlo, y malo, lo contrario. Al lado de tales cosas hay muchas que en sí pertenecen al grupo de lo indiferente (ἀδιάφορον). Entre estas cosas en sí indiferentes mencionan los estoicos la salud, la belleza corporal, la riqueza, etc. Su

³⁶ Sobre esta figura retórica empleada con frecuencia en la retórica cristiana: R. VOLK-MANN, *Die Rhetorik der Griechen und Römer in systematischer Übersicht*² (Leipzig 1885 = Darmstadt 1983) 321-330; J. MARTIN, *Antike Rhetorik* (Munich 1974) 188-203.

³⁷ Act 4, 32-37, 5, 1-11; Did 11,4-6; 12, 1-13, 2. Sobre estos pasajes ver: A. AUDET, *La Didaché* (París 1958) 435-447, 453-457; KRETSCHMAR, *Beitrag* [n 10] 135-156; B. LOHSE, *Askese und Mönchtum in der Antike und in der alten Kirche* (Munich-Viena 1969) 173-177.

³⁸ Jul, Gal frg 5 (ed W.C. WRIGHT [Londres-Cambridge Mass 1913-1923] 3, 430-431) reproducido también en: K.J. NEUMANN, *Juliani imperatoris librorum contra Christianos qui supersunt* (Leipzig 1880) 237.

³⁹ Sobre el eclecticismo de Clemente ver: n. 25.

valor o utilidad ética depende del uso que de ellas haga el hombre por decisión interna y libre, en orden a obtener su perfección moral⁴⁰. En contraposición a esa decisión personal interna, esas cosas indiferentes son externas al alma, con lo que se establece una contraposición entre las cosas internas (τὰ ἐντός) y las externas (τὰ ἐκτός) que aparece constantemente en el opúsculo de Clemente⁴¹. Las cosas externas indiferentes son calificadas de ajenas (ἀλλοτρία) al alma y pueden conducir a la alienación caso de que el hombre se deje arrastrar por ellas⁴². Concepto fundamental en la ética estoica y en la de Clemente es el de las pasiones (πάθη) concebidas como inclinaciones no procedentes de la razón (λόγος) y que pueden descontrolarse y desviar en tal caso de la consecución de la perfección ética⁴³.

Dentro de ese marco de la ética estoica Clemente presenta la riqueza como algo éticamente indiferente. Los bienes son cosas dadas por Dios para su uso por los hombres: son como la materia (ὕλη) o el instrumento (ὄργανον) para hacer buen uso de ellos (Div 14, 1). El instrumento si se usa bien es útil; pero si se usa mal, no es culpable de ese mal uso (Div 14, 2). La riqueza es un instrumento de ese tipo, que puede ser usado justa o injustamente con efectos totalmente contrapuestos (Div 14, 3). La riqueza por tanto no es en sí misma ni buena ni mala, y el resultado bueno o malo de su empleo depende de la mente (νοῦς), que goza de libertad de juicio (κριτήριο ἐλεύθερον) y de libre albedrío (αὐτεξούσιον) (Div 14, 4). Por consiguiente, no hay necesidad de desprenderse de la riqueza, sino de eliminar las pasiones que llevan a su mal uso (Div 14, 5)⁴⁴. Para dejar aún más claro lo dicho, Clemente insiste en que es posible que quien se haya desprendido de sus bienes siga siendo rico en pasiones por haber eliminado, no aquello de lo que hay que desprenderse (τὰ ἀπόβλητα), sino lo indiferente (Div 15, 2). Clemente insiste en que la salvación no consiste en lo externo (que es indiferente) sino en la virtud del alma (Div 18, 1); en que las cosas exteriores no hacen daño, y por lo tanto de lo que hay que desprenderse

⁴⁰ Sobre el concepto estoico de indiferencia ética: SVF 3, 117-168; E. SCHWARTZ, «Zu Clemens τὸ σοφόμενος πλοῦσιος»: *Hermes* 38 (1909) 90-91, M. POHLENZ, *Die Stoa*² (Gotinga 1959) 1, 119-123; RITTER [n 25] ZKG 86 (1975) 10-11.

⁴¹ Sobre los conceptos de lo interior y lo exterior en la ética estoica: SVF 3, 96-97; 136; 153; 764. Sobre el concepto: A. DYROFF, *Die Ethik der alten Stoa* (Berlín 1987) 40.

⁴² Para el sentido de ἀλλοτρίων en la ética estoica: SVF 3, 178. Para el ulterior desarrollo: RITTER [n 25] ZKG 86 (1975) 10 n 39 (en Séneca); G.W.H. LAMPE, *A Patristic Greek Lexicon* (Oxford 1961 = 1991) 77 (en los escritores cristianos).

⁴³ Sobre el concepto de pasión (πάθος) en la ética estoica: SVF 3, 377.378.384.462.476; POHLENZ, *Stoa*² [n 40] 1, 141-143; LILLA [n 25] 84-92; VÖLKER [n 24] 183-188; 524-546.

⁴⁴ Sobre el concepto de libertad en Clemente: VÖLKER [n 24] 115-120.

es de lo que causa mal al alma, no de los instrumentos que pueden ser empleados para hacer el bien (Div 15, 4-6). En un importante pasaje dice textualmente:

Div 15, 6-16, 1 (CGS 17, 169)

(6) Οὕτως οὖν ὁ κύριος καὶ τὴν τῶν ἐκτὸς χρεῖαν εἰσάγει, κελεύων ἀποθέσθαι οὐ τὰ βιωτικά, ἀλλὰ τὰ τούτοις κακῶς χρώμενα· ταῦτα δὲ ἦν τὰ τῆς ψυχῆς ἀρρωστήματα καὶ πάθη. (1) ὁ τούτων πλοῦτος παρῶν μὲν ἅπασι θανατηφόρος, ἀπολόμηνος δὲ σωτήριος·

(6) Así el Señor admite el empleo de las cosas exteriores, mandando desprenderse no de los bienes temporales, sino de las cosas que hacen que se usen mal (aquellos). Estas cosas son las debilidades del alma y las pasiones. (1) La abundancia en estas (últimas) cosas es mortífera para todos, y su destrucción, salvadora.

Desde el punto de vista de la teología natural, Clemente afirma que no hay nada malo en que uno antes de su conversión al cristianismo se haya enriquecido por su trabajo y ahorro, y que todavía es menos reprochable que uno haya nacido en una familia acomodada (Div 26, 3). Para reforzar esta idea pone de relieve que Dios es quien distribuye la suerte (θεός ὁ τὴν τύχην νέμων), o el alma (θ.ο.τ. ψυχὴν ν.) según otra posible lectura, y que sería injusto que excluyese a alguien de la vida eterna por haberle hecho nacer en una familia rica (Div 26, 4)⁴⁵. Añade que sería absurdo que existiesen riquezas en la tierra si llevasen necesariamente a la perdición (Div 26, 5). Es curioso que Clemente no hace referencia en este contexto al enriquecimiento por medios lícitos de un cristiano después de su conversión. Naturalmente, de su silencio no cabe deducir que lo considerase reprochable.

En otro sector de su obra, Clemente argumenta con razones basadas directamente en el Evangelio. Afirma, en primer lugar, que quien carece de bienes temporales no puede cumplir los mandatos dados por el Señor de ayudar materialmente al prójimo y utilizar sabiamente las riquezas para obtener la vida eterna. Tras aducir numerosos pasajes evangélicos en este sentido (Lc 16, 9; Mt 6, 20; 25, 34-36) concluye que habría una total falta de lógica al mandar al mismo tiempo desprenderse de todos los bienes y hacer obras de misericordia (Div 13,

⁴⁵ Clemente escribió una obra actualmente perdida sobre la providencia (ALTANER-STUIBER [n 19] 194). En Strom 5, 6, 1-3 (GCS 52 [Clem 2] 329) presenta el concepto de providencia como algo totalmente evidente de lo que no cabe dudar. Sobre el desarrollo del concepto de providencia en el cristianismo antiguo: J. ΒΕΗΜ, προνοια:· TWNT 4, 1.007-1.011.

2-4; 6-7). La argumentación de Clemente no tiene en cuenta que una plena renuncia inicial mantenida a lo largo de la vida al servicio de los pobres, como aparece en el grupo que siguió a Jesús, es en sí misma una obra de misericordia continuada. Dentro del marco de argumentación con base en pasajes evangélicos, Clemente hace notar que entre los seguidores de Jesús hubo personas como Mateo y Zaqueo (Mt 9, 9-12; Lc 5, 27-29; 19, 1-10) a las que no mandó desprenderse de sus bienes (Div 13, 5). Además señala que el Señor previó que algunos de sus seguidores perderían sus bienes en las futuras persecuciones (Mc 10, 30 par) y por consiguiente preveía sin censurarlo que habría personas que no habían tenido que dejar sus bienes para seguirle (Div 25, 1-2).

Todas estas consideraciones llevan a Clemente a la conclusión de que no hay necesidad de desprenderse de los bienes materiales como si fueran impedimentos excluyentes de la salvación (Div 27, 2). Por ello los ricos no han de desesperar de la posibilidad de salvarse (Div 26, 2; 38, 4), sino que deben aprender cómo han de usar bien de las riquezas para obtener la vida eterna (Div 27, 1). Para Clemente el desprendimiento de que habla el Evangelio no se refiere a las riquezas materiales sino a las pasiones del alma (Div 14, 6). Al terminar una de las principales secciones en que trata directamente este punto, Clemente dice textualmente:

Div 26, 2 (GCS 17, 177)

[...] ὅτι τοὺς πλουσίους οὐδένα τρόπον ὁ σωτὴρ κατ' αὐτόν γε τὸν πλοῦτον καὶ τὴν περιβολὴν τῆς κτήσεως ἀποκέκλεικεν οὐδ' αὐτοῖς ἀποτετάφρευκεν τὴν σωτηρίαν, εἴ γε δύναιντο καὶ βούλουτο ὑποκύπτειν τοῦ θεοῦ ταῖς ἐντολαῖς καὶ τῶν προσκαίρων προτιμῶεν τὴν ἑαυτῶν ζωὴν καὶ βλέποιεν πρὸς τὸν κύριον ἀτενεῖ τῷ βλέμματι, χαθ' ἅπερ εἰς ἀγαθοῦ κυβερνήτου νεῦμα

[...] El Salvador no excluyó en modo alguno a los ricos por razón de la riqueza en sí misma y de la abundancia de sus bienes, ni les cerró el camino de la salvación, con tal de que pudieran y quisieran someterse a los mandamientos de Dios, estimaran su vida (eterna) en más que las cosas temporales y pusieran su mirada atentamente en el Señor como en un buen piloto.

Esta concepción de la riqueza como algo éticamente indiferente que no tiene por qué ser abandonado para seguir a Cristo, no tiene en cuenta algunas de las concepciones de la pobreza que antes hemos visto y que se hallan presentes en el Evangelio.

4. La espiritualización del concepto de pobreza

A fin de entender y valorar debidamente la interpretación que hace Clemente del texto evangélico que le sirve de base, voy a examinar brevemente la estructura y contenido del texto evangélico y los principios exegéticos de Clemente, para tratar luego con más detención de los puntos principales de su interpretación.

a) *El pasaje evangélico comentado (Mc 10, 17-31)*

Clemente reproduce en toda su extensión la perícopa del Evangelio que toma como base y hace notar expresamente que la toma del Evangelio de Marcos, y que aparece también en los otros Evangelios con ligeras variantes que no afectan al contenido (Div 5, 1). Efectivamente el pasaje en cuestión aparece en Mc 10, 17-31; Mt 19, 16-30; y Lc 18, 18-30⁴⁶. Aparece también con algunas variantes en uno de los pocos fragmentos conservados (en este caso en traducción latina) del Evangelio de los Nazareos, que básicamente depende del de Mateo, pero que en este caso recoge tal vez una tradición independiente de él⁴⁷. Sin embargo ninguna de estas variantes se refleja en el texto de Clemente. Reproduzco a continuación el texto evangélico tal como lo presentó Clemente, indicando en la traducción las principales variaciones respecto al texto de Marcos. Señalo también en la traducción (con letras mayúsculas) las cuatro unidades por las que probablemente está constituida la perícopa. Las cifras en cursiva corresponden a los apartados de Div y las cifras en redonda a los versículos de Mc.

Div 4, 4-10 (GCS 162-163) par Mc 10, 17-31

(4) ἐκπορευομένου αὐτοῦ εἰς ὁδὸν προσελθῶν τις ἐγουνπέτει λέγων· διδάσκαλε ἀγαθέ, τί ποιήσω, ἵνα ζῶν αἰῶνιον χληρο

⁴⁶ Para la adecuada valoración de la forma en que de hecho reproduce Clemente el texto evangélico, resulta sumamente útil el examen simultáneo del texto de los tres Sinópticos. Ver por ejemplo: K. ALAND, *Synopsis quattuor Evangeliorum*¹³ (Stuttgart 1985) nr 254-255 (pg. 238-243).

⁴⁷ EvNaz 16 (en: Orig, CommMt 15, 14 [GCS 40 (= Orig 10) 389-390]). Texto traducido al alemán de todos los fragmentos conservados en: NTAprk 1⁶, 133-138. EvNaz, del que se conservan solamente 36 fragmentos, fue compuesto probablemente en la primera mitad del siglo II en Siria sin que pueda saberse con seguridad si su original fue arameo o griego. En todo caso el pasaje que nos interesa, deriva muy probablemente de Mt al que modifica ligeramente y añade algunos detalles descriptivos. Sobre el tema: J. JEREMIAS, *Unbekannte Jesusworte*² (Gütersloh 1893) 47-50; A.F.J. KLJN, «The Question of the Rich Young Man in a Jewish-Christian Gospel» *NovTest* 8 (1966) 149-165; P. VIELHAUER-G. STRECKER, «Judenchristliche Evangelien» en: NTAprk 1⁶, 128-133.

νομήσω; (5) ὁ δὲ Ἰησοῦς λέγει· τί με ἀγαθόν λέγεις; οὐδεὶς ἀγαθὸς εἰ μὴ εἷς ὁ θεός. τὰς ἐντολάς οἶδας· μὴ μοιχεύσης, μὴ φουεύσης, μὴ κλέψης, μὴ ψευδομαρτυρήσης, τίμα τὸν πατέρα σου καὶ τὴν μητέρα. (6) ὁ δὲ ἀποκριθεὶς λέγει αὐτῷ· πάντα ταῦτα ἐφύλαξα (ἐκ νεότητός μου). ὁ δὲ Ἰησοῦς ἐμβλέψας ἠγάπησεν αὐτὸν καὶ εἶπεν· ἔν σοι ὑστερεῖ· εἰ θέλεις τέλειος εἶναι, πώλησον ὅσα ἔχεις καὶ διάδος πτωχοῖς, καὶ ἔξεις θησαυρὸν ἐν οὐρανῷ, καὶ δεῦρο ἀκολούθει μοι. (7) ὁ δὲ στυγνάσας ἐπὶ τῷ λόγῳ ἀπήλθε λυπούμενος· ἦν γὰρ ἔχων χρήματα πολλά καὶ ἀγροῦς. (8) περιβλεψάμενος δὲ ὁ Ἰησοῦς λέγει τοῖς μαθηταῖς αὐτοῦ· πῶς δυσχόλως οἱ τὰ χρήμα(τα) ἔχοντες εἰσελεύσονται εἰς τὴν βασιλείαν τοῦ θεοῦ. οἱ δὲ μαθηταὶ ἐθαμβοῦντο ἐπὶ τοῖς λόγοις αὐτοῦ. (9) πάλιν δὲ ὁ Ἰησοῦς ἀποκριθεὶς λέγει αὐτοῖς· τέκνα, πῶς δύσκολόν ἐστι τοὺς πεποιθότας ἐπὶ χρήμασιν εἰς τὴν βασιλείαν τοῦ θεοῦ εἰσελεῦσται ἢ πλοῦσιος εἰς τὴν βασιλείαν τοῦ θεοῦ. οἱ δὲ περισσῶς ἐξεπλήρουντο καὶ ἔλεγον· τίς οὖν δύναται σωθῆναι; ὁ δὲ ἐμβλέψας αὐτοῖς εἶπεν· ὁ τι παρὰ ἀνθρώποις ἀδύνατον, παρὰ θεῷ δυνατόν. (10) ἤρξατο ὁ Πέτρος λέγειν αὐτῷ· ἴδε ἡμεῖς ἀφήκαμεν πάντα καὶ ἠκολουθήσαμεν σοι. ἀποκριθεὶς δὲ ὁ Ἰησοῦς [λέγει]· ἀμὴν ὑμῖν λέγω, ὅς ἂν ἀφή τὰ ἴδια καὶ γονεῖς καὶ ἀδελφοὺς καὶ χρήματα ἕνεκεν ἐμοῦ καὶ ἕνεκεν τοῦ εὐαγγελίου, ἀπολήψεται ἑκατονταπλασίονα. νῦν ἐν τῷ καιρῷ τούτῳ ἀγροῦς καὶ χρήματα καὶ οἰκίας καὶ ἀδελφοὺς ἔχειν μετὰ διωγμῶν εἰς πού; ἐν δὲ τῷ ἐρχομένῳ ζῳῆν] ἐστὶν αἰώνιος. [ἐν δὲ] ἔσονται οἱ πρῶτοι ἔσχατοι καὶ οἱ ἔσχατοι πρῶτοι.

A (4) (17) Y al ponerse él (Jesús) de camino, uno viniendo (Mc corriendo) hacia él se arrodilló diciendo: (Mc arrodillado se preguntaba): «Maestro bueno; ¿qué debo hacer para conseguir la vida eterna?». (5) (18) Jesús le dice (Mc dijo): «¿Por qué me llamas bueno? Nadie es bueno sino sólo Dios. (19) Conoces los mandamientos: no adulteres, no mates, no robes, no des falso testimonio, honra a tu padre y a tu madre». (6) Él le respondió: «Maestro, todo esto lo he guardado» (Mc desde mi juventud). (21) Y Jesús, fijando en él la mirada, le amó y le dijo: «Una cosa te falta: si quieres ser perfecto (-Mc), vende todo lo que tienes y dalo a los pobres y tendrás un tesoro en el cielo y ven sígueme». (7) (22) Pero él, desolado por lo dicho, se marchó con pena, porque poseía muchos bienes y tierras.

B (8) (24) Y habiendo echado una mirada en torno, Jesús dice a sus discípulos: «¿Qué difícilmente entrarán en el Reino de Dios los que tienen bienes!» (Mc ¿Qué difícil es entrar en el Reino de Dios!). (24) Los discípulos se asombraban de sus palabras. (9) Jesús en respuesta les dice de nuevo: «Hijos, qué difícil es que los que han confiado en las riquezas (Mc-) entren en el Reino de Dios. (25) Más fácilmente entrará

(Mc es más fácil que pase) un camello por el ojo de una aguja que un rico (Mc entre) en el Reino de Dios». (26) Y ellos se asombraban aún más y decían (Mc diciéndose entre sí): «Entonces ¿quién puede salvarse?». (27) Jesús, mirándoles, dijo (Mc dice): «(Lo) imposible entre los hombres es posible (Mc pero no) para Dios (Mc para Dios todas las cosas son posibles).

C (10) (28) Pedro empezó a decirle: «Mira, nosotros hemos dejado todas las cosas y te hemos seguido» (29) Jesús dice: «En verdad os digo:

<p>el que deje lo suyo y padres y hermanos y riquezas por mi causa y por causa del evangelio, recibirá a cambio el céntuplo: ahora en este siglo tener tierras y riquezas y casas y hermanos entre persecuciones ¿hasta cuándo? pero en el (siglo) venidero está la vida eterna.</p>	<p>No hay nadie que haya dejado casa o hermanos o hermanas o madre o padre o hijos o tierras por mi causa y por causa del evangelio, (30) que no reciba ahora en este siglo (cien veces más) casas, [y hermanos y hermanas y madres, e hijos y tierras entre persecuciones, y en el siglo venidero de vida eterna.</p>
--	--

D Los primeros serán los últimos
y los últimos primeros.

(31) Muchos primeros serán últimos, y
últimos primeros.

Como se ve, en la transcripción de Clemente aparecen numerosas divergencias respecto al texto establecido en la edición crítica de Nestle-Aland: unas son simples omisiones de alguna palabra o sustitución de un término por un sinónimo (ej. $\epsilon\tilde{\iota}\pi\epsilon\nu\text{-}\lambda\acute{\epsilon}\gamma\epsilon\iota$); otras son simples cambios de orden de las mismas palabras; otras son claras contaminaciones con los textos de Mateo y Lucas⁴⁸. Todo ello es perfectamente explicable en una persona que escribe o dicta deprisa, está muy familiarizada con el texto de los tres Sinópticos y no pone excesivo interés en la exactitud, consciente (como estaba Clemente) de que las diferencias entre los Sinópticos eran irrelevantes para el tema tratado (Div 5, 1).

Como era usual en la exégesis bíblica de su época, Clemente presenta toda la perícopa como un bloque con unidad histórica, aunque probablemente el pasaje en su origen fuera producto de la yuxtaposición (con sutura no plenamente lograda desde el punto de vista estilístico) de

⁴⁸ Examen de las variaciones de Clemente respecto del texto de Mc en: SCHWARTZ [n 40] *Hermes* 38 (1903) 87-90. M. SMITH, *Clement of Alexandria and a Secret Gospel of Mark* (Cambridge Mass 1973) 368-369 presenta un cuidadoso cuadro de estas divergencias textuales, que sin embargo no son válidas como argumento sólido para la tesis que Smith construye en su obra.

cuatro unidades que debieron de ser independientes en la primitiva tradición y que fueron secundariamente unidas por el redactor del Evangelio de Marcos⁴⁹. Como se hace notar en la precedente traducción, esas unidades son las siguientes:

A) Episodio del joven rico (Div 4, 1-7 = Mc 10, 17-22).

B) Diálogo entre Jesús y los discípulos sobre la dificultad de la salvación de los ricos (Div 4, 8-90 Mc 10, 23-27).

C) Respuesta de Jesús a Pedro sobre lo que debían esperar los que lo han dejado todo por seguirle (Div 4, 10 a = Mc 10, 28-30).

D) Dicho de Jesús sobre la subversión de valores (los últimos y los primeros), débilmente vinculado con lo anterior (Div 4, 10 b = Mc 10, 31).

El primero de esos elementos (A) describe una típica llamada de Jesús a su seguimiento con la exigencia de dejarlo todo e ir tras él⁵⁰. No cabe entrar aquí en la discusión del valor histórico del marco circunstancial en que se encuadra en este caso el llamamiento. Si interesa en cambio resaltar que la invitación a dejarlo todo y seguirle coincide sustancialmente con otros mandamientos recogidos en los Evangelios (Mt 8, 19; 8, 22; Mc 2, 14 par; 8, 34 par; Lc 5, 10-11; 9, 61-62). Se trata de la invitación a formar parte del grupo de seguidores que en adelante deberán entregarse por entero al anuncio del Reino de Dios y compartir su vida dentro del marco escatológico de su predicación en Galilea. Es una llamada en unas circunstancias posteriormente irrepetibles en las que se invita al seguimiento incondicional de Jesús con su gran ascendiente personal, en un ambiente y unas circunstancias en las que el valor de las cosas temporales queda relativizado por la proximidad del fin y los bienes resultan un estorbo para dedicarse plenamente a la misión. Además esa misión se dirige predominantemente al pueblo llano pobre y oprimido, anuncia con firmeza el triunfo escatológico de la justicia sobre los opresores y encuentra su mayor oposición en los sectores sociales altos bien establecidos. Ese marco es muy distinto de la llamada a la perfección siguiendo a Cristo en la época y el ambiente

⁴⁹ Sobre la perícopa de Mc: N. WALTER, «Zur Analyse von Mk 10, 17-31»: ZNW 53 (1962) 206-217; K.G. REPLOH, *Markus Lehrer der Gemeinde: eine redaktionsgeschichtliche Studie zu der Jungerperikope des Markusevangeliums* (Stuttgart 1969) 191-201; W. HARNISCH, «Die Berufung des Reichen: Zur Analyse von Mk 10, 17-27, en: *FsFuchs* (Tübingen 1973) 162-166; W. SCHMITHALS, *Das Evangelium nach Markus*² (Gutersloh-Würzburg 1986) 2, 452-460.

⁵⁰ Sobre el sentido y contenido histórico de la llamada de Jesús a su seguimiento: G. KITTEL, «ακολουθεω»: TWNT 1, 213-215; M. HENGEL, *Nachfolge und Charisma* (Berlín 1968) 63-82; E. LOHSE, «Nachfolge Christi»: RGG³ 4, 1.286-1.287.

de Clemente⁵¹. Es significativo que entre las adiciones de Clemente al texto del Evangelio de Marcos se encuentra la adición del Evangelio de Mateo en la que a la invitación de dejarlo todo, precede la especificación condicional «si quieres ser perfecto», con lo que la renuncia a los bienes parece preentarse con carácter de supererogación.

La segunda mitad (B) pone de relieve la dificultad de la salvación de los ricos y consta de tres elementos no perfectamente unidos entre sí: (a) Afirmación de Jesús en forma gramatical exclamativa (πῶς) en que se pondera la dificultad de que los ricos entren en el Reino (Mc 10, 23 = Div 4, 8). (b) Nueva afirmación de Jesús también en forma exclamativa sobre la dificultad de la salvación en general, en respuesta a la reacción de asombro que entre los discípulos había producido el elemento anterior. Una de las divergencias de Clemente respecto al texto de los principales manuscritos del Evangelio de Marcos es que Clemente (con otros importantes manuscritos) circunscribe también aquí la dificultad de la salvación para los que han confiado en sus bienes (οἱ πεποιθότες ἐπὶ χρήμασιν) (Div 4, 9 a // Mc 10, 24)⁵². (c) Palabras de Jesús que confirman y ponen de relieve la dificultad señalada en el elemento anterior. Es la conocida máxima del camello y la aguja (Div 4, 9b = Mc 10, 25) que expresa la dificultad de la salvación de los ricos⁵³. El camello es el animal más grande conocido en Palestina y el orificio de la aguja, el paso más pequeño: se trataba de expresar la extrema dificultad y se hacía de la forma hiperbólica y paradójica que aparece en bastantes otros casos en la predicación de Jesús, por ejemplo: los fariseos al ir a beber cuelan los mosquitos y se tragan los camellos (Mt 23, 24), los hipócritas se fijan en la brizna que se ha metido en el ojo ajeno, y no advierten la viga que llevan en el suyo (Mt 7, 3-5)⁵⁴. Los ejemplos

⁵¹ Sobre el concepto de seguimiento de Cristo hacia la perfección en el marco histórico posterior: KRETSCHMAR, *Beitrag* [n 11] 161-167; K.S. FRANK, *Askese und Mönchtum in der alten Kirche* (Darmstadt 1975) 1-3; IDEM, *Geschichte des christlichen Mönchtums*⁴ (Darmstadt 1983) 1-15.

⁵² Varios manuscritos recogidos en el aparato crítico de NESTLE-ALAND (NT²⁶ 123 app) y en ALAND, *Synopsis*¹³ [n 46] 339 contienen esta adición. En el texto de Clemente se trata probablemente de un añadido realizado por el autor, sin que pueda precisarse si es una adición voluntaria o una consecuencia de que posiblemente Clemente citaba de memoria, y sin advertirlo mezclaba las formulaciones de Mc y Mt.

⁵³ Sobre el probable sentido originario del dicho del camello y los tardíos intentos de suavizar su dureza: T. ZAHN, *Das Evangelium nach Matthäus*² (Leipzig 1910) 598-599, n 71; BILLERBECK [n 2] 1^o, 828; O. MICHEL, «καμηλος»: TWNT 3, 598; A. SAND, *Das Evangelium nach Matthäus* (Regensburg 1986) 398.

⁵⁴ Acerca de la hipóbole en los dichos de Jesús: R. BULTMANN, *Geschichte der synoptischen Tradition*⁹ (Gotinga 1979) 180.

podrían multiplicarse. El ambiente histórico del dicho de Jesús y su modo de hablar difieren muchísimo de los de Clemente. (d) El último elemento de la unidad (B) es una puntualización por parte de Jesús por medio de una nueva máxima (posibilidad para Dios de lo imposible para los hombres) para salir al paso de la zozobra de los discípulos (Div 4, 9c = Mc 10, 26-27). En toda esta unidad (B) se manifiesta claramente la prevención de Jesús frente a la riqueza como obstáculo muy difícilmente superable para entrar en el Reino.

La tercera unidad (C) presenta en los otros dos Sinópticos (Mt 19, 27-30; Lc 18, 28-30) bastantes diferencias de estructura y formulación respecto al Evangelio de Marcos (Mc 10, 28-30). A su vez el texto de Clemente (Div 9, 10a) se aparta notablemente de todos ellos⁵⁵. Desde el punto de vista de este trabajo interesa señalar que el pasaje pone de relieve el tipo de seguimiento pleno (con dejación de todo lo terreno) que se daba en el grupo que seguía inmediatamente a Jesús, y el marco escatológico en que se concebía ese seguimiento. Aunque Clemente trata más adelante estos textos (Div 22, 1-23, 1) su contenido no afecta directamente al tema de este estudio.

Algo parecido ocurre con la cuarta unidad (D), donde se explicita (también en forma de máxima) la subversión de valores (últimos y primeros) en el Reino de Dios (Div 4, 10b // Mc 10, 31)⁵⁶. Clemente sólo menciona este versículo de Marcos más tarde (Div 26, 1) indicando que el tema es complicado y no hay por qué tratarlo en esa ocasión.

b) Principios exegéticos de Clemente

Es sumamente interesante examinar cómo compaginó Clemente todos estos textos evangélicos claramente adversos a la riqueza con los principios que hemos visto que sostenía sobre su indiferencia ética.

Clemente concebía la Sagrada Escritura como palabra de Dios y por tanto como fuente primaria del verdadero conocimiento, y la considera como una unidad en la que todos los libros que la constituyen tienen igual autoridad⁵⁷. Aunque en un pasaje de su obra indica que es conveniente tener en cuenta las peculiaridades de la lengua hebrea para entender bien ciertos pasajes (Strom 6, 129, 1 [GCS 15 (Clem 2) 497]), su método exegético, como el de casi todos sus contemporáneos,

⁵⁵ Detalles en: ALAND, *Synopsis*¹³ [n 46] 341-343.

⁵⁶ Sobre el dicho acerca de los últimos y los primeros, que se repite en distintos contextos: BULTMANN [n 54] 110; SCHMITHALS, *EvMk* [n 49] 460.

⁵⁷ Acerca de las ideas sobre la Escritura y la utilización que de ella hace Clemente: C. MONDÉSERT, *Clément d'Alexandrie* (París 1944) 153-159.

generalmente no tiene en cuenta la diversidad de los géneros literarios ni las circunstancias históricas y culturales que pudieron influir en la formulación del texto. En cambio, Clemente adapta a la interpretación de la Sagrada Escritura el sistema de alegorización desarrollado por los pensadores griegos desde el siglo IX a.C. para interpretar muchos mitos populares griegos, tratando de ver en ellos una verdad (cosmológica, ética, etc.) más profunda encubierta y figurada por el sentido literal de cada mito⁵⁸. Los judíos alejandrinos, sobre todo Filón, habían aplicado este método a la exégesis del Antiguo Testamento y los cristianos de Alejandría lo habían hecho suyo ya antes de Clemente⁵⁹. Este lo desarrolló con profusión distinguiendo entre un sentido literal y un sentido espiritual alegórico.

Como es frecuente en sus obras, Clemente emplea en este punto una terminología variable: al sentido literal lo caracteriza de carnal, humano, superficial, oscuro, rural, etc., mientras que al sentido alegórico lo presenta como místico, oculto, divino, superior, exacto, espiritual, etc. La interpretación alegórica no es para Clemente arbitraria sino que deriva del fondo teológico que la Escritura pretende siempre enseñar, al que se llega sólo por una profundización ilustrada por la fe y la γνώσις, que va más allá del sentido literal y requiere un alto nivel de perfección en el interesado⁶⁰. Por lo que se refiere a la perícopa que nos interesa, Clemente hace la siguiente observación previa:

Div 5, 2 (GCS 17, 163)

δεῖ δὲ σαφῶς εἰδόμενος ὡς οὐδὲν ἀνθρωπίνως ὁ σωτήρ, ἀλλὰ πάντα θεῖα σοφία καὶ μυστικῆ διδασκεῖ τοὺς ἑαυτοῦ, μὴ σαρκίνως ἀχροῶσθαι τῶν λεγομένων, ἀλλὰ τὸν ἐν αὐτοῖς κεκρυμμένον νοῦν μετὰ τῆς ἀξίας ζητήσεως καὶ συνέσεως ἐρευνᾶν καὶ χαταμανθάνειν.

Es preciso que los que saben claramente que el Salvador no enseña nada a los suyos al modo (meramente) humano, sino todo con sabiduría divina y mística, no oigan carnalmente lo dicho, sino que indaguen y

⁵⁸ Visión general del proceso de alegorización de los mitos en el mundo griego en P. WEINDLAND, *Die hellenistische-römische Kultur in ihren Beziehungen zu Judentum und Christentum* (Tübingen 1912) 112-122; W. NESTLE, *Griechische Geistesgeschichte* (Stuttgart 1944) 95-98.

⁵⁹ Sobre la interpretación alegórica del AT por Filón: C. COLPE, «Philo»; RGG³ 5, 344-345; E. DIETRICH, «Schriftauslegung»: RGG³ 5, 1.516.

⁶⁰ MONDÉSERT, *Clément* [n 57] 153-154, *Völker* [n 24] 395. La acentuada tendencia hacia la interpretación espiritual con preferencia sobre la literal llevó a veces a Clemente a excesos y aporías. Ver sobre este punto: A. JÜLICHER, *Die Gleichnisreden Jesu*² (Tubinga 1910 = Darmstadt 1976) 1, 220-221.

captan el sentido escondido en ello con congruente examen y conocimiento íntimo.

A continuación puntualiza aún más algunos aspectos de ese sentido místico de la Escritura: dice que aun las cosas expuestas con claridad por Jesús a sus discípulos necesitan mucha atención por la abundancia de contenido que hay en ellas, aunque aparentemente sean sencillas; añade que siempre se refieren a cosas importantes pertinentes a la salvación e implican una admirable y celestial profundidad de pensamiento, por lo que no han de oírse con superficialidad sino dirigiendo la mente al espíritu mismo del Salvador y a lo indecible de la doctrina (Div 5, 3-4).

Con estas premisas Clemente emprende la interpretación espiritual de la perícopa del Evangelio de Marcos. No tiene en cuenta las circunstancias históricas del texto evangélico, muy distintas de las suyas, no recurre al examen del género literario y se centra en la interpretación alegórica.

c) *Interpretación espiritualista de Clemente*

El concepto de seguimiento a Cristo tuvo que ser cambiado por Clemente respecto al que aparece en los Sinópticos, donde, como hemos visto, aparecía con caracteres irrepetibles. En un pasaje sintetiza la esencia del seguimiento tal como él lo concibe:

Div 21, 7 (GCS 17, 174)

τοῦτο γὰρ ἀκολουθεῖν ὄντως τῷ σωτῆρι, ἀναμαρτησίαν καὶ τελειότητα τὴν ἐκείνου μετερχόμενον καὶ πρὸς ἐχεῖνον ὡς περ κάτοπτρον χροσμοῦντα καὶ ῥυθμίζοντα τὴν ψυχὴν καὶ πάντα διὰ πάντων ὁμοίως διατιθέντα.

Esto es seguir realmente al Salvador: ir tras su impecabilidad y perfección, ordenar y adornar el alma tomándole como espejo, y acompañarla a él, y habiendo dispuesto todas las cosas de esta misma manera.

Esta descripción está en pleno acuerdo con su concepción de la perfección como ascensión (*ἀναγωγή*) gradual continua hacia Dios tomando como modelo a Cristo. En muchos pasajes de sus obras aparece constantemente esta idea expresada con distintas comparaciones: en la segunda de sus tres obras mayores Cristo es el pedagogo en el sentido del logos divino que ilumina, forma y educa a la humanidad (Paed 1, 1-4)⁶¹; en el

⁶¹ La idea de Cristo como pedagogo fue ampliamente desarrollada por Clemente en su obra de este mismo nombre. Ver particularmente: Clem, Paed 1, 7, 53-61 y la introducción de H.I. MARROU, SC 70, 154-19.

opúsculo sobre la riqueza presenta a Cristo como el preparador que adiestra al cristiano comparado con un atleta (Div 3, 3-6)⁶² o como el piloto de una nave a quien hay que atender constantemente (Div 26, 2)⁶³. En nuestro pasaje la comparación del espejo (que propiamente reflejaría la propia imagen, no la de Cristo) no es plenamente acertada. Lo es más la segunda, en que presenta a Cristo marcando el ritmo que se ha de seguir⁶⁴. Se trata siempre de un seguimiento por el perfeccionamiento continuo individual en el que el cristiano se esfuerza constantemente en seguir el modelo de Cristo. Como hemos visto (§ 3) ese seguimiento es presentado como compatible con la tenencia de los bienes materiales (Div 15, 6 reproducido en § 3).

Además de en el pasaje comentado por Clemente (Mc 10, 21) y en sus paralelos sinópticos (Mt 19, 21; Lc 18, 22), la recomendación de venderlo todo y dar su producto a los pobres aparece expresamente en un dicho de Jesús (Lc 12, 23) enclavado por el autor de Lc en una de las varias instrucciones a los discípulos (Lc 12, 1-53) en el marco del viaje hacia Jerusalén⁶⁵. El mismo autor en los Hechos de los Apóstoles presenta la venta de los bienes para ayuda de los pobres como práctica de la primitiva comunidad cristiana (Act 4, 32-37, 5, 1-11)⁶⁶. En ambos casos se entiende como un acto de desprendimiento real-físico de los bienes propios y así ha sido entendido con diversas variantes en su realización práctica por distintas personas y grupos a lo largo de la historia del cristianismo⁶⁷.

⁶² La comparación del cristiano con el atleta que ha de esforzarse para obtener el éxito, aparece ya en Pablo (1Cor 9, 24-26; Phil 3, 14; 2Tim 2, 5). Ver: E. STAUFFER, «αθλεω»; TWNT 1, 166-167. Clemente desarrolla de forma detallada el aspecto de Cristo como preparador de atletas a continuación del pasaje aquí comentado en su tratado sobre la riqueza (Div 3, 3-6).

⁶³ La idea de Cristo como piloto de nave aparece ya en las consideraciones finales del redactor o reelaborador anónimo del MartPolyc 19, 2 (AMA⁴ 7). Clemente desarrolla la idea en Paed 1, 54, 2-3. Sobre la concepción de la vida humana como una peligrosa travesía por mar, y su desarrollo por los escritores cristianos: H. RAHNER, *Griechische Mythen in christlicher Deutung*³ (Darmstadt 1966) 291-328.

⁶⁴ Χορηγος es el director del coro que marca el ritmo (W. PAPE, *Griechisch-deutsches Handwörterbuch*² (Braunschweig 1874-1875) 1342). La idea de los dioses como directores de coro aparece ya en Plat, Leg 665a. Clemente la utiliza también en: Strom 5, 7, 8-5, 8, 1 (GCS 52 [Clem 2] 330).

⁶⁵ Sobre este pasaje (Lc 12, 33) y su contexto: G. SCHNEIDER, *Das Evangelium nach Lukas*² (Gütersloh-Würzburg 1984) 2, 286-287; W.G. KÜMME, *Einleitung in das Neue Testament*²¹ (Heidelberg 1983) 110-111.

⁶⁶ Ver n 10.

⁶⁷ Exposición de las grandes líneas del desarrollo del ideal de pobreza en el cristianismo en: L. HARDLICK, «Armut»: RGG³ 1, 624-627.

Ante el pasaje del Evangelio en que Jesús indica al joven rico que venda sus bienes (Mc 10, 21), Clemente se ve forzado a dar una audaz interpretación alegórica del concepto de vender⁶⁸. En ella pretende mostrar que vender (πωλεῖν) no ha de entenderse como cambiar cosas por dinero, sino como desprenderse del apego a los bienes temporales, cambiándolos por una riqueza espiritual consistente en el avance hacia la perfección. Lo explica en la siguiente paráfrasis de la recomendación de Jesús al joven.

Div 19, 3-6 (GCS 17, 172).

(3) τῷ δὴ κατὰ κόσμον (οὐ) πτωχῷ καὶ πλουσίῳ κατὰ τὰ πάθη ὁ κατὰ πνεῦμα [ου] πτωχὸς καὶ κατὰ θεὸν πλούσιος ἀπόστηθι (φρησί) τῶν ὑπαρχόντων ἐν τῇ ψυχῇ σου κτημάτων ἀλλοτρίων, ἵνα καθαρὸς τῇ καρδίᾳ γενόμενος ἴδῃς τὸν θεόν, ὅπερ καὶ δι' ἑτέρας φωνῆς ἐστὶν εἰσελθεῖν εἰς τὴν βασιλείαν τῶν οὐρανῶν. (4) καὶ πῶς αὐτῶν ἀποστήσῃ; πωλήσας. τί οὖν; χρήματα ἀντὶ κτημάτων λάβῃς; ἀντίδοσιν πλούτου πρὸς πλοῦτον ποιησάμενος, ἐξαργυρίσας τὴν φανερὰν οὐσίαν; (5) οὐδαμῶς· ἀλλὰ ἀντὶ τῶν πρότερον ἐνυπαρχόντων τῇ ψυχῇ, ἦν σῶσαι ποθεῖς, ἀντεισαγόμενος ἕτερον πλοῦτον θεοποιὸν καὶ ζωῆς χορηγὸν αἰωνίου, τὰς κατὰ τὴν ἐντολὴν τοῦ θεοῦ διαθέσεις, ἀνθ' ὧν σοι περιέσται μισθὸς καὶ τιμὴ, διηνεχῆς σωτηρία καὶ αἰώνιος ἀφθαρσία. (6) οὕτως καλῶς πωλεῖς τὰ ὑπάρχοντα, τὰ πολλὰ καὶ περισσὰ καὶ ἀποχλείοντά σοι τοὺς οὐρανοὺς, ἀντικαταλλάσσόμενος αὐτῶν τὰ σῶσαι δυνάμενα. ἐκεῖνα ἐχέτωσαν οἱ σάρκινοι πτωχοὶ καὶ τούτων δεόμενοι, σὺ δὲ τὸν πνευματικὸν πλοῦτον ἀντιλαβὼν ἔχῃς ἂν ἤδη θησαυρὸν ἐν οὐρανοῖς.

(3) Al (no) pobre según el mundo y rico en pasiones le dice el [no]⁶⁹ pobre en espíritu y rico según Dios [= Jesús]: Sepárate de los bienes ajenos (a tu alma) que están en tu alma, para que al haberte hecho limpio de corazón, veas a Dios, lo que con otras palabras es entrar en el reino de los cielos. (4) ¿Y cómo te separarás de ellas? Vendíéndolas. ¿Pero qué? ¿tomarás bienes a cambio de bienes? ¿Acumularás el precio de los bienes a los bienes a liquidar el patrimonio visible? (5) De ninguna manera, sino (que lo harás) sustituyendo en el alma que deseas salvar, el lugar de los bienes que antes había, otra riqueza divinizante y aportadora de vida eterna; la disposición conforme al mandato de Dios a cambio de la cual obtendrás la retribución y el honor, y la salvación

⁶⁸ Sobre las acepciones de πωλεῖν (vender): F. PRINGSHEIM, *Greek Law of Sale* (Weimar 1950) 97-98; 159.

⁶⁹ La doble corrección [ου] <ου> propuesta en una edición de 1816 fue aceptada por STÄHLIN, BKV (2) 8, 249 n 1. Sobre su fundamentación: U. WICKERT, «Bemerkungen zu Klemens von Alexandrien»: ZNW 50 (1959), 123-127. RITTER [n 25] ZKG 86 (1959) 16 n 87.

sin fin y la eterna incorrupción. (6) De esta forma vendes bien los bienes, los abundantes y superfluos y que te excluyen del cielo, permutándolos por los que pueden salvar. Que retengan aquellos [= los bienes temporales] los pobres según la carne que carecen de éstos [= los bienes capaces de salvar]. Tú por el contrario, habiendo tomado a cambio la riqueza espiritual, que tengas desde ahora un tesoro en el cielo⁷⁰.

La interpretación de Clemente resulta excesivamente forzada sobre todo en una época como la actual. En algún punto se aprecia incluso algún exceso retórico, por ejemplo al presentar como aberrante el obtener dinero por la venta de bienes como si ésta tuviese por finalidad en el contexto un enriquecimiento patrimonial y no el dar el producto a los pobres.

Dentro de ese proceso de espiritualización Clemente da un concepto de pobreza muy distinto del económico-social. Esa tendencia a espiritualizar el concepto se aprecia ya, aunque con un sentido muy distinto del de Clemente, en los numerosos pasajes del Antiguo Testamento en que aparece la antes mencionada mística de la pobreza, donde bajo el término pobres se engloban todos los oprimidos y se presume que tienen su esperanza puesta en Yavé. Aparece también probablemente (y esta vez en sentido parecido al de Clemente) en la primera bienaventuranza del Evangelio de Mateo (Mt 5, 3), donde la especificación τῷ πνεύματι puede ser muy bien una adición secundaria al original probablemente conservado en el Evangelio de Lucas (Lc 6, 20)⁷¹: de esa forma los bienaventurados no son simplemente los pobres sino los pobres de espíritu. Clemente se apoya expresamente en esa puntualización (Div 16, 3; 17, 4) y la lleva mucho más adelante. Entre los varios pasajes en que da su concepto espiritualizado de pobreza-riqueza, cabe destacar los siguientes:

Div 16, 3 (GCS 17, 170).

ὁ μὲν γὰρ ἔχων κτήματα καὶ χρυσὸν καὶ ἄργυρον καὶ οἰκίας ὡς θεοῦ δωρεάς [καὶ] τῷ τε διδόντι θεῷ λειτουργῶν ἀπ' αὐτῶν εἰς ἀνθρώπων σωτηρίαν καὶ εἰδὼς ὅτι ταῦτα κέκτηται διὰ τοὺς ἀδελφοὺς μᾶλλον ἢ ἑαυτὸν καὶ κρείττων ὑπάρχων τῆς κτήσεως αὐτῶν, μὴ δοῦλος (ᾧν) ᾧν κέκτηται μηδὲ ἐν τῇ ψυχῇ ταῦτα περιφέρων μηδὲ ἐν τούτοις ὀρίζων καὶ περιγράφων τὴν ἑαυτοῦ ζωὴν, ἀλλὰ τι καὶ καλὸν ἔργου καὶ θεῖον αἰεὶ διαπιπῶν, κἂν ἀποστερηθῆναι δέη ποτὲ τούτων, δυνάμενος ἴλεω τῇ γνώμῃ καὶ τὴν ἀπαλλαγὴν αὐτῶν ἐνεγκεῖν ἐξ ἴσου χαθάρει καὶ τὴν περιουσίαν, οὗτός ἐστιν ὁ μακαριζόμενος

⁷⁰ Sobre este pasaje: WICKERT [n 69] ZNW 50 (1959) 123-128.

⁷¹ Sobre esta posible adición: DUPONT, *Béatitudes* [n 9] 79-83.

ὑπὸ τοῦ κυρίου καὶ πτωχὸς τῷ πνεύματι καλούμενος, κληρονόμος ἔτοιμος οὐρανοῦ βασιλείας, οὐ πλούσιος ζῆσαι μὴ δυνάμενος.

El que tiene bienes y oro y plata y cosas como don de Dios y sirve con ellas a Dios que se las dio, y consciente de que ha adquirido estas cosas en razón de sus hermanos más bien que en razón de sí mismo, y tiene el dominio (interno) de la posesión de las riquezas, y no es esclavo de las cosas que posee, ni las tiene constantemente en el alma, ni limita y circunscribe a ellas su vida, sino que constantemente se esfuerza en alguna obra buena y divina, y en el caso de que fuese privado de ellas, es capaz de sobrellevar su privación con la misma serenidad que su presencia, ese es el proclamado bienaventurado por el Señor, y llamado pobre de espíritu, ya preparado como heredero del reino de los cielos; no el rico que no puede alcanzar la vida (eterna).

Clemente precisa exactamente en este pasaje las cualidades positivas y negativas que ha de tener la pobreza de espíritu compatible con la propiedad y tenencia de riquezas. Son las siguientes: (a) tenerlas como don de Dios, (b) servir con ellas a Dios, (c) tener conciencia de su función social, (d) no dejarse dominar internamente por ellas, (e) ser capaz de sobrellevar con serenidad su pérdida. Todas estas ideas aparecen con diversos matices en numerosos pasajes del Antiguo Testamento⁷², de pensadores judíos y paganos anteriores a Clemente⁷³ y en el Nuevo Testamento⁷⁴. Los dos últimos puntos reflejan dos ideas fundamentales de la

⁷² En el AT, junto a la antes mencionada crítica de la riqueza sobre todo por los Profetas, hay algunos pasajes en los que se apunta la idea de que la riqueza la da Dios, y de que quien la tiene debe ayudar con ella a los necesitados. Además de las conocidas afirmaciones de Job (Job 29, 12-16; 31, 14-25), cabe destacar una de las unidades parenéticas intercaladas en el Deuteronomio, donde se exhorta a los israelitas a no olvidar que los bienes materiales les han sido dados por Dios (Dtn 8, 1-20). Sobre el origen y carácter de estas unidades parenéticas: H.D. PREUSS, *Deuteronomium* (Darmstadt 1982) 95-103. Visión general de la actitud (o actitudes) que aparece en el AT sobre la riqueza en: F. HAUCK-W. KASCH, «ΠΛΟΥΤΟΣ»: TWNT 6, 321-324, quien señala además la insistencia con que la literatura sapiencial hace referencia al problema de teodicea planteado por el fenómeno frecuente de la mala conducta y buena fortuna de muchos ricos.

⁷³ Rica información sobre la ética de la riqueza en el mundo antiguo en: BOGAERT [n 2] RAC 9, 824-829; 839-842.

⁷⁴ Además de los pasajes citados expresamente por Clemente, hay que mencionar también la parábola de los talentos en sus diversas versiones (Mt 25, 14-30; Lc 19, 11-27). Sobre el probable sentido originario (escatológico) de la parábola: A. JÜLICHER, *Die Gleichnisreden Jesu*² (Tubinga 1910) 2, 472-495, J. JEREMIAS, *Die Gleichnisse Jesu*¹⁰ (Gotinga 1884) 55-60. Clemente trata el tema en Strom 1, 3, 1-2 (GCS 15 [Clem 2] 4) y entiende la parábola como una explicación de la obligación que tiene todo el que recibe dones de Dios, de utilizar esos bienes en provecho de los demás. Para las líneas generales (y su evolución) de la actitud del NT sobre la riqueza: HENGEL, *Eigentum* [n 9] 31-68.

ética estoica de Clemente (indiferencia y dominio de las pasiones) que ya se han visto antes⁷⁵.

En contraposición a las cualidades que debe reunir el pobre de espíritu, Clemente describe la codicia, de la que los ricos deben estar libres, ya que de lo contrario no tendrían acceso al reino de los cielos (Div 17, 1). Por tanto Clemente distingue dos tipos de ricos (en el sentido de personas con abundantes bienes materiales) según sea su disposición interna, y aplica el mismo razonamiento a los pobres. Entre éstos hay los que el Salvador proclamó bienaventurados y en el Evangelio de Mateo son calificados expresamente como pobres de espíritu (πτωχοὶ τῷ πνεύματι), y los demás pobres, que son desgraciados (ἄθλιοι), privados de bienes materiales, pero no partícipes de la justicia de Dios (ἄγευστοι δικαιοσύνης θεοῦ) (Div 17, 4). El verdadero pobre queda descrito de la siguiente manera.

Div 26, 6 (GCS 17, 177)

[...] εἰ δύνатаί τις ἐνδοτέρω τῶν ὑπαρχόντων κάμπτειν τῆς ἐξουσίας καὶ μέτρια φρονεῖν καὶ σωφρονεῖν καὶ θεὸν μόνον ζητεῖν καὶ θεὸν ἀναπνεῖν καὶ θεῷ συμπολιτεύεσθαι, πτωχὸς οὗτος παρέστηκε ταῖς ἐντολαῖς, ἐλεύθερος, ἀήτητος, ἄσοςος, ἄτρωτος ὑπὸ χρημάτων·

[...] si alguno puede doblegar internamente el poder de las riquezas y valorar las cosas con moderación y ser sobrio y buscar sólo a Dios y anhelar a Dios y vivir en comunidad con Dios, ese es pobre conforme a los mandamientos, libre, invicto, sano, no vulnerable por las riquezas.

En otro pasaje oscuro en su formulación y de terminología vacilante, Clemente deja clara la contraposición pobre-rico en su concepción de la perfección cristiana:

Div 19, 1-2 (GCS 17, 171-172).

(1) Ὁ μὲν ἄρα ἀληθῶς καὶ καλῶς <πλούσιός> ἐστὶν ὁ τῶν ἀρετῶν πλούσιος καὶ πάση τύχῃ χρῆσθαι ὁσίως καὶ πιστῶς δυνάμενος, ὁ δὲ νόθος πλούσιος ὁ κατὰ σάρκα πλουτῶν καὶ τὴν ζῶην εἰς <τὴν> ἔξω κτῆσιν μετειρηνοχῶς τὴν παρερχομένην καὶ

⁷⁵ En la Biblia, además de la indiferencia ante la pérdida de la riqueza, que aparece paradigmáticamente presentada en Job 1, 6-22, en el NT se exhorta con frecuencia a liberarse de la preocupación excesiva por los bienes materiales con fundamento en la confianza en Dios y en la concepción escatológica de su inminente caducidad. Ver sobre este punto: R. BULTMANN, «μεριμναω»: TWNT 4, 594-597.

φθειρομένην καὶ ἄλλοτε ἄλλου γινομένην καὶ ἐν τῷ τέλει μηδενὸς μηδαμῆ. (2) πάλιν αὖ κατὰ τὸν αὐτὸν τρόπον καὶ γνήσιος πτωχὸς καὶ νόθος ἄλλος πτωχὸς καὶ ψευδώνυμος, ὃ μὲν κατὰ πνεῦμα πτωχός, τὸ ἴδιον, ὃ δὲ κατὰ κόσμον, τὸ ἄλλοτριον.

Así pues el verdadero y auténticamente rico es el rico en virtudes y capaz de afrontar santa y fielmente cualquier situación. Por el contrario, el falso rico es el que tiene abundantes riquezas según la carne y ha orientado la vida a los bienes de fuera que desvían y corrompen y cambian de mano, y al final no son de nadie. (2) Y de la misma forma se da el pobre legítimo y el bastardo y falso pobre. El propiamente pobre lo es en espíritu, impropriamente lo es el pobre según el mundo⁷⁶.

En todos estos pasajes Clemente razona de forma perfectamente lógica y congruente con su modo de concebir la perfección del cristiano como un constante avance interno e individual del hombre que, despojando su alma de pasiones, se acerca a Dios. Por ninguna parte aparece referencia alguna expresa al marco social de injusticia, ni la preferencia por los pobres y oprimidos tan manifiesta en los Profetas, en los Salmos, en los Sinópticos y en otros escritos como la *Carta de Jacobo*, que acabó formando parte del Nuevo Testamento.

Clemente continúa su discurso dando una explicación sorprendente de lo que el Evangelio dice sobre la reacción del joven rico consultante y de los discípulos de Jesús presentes en el diálogo. Del consultante dice el Evangelio de Marcos que «sombriamente contrariado por estas palabras se marchó apenado, porque poseía muchos bienes» (Mc 10, 22)⁷⁷. Según Clemente el joven no entendió bien a Jesús: no comprendió cómo se podía ser al mismo tiempo pobre y rico en el sentido arriba expuesto, y por ello se retiró triste al haber confundido lo difícil (evitar que el alma sea arrastrada y absorbida por las riquezas) con lo imposible (Div 20, 12).

Según el Evangelio, los discípulos de Jesús, ante las observaciones de su maestro sobre la dificultad de que se salvaran los ricos (Mc 10, 23-25), «se asombraban con temor ante esas palabras» y «se llenaban cada vez más de temor diciendo entre sí: ¿quién puede salvarse?» (Mc 10, 24-25). Clemente comenta audazmente que ese temor deriva

⁷⁶ Sobre el sentido de esta última frase de Div 19, 2: WICKERT [n 69] ZNW 50 (1959) 123-123; RITTER [n 25] ZKG 86 (1975) 16 n 87.

⁷⁷ Mc 10, 22 presenta la reacción del joven como un doloroso rechazo de la invitación de Jesús al seguimiento incondicional. Sobre el sentido histórico de la ruptura incluso de los más elementales lazos familiares exigida por Jesús para su seguimiento (Mt 8, 21-22; Lc 9, 57-62; 14, 26 etc): HENGEL, *Nachfolge* [n 50] 8-17.

precisamente de que habían entendido muy bien las palabras de Jesús y se daban cuenta de que, aunque habían abandonado sus bienes para seguirle, esa renuncia era indiferente para su salvación (Div 20, 2-6). Como ya he indicado en otros pasajes, Clemente había puesto de relieve la misma idea e incluso había apuntado los peligros que conlleva la carencia de bienes temporales en orden a obtener la perfección (Div 12, 4-5; 15, 2-3). La conclusión que de todo ello saca es que la renuncia de las cosas temporales sólo es estrictamente obligatoria para los que se sienten internamente dominados por la avidez (Div 24, 1). A ellos aplica varios pasajes evangélicos: por extensión, el que prescribe el odio a los miembros de la familia (Lc 14, 26), entendiéndolo que eso sólo debe hacerse cuando los parientes son un impedimento para la salvación (Div 23, 2-24, 1); directamente, el que aconseja amputarse una mano o un pie o sacarse un ojo, cuando sean un obstáculo para alcanzar la vida eterna (Mt 5, 29-30; Mc 9, 43-47) (Div 24, 2-3).

Por último, a título de curiosidad, es interesante examinar el tratamiento que Clemente da al dicho de Jesús sobre el camello y la aguja (Mc 10, 25 par). Es bien conocido el intento (muy posterior a Clemente) de suavizar la hipérbole de la comparación mediante la corrección κάμιλος (= calabrote) en lugar de κάμηλος que aparece tarde en algunos manuscritos. Clemente sólo hace referencia de pasada al dicho de Jesús en un pasaje estilísticamente duro (Div 26, 8-27-1) constituido por tres fases introducidas cada una en tercera persona del singular cuyo sujeto es el camello, o más exactamente el dicho sobre el camello y la aguja. He aquí el texto de Clemente seguido de una traducción que no puede menos de ser estilísticamente dura al pretender reflejar fielmente la formulación de Clemente⁷⁸.

Div 26, 8-27, 1 (GCS 17, 177)

(8) σημαινέτω μὲν οὖν τι καὶ ὑψηλότερον ἢ κάμηλος διὰ στενῆς ὁδοῦ καὶ τεθλιμμένης φθάνουσα τὸν πλούσιον, ὅπερ ἐν τῇ περὶ ἀρχῶν καὶ θεολογίας ἐξηγήσει μυστήριον τοῦ σωτήρος ὑπάρχει μαθεῖν· (1) οὐ μὴν ἀλλὰ τό γε φαινόμενον πρῶτον καὶ δι' ὃ λέλεκται τῆς παραβολῆς παρεχέσθω. διδασκέτω τοὺς εὐποροῦντας ὡς οὐκ ἀμελητέον τῆς ἑαυτῶν σωτηρίας ὡς ἤδη προκατεγνωσμένους οὐδὲ καταποντιστέον αὐτῶν πάλιν τὸν πλουτοῦν οὐδὲ καταδικαστέον ὡς | τῆς ζωῆς ἐπίβουλον καὶ

⁷⁸ Clemente recurre a una formulación retórica construida gramaticalmente en imperativo, que resulta muy dura en las lenguas modernas. Suavizan estilísticamente la traducción sin alterar el sentido: STÄHLIN [n 33] BKV (2) 8, 257-258; BUTTERWORTH [n 33] 327.

πολέμιον, ἀλλὰ μαθητέον τίνα τρόπον καὶ πῶς πλούτῳ χρηστε-
'ον καὶ τὴν ζωὴν χκκτητέον.

(8) Por tanto el camello que lleva la delantera al rico por el camino estrecho y áspero, signifique (= ha de tener un significado) algo más sublime, cuyo misterio se puede aprender en la explicación sobre los principios de la teología. (1) No represente (= no ha de significar) lo primero que aparece en la comparación que se ha utilizado como manera de hablar. Enseña a los ricos cómo no hay que desentenderse de su salvación, como si estuviesen ya condenados, ni tampoco hay que arrojar al fondo del mar la riqueza como insidiosa o enemiga de la vida (eterna), sino que hay que aprender de qué forma y cómo se ha de usar de la riqueza y obtener la vida.

Clemente afirma que el dicho de Jesús tiene un sentido más elevado (ὑψηλότερον) que lo que aparece a primera vista en la comparación utilizada como medio de expresión. Omite la explicación de ese sentido espiritual remitiéndose a una ἐξήγησις περὶ ἀρχῶν καὶ θεολογίας. Con frecuencia se han entendido estas palabras como la referencia a una obra actualmente no existente (¿perdida?, ¿proyectada y no escrita?) a la que aludirían también otros pasajes de los *Stromata* y cuyo título sería *Tratado sobre los principios y la teología*. Sin embargo puede tratarse simplemente de la referencia a otro tipo de explicaciones sobre temas teológicos, distintas en su género de la forma homilética del opúsculo sobre la riqueza⁷⁹. No hay datos para vislumbrar por donde iría la explicación alegórica. Podrían tal vez servir de orientación las reflexiones de Orígenes sobre el mismo tema en que ve indicios de explicación en la deformidad anatómica del camello y en su calificación de animal impuro aceptable por ser rumiante, pero inmundo por solípedo⁸⁰. En nuestro pasaje Clemente, lo mismo que más tarde Orígenes en el pasaje recién aludido, relaciona el dicho de Jesús sobre el camello y la aguja con otro en que Jesús contrapone la puerta estrecha y el camino áspero que conducen a la vida eterna, a la puerta ancha y el camino amplio que conducen a la perdición (Mt 7, 13-14) en una imagen con abundantes precedentes en la doctrina moral judía⁸¹.

⁷⁹ Clemente menciona ese tratado en otras dos ocasiones: (Strom 3, 13, 1 [GCS 15, 201]; 3, 21, 2 [GCS 15, 205]), de los que no puede deducirse exactamente su género literario. Hipótesis sobre el tema en: BUTTERWORTH [n 33] 327d; STÄHLIN [n 33] BKV (2) 7, 40.

⁸⁰ Orig, Cels 6, 16 (SC 147, 618) con referencia a Lev 1, 4.

⁸¹ Sobre la doctrina de los dos caminos: KRETSCHMAR *Beitrag* [n 11] 158-160; M.J. SUGGS, «The Christian Two Ways Tradition» en: *Essays in Honor of A.P. Wikgren* (Leiden 1972) 63-74; W. RORDORF, «Un chapitre d'éthique judéo-chrétienne»: RSR 60 (1978) 110-115.

5. Riqueza y obligación de caridad

Lo expuesto hasta aquí sobre la espiritualización por Clemente de los conceptos de pobreza y riqueza y su encuadramiento en un ideal de perfección marcadamente intelectualista e individualista, podía dejar la impresión de que Clemente al armonizar filosofía y evangelio había sacrificado un elemento esencial del mensaje ético, cristiano que es el amor al prójimo. Esta imagen sería totalmente falsa.

En uno de los pasajes antes transcritos afirmaba Clemente que los bienes son don de Dios para servicio de los hombres, y que deben ser poseídos más en razón de los hermanos que de uno mismo (Div 16, 3). En otro lugar califica de injusticia (ἀδικον) poseer los bienes como exclusivamente propios y no participarlos con los necesitados (Div 31, 6)⁸². Antes de llegar a esa conclusión hace una enumeración de los principales pasajes de los Sinópticos en que se manda o aconseja ayudar al prójimo (Mt 25, 34-45 [Div 30, 2-4]; Mt 10, 41-42 [Div 31, 4]; Lc 16, 9 [Div 31, 5] y sobre todo Mc 12, 30 y Lc 10, 27-29, en que se condensa la ética cristiana en el cumplimiento del doble mandamiento de amar a Dios y amar al prójimo [Div 27, 3-5]). Clemente desarrolla puntos importantes de la actividad benéfica, a la que está obligado todo cristiano que tenga riquezas⁸³. Dentro de los límites de este trabajo sólo cabe mencionar algunos de esos puntos sin poder entrar a fondo en algunos de los problemas que plantean.

Un primer punto importante es la determinación de quiénes son los destinatarios de esa beneficencia. Sería muy interesante (pero imposible en este trabajo) detenerse a examinar el concepto de prójimo en el

⁸² Una cierta finalidad social de la riqueza aparece apuntada (aunque sin un desarrollo práctico sistemático) en diversos escritores griegos y latinos, sobre los que da abundante información: BOGAERT [n 2] RAC 9, 824-829; 839-842. Clemente al tratar de la riqueza en su *Pedagogo*, desarrolla el principio de la finalidad social de la riqueza con las siguientes ideas: (a) Todas las cosas han sido dadas por Dios a los hombres (con base en Mt 6, 33) (Paed 2, 120, 2); (b) Todas las cosas son comunes (κοινὰ οὐν τα πάντα) y no de los ricos (Peed 2, 120, 3) (c) Disfrutar despreocupadamente de lo superfluo no es humano ni sociable (οὐκ ἀνθρώπινον οὐδε κοινωτικόν): lo conforme a la caridad (ἀγαπητικόν) es hacer participar a los demás de lo que le sobra a uno, con base en el precepto evangélico de amar al prójimo como a uno mismo (Paed 2, 120, 4). (d) Dios ha dado a los hombres poder de usar las cosas, pero sólo dentro de los límites de lo necesario (μέχρι τοῦ ἀναγκαίου) y quiere que el uso de las cosas sea común (τῆν χρῆσιν κοινῆν εἶναι βουλεταί) (Paed 2, 120, 5). (e) Es absurdo que uno disfrute mientras la mayor parte pasa necesidad (ἀτοποῦν δὲ εἶνα τρυφᾶν πεπορευμένων πλειονῶν): Mucho mejor que vivir en la riqueza es hacer el bien a muchos (Paed 2, 120, 6).

⁸³ Sobre la caridad y la beneficencia en Clemente: VÖLKER [n 24] 479-502; 550-551.

Antiguo y en el Nuevo Testamento⁸⁴. Clemente censura a los judíos por haberlo entendido de forma demasiado restringida (Div 28, 2). Luego para determinar el concepto recurre a la parábola del buen samaritano (Lc 10, 30-37) (Div 28, 3-4), pero la interpreta como alegoría e identifica al buen samaritano con Cristo (Div 29, 2-4), con lo que el concepto prójimo queda sin aclarar⁸⁵. Reproduciendo una idea típica de la ética estoica, Clemente recomienda que al dar se elija a quien es digno de recibir (Div 31, 7-9), pero hace notar sin embargo que, en la práctica, puede ser peligrosa tal selección, ya que podría uno equivocarse, por lo que es preferible dar a todo el que pida (Div 33, 2-3). Señala también el peligro de fijarse solamente en los rasgos externos (Div 33, 5-6)⁸⁶.

⁸⁴ Πλησιον (= prójimo) es morfológicamente un acusativo adverbial del adjetivo πλησιος (= cercano, próximo) que se utiliza como sustantivo (ο πλησιον = el que está cerca) (W. BAUER-K. ALAND-B. ALAND, *Griechisch-deutsches Wörterbuch zu den Schriften des Neuen Testaments und der frühchristlichen Literatur*⁶ [Berlín 1980] 1351-1352). Los LXX tradujeron con tal término varias palabras hebreas que básicamente designaban las personas vinculadas entre sí por la Alianza del pueblo de Israel con Yavé. Aunque originariamente el término se entendía como restringido a los miembros del Pueblo y a los prosélitos plenamente tales (con exclusión por tanto de los extranjeros, samaritanos, etc.), ya en la época de Jesús había en el Judaísmo tendencias a ampliar la extensión del concepto y a incluir en el precepto de amar al prójimo a todos los hombres. Por otra parte existían corrientes que excluían de tal precepto a los enemigos personales o a los de grupo (BILLERBECK [n 2] 1⁹, 364-368; J. FICHTER, «πλησιον»: TWNT 6, 310-314, JEREMIAS, *Gleichnisse*¹⁰ [n 74] 201). En la predicación de Jesús y en todo el NT el precepto de amar al prójimo ocupa un lugar central y queda inequívocamente extendido a todo ser humano con el que existencialmente se tiene una relación (H. GREEVEN, «πλησιον»: TWNT 6, 314-316).

⁸⁵ El objetivo originario de la parábola del buen samaritano fue con toda probabilidad poner de relieve a través de la narración que el precepto de amor al prójimo carecía de todo límite basado en diferencias que pudieran darse entre personas o grupos a los que pudieran pertenecer el necesitado de ayuda y el que podía ayudar: Jesús dejaba claro en la narración de la actitud del para los judíos execrable samaritano que, cuando un hombre se halla en necesidad, hay que ayudarle, independientemente de la diferencia y distancia social y religiosa (en el sentido más amplio de ambos términos) que se dé entre el posible benefactor y el necesitado: JEREMIAS, *Gleichnisse*¹⁰ [n 74] 203). La alegorización de la parábola por Clemente es el producto de su extrema preferencia por el sentido espiritual en la interpretación de la Escritura (ver n 60). Ejemplos de interpretaciones alegóricas análogas a las de Clemente en: JÜLICHER, *Gleichnisreden*² [n 74] 2, 597-598.

⁸⁶ Abundante material sobre las ideas de la ética griega y romana acerca de quiénes debían ser los destinatarios de la beneficencia en: H. BOLKESTEIN, *Wohltätigkeit und Armenpflege im vorchristlichen Altertum* (Utrecht 1939 = Nueva York 1979) 95-101; 118-132; 295-306. Clemente, con base en un principio extendido en la ética griega de diversas escuelas (Arist, EN 4,2,1 [1120 a 23-27]; SVF 3, 262), mantiene en sus *Strommata* que la beneficencia perfecta debe tener previamente en cuenta la persona del presunto beneficiario y sólo debe ejercitarse con los que son dignos de recibir (Str 7, 69, 1-3.7 [GCS 17 (Clem 3) 4950]). En Div mantiene todavía ese principio cuando advierte que no se manda en el Evangelio dejarse importunar (ενοχλεσθαι) por los pedigüños, sino buscar uno mismo a los que pien-

En un pasaje cuya introducción es oscura por lo conciso de su formulación, presenta Clemente como norma para determinar el destinatario adecuado un dicho que parece atribuido a Jesús aunque no está introducido por la palabra φησί (= «dice», se sobrentiende el Señor) como suele ser usual en tales casos: «Daré no sólo a los amigos sino a los amigos de los amigos» (Div 33, 1)⁸⁷. En todo caso fija como destinatarios de la beneficencia a los miembros de la comunidad cristiana (θεοφίλοι, θεοῦ μαθηταί, θεοσεβείς) (Div 33, 3-5; 34, 1-3) sin afirmar nunca expresamente que la caridad no deba extenderse a los no-cristianos.

san rectamente y son dignos discípulos del Salvador (ζητεῖν τοὺς εὐ πεπεισμένους ἀξιῶν τε οὐτάς σωτήρος μαθητάς) (Div 31, 7). Para la traducción de εὐ πεπεισμένοι como «los que piensan rectamente» en el sentido de cristianos: LAMPE, *Lexicon* [n 42] 1055. A pesar de esta afirmación restrictiva sobre los destinatarios de la beneficencia cristiana, Clemente aduce pocas líneas más tarde el pasaje evangélico que manda o recomienda dar a todo el que pida (Lc 6, 30), y añade que tal principio es mejor, ya que muestra la generosidad de Dios (Div 31, 9). En Div 33, 2-6 Clemente da una confirmación racional (peligro de equivocarse por las apariencias) y otra ético-teológica (abstenerse de juzgar a los demás) de tal principio ético.

⁸⁷ El pasaje es sumamente oscuro. En el contexto inmediatamente precedente (Div 32, 1-6) Clemente pondera la grandeza de los bienes eternos que el cristiano puede lograr por el ejercicio habitual de la caridad con el prójimo. A continuación aparece el pasaje que aquí nos interesa, considerado y presentado como párrafo aparte en las ediciones impresas. El pasaje (Div 33, 1) consta de tres elementos que para mayor claridad presento separados: (a) Πῶς οὐν ὁ ἀνθρώπος ταῦτα διδῶσιν; (b) ὅτι διὰ τὴν ἐκεῖνου τιμὴν καὶ εὐνοίαν καὶ οἰκειώσιν ὁ Κυρίος διδῶσι, (c) Δῶσω γὰρ οὐ μόνον τοῖς φίλοις ἀλλὰ καὶ τοῖς φίλοις τῶν φίλων. El elemento (a) es indudablemente una pregunta, en la que el sujeto (ἀνθρώπος) parece designar al hombre en general, con lo que el sentido de la pregunta sería: «por tanto ¿cómo da (= o puede o debe dar) el hombre estas cosas (= los bienes con los que ejercita su beneficencia)?». El segundo elemento (b) es una respuesta extrañamente introducida por la partícula ὅτι, probablemente debido a la concisión habitual de Clemente. Ἐκεῖνος (= aquel) parece referirse al presunto beneficiario, al que se le presenta alternativamente siempre en genitivo como sujeto de la estima (τιμὴ), objeto de la benevolencia (εὐνοία) del Señor y unido a él íntimamente (οἰκειώσις). Parece indicar Clemente que estas son las líneas fundamentales tenidas en cuenta por Dios al conceder sus beneficios. En la edición de MIGNÉ se omite este segundo elemento (b) (PG 9, 637-638). STÄHLIN [n 33] BKV (2) 8, 264 traduce libremente mediante una paráfrasis que recoge fielmente el sentido de la frase, y cuya traducción sería: «porque Dios concede sus dones por razón de su estima de aquel hombre, y por razón de su benevolencia hacia él y de su cercana amistad para con él». BUTTERWORTH [n 33] 339 mantiene en su traducción la concisión del texto. El tercer elemento (c) es una explicación de (b) y generalmente es considerado como un *agraphon*, aunque falta el término introductorio (φησι o equivalente) que lo presente explícitamente como tal. En este sentido: A. JÜLICHER, *Rec. Köster*: TLZ 19 (1984) 20; STÄHLIN [n 33] BKV (2) 8, 265; BUTTERWORTH [n 33] 339. El sentido del presunto *agraphon* es claro: «Daré no sólo a los amigos, sino a los amigos de los amigos». Clemente lo toma como criterio directivo a seguir por el cristiano en el ejercicio de la caridad.

Finalmente Clemente exhorta a dar con alegría tomando como base un pasaje de San Pablo (2 Cor 9, 6-7) (Div 31, 9) y a hacerlo con constancia y satisfacción siendo conscientes de la desproporción existente entre el valor y mérito de las obras de caridad por un lado y por otro el escaso sacrificio que implica su realización (Div 32, 1-6)⁸⁸.

Clemente añade unas consideraciones sobre el relativamente escaso número (pero excelente en su calidad) de quienes siguen las orientaciones que ha ido exponiendo (Div 34-36); sobre la importancia teológico-religiosa del ejercicio de la caridad (Div 37-38), y sobre la posibilidad de que quien no las ha seguido, cambie de vida (Div 39-40). A continuación aconseja a quien quiera hacerlo que se acoja a la dirección de un miembro de la comunidad cristiana destacado en su avance hacia la perfección (Div 41). Finalmente, Clemente añade una narración, a la que califica de *μυθος ου μυθος*, lo que podría traducirse aproximadamente como «leyenda no falta de sentido»⁸⁹. En ella narra un episodio legendario de la vida de San Juan Evangelista en sus últimos años, en la que se pone de manifiesto la posibilidad de la conversión aun de aquel que ha cometido los mayores delitos (Div 42, 1-19). Clemente termina la narración con una breve doxología, con la que concluye su obra (Div 42, 1,20).

6. Conclusión

Al tratar de resaltar los rasgos fundamentales de la actitud de Clemente ante la riqueza, hay que destacar en primer lugar el gran esfuerzo realizado (y avance logrado) en la racionalización del tema. Se da en él también una enorme labor de adaptación de los principios del Nuevo Testamento a unas circunstancias culturales, económicas y sociales notablemente distintas sobre todo de las que rodearon la vida de Jesús. Como se ha visto antes, Clemente no fue el iniciador de ese proceso de adaptación que venía produciéndose gradualmente desde mucho antes en diversos sectores del pensamiento cristiano. Sí fue en cambio el primero (al menos el primero actualmente conocido) en reflexionar a fondo sobre el tema y en recurrir sistemáticamente para su tratamiento a la combinación de la revelación cristiana con la ética ecléctica de su tiempo de signo marcadamente estoico.

⁸⁸ Sobre la idea de dar con alegría, que Clemente apoya en una recomendación de San Pablo (2Cor 9, 6-7): E.F. BRUCK, «Ethics versus Law»: *Traditio* 2 (1944) 97-107 = IDEM, *Über römisches Rech im Rahmen der Kulturgeschichte* (Berlín 1954) 101-115.

⁸⁹ Sobre la calificación *μυθος ου μυθος*: WICKERT [n 69] *ZNW* 50 (1959) 129-132.

En esa tarea de racionalización, adaptación y sistematización hay logros y avances importantísimos, pero se aprecia una fuerte orientación individualista (no egoísta) y una falta de sensibilidad para la situación de miseria en que sin culpa propia se hallaba un gran sector de la sociedad de su tiempo. El pobre y oprimido no aparece en Clemente como el destinatario preferente del mensaje cristiano, a diferencia de muchos escritos del Nuevo Testamento (sobre todo los Evangelios Sinópticos), en los que esa preferencia no parece ser algo puramente condicionado a las circunstancias históricas.

Es interesante señalar que la actitud racional de Clemente sustancialmente y con variantes es la que se impuso en el cristianismo, pero sin llegar a desplazar otras actitudes basadas en factores de sensibilidad y generosidad que con frecuencia trascienden lo puramente racional y que también están presentes en el Evangelio. Basta recordar la reacción del egipcio Antonio (probablemente el año 271), para quien precisamente la perícopa del joven rico fue decisiva para que emprendiese la vida monástica, con importantísimas consecuencias en la espiritualidad cristiana⁹⁰. Constantemente, con motivos muy distintos y en circunstancias y con variedades muy diversas, el problema riqueza-pobreza ha seguido y sigue apareciendo como no plenamente resuelto a lo largo de la historia del cristianismo.

⁹⁰ Narración del suceso en: Athan, *VitAnt* 2 (PG 26, 841-844). Comentario en: R. REITZENSTEIN, *Hellenistische Wundererzählungen* (Leipzig 1906 = Stuttgart 1963) 56-57; G. BARDY, «Antoine»: *DSAM* 1, 702-703.

USOS DE LAS ENCUESTAS DE PRESUPUESTOS FAMILIARES

Vidal Díaz de Rada Igúzquiza

En este trabajo se va a realizar una contextualización del comportamiento de compra de las familias navarras utilizando el gasto en Bienes de Consumo y Servicios de las familias tal y como se desprende de la Encuesta de Presupuestos Familiares de 1991. La primera parte comienza con un análisis de los objetivos de este tipo de Encuestas y continúa con una exposición de cómo han evolucionado en la Comunidad Foral diversas magnitudes socio-económicas. Seguidamente se realiza una breve exposición del Análisis de Correspondencias como técnica que busca reducir una gran cantidad de datos a un conjunto de dimensiones latentes llamadas factores; para finalizar con la interpretación de los datos proporcionados por la Encuesta de Presupuestos Familiares de 1991(*).

1. **Introducción: definición y objetivos de las encuestas de presupuestos familiares**

Uno de los objetivos prioritarios de las Encuestas de Presupuestos Familiares es actualizar las ponderaciones de los distintos bienes y servicios que integran la «Cesta de la compra» para la elaboración del Índice de Precios al Consumo (IPC) (INE 1992: 7). Así, y aunque en su origen estas encuestas analizaban únicamente el gasto de las unidades familiares, la ampliación del objeto de estudio en las actuales encuestas obliga a recoger gran cantidad de información sobre las familias entrevistadas (número de miembros, origen de los ingresos, etc.), información que proporciona una visión detallada de los modos de vida al permitir

(*) El autor desea agradecer la gran ayuda recibida de la Delegación del Instituto Nacional de Estadística en Navarra.

establecer conexiones entre los patrones de gastos, los ingresos de la unidad familiar, el equipamiento del hogar, las condiciones de las viviendas, etc.¹.

En este sentido, y si consideramos que la estructura del gasto está condicionada por nuestra vida cotidiana, mediante el análisis de los patrones de gastos, podremos obtener una magnífica visión de los modos de vida de los individuos: analizando los gastos en ocio puede conocerse detalladamente el tipo de ocio, la frecuencia con la que se realizan ciertas actividades ociosas, etc. Este es el argumento esgrimido por numerosos científicos sociales cuando consideran que estas «elecciones (de compra) están limitadas únicamente por las necesidades objetivas de los individuos y sus recursos, la totalidad de la cultura material y las reglas de la economía política» (Sobel 1983: 521-523); de modo que cada individuo es el que configura y determina su propio *estilo de vida*, concepto que es definido como «conjunto de elecciones de comportamiento observables que los individuos hacen» (Sobel 1981, 1983). Este autor concede gran importancia a estas elecciones porque, junto a la ocupación, es uno de los elementos más importantes para determinar el prestigio social, además de ser más estable y observable que otros aspectos de la vida del individuo.

Pese al atractivo que ejerce realizar una investigación sobre los modos de vida a través de los patrones de gasto, este trabajo tiene un objetivo mucho más modesto como es contextualizar la cesta de la compra del consumidor navarro en la distribución de gastos de la sociedad española, a fin de conocer así las pautas diferenciadoras del consumidor navarro. No obstante, y antes de centrarnos en el objetivo propuesto, consideramos adecuado exponer las principales utilidades para las que se emplean las Encuestas de Presupuestos Familiares (Kantorowitz 1992: 113-114, Ballester Ríos 1984: 121-140):

1. Actualizar el IPC al ponderar la distribución del «cesto» de bienes y servicios, permitiendo conocer cómo cambian los hábitos de compra de las familias y así reducir la importancia ponderada de ciertos bienes que han visto reducido su consumo (por

¹ Aunque el primer estudio científico sobre la distribución de los gastos de las familias fue realizado por William Petty en 1672 con objeto de establecer un nuevo sistema de impuestos (Petty 1899), no es hasta mediados del siglo XIX cuando se produce el gran desarrollo de las hoy llamadas «Encuestas de Presupuestos Familiares».

En España, los estudios sobre comportamientos de gasto comienzan en 1958 y desde entonces vienen realizándose cada diez años. Además de éstos, y con el objetivo de «conocer el origen y cuantía de la rentas familiares y su distribución entre los gastos de consumo», se viene realizando desde 1985 —y con una periodicidad trimestral— una Encuesta Continua de Presupuestos Familiares (ECPF).

- ejemplo, el gasto en correos), al tiempo que aumenta la ponderación de otros productos (gasto en teléfono, cintas de vídeo).
2. Proporcionar ponderaciones a fin de conocer el IPC de ciertos subgrupos específicos de población.
 3. Conocer los lugares de realización de las compras al tiempo que se analizan los sectores comerciales en declive (pequeño comercio, por ejemplo) y otros en creciente desarrollo (hipermercados, etc.). Del mismo modo, esta información puede utilizarse para ajustar la muestra de establecimientos de IPC.
 4. Examinar la relación existente entre los hábitos de consumo de las familias y sus características socio-económicas. Información que puede utilizarse para realizar análisis específicos de determinados colectivos de escasos recursos económicos, situaciones de pobreza, etc. (INE 1992: 7).
 5. Conocer los niveles nutricionales de determinados subcolectivos sociales analizando el tipo de comida adquirida.
 6. Examinar la elasticidad de la demanda de ciertos bienes.
 7. Estudiar las condiciones de la vivienda y el equipamiento del hogar con relación al nivel de ingresos, el hábitat, etc.
 8. Analizar detalladamente la distribución de los ingresos familiares (rendimientos del trabajo, prestaciones sociales recibidas, etc.) y estudiar los hábitos de ahorro (tanto positivos como negativos) de ciertos subgrupos.
 9. Averiguar las diferencias en el nivel de vida y en el coste de la vida entre determinadas partes del país, así como las diferencias entre el medio rural y urbano.
 10. Examinar las variaciones en el nivel de vida en un determinado espacio temporal.
 11. Con objeto de tomar decisiones comerciales y proveer las demandas de ciertos productos en determinados espacios geográficos.
 12. Obtener información precisa para la elaboración de la Contabilidad Nacional (Azorín Poch-Sánchez Crespo 1986: 297-298).
 13. Conocer la distribución de la renta (Rodríguez López 1977: 222-227).

2. Análisis socio-económico de la sociedad navarra

Una vez expuestas las principales utilidades de las Encuestas de Presupuestos Familiares procederemos a contextualizar el objeto de estudio mediante el análisis de la evolución socio-económica de la realidad na-

varra: el desarrollo de Navarra hay que asociarlo —como el del resto del Estado— al Plan de Estabilización, aunque Navarra tardará 5 años en unirse a estas medidas económicas al aprobarse el 10 de abril de 1964 el *Programa de Promoción Industrial de Navarra*. En el año 1960 comienzan a producirse importantes cambios en la distribución de la población activa, aumentando poderosamente el volumen de empleo en la industria y los servicios y experimentando elevadas reducciones en el sector primario. J. Alcaide clasifica la evolución de la economía navarra en varios períodos (Alcaide y Cuadrado 1988: 19-26; Alcaide 1994: 2-24):

1. Período de **Prestabilización** (1955-1960): Caracterizado por un crecimiento económico inferior al de la economía española y un «peso» elevado del sector primario en la economía navarra.
2. El **Boom económico** (1960-1973): El sector agrario, pese a disminuir su ocupación, elevó considerablemente su productividad; la producción industrial creció a una tasa del 12,24% como consecuencia de la implantación de industrias metálicas; el sector servicios aumentó poderosamente, aunque menos que en el resto de España.
3. **De la crisis económica a la recuperación** (1973-1985): En estos 12 años, caracterizados por fuertes desequilibrios a nivel internacional, la economía navarra creció a un ritmo inferior al 2% anual. Todos los sectores sufrieron fuertes reducciones de empleo, a excepción del sector servicios, que fue el dinamizador de la economía navarra al mostrar una evolución más favorable que el resto de los sectores (Rapún Gárate, 1990: 335-348).
4. En 1985 comienza un período de **expansión económica** que termina en 1990 y que coincide con un gran desarrollo económico en Europa y en el resto del Estado. Navarra, con un crecimiento del 7,1%, fue la comunidad con una mayor expansión en este período (la media estatal fue de 5,6%). Según Alcaide (1994: 5) la razón de este crecimiento se encuentra en el equilibrio de los sectores productivos.
5. El segundo año de la década de los 90 es el inicio de una etapa de **recesión** económica a nivel europeo que termina en 1993, recesión que afectó sobre todo a las Comunidades Autónomas que más crecieron en la etapa anterior (Alcaide 1994: 8). Aún así, el promedio del crecimiento navarro fue del 0,9%, dos décimas por encima de la media estatal².

² Si se analiza la evolución de la economía desde 1986, Navarra es la comunidad de más crecimiento —media 4,8%—, con más de un punto por encima de la media estatal.

6. A partir de **1994** comienza a vislumbrarse una **reactivación económica** con una media de crecimiento del 3,35% en Navarra y 2,26% en el conjunto del Estado. El gran relanzamiento del sector industrial —con un crecimiento del 6,67%— es el que más influencia ha tenido en la expansión de la economía navarra, seguido del sector servicios, que creció un 2,13%. (Rapún y otros, 1995: 230.)

2A. *Cambios en la distribución de la Población Ocupada y consecuencias derivadas*

Uno de los indicadores más directamente relacionados con el desarrollo de la economía es la evolución sectorial de la población ocupada: como puede observarse en el cuadro 1, desde 1967 hasta nuestros días ha cambiado tremendamente la composición de población ocupada en cada sector, consecuencia del proceso modernizador. En 1967 una de cada tres personas ocupadas trabajaba en el sector primario, mientras que catorce años más tarde (1981) este porcentaje se reduce a la mitad (15,9%), y en 1991 tan sólo un 7,06% de los empleos totales pertenecen al sector primario. Por otro lado, el sector servicios ha seguido una tendencia inversa puesto que a mediados de siglo ocupaba a un 28,9% de la población ocupada, y en 1991 da trabajo al 49,46%. Mucho más irregular es la evolución del sector industrial, con una tendencia ascendente hasta la década de los 80 y una considerable estabilización de empleo a partir de esta fecha.

Cuadro 1
Distribución de los empleos 1967-1991

	1967 %	1971 %	1981 %	1991 %
Agricultura	31,71	28,04	15,90	7,06
Industria	39,31	40,40	43,50	43,47
Servicios	28,99	31,55	40,60	49,46
Pob. ocupada	196.730,00	198.658,00	169.141,00	195.113,00

Fuente: BBV, *Renta Nacional de España y su Distribución Provincial*, varios años.

Las alteraciones en la composición de la Población Activa no sólo tienen consecuencias económicas, sino que están íntimamente relacionados con los procesos de cambios residenciales, es decir, con los movimientos migratorios. El análisis de estos movimientos de población

es muy importante en la medida que las necesidades de las personas van a estar condicionadas por el medio (rural/urbano) en el que viven, alterando así la demanda y la forma de adquirir bienes de consumo. Estos movimientos han incrementado el desequilibrio demográfico y económico de ciertas zonas, creando grandes problemas tanto en las zonas de emigración (con la pérdida de población joven) como en las de inmigración (al originar necesidades de equipamientos urbanos y sociales), modificando de este modo las demandas y necesidades sociales. En este sentido, hay que considerar dos fenómenos en el análisis de los procesos migratorios: la alteración de la población entre las regiones y el rápido proceso de urbanización de las ciudades.

Distribución de la población entre regiones

Los mayores movimientos de población se producen en España a partir de 1960 provocados por el gran desarrollo industrial de la década. Navarra, con un saldo migratorio negativo hasta el inicio de su industrialización, se encuentra con un triple proceso: por una parte un gran movimiento interno del campo a la ciudad, un proceso migratorio externo principalmente a Cataluña, Madrid y País Vasco, y una importante recepción de emigrantes de otras regiones a partir de 1960.

El inicio de la segunda ola de industrialización en 1960 cambia los procesos migratorios anteriores y Navarra pasa a ser receptora de emigrantes (Cuadro 2). Desde principios de siglo hasta 1960 Navarra había perdido 102.265 habitantes, y después de 1961 el proceso se invierte y pasa a ser receptora de emigrantes. No obstante, a partir de 1981 —y según datos del Anuario Estadístico de España— este proceso de recepción de inmigrantes se ralentiza considerablemente.

Proceso de urbanización

Al analizar el proceso de urbanización hay que considerar dos aspectos: la multiplicación de los puntos urbanos y el aumento de magnitud de cada uno de ellos. En los últimos 20 años el proceso de urbanización en España ha sido muy intenso, alterándose profundamente la distribución de la población en cuanto a la dimensión rural/urbana. En este sentido, Madrid y Cataluña se han caracterizado por un elevado grado de urbanización con una alta concentración de su población en grandes áreas metropolitanas, mientras que en Valencia y el País Vasco hay un predominio de ciudades medias, a pesar de tener grandes ciudades que superan los 10.000 habitantes. En comunidades como Aragón, Baleares, Cantabria, Navarra y La Rioja un gran centro urbano actúa como polo de atracción de la población (Del Campo y Navarro 1987: 115).

Cuadro 2
Migraciones interprovinciales e intraprovinciales

	Migraciones interprovinciales				Migraciones intraprovinciales	
	1900-40	1941-60	1961-70	1970-80	1962-70	1971-80
Andalucía	-31.340	-776.254	-843.767	-251.673	117.873	160.309
Aragón	-119.394	-88.158	-34.352	-3.973	70.865	52.196
Baleares	+14.441	+734	+73.713	+73.729	17.476	134.261
Canarias	+59.785	-28.532	+19.420	+78.399	27.267	97.891
Cantabria	-39.003	-50.389	-14.485	-117	19.609	23.921
Castilla-La Mancha	-172.983	-412.646	-458.532	-203.974	53.622	61.138
Castilla-León	-536.048	-485.190	-466.403	-186.199	143.422	130.823
Cataluña	+690.089	+696.500	+719.996	+266.372	414.618	377.279
Com. Valenciana	+146.493	-6.257	+302.666	+146.907	164.889	289.789
Extremadura	-68.312	-201.608	-378.165	-161.122	36.646	41.935
Galicia	-240.131	-352.702	-229.167	-3.626	40.665	66.700
Madrid	+611.392	+637.220	+686.554	+342.059	60.327	366.930
Murcia	-93.175	-125.646	-101.651	+9.891	10.708	19.641
Navarra	-61.933	-40.332	+18.510	+2.064	38.370	35.545
País Vasco	+50.952	+177.984	+256.098	+23.392	143.063	121.659
Pr. de Asturias	-22.740	-80	-31.345	-9.978	17.826	39.873
La Rioja	-39.203	-32.448	-12.544	+2.170	17.945	10.672

Fuentes: Estudio sobre la Población Española, Tercer Plan de Desarrollo, Madrid, 1972. INE, Migración interior de España 1960-1970 y 1967-1975, Movimiento natural de la población 1976-1981, y Censo de población de 1981. Recogido de S. del Campo y M. Navarro, 1987: 86 y 91.

Cada uno de estos tres «tipos» de asentamientos ha condicionado poderosamente la estructura comercial de cada comunidad, al tiempo que ha introducido modificaciones en los hábitos de consumo de sus habitantes. En este sentido, mientras que en Valencia y el País Vasco —por sus peculiaridades residenciales— los comercios están relativamente diseminados por una gran cantidad de ciudades medias, comunidades como Navarra se caracterizan por un centro urbano con una concentración de establecimientos especializados en Textil, Calzado y Farmacia-Droguería, y una amplia presencia de otro tipo de establecimientos comerciales repartidos por toda la geografía navarra. Qué duda cabe de que la existencia de zonas comerciales altamente equipadas (Logroño, Calahorra, Zaragoza, Vitoria, San Sebastián, Bilbao) muy próximas a un gran número de núcleos rurales están reduciendo el poder de atracción comercial de la capital.

Cuadro 3
Relación entre población y establecimientos minoristas

	Total	Zona I	Z. II	Z. III	Z. IV	Z. V	Z. VI	Z. VII
% Población	100	10,63	2,94	49,21	7,08	5,93	10,34	13,87
% Comercios	100	8,98	2,17	49,91	6,06	6,92	9,93	16,03
Alimentación	100	7,80	1,53	49,84	5,37	7,69	11,65	16,12
Textil	100	6,32	0,75	55,94	5,24	5,66	8,82	17,72
Calzado	100	6,21	—	57,99	5,92	4,44	8,28	17,16
Farmacia-Droguería	100	7,72	2,12	58,30	6,56	5,79	7,72	11,79
Equip. hogar	100	8,74	0,90	47,79	5,62	7,53	10,24	19,18
Vehículos	100	12,37	2,89	36,32	8,95	7,10	10,79	21,58
Mixto	100	21,94	9,47	26,02	10,07	8,88	12,71	10,91
Otros	100	5,63	1,33	61,18	4,80	5,79	6,37	14,90

Z.I: Noroeste, Z.II: Pirineos, Z.III: Pamplona, Z.IV: Tierra Estella, Z.V: Media Oriental, Z.VI: Ribera Alta, Z.VII: Tudela.

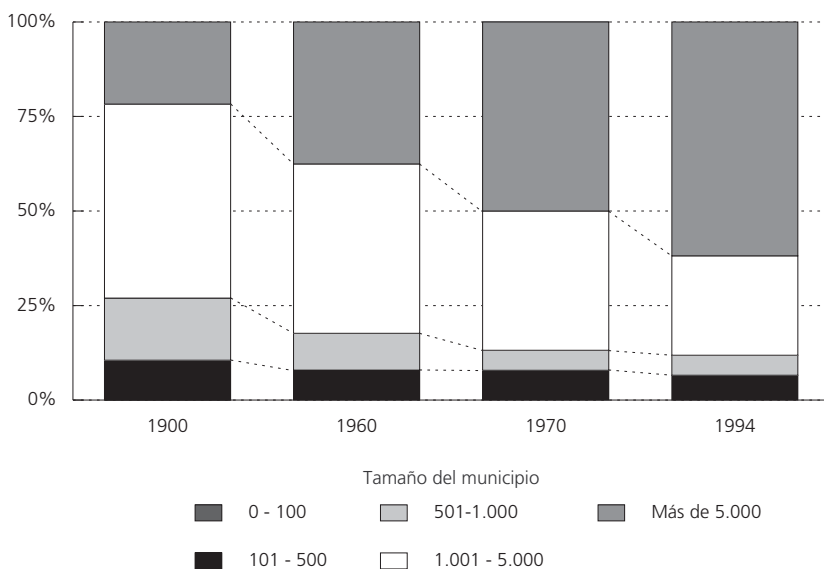
Fuente: Gobierno de Navarra, *Panorama estadístico de Navarra*, 1990, p. 134.

El cuadro anterior, que compara las personas residentes en cada zona y los establecimientos minoristas de éstas, apenas informa sobre la distribución residencial de la población navarra con relación al tamaño del municipio de residencia. Con este fin se ha elaborado el gráfico 1, en el cual puede apreciarse el gran aumento de población experimentado en los municipios mayores de 5.000 habitantes, provocando la pérdida de población en los núcleos más pequeños. Mientras que en 1900 únicamente uno de cada cinco navarros vivía en poblaciones mayores de 5.000 habitantes, en 1970 la mitad de la población reside en estos municipios y en 1994 el 61,1%.

Por otro lado, y según estudios recientes sobre *Diferenciación Residencial* (Leonardo Aurtenetxe 1989, Castells 1986, Del Campo 1983: 137-153), dentro de las ciudades hay fuertes movimientos residenciales que producen, entre otras consecuencias, una especialización del centro de la ciudad en área funcional y administrativa mientras que la periferia adopta una función residencial³. Consecuentemente, la escasa población que reside en el centro tiene una edad elevada, mientras que en la periferia está compuesta principalmente por personas jóvenes⁴.

³ Es el caso del importante aumento de población en los últimos años de determinados municipios de la Comarca de Pamplona como Zizur, Egües, Mendillorri, etc.

⁴ De este modo, los hipermercados situados en la periferia de Pamplona y muy cercanos a la red viaria, atraen fundamentalmente a las personas que viven en estas áreas resi-



Fuente: Gobierno de Navarra, Población de los Ayuntamientos y Concejos de Navarra de 1900 a 1986. En 1994: Navarra en Cifras 1994, p. 9.

Gráfico 1

Distribución de la población navarra según el tamaño de los municipios

2.B. Evolución de la Renta Familiar Disponible en Navarra

Otra de las variables importantes en la definición del consumidor es la Renta Familiar Disponible: como puede observarse, el análisis del cuadro 4 permite comparar la evolución de la Renta Familiar Disponible en Navarra y en el resto del Estado durante el período 1967-1991. En 1967 la Renta por individuo era notablemente superior a la media nacional, aunque al comparar la evolución en los dos espacios geográficos

denciales debido a los escasos costes de desplazamiento y la rapidez en la accesibilidad; descongestionando así el área comercial del centro de la ciudad y el comercio existente en estas áreas residenciales (Mújica, 1995: 83-85). En coherencia con este planteamiento, el cliente predominante del Hipermercado tiene una edad intermedia (25-40 años), casado, trabaja, con estatus medio-alto y vive en hogares de entre 4 y 6 personas. (Perfil perteneciente al cliente del Hipermercado en la CAPV, según se desprende de Gobierno Vasco, 1994: 90).

puede apreciarse cómo hasta finales de la década de los setenta esta magnitud aumenta menos en Navarra que en el resto del Estado. No obstante, en los ochenta el incremento porcentual en Navarra vuelve a ser ligeramente superior a la media nacional, de modo que en el año 1991 la RFD per cápita en Navarra supera a la media nacional en 13.483,5 pesetas (de 1967).

Cuadro 4
Evolución de la renta familiar disponible entre 1967 y 1991

	Navarra		Conjunto Nacional		Indice Comparado
	En ptas. de 1967	Incremento porcentual (*)	En ptas. de 1967	Incremento porcentual (*)	Navarra/Resto (**)
1967	49.424,0		32.455,0		118,0
1971	61.787,6	25,0%	53.448,5	64,7%	117,0
1975	69.889,9	13,1%	64.044,6	19,8%	109,0
1977	69.126,8	0,9%	64.574,8	0,8%	109,0
1979	69.059,6	1,1%	67.005,5	3,8%	103,0
1981	69.837,8	1,1%	68.069,9	1,6%	102,0
1983	73.584,0	5,4%	68.231,8	0,2%	107,0
1985	70.573,2	0,9%	67.904,1	0,9%	103,0
1987	78.980,5	19,1%	76.161,4	13,0%	104,0
1989	87.877,6	11,3%	83.198,7	8,4%	106,0
1991	101.146,7	15,1%	87.663,2	5,3%	115,4

$$(*) \frac{\text{Año X}}{\text{Año X - 1}} = 100$$

(**) Base media nacional = 100

Fuente: Banco de Bilbao, Renta Nacional de España y su distribución provincial.

No nos detendremos aquí en analizar las razones que han provocado que la renta sea superior en Navarra, aunque sí queremos hacer notar que esta mayor disposición de ingresos se verá reflejada en un incremento del gasto de sus habitantes. Por otro lado, estos elevados niveles de renta han provocado un aumento del nivel educativo en la Comunidad Foral, tal y como se desprende del examen de los conceptos del cuadro 5: en 17 años (1974-93) se ha triplicado el número de personas que cursan estudios universitarios, de alumnos matriculados en Formación Profesional, y de personas con título universitario.

Cuadro 5
Nivel educativo en Navarra
(Por 1.000 habitantes)

	1974	1984	1991
Personas que cursan estudios	227,2	244,5	259,45
Alumnos matriculados en BUP/COU	29,2	30,2	43,26
Alumnos matriculados en FP	8,1	22,8	22,73
Personas que cursan estudios univers.	7,8	13,2	24.18*
Personas con título univer./ Téc.Sup. que no están cursando estudios	12,3	22,6	33,61

(*) Recoge los conceptos «Arquitectura/Ingeniería Técnica», «Facultades o Colegios Superiores» y «Escuelas Técnicas Superiores».

Fuente: En 1974 y 1984: A. Sanz y M. de Teran, «Navarra, a través de los indicadores sociales», 1988. En 1991: *Censo de Población y Viviendas*.

El análisis de otros indicadores puede aportar una imagen más exacta de la realidad cultural navarra. El índice de difusión de la prensa es el segundo más alto de España, con 158,2 periódicos por 1.000 habitantes, y la media de revistas de información generales⁵ es de ocho revistas por habitante.

2.C. *Evolución de los gastos de las familias navarras: las encuestas de presupuestos familiares*

Si bien los indicadores utilizados con anterioridad pueden proporcionarnos una panorámica de la sociedad navarra, serán los resultados de las Encuestas de Presupuestos Familiares los que nos proporcionarán una visión más exacta para nuestros objetivos. Tal y como se desprende del cuadro 6, en el año 1964-65 el 42,7% de los gastos de las familias se dedicaban a productos de alimentación, y un 11% en «Gastos diversos», en los que se incluyen conceptos como el aseo personal, sanidad, deportes y comunicaciones, gastos en cultura y en tabaco. Diez años más tarde el porcentaje de gastos en alimentación continúa siendo el mismo, y los gastos en vivienda, calefacción y alumbrado llegan al 16%.

⁵ En este apartado se consideran todo tipo de revistas, desde las llamadas revistas del corazón (*Hola, Semana*, etc.), y revistas especializadas (*El mueble, Mundo y Hogar, Moto Verde*, etc.) hasta revistas científicas (*Muy interesante*, etc.).

Los servicios médicos reducen ostensiblemente su participación en la distribución de gastos familiares como consecuencia de la redacción, el 28 de diciembre de 1963, de un Proyecto de Ley en el que se formula un «Plan Nacional de Seguridad Social» sustituyendo la Previsión Social, con seguros sociales aislados y heterogéneos, por un sistema moderno de Seguridad Social (Del Val y de la Fuente, 1986: tomo I, p. 9.2).

Cuadro 6
Evolución de los gastos en los hogares navarros
(Gasto anual por persona)

	1964-1965 (**)	1975	1980-81	1990-91
1. Alimentos, bebidas y tabaco	42,7	42,2	29,2	24,0
2. Vestido y calzado	15,4	10,0	9,0	12,1
3. Vivienda, calefacción y alumbrado	7,1	16,2	16,9	9,4
4. Muebles, enseres y servicios del hogar	11,1	8,6	8,1	8,2
5. Servicios médicos y gastos sanitarios	23,2	2,7	2,5	3,0
6. Transportes y comunicaciones	0,5	7,8	15,5	15,2
7. Esparcimiento, enseñanza y cultura		4,4	7,0	6,9
8. Otros bienes y servicios		2,3	8,5	15,3
9. Otros gastos no mencionados anteriormente		5,7	3,2	5,8
Total	24.804,0	78.206,0	286.208,0	764.335,0 (*)

(*) Gasto total en pesetas de cada año.

(**) En el año 1964-65 el grupo 3 únicamente comprende «Gastos de alquiler y reparación de la vivienda», y en el grupo 4 están incluidos «Gastos de la casa» como calefacción, alumbrado, muebles, serv. doméstico, etc. En el grupo 5 están clasificados los «Gastos diversos» y en el 6 las «Vacaciones».

Fuente: INE, Encuestas de Presupuestos Familiares, varios años.

Sin embargo, no es hasta el año 1980-81 cuando se produce un enorme cambio en los hábitos de compra de las familias navarras, comenzando a surgir un consumo característico de países desarrollados. Únicamente el 29,2% de la renta se dedica a la alimentación, aumentando otras partidas de gasto como los transportes y comunicaciones, «Esparcimiento, enseñanza y cultura», y «otros bienes y servicios» (Martín Guzmán 1990: 304-309). Alfonso Rebollo, en un análisis de la estructura del consumo de las economías domésticas en el conjunto nacional, señala que la estructura del gasto en consumo de los españoles

en 1980 es la propia de un país industrializado caracterizado por un descenso del gasto en alimentación (alrededor de 30%), estabilización de los gastos en vestido y calzado (sobre el 10%) y una mayor importancia relativa concedida a los transportes y comunicaciones, cultura y otros bienes y servicios (Rebollo Arévalo, 1983: 44-45).

En el estudio realizado en 1990-91 se aprecia una disminución del porcentaje de renta empleada en alimentación⁶ y en «gastos en el hogar», aumentando los gastos en vestido, calzado y en «otros bienes y servicios». Conviene tener en cuenta la distribución de los gastos familiares del año 1991, ya que éste va a ser el punto de partida de la presente investigación.

Por otro lado, las encuestas de Presupuestos Familiares también aportan información sobre el nivel de equipamiento y el estado de los hogares. Según se desprende de la encuesta realizada en el año 1991, Navarra se encontraba entre las 5 regiones más prósperas contabilizando el número de automóviles, lavadoras automáticas, lavavajillas, teléfonos y ordenadores personales (Cuadro 7).

Cuadro 7
Niveles de equipamiento y condiciones de las viviendas (año 1991)

	Auto- móviles	TV en color	Lavad. Automát.	Lava- vajillas	Conge- lador	Ordenador personal	Teléfono
<i>Prósperas:</i>							
Navarra	73,5	96,7	96,5	16,4	11,3	9,3	87
Cataluña	67,1	96,2	95,0	12,0	7,1	16,6	89
Baleares	73,4	96,5	86,5	6,1	24,0	8,9	84
Valencia	70,3	96,6	90,2	6,5	2,2	9,8	76
Madrid	67,4	97,4	95,4	17,0	1,0	16,2	94
País Vasco	63,0	94,5	96,4	13,8	4,8	11,8	91
<i>Menos prósperas:</i>							
Extremadura	51,6	82,4	79,2	4,4	2,7	4,0	57
Castilla-Man.	57,1	90,4	86,4	5,0	0,9	6,2	69
Andalucía	55,0	92,1	88,0	5,4	3,3	9,4	61
Castilla-León	59,1	86,5	88,1	9,3	8,2	8,6	74
Galicia	61,5	75,2	81,6	6,4	29,0	5,8	64

En porcentajes.

Fuente: INE, Encuesta de Presupuestos Familiares, año 1991.

⁶ Después de Madrid, Navarra es la segunda comunidad que menos gasta en el concepto «Alimentación, Bebidas y Tabaco».

Si se adopta una perspectiva más sintética y general que deja de lado la referencia a las Encuestas de Presupuestos Familiares, es preciso indicar que en 1988 se realizó un análisis a fin de medir el desarrollo autonómico a través de treinta indicadores clasificados en cinco grupos: Indicadores de Población, Sanitarios, Educación-Cultura, Vivienda y Equipamiento del Hogar. Las cuatro regiones mejor situadas fueron, por orden de importancia, Madrid, País Vasco, Navarra y Cataluña (Sanz y Teran 1988: 82-112).

A modo de conclusión, podría caracterizarse el entorno socio-geográfico objeto de estudio (Navarra) como una de las Comunidades más desarrolladas y prósperas del Estado; con un predominio de población ocupada en los servicios, una Renta Familiar superior al resto de España y una estructura de consumo caracterizada por emplear únicamente el 25,4% del gasto familiar en la compra de alimentos, bebidas y tabaco.

3. La cesta de la compra del consumidor navarro en relación con la distribución de gastos en la sociedad española

3.A. Planteamiento metodológico

Conocidos los principales usos de las Encuestas de Presupuestos Familiares y una vez expuesta la evolución de la sociedad navarra en los últimos 30 años, procederemos a contextualizar la «cesta de la compra» del consumidor navarro según sus patrones de gasto en relación con el resto de las Comunidades Autónomas, seleccionando —de todos los datos aportados por la Encuesta de Presupuestos Familiares— aquellos que muestran el gasto anual medio por hogar según los grandes grupos de gasto en cada una de las Comunidades Autónomas durante los doce meses comprendidos entre abril de 1990 y marzo de 1991; que responde al período de tiempo analizado por la EPF de 1990-91. Realizada esta aclaración, se ha utilizado el Análisis Factorial de Correspondencias como método de selección, que «responde a la necesidad de profundizar en el conocimiento de las relaciones que se establecen entre dos variables cualitativas observadas en una misma población», insistiendo más concretamente en la explicación de cómo los distintos valores o categorías de ambas variables se relacionan unos con otros (García Santesmases 1984: 75). Dicho de otro modo, se trata de «recolocar» las filas y las columnas en un espacio de F dimensiones a fin de conocer si existen relaciones entre ellas; relaciones que serán utilizadas para definir los factores, analizar las filas y

las columnas «raras», conocer la diferencia entre unas y otras, comprobar el «peso» que ciertas variables tienen en la definición de cada eje, etc. (Calvo Gómez 1993: 304).

Varios han sido los criterios que han incidido en la elección de esta técnica estadística, teniendo presente siempre el objetivo perseguido por este trabajo. Así, una vez consideradas las características de las distintas técnicas estadísticas que tienen como objeto de estudio realizar clasificaciones de la realidad observada (Análisis de Cluster, Escalas Multidimensionales, Componentes Principales, etc.) (Andrews, 1981), ha sido elegido el Análisis de Correspondencias atendiendo —fundamentalmente— a las limitaciones de los datos aportados, que no siguen una distribución normal, y que más bien hacen referencia a lo que es una tabla de contingencia entre provincias y grupos de gasto; siguiendo una afirmación expresada por F. Alcantud cuando señala que «la experiencia nos enseña que al analizar este tipo de datos utilizando el Análisis Factorial de Correspondencias en lugar de otros métodos como el Componentes principales se produce una mejora notable en los resultados, sobre todo cuando la variable, si no tiene una distribución normal, al menos es continua» (Alcantud 1992: 12, 43). Antes de finalizar, señalemos que consideramos que una exposición detallada de esta técnica no es posible ni adecuada en el marco del presente trabajo; por ello nos hemos limitado a exponer una idea sintética de las características de ésta, remitiendo al lector interesado a la bibliografía expuesta al final del trabajo.

3.B. *Interpretación de resultados*

Aplicando el Análisis de Correspondencias obtenemos dos factores que explican el 76% de la inercia total. Los tipos de gastos definitorios del primer factor, junto con las Comunidades Autónomas en los que predominan, aparecen expuestos en dirección horizontal en la figura I. Este primer factor, que explica el 56,7% de la inercia total, está señalando una oposición entre los gastos en SERVICIOS MEDICO-SANITARIOS Y TRANSPORTES-COMUNICACIONES, frente al gasto en ALIMENTOS, BEBIDAS Y TABACO.

En relación con el resto del panorama nacional el gasto en Alimentos, Bebidas y Tabaco es superior en Ceuta, Andalucía, Castilla-La Mancha, Extremadura, Galicia y Murcia. En el extremo izquierdo del factor se sitúan Comunidades Autónomas con un elevado gasto en servicios Médicos-Sanitarios y Transportes-Comunicaciones (Baleares, Navarra, País Vasco, Comunidad Valenciana y Cataluña), que emplean

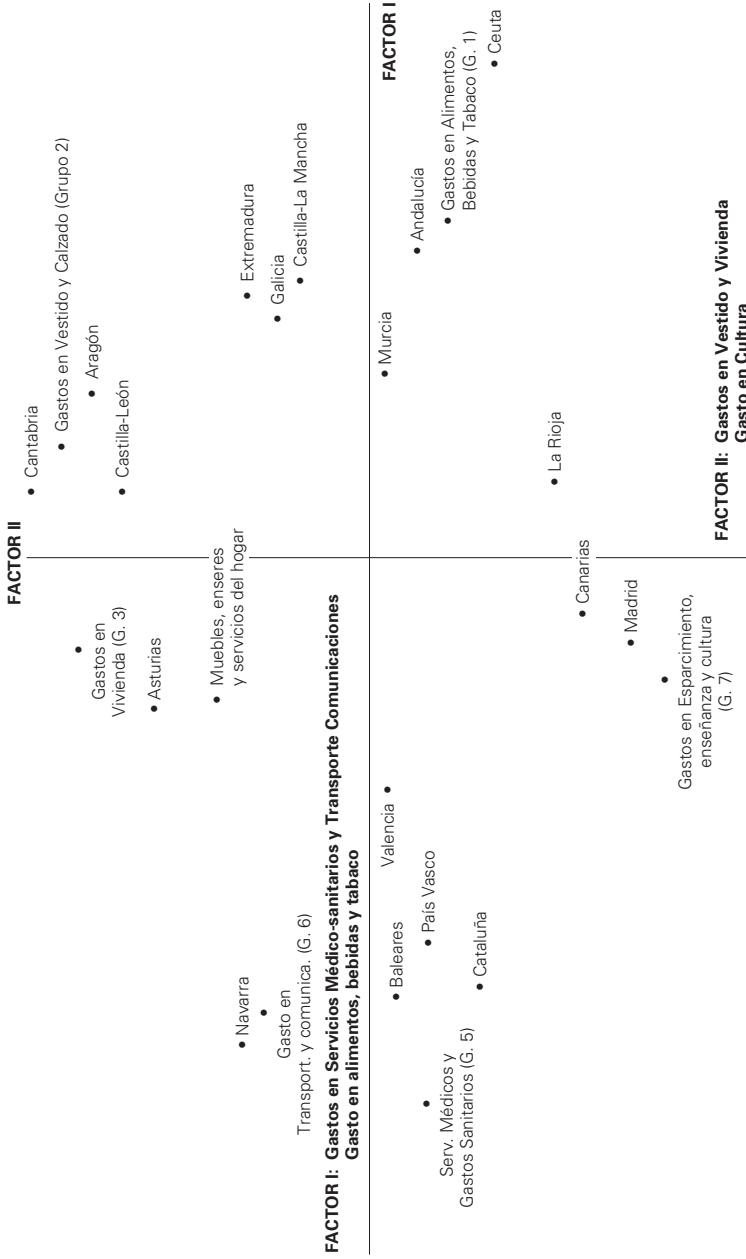


Figura I
Representación de los planos factoriales I y II

respectivamente en estos conceptos el 20%, 23%, 18%, 17%, 17,8% y 17% de todos los ingresos no ahorrados. La interpretación de estos resultados debe hacerse recordando la *Ley de consumo* de Ernest Engel: «la proporción del presupuesto que un consumidor emplea en bienes y servicios está afectada por las variaciones de su renta» (Houthakker, 1974: 251-252). Con objeto de comprobar la vigencia de esta proposición analizaremos si existe relación entre la agrupación realizada en este trabajo y la Renta Familiar Disponible de cada una de las Comunidades Autónomas. En el año 1991, y según datos procedentes del BBV y recogidos por Julio Alcaide (1993: 2-17), las comunidades con más Renta Familiar Disponible, por orden de importancia, son: Cataluña, Baleares, La Rioja, Madrid, Comunidad Valenciana y Navarra. De éstas, todas a excepción de La Rioja y Madrid (que serán analizadas seguidamente) forman parte de la clasificación realizada por este primer factor. Un comentario especial merece el País Vasco, caracterizado por emplear un alto porcentaje de sus gastos familiares en servicios médico-sanitarios y en transporte-comunicaciones, y con una Renta Familiar Disponible que ocupa, en 1991, el 11º puesto en la clasificación nacional. El gran nivel de desarrollo que tradicionalmente ha caracterizado a esta comunidad ha generado una «inercia» en los hábitos de gasto que se ha mantenido pese al gran descenso de la Renta per cápita experimentado en los últimos años.

Frente a este consumo de servicios y bienes «discrecionales», en el otro extremo del factor se encuentran Comunidades Autónomas con baja Renta Familiar Disponible y que emplean una gran cantidad de sus ingresos en Alimentación, Bebidas y Tabaco. Utilizando la fuente citada anteriormente, las Comunidades Autónomas con menor renta son, por orden de importancia: Ceuta, Extremadura, Andalucía, Castilla La Mancha, Canarias y Galicia.

El análisis de las dimensiones verticales de la figura I nos muestra cómo el eje o Factor II completa y matiza lo ofrecido por el primero, ya que añade otra caracterización de gastos a la explicación anterior. Si el Factor I definía dos comportamientos atendiendo fundamentalmente al gasto en alimentación y en servicios médicos, en éste son los gastos en VESTIDO Y VIVIENDA, frente al gasto en CULTURA los que establecen unas diferencias más precisas. En la parte superior del factor aparecen Cantabria, Aragón, Asturias y Castilla-León caracterizadas por un elevado gasto, comparativamente hablando, en Vestidos, Vivienda y Mobiliario del Hogar. Así, la ley de Engel vuelve a ser útil para interpretar estos resultados, ya que las Comunidades Autónomas con más renta (Madrid y La Rioja) gastan una mayor cantidad de su presupuesto familiar en cultura. En el otro extremo, y a excepción de Ara-

gón, con una RFD algo superior a la media española, el resto de las comunidades tienen una renta Percápita inferior a la media española, y han experimentado un considerable descenso en el período 1985-1991 (Alcaide Inchausti, 1992: 2-33).

Por otro lado, la «localización» de las Comunidades Autónomas en las diferentes cuadrículas —generadas por la intersección de los factores— está indicando la importancia relativa de otros gastos: así, comunidades como Cataluña y País Vasco, situadas en la parte izquierda inferior del factor I, caracterizadas por un consumo en Servicios Médicos y Transportes, destacan también por un elevado gasto en esparcimiento, enseñanza y cultura; mientras que otras comunidades como Navarra —situada en la cuadrícula superior izquierda del Factor I— emplean una parte destacada de su renta en vivienda y mobiliario. No obstante, debe tenerse en cuenta que el Gasto en Servicios Médicos y Transportes-Comunicaciones es el elemento diferenciador que caracteriza a estas comunidades, y el análisis de las cuadrículas únicamente proporciona una información complementaria.

4. Reflexión final

El objetivo de este trabajo ha sido realizar una descripción de las pautas diferenciadoras del consumidor navarro, tal y como se desprende de la Encuesta de Presupuestos Familiares de 1991. Antes de darlo por concluido, consideramos que puede ser de gran ayuda resumir en unas breves notas los hallazgos más interesantes:

- Pese a que el objetivo principal de las Encuestas de Presupuestos Familiares es actualizar las ponderaciones de los bienes y servicios para la elaboración del Índice de Precios al Consumo (IPC), en la actualidad recogen gran cantidad de información sobre las condiciones de vida de las familias entrevistadas: ingresos de la unidad familiar, origen de los ingresos, equipamiento del hogar, condiciones de las viviendas, etc.
- El aspecto más reseñable, tras aplicar el Análisis Factorial de Correspondencias a los datos suministrados por la Encuesta de Presupuestos Familiares, es la gran relación existente entre los elevados niveles de Renta Familiar Disponible y el descenso de los gastos en alimentación. Derivado de este planteamiento, llama la atención la aplicabilidad de la ley de Engelen en la realidad española, ya que las provincias con mayor Renta Familiar Disponible dedican una mayor proporción de sus gastos a Trans-

portes y Comunicaciones, Servicios Médicos, y a Esparcimiento y Cultura.

- Navarra, pese a ser una comunidad que gasta algo más que la media nacional (cuadro 8) en Transportes y Comunicaciones, no aparece cercana a ninguna otra en la representación gráfica de los ejes del Análisis de Correspondencias, tal y como queda reflejado en la figura I. La explicación a este fenómeno puede encontrarse al analizar su localización en talos ejes: por un lado se encuentra en la parte izquierda del factor I, pero su presencia en la cuadrícula superior indica una originalidad no compartida por ninguna otra comunidad, ya que las familias navarras emplean un 20% de sus recursos en gastos de Vestido-Calzado (12,1%) y en Muebles-enseres-servicios del hogar (8,4%); alejándose así de los gastos en Esparcimiento-enseñanza y cultura, ámbito que le correspondería por tener una renta similar a comunidades como Madrid, Cataluña, Baleares, La Rioja y Comunidad Valenciana.

Cuadro 8

Distribución de gastos familiares comparados
entre Navarra y el Conjunto Nacional (año 1990-91)
(Por persona y año)

	Navarra	España
1. Alimentos, bebidas y tabaco	24,0	28,3
2. Vestido y calzado	12,1	11,2
3. Vivienda, calefacción y alumbrado	9,4	10,1
4. Muebles, enseres y servicios del hogar	8,4	6,3
5. Servicios médicos y gastos sanitarios	3,0	3,1
6. Transportes y comunicaciones	15,2	14,2
7. Esparcimiento, enseñanza y cultura	6,9	7,1
8. Otros bienes y servicios	15,3	14,8
9. Otros gastos no mencionados anteriormente	5,7	4,9

Fuente: INE, *Encuesta de Presupuestos Familiares 1990-91*, Madrid 1992.

- Por lo expuesto hasta el momento, sigue vigente la afirmación propuesta por A. Rebollo Arévalo en 1978 en la que se afirmaba que «la renta es la variable que condiciona en mayor medida el consumo de los españoles, de modo que la clasificación realizada considerando la renta disponible o la distribución de los gastos, proporcionan resultados similares» (1978: 73-118). En esta línea, este autor considera que la posesión de bienes de consumo, y por

lo tanto la distribución del gasto de los españoles, se caracteriza por una jerarquización espacial que se manifiesta en el hecho que ciertas ciudades con grandes zonas industriales y un gran contingente de población ocupada en el sector servicios actúan como foco de innovación de los nuevos productos, mientras que ciudades más pequeñas adoptan el rol de «difusores» de estos productos hacia el mundo rural (Rebollo Arévalo 1978: 117), siguiendo un esquema similar al «Proceso de adopción de innovaciones» desarrollado por E.M. Rogers y E.F. Shoemaker en 1971. No obstante, en los últimos años algunos de los tradicionales «focos industriales» han desaparecido, y en su lugar emergen nuevas zonas de desarrollo como el Valle del Ebro (Navarra, La Rioja, Aragón y Tarragona) y el Denominado Arco Mediterráneo (Cataluña, Comunidad Valenciana) (Rotllant y Soy, 1993: 60-81; Alcaide, 1988).

6. Bibliografía

- J. ALCAIDE, «El ciclo expansivo-recesivo de la economía española desde la óptica regional», en *Papeles de Economía Española*, n.º 59-1995, pp. 2-36.
- J. ALCAIDE INCHAUSTI, «El comportamiento cíclico de la economía regional entre 1986 y 1992», en *Papeles de Economía Española*, n.º 55, FIES, CECA. Madrid 1993, pp. 2-17.
- J. ALCAIDE INCHAUSTI, «Comportamiento Económico de las Comunidades Autónomas Españolas (1986-1991)», en *Papeles de Economía Española*, n.º 51, FIES, Madrid 1992, pp. 2-33.
- J. ALCAIDE, «Las cuatro Espadas económicas y la solidaridad regional», en *Papeles de Economía Española*, n.º 34, FIES, CECA, Madrid 1988, pp. 62-81.
- J. ALCAIDE y J. CUADRADO, «La economía navarra en perspectiva: una referencia a la evolución de algunas magnitudes básicas», en *Papeles de Economía Española*, n.º 6, FIES, CECA, Madrid 1988, pp. 19-26.
- F. ALCANTUD, *Análisis Factorial de Correspondencias*, apuntes obtenidos de un curso sobre Análisis Multivariante impartido en Bilbao en 1992 y organizado por la Asociación Vasca de Sociólogos, p. 12 o 43.
- F. ANDRÉS ORIZO, *Cambio Sociocultural y comportamiento económico*, CIS, Madrid 1979.
- F.M. ANDREWS, *A Guide for Selecting Statistical Techniques for Analyzing Social Science Data*, Institute for Social Research, University of Michigan, Michigan 1981.
- J. ARANDA AZNAR, «La Encuesta Continua de Presupuestos Familiares», en *Economistas*, n.º 17, 1985.
- F. AZORÍN, y J.L. SÁNCHEZ CRESPO, *Métodos y Aplicaciones del Muestreo*, Alianza Universidad, Madrid 1986.

- I. BALLESTER RÍOS, «El equipamiento y otras características de los hogares en las Comunidades Autónomas», en *Revista de Estudios de la vida local*, n.º 43, 1984, pp. 121-140.
- BANCO DE BILBAO y BANCO BILBAO-VIZCAYA, *Renta Nacional de España y su distribución provincial*, varios años.
- J.P. BENCECRI, *L'Analyse des Données. Vol 2: Correspondances*, Dunod, París 1980.
- J.P. BENCECRI, *Pratique de L'Analyse des Données. Analyse des Correspondances: exposé élémentaire*, Dunod, París 1980.
- J.L. BLANCO FERNÁNDEZ, «Hacia un indicador sintético de calidad en las Encuestas de Presupuestos Familiares», en *Estadística Española*, n.º 111, 1986, pp. 5-47.
- F. CALVO GÓMEZ, *Técnicas Estadísticas Multivariantes*, Universidad de Deusto, Bilbao 1993.
- CÁMARA NAVARRA DE COMERCIO E INDUSTRIA, *Memoria económica 1992*, Pamplona 1993.
- S. DEL CAMPO y M. NAVARRO, *Nuevo análisis de la población española*, Ariel, Barcelona 1987.
- A. DEL CAMPO, «Una aplicación de ecología factorial al estudio de pautas especiales de segregación social en el municipio de Madrid», *Ciudad y Territorio*, Vol. LVII-LVIII, 3-4, 1983, pp. 137-153.
- M. CASTELLS, *La ciudad y las masas, sociología de los movimientos sociales urbanos*, Alianza, Madrid 1986.
- J.M. GARCÍA SANTESMASES, «Análisis Factorial de Correspondencias», en J.J. SÁNCHEZ CARRIÓN, *Introducción a las Técnicas de Análisis Multivariable aplicadas a las Ciencias Sociales*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid 1984, pp. 75-105.
- M.J. GREENACRE, *Correspondence Analysis in practice*, Academic Press, New York, 1993.
- GOBIERNO DE NAVARRA, *Navarra en cifras 1994, 1995*.
- GOBIERNO DE NAVARRA, *Panorama estadístico de Navarra*, 1990.
- GOBIERNO DE NAVARRA, *Población de los Ayuntamientos y Concejos de Navarra de 1900 a 1986*, Pamplona 1988.
- GOBIERNO VASCO, *Los hábitos de compra y el comportamiento del consumidor vasco*, Vitoria 1995.
- H.S. HOUTHAKKER, «Ernest Engel», en *Enciclopedia internacional de las ciencias sociales*, Ediciones Aguilar, Madrid 1974. Vol. IV, pp. 251-252.
- INE, *Encuesta de Presupuestos Familiares 1990-91. Metodología*, Madrid 1992.
- INE, *Encuesta de Presupuestos Familiares*, varios años.
- INE, *Encuesta Continua de Presupuestos Familiares*, año 1990.
- INE, *Encuesta de población activa: Resultados segundo trimestre de 1995*.
- L. LEBART, A. MORINEAU y J.P. FÉNELON, *Tratamiento estadístico de datos*, Marcombo.
- J.J. LEONARDO AURTENETXE, *Estructura urbana y diferenciación residencial: el caso de Bilbao*, CIS-Siglo XXI, Madrid 1989.
- M. KANTOROWITZ, *Methodological Issues in Family Expenditure Surveys*, Seminario Internacional de Estadística en Euskadi, Instituto Vasco de Estadística, Vitoria, octubre 1992.

- M.P. MARTÍN GUZMÁN y F.J. MARTÍN PLIEGO, «El consumo en servicios de las familias españolas», *Papeles de Economía Española*, n.º 42, enero-marzo, Ed. FIES, CECA. Madrid 1990, pp. 174-192.
- J.M. MÚGICA, «Geografía Comercial de España: Navarra», en *Distribución y Consumo*, n.º 5, enero-febrero 1995, pp. 82-92.
- M. NAVARRO, *La Sociedad de Consumo y su futuro, el caso de España*, Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid 1978.
- W. PETTI, «The Political Anatomy of Ireland», en C.H. HULL *The economic Writings of Sir William Petty*, Cambridge University Press, Cambridge 1899.
- M. RAPÚN GÁRATE, P. PASCUAL ARZOZ y P. BARRITARTE ZUDAIRE, «El ciclo económico y la economía de Navarra», en *Papeles de Economía Española*, n.º 64-1995, pp. 130.
- M. RAPÚN GÁRATE, «La economía de Navarra durante el período 1985-1989», en *Papeles de Economía Española*, n.º 45, FIES, CECA, Madrid 1990, pp. 335-348.
- M. RAPÚN GÁRATE, «Expansión y crisis de la economía de Navarra», en *Papeles de Economía Española*, n.º 55, FIES, CECA, Madrid 1993, pp. 300-314.
- A. REBOLLO ARÉVALO, «La transformación del consumo privado en España 1958-1974», en VV.AA., *La Sociedad de Consumo y su futuro, el caso de España*, Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid 1978, pp. 73-118.
- A. REBOLLO, *La estructura del consumo de las economías domésticas en España*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid 1983.
- J. RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Algunas observaciones sobre la distribución de la renta en España», en *Información Comercial Española*, n.ºs 528-529, agosto-septiembre 1977, pp. 222-227.
- E.M. ROGERS y E.F. SHOEMAKER, *Communications of Innovations*, Free Press, Nueva York, 1971.
- E. ROTLLANT y A. SOY, «El papel de las ciudades en el desarrollo regional. El caso español», en *Papeles de Economía Española*, n.º 55, pp. 60-81, 1993.
- A. SANZ y M. TERAN, «Las disparidades sociales regionales» en *Papeles de Economía*, n.º 34, Madrid 1988, FIES, CECA, pp. 82-112.
- M.E. SOBEL, «Lifestyle Expenditures in Contemporary America», en *American Behavioral Scientists*, vol. 26, n.º 4, marzo-abril 1983, pp. 521-533.
- M.E. SOBEL, *Lifestyle and Social Structure*. Academic Press, Nueva York 1981.
- E. DEL VAL y DE LA FUENTE, *Lecciones de Seguridad Social*, Ed. Centro de Estudios Financieros, Madrid 1986, tomo I.

RESPONSABILIDAD PROFESIONAL: FALTA DE TRATAMIENTO UNIVOCO

José Manuel Fernández Hierro

Sumario: 1. Diversidad de actuaciones profesionales. 2. La medida de la culpa. 2.1. Actividades en la construcción. 2.2. Responsabilidad médica. 2.3. Profesiones jurídicas. 2.3.1. Abogados y procuradores. 2.3.2. Notarios y registradores. 2.3.3. Jueces. 3. La prueba de la culpa. 3.1. Construcción. 3.2. Médicos. 3.3. Profesiones jurídicas. 3.3.1. Abogados y procuradores. 3.3.2. Notarios y registradores. 3.3.3. Jueces y magistrados. 4. Prescripción. 4.1. Construcción. 4.2. Médicos. 4.3. Profesiones jurídicas. 4.3.1. Abogados y procuradores. 4.3.2. Notarios y registradores. 4.3.3. Jueces y magistrados. 5. Conclusión.

1. Diversidad de actuaciones profesionales

Si la responsabilidad civil es una de las materias jurídicas que más auge e incremento han tenido en el presente siglo, uno de los campos en que particularmente se ha desarrollado es en el de la responsabilidad profesional, en el que los litigios han aumentado espectacularmente¹.

¹ Véase sobre este particular: HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, París, 1978; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid 1991; LEGA, Carlos, *La libera professioni intelectuali nell leggi e nella giurisprudenza*, Milán 1974; LEROY, M. *Contribution à l'étude des obligations du professionnel (les devoirs de répondre des risques créés par l'activité et le devoir de maîtrise professionnelle)*, Toulouse, 1995; MARTÍNEZ CALCERRADA, *La responsabilidad civil profesional*, Madrid 1996; SOTOMAYOR GIPPINI, *Introducción a la responsabilidad civil profesional* en «Conferencias sobre el Seguro de Responsabilidad Civil», Bilbao 1979; TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad civil de los profesionales*, Buenos Aires 1978; e YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid 1989.

Pero conviene advertir que no a todos los profesionales se les ha exigido con la misma intensidad o con el mismo rigor la responsabilidad civil: así, en nuestro ordenamiento jurídico prácticamente no existen casos de exigencia de responsabilidad civil a periodistas² (salvo los procedimientos de rectificación o los entablados en virtud de la Ley de Protección del Honor y de la Intimidad) ni a los políticos (si pueden considerarse profesionales); pero no sólo a tales categorías, sino a otras muchas, como pudieran ser los meteorólogos³, informáticos, administradores de inmuebles, ingenieros agrícolas o de montes, técnicos en electricidad, etc.

En realidad casi todas de las reclamaciones por responsabilidad civil contra profesionales en nuestro ordenamiento jurídico (dejando aparte el campo más numeroso de las reclamaciones que la conducción de vehículos de toda clase origina por las correspondientes especialidades de este sector, e incluso la propia condición de los conductores como profesionales) han tenido su origen en cuatro actividades:

- a) Aquellas relacionadas con la construcción y tráfico inmobiliario.
- b) Las que hacen relación con la medicina, y
- c) Las profesiones jurídicas.

Evidentemente que el campo de la responsabilidad profesional no se agota ahí pero, hoy por hoy, la inmensa mayoría de las demandas de responsabilidad civil se han circunscrito a las actuaciones que tengan referencia con la actividad constructora, médica o jurídica.

Con tales premisas, se plantea el interrogante, independientemente de las que pueda entrar sobre la propia aplicación⁴, de si cabe el tratamiento unificado de la responsabilidad civil profesional.

Para contestar podemos examinar el tratamiento que tres puntos concretos, pero importantes, reciben según la clase de profesional de que se trata. Tales extremos son, en primer lugar, la medida de la culpa, en segundo lugar la prueba de la culpa y en tercer lugar el periodo de prescripción o de garantía.

² Otra cosa es el derecho francés, en que las condenas a periodistas son relativamente numerosas: así, Civ. 2.º 21 de enero de 1987, D. 87, información rápida. 25, París 14 de mayo de 1988, D. 88, información rápida 104, París 26 de marzo de 1987, D. 87, información rápida 104, Civ. 2.º 5 de mayo de 1993.

³ Ejemplo de lo contrario en derecho americano es el tratado por YZQUIERDO TOLSADA, obra citada, p. 5.

⁴ Véase DE ANGEL YÁGÜEZ, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, con especial atención a la reparación del daño*, Madrid 1995, pp. 229 y ss.

2. La medida de la culpa

En un supuesto de responsabilidad civil es esencial el parámetro que se pueda tener para medir, salvo si se adopta un criterio de responsabilidad objetiva que la eluda superándola.

Es sabido que el artículo 1.104 del Código Civil establece como pauta de comportamiento el criterio del buen padre de familia, criterio que, aún cuando es ridiculizado a veces por la doctrina, sigue vigente en la actualidad, en diversos ordenamientos jurídicos que han recogido la antigua tradición existente al respecto⁵.

Ahora bien, cuando se ha tratado de actividades profesionales el Tribunal Supremo ha precisado que el modelo de comparación era el del buen profesional.

El concepto de diligencia profesional viene en la jurisprudencia unido a un mayor nivel de exigencia con el pensamiento implícito de que el profesional debe ser más cuidadoso en las actividades de su especialidad que el hombre ordinario:

«Por otra parte hay que avanzar también, en orden a la diligencia debida, que la normal previsión exigible al Arquitecto-Director de la obra, no cabe confundirse con la simple diligencia de un hombre cuidadoso, sino que es aquella obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra, siendo esta especial diligencia la que debe serle exigida»⁶.

Posteriormente los Tribunales aplicaron a la culpa profesional el criterio de la *lex artis* y el de la *lex artis ad hoc*, que según el Tribunal Supremo —concretado en un supuesto de responsabilidad en la medicina— es:

«Aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina —ciencia o arte médica— que tienen en cuenta las especialidades características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria—,

⁵ Es de notar que aunque el artículo 1.104 es aplicable exclusivamente a la culpa contractual, según la jurisprudencia puede extenderse a la extracontractual: así sentencia 20 de marzo de 1990, Ar. 1.710.

⁶ S. 29 de marzo de 1966, Ar. 1.670.

para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)»⁷.

Como he señalado en otro lugar⁸, la *lex artis*, que parece un parámetro de conducta más que una concreción de los deberes, tiene el peligro de poderse considerar como una norma en blanco; y en cuanto a la *lex artis ad hoc*, concreción de lo anterior, que remite a las normas médicas, cabe sea entendida como una remisión a las normas profesionales, de forma que hasta se podría opinar que es el mismo acto el que genera, por una especie de mecanismo de autorregulación, su propia ley con la que habría de juzgarlo.

Ahora bien, ¿tales criterios son siempre aplicables a la responsabilidad profesional?

Vamos a distinguir los grupos de actividades antes señalados.

2.1. Actividades en la construcción

Las responsabilidades en la construcción se derivan en gran manera, en nuestro ordenamiento jurídico, de un precepto específico del artículo 1.591 del Código Civil.

La dicción del artículo 1.591 del Código Civil supone una presunción de culpa para el edificio que se arruinara dentro del plazo de garantía que

⁷ S. de 11 de marzo de 1991, artículo 2.209. Y sigue diciendo la misma sentencia que las notas características de la *lex artis ad hoc* son:

«1) como tal “lex” implica una regla de medición de una conducta, a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta; 2) Objetivo: valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o sea, que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos; 3) Técnica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor o profesionalidad: el autor o afectado por la “lex” es un profesional de la medicina; 4) El objeto sobre que recae: especie de acto (clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución); 5) Concreción de cada acto médico o presupuestos “ad hoc”: tal vez sea éste el aporte que individualiza a dicha “lex artis”: así como en toda profesión rige una “lex artis” que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica esa “lex”, aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán en un sentido u otro los factores antes vistos; y finalmente en cuanto a los requisitos de la responsabilidad del médico y características de su profesión».

⁸ *Sistema de responsabilidad médica*, Granada 1997, pp. 202 y ss. 4

en él se contiene, y así lo ha entendido tanto la doctrina⁹ como la jurisprudencia¹⁰.

La responsabilidad civil en la construcción no se agota con las acciones del artículo 1.591 del Código Civil, pero también por el ejercicio de las acciones de los artículos 1.907 al 1.909 del Código Civil se admite la presunción de culpa¹¹.

La presunción de culpa en la construcción también se ha utilizado en otros ordenamientos jurídicos, como el francés, desarrollando el artículo 1.792 del Código Napoleón¹², e incluso en sistemas jurídicos alejados del nuestro, como el americano, aplicando el principio de *res ipsa loquitur*.

Tales aplicaciones han hecho que sea innecesario en la mayoría de los supuestos de responsabilidad de la construcción llegar a comparar la actuación profesional con el parámetro de la *lex artis*: si se presume que todo vicio grave constructivo se ha producido por culpa de los técnicos o constructores no es necesario llegar a aplicar una regla comparativa para medir la conducta, diligente o no, de estos: simplemente habrá que demostrar si la ruina o vicio grave se ha producido dentro del periodo de garantía y, en todo caso, será el arquitecto o aparejador el que deberá demostrar que no le son imputables los defectos existentes. Tal caracterización, próxima a la responsabilidad objetiva, hace que sólo en casos aislados se acuda a la regla de la *lex artis* cuando se trata de responsabilidad en la construcción.

2.2. Responsabilidad médica

En el campo de la responsabilidad médica es donde con más reiteración y paridad se ha aludido a la *lex artis* y a la *lex artis ad hoc* como parámetros comparativos.

⁹ CADARSO PALAU, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid 1976, pp. 171 y ss.; FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato de arquitecto en la edificación*, Madrid 1977, p. 375. FERNÁNDEZ HIERRO, *La responsabilidad civil por vicios de construcción*, Bilbao, 1976, pp. 93 y ss. GARCÍA CANTERO, *La responsabilidad por ruina de los edificios en el artículo 1.591 del Código Civil* en ADC 1.963, p. 1.105, y HERRERA CATENA, *Las responsabilidades en la construcción*, vol. II, Granada 1977, pp.124 y ss.

¹⁰ Ss. 31 de enero 1985, Ar. 223, 29 de noviembre de 1985, y 22 de abril de 1988, Ar. 327, entre otras.

¹¹ S. 26 de noviembre de 1990, Ar. 9.407.

¹² Civ. 3.º, 14 de diciembre 83, D. 1984, inf. 159; Req.16 de julio 89, D. 1990. 1.448; Civ. 3.º 3 de junio 1992.

Notemos, hablando de responsabilidad médica, que infracción de la *lex artis* no significa error de diagnóstico, ya que el error de diagnóstico por sí no es constitutivo de culpa¹³, habiéndose mantenido que el error profesional en sí mismo, si no hay otros ingredientes, no genera culpa¹⁴: así lo ha entendido la jurisprudencia francesa¹⁵. En España existen una larga serie de sentencias que señalan que el error de diagnóstico no es punible, salvo cuando es grosero o cuando el error ha sido motivado por no tomar los estudios y medidas necesarias y previas a la emisión del diagnóstico¹⁶.

2.3. Profesiones jurídicas

2.3.1. Abogados y procuradores

Cuando se trata de servicios del abogado, por una parte se ha aludido a que la negligencia exigible al abogado es mayor que la de un simple padre de familia¹⁷, mientras que en otros fallos se ha indicado concretamente la aplicación de la *lex artis*¹⁸.

En el supuesto de un graduado social, habiéndose promovido la demanda por mal asesoramiento del profesional, el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de julio de 1991¹⁹ entiende que no cabe aplicar la teoría del riesgo a dicho profesional, y también la sentencia de la A.P. de Pontevedra de 23 de marzo de 1994²⁰ mantiene que hace falta demostrar la culpa o negligencia del procurador.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1992²¹:

¹³ FERNÁNDEZ HIERRO, *Responsabilidad Civil médico-sanitaria*, Pamplona 1983, pp. 88 y ss.

¹⁴ YZQUIERDO TOLSADA, obra citada, p. 296 y ss.

¹⁵ Véase GONZÁLEZ MORÁN, *La responsabilidad civil del médico*, Barcelona 1990, pp. 99 y ss.

¹⁶ Ss. 29 de marzo de 1988, Ar. 2.124 y 10 de diciembre de 1996. Así la sentencia de 8 de octubre de 1963, Ar. 4.012 indica: «... lo que se incrimina y da origen a la responsabilidad criminal médica, no son errores de diagnóstico ni aun falta de extraordinaria pericia en el desarrollo de actividades quirúrgicas, al no ser exigibles en éste ni en ningún aspecto de la vida social la infalibilidad, sino que la culpa estriba en un comportamiento inadecuado a determinadas exigencias y medios».

¹⁷ S. A.P. de Valencia de 28 de septiembre de 1994, Ar. Civil 1.461 de 1994.

¹⁸ S. A.P. de León de 16 de diciembre de 1994, Ar. Civil 2.226 de 1994.

¹⁹ Ar. 5568.

²⁰ Ar. Civil 544.

²¹ 819.

«Cabe estimar correctamente invocados los preceptos del Estatuto de la Abogacía, pues aunque es reiteradísima la jurisprudencia de esta Sala según la cual no pueden servir de apoyo a la casación por el número 5.º del artículo 1.692 los preceptos reglamentarios, también es constante el criterio de admitirlos cuando, como en este caso, tienen el soporte legal del contrato de arrendamiento de servicios al cual se puede asimilar la actividad profesional, y el soporte del artículo 1.902 del Código Civil cuando la actuación profesional fuera de los límites contractuales produzca daños.

Ambos preceptos legales imponen al abogado actuar con diligencia, cuya exigencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia dados los cánones profesionales recogidos en su Estatuto y que sirven de buena y estricta medida de su actuación».

2.3.2. Notarios y registradores

Determinadas profesiones jurídicas, como los registradores, tienen una normativa específica²², e igualmente la tienen los notarios, y lo mismo puede decirse de los agentes mediadores; en todos esos supuestos se trata de actividades realizadas por profesionales que no son funcionarios, pero que ejercen una función pública, aun cuando se trate de un ejercicio privado de tal función (hasta el punto de que su retribución está a cargo de quien requiera los servicios de estos profesionales, de acuerdo con lo previsto tanto en el reglamento notarial como en la Ley Hipotecaria): todo ello ha podido crear un confusiónismo y una complicación en cuanto a la posible responsabilidad civil de los mismos²³.

²² El artículo 296 de la Ley Hipotecaria señala las causas por las que responderán civilmente los registradores, y que son:

1.º Por no asentar en el Diario, no inscribir o no anotar preventivamente en el término señalado en la Ley los títulos que se presenten al Registro.

2.º Por error o inexactitud cometidos en inscripciones, cancelaciones preventivas o notas marginales.

3.º Por no cancelar sin fundado motivo alguna inscripción o anotación, u omitir el ostento de alguna nota marginal, en el término correspondiente.

4.º Por cancelar alguna inscripción, anotación preventiva o nota marginal, sin el título y los requisitos que exige esta Ley.

5.º Por error u omisión en las certificaciones de inscripción o de libertad de los inmuebles o derechos reales, o por no expedir dichas certificaciones en el término señalado en esta Ley.

²³ Sobre el problema de la responsabilidad subsidiaria o no del Estado como consecuencia de la actuación de tales profesionales dotados de función pública, véase la distinción que hace YZQUIERDO TOLSADA (obra citada, p. 117) entre funcionarios públicos y funcionario administrativo o funcionario del Estado.

Existe una escasa jurisprudencia en cuanto a la responsabilidad de tales profesionales, la cual se derivará de la infracción de los deberes contenidos en la legislación específica que le sea aplicable²⁴.

2.3.3. Jueces

Problema distinto es el de la responsabilidad en materia judicial: aquí nos encontramos con un profesional que es algo más que funcionario, porque es el ejercitador de una de las funciones esenciales del

²⁴ Así por ejemplo la sentencia de la A.P. de Granada de 22 de julio de 1992, Ar. Civil 1.021, tras sentar el principio teórico de la responsabilidad por riesgo, sigue precisando que no puede olvidarse de la necesidad de la culpa en un supuesto de responsabilidad extracontractual —así califica la responsabilidad de un Registrador de la Propiedad—, para continuar entendiendo que en el supuesto de autos no se deducía que la inscripción torticera de una finca comprometiera la responsabilidad del Registrador, precisando:

«Si bien es cierto (eso parece) que el evocado don Alvaro E. de P. (cuya identidad permanece en la sombra) llevó a cabo una acción punible perfecta, falsificación de una escritura de compraventa, creación “Ex novo” de una finca, que indujo a engaño a los señores hoy demandantes, tampoco es menos verdad que el acceso al Registro de la Propiedad de la finca imaginaria fue con rigor, pues no existían datos que permitiesen comprobar el fingimiento; en la inmatriculación de la finca rústica se observaron escrupulosamente por el señor demandado los presupuestos que se desprenden del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, en relación con los artículos tercero de la misma, y el 298 del Reglamento para su aplicación, y téngase en cuenta que se acudió a este medio inmatriculador que terminamos de mostrar, al título público de adquisición, con los presupuestos y virtualidades que exigen los artículos de la Ley Hipotecaria y su Reglamento citados, y no al acta de notoriedad, a que se refiere el párrafo penúltimo del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, en relación artículo 199 ap. b) de la Ley Hipotecaria, ni al Expediente de Dominio, artículos 199 ap. a), 201 y 202 de la Ley Hipotecaria y artículos 272 y siguientes de su Reglamento; por eso, y conectando esto que decimos, con el principio de “Legalidad”, con la Calificación Registral que el mismo supone, vemos que aquí, el señor Registrador, cumplió con la obligación que le imponían los artículos 18, 99 y 100 de la Ley Hipotecaria y 98 y siguientes de su Reglamento; examinó el documento que se presentó ante el Registro (escritura pública de compraventa), y los antecedentes que contaban en el mismo, vio que el documento a calificar guardaba sus requisitos (téngase en cuenta que los Registradores calificarán los Documentos Notariales, limitándose a su contenido —el de la escritura—, a lo que resulte de los mismos, dejando a un lado especulaciones —que aquí era difícil que surgiesen—, que puedan impedir que el acto o contrato que reúna los requisitos necesarios para su inscripción ingrese en el Registro [R. 23-4-1881 y R. 5-8-1977]); por tanto, y como comprobó, insistimos, que en el Documento a calificar se daban las exigencias de forma que le eran exigibles, en este caso, las derivadas de su naturaleza notarial, la capacidad de los otorgantes no ofrecía duda, y la validez de los actos de creación (modificación) de una situación jurídico-real, contenida en el documento sometido a su calificación, tampoco, dio paso a la pretendida inscripción, una vez cumplidas las exigencias legales; con estas notas, que nos ponen de manifiesto que el Registrador opera conforme a los Títulos, a la verdad que manifiestan, y asimismo, de acuerdo con la realidad que fluye del Registro de la Propiedad, no podemos más que concluir, el examen conjunto de la prueba así lo dice, que el señor demandado no actuó negligentemente, y menos aún (como se apunta) arbitrariamente».

Estado, razón por la que la posible responsabilidad del mismo ha tenido un tratamiento específico y diferenciado y además tal tratamiento ha sucedido en dicha forma en casi todos los países.

Por ese motivo, de la doble actuación del juez como profesional y como órgano del Estado, la exigencia de responsabilidad civil ha sido sumamente matizada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos a lo largo de la historia, restringiendo la posibilidad a supuestos excepcionales como el dolo o fraude o limitándose a los supuestos de dolo, fraude o confusión como en los ordenamientos franceses o italianos²⁵.

El artículo 121 de la Constitución determina el derecho a ser indemnizado por los perjuicios que se causen como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de justicia, y el 117-1 el de responsabilidad de jueces y magistrados.

El artículo 411 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que los jueces y magistrados responderán civilmente de los daños y perjuicios que causaren cuando en el desempeño de sus funciones incurrieron en dolo o culpa²⁶.

Ahora bien, la Ley de Enjuiciamiento Civil regula lo que se denomina recurso de responsabilidad civil de jueces y magistrados (art. 903 y siguientes), cuando infringen las leyes por negligencia o ignorancia inexcusables.

Como puede verse, la dicción de ambos textos es diferente, ya que mientras la Ley actual alude a dolo o culpa, la anterior señalaba el concepto de negligencia o ignorancia inexcusable, concepto que recoge también literalmente la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 903.

En otro lugar²⁷ propugné que el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Civil citado podía ser anticonstitucional por rozar no sólo el principio de igualdad contenido en la Constitución, sino el precepto específico que señalaba la responsabilidad de jueces y magistrados sin limitarlo a las categorías que el referido texto procesal concretaba.

Pero la jurisprudencia no ha ido por ese derrotero, sino más bien ha exigido y rigurosamente los requisitos contenidos en la antigua Ley

²⁵ Véase FERNÁNDEZ HIERRO, *Responsabilidad civil judicial*, Pamplona 1987, pp. 15 y ss.

²⁶ El artículo 260 de la anterior Ley Orgánica del Poder Judicial de 18 de septiembre de 1970 señalaba: «La responsabilidad civil de los Jueces y magistrados estará limitada al resarcimiento de los daños y perjuicios estimables que causen a los particulares, Corporaciones o al Estado, cuando en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusables».

²⁷ *Responsabilidad civil judicial*, citada, p. 53.

Orgánica del Poder Judicial y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, repitiendo que la responsabilidad civil de jueces y magistrados se produce como consecuencia del ejercicio de sus funciones cuando hubieran incurrido en dolo o culpa y existieran por negligencia o ignorancia inexcusables²⁸.

Es más, el Tribunal Supremo se planteó si efectivamente había que atender solamente al artículo 411 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y no al 903 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, rechazando el argumento de que ya no eran exigibles el dolo, culpa o ignorancia inexcusables²⁹. Incluso los criterios para la exigencia de error judicial han sido sumamente rígidos, reservándose esta acción solamente para las decisiones injustificables desde el punto de vista del derecho³⁰, que en definitiva, y como puede verse, los criterios para la exigencia de error judicial han sido notablemente más rígidos que los criterios para la exigencia de otras clases de responsabilidades.

²⁸ Ss. 7 de febrero de 1994, Ar. 920 y 19 de febrero de 1994, Ar. 1.101.

²⁹ S. 23 de septiembre de 1994, Ar. 6.936, dicha sentencia indica:

«La interpretación que la recurrente hace del artículo 411 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (“Los Jueces y Magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren, cuando, en el desempeño de sus funciones, incurrieren en dolo o culpa”), no es asumible por esta Sala ya que la expresada redacción no supone una modificación de los criterios de limitación material de la responsabilidad de Jueces y Magistrados recogidos en el artículo 903 de la Ley Procesal Civil, pues tal redacción fue producto de una enmienda con finalidad de “corrección técnica” del Proyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial que se refería a “dolo, culpa grave o ignorancia inexcusable”, y en tal sentido fue aceptada por la ponencia alegando que era una “simplificación en la redacción”; por tanto, en modo alguno se pretendió una modificación legislativa en el sentido aducido por la recurrente, lo que se corrobora por la subsistencia sin modificación alguna del citado artículo 903. La propia Ley Orgánica del Poder Judicial, al regular la responsabilidad patrimonial del Estado para el funcionamiento de la Administración de Justicia, limita esa responsabilidad, en su artículo 296, a “los daños que se produzcan por dolo o culpa grave de los Jueces y Magistrados”, con lo que, de aceptarse la tesis recurrente, resultaría una evidente contradicción entre ambos preceptos, los artículos 411 y 296».

³⁰ Ss. 4 de febrero de 1988, Ar. 589; 13 de abril de 1988, Ar. 3.143; 12 de enero de 1990, Ar. 33; 31 de noviembre de 1992, Ar. 7.247; 3 de marzo de 1993, Ar. 1.665; 14 de diciembre de 1993, Ar. 9.883; 7 de febrero de 1994, Ar. 920 («no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención a datos de carácter indiscutible, generadora de una resolución esperpéntica, absurda, que rompe la armonía del orden jurídico»); 26 de diciembre de 1996, Ar. 9.397 (desatención, desidia o falta de interés jurídico); 22 de abril de 1996, Ar. 3.192 y 9 de diciembre de 1.996, Ar. 8.813 («habiéndose de tratarse de un error craso, evidente e injustificado o, lo que es lo mismo, un error patente, indubitado e incontestable, que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas o irracionales, generadoras de una resolución esperpéntica, o absurda, que rompa la armonía del orden jurídico»). También se ha señalado que la prisión provisional de un imputado declarado inocente no significa error judicial (S. 13 de mayo de 1999, Ar. 3.629).

3. La prueba de la culpa

En la praxis jurídica, tan importante como la determinación de la clase de culpa necesaria para comprometer la responsabilidad de una persona, o más, es la demostración de la culpa o si el perjudicado puede probar una presunción de culpa o una inversión de carga de la prueba a su favor.

¿Son aplicables tales principios extendidos hoy en día de manera general dentro del ordenamiento jurídico a la responsabilidad profesional?

Vamos a distinguir los distintos campos profesionales:

3.1. Construcción

Dentro del capítulo de la construcción es donde más claramente se ha apreciado la presunción de culpa en contra del constructor, como antes se ha expuesto.

La razón puede radicar, por una parte, en la presunción de culpa contenida en el artículo 1.591 del Código Civil y, por otra parte, en la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultados, entendiéndose que el contrato de obra es, por esencia, ejemplo típico de obligación de resultado³¹. En cualquier caso la presunción de culpa en la construcción ex-1.591 es clara³², pero también es aplicable a los supuestos de otras acciones en la construcción, como las contenidas en los artículos 1.907 y concordantes del Código Civil como precisamente se ha expuesto.

3.2. Médicos

Como queda dicho, en la responsabilidad en materia médica no se admite la presunción de culpa de acuerdo con un criterio generalizado, lo cual va ligado con la conceptualización de la medicina como obligación de medios y no de resultados: el médico está obligado a proporcionar aquellos

³¹ Sobre la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultados puede verse CAVANILLAS MÚGICA y TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia en la responsabilidad contractual y extracontractual, tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid 1992; JORDANO FRAGA, *Obligaciones de medios y de resultados (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)* en A.D.C. 1991, pp. 5. y ss.; LOBATO GÓMEZ, *Contribución a la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultados*, en A.D.C. 1.992, pp. 651 y ss.

³² FERNÁNDEZ HIERRO. «La responsabilidad en la construcción según la Jurisprudencia civil» en *Poder Judicial* n.º VII, p. 282. Ver también BARASSI, *Instituciones de derecho civil*, Barcelona 1966, tomo II, pp. 386, y ss., CUNEO, *Appalti pubblici e privati*, Padua 1947, p. 633, BOUBLI, *La responsabilité des architectes et entrepreneurs et autres locateurs d'ouvrages*, París 1971, SOINNE, *La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux*, París 1969.

cuidados necesarios a fin de obtener la curación o el restablecimiento del paciente, pero no está obligado a obtener ésta salvo supuestos especiales: en definitiva, no se trata de un contrato de resultados.

Ciertamente la dificultad probatoria hace que en algunos casos ese principio deba ser matizado y suavizado y así lo he mantenido³³. Si nos atenemos a la visión jurisprudencial, la inexistencia de presunción de culpa en contra del médico es mantenida casi universalmente, con algunas excepciones en la jurisprudencia civil reciente³⁴, y con las excepciones también de los escasos supuestos en que la actividad médica puede considerarse de resultado (unos análisis simples, por ejemplo), y la responsabilidad de los órganos e instituciones de la sanidad pública hacia sus pacientes³⁵.

3.3. Profesiones jurídicas

3.3.1. Abogados y procuradores

En cuanto a abogados y procuradores se ha estimado que la relación del abogado con el cliente es de un contrato de arrendamiento de servicios y no de obra³⁶ y se ha insistido en que es la falta de celo y

³³ *Responsabilidad civil médico-hospitalaria*, obra citada, pp. 127 y ss.

³⁴ Así sentencia de 2 de diciembre de 1996.

³⁵ FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de...*, obra citada, pp. 408 y ss.; RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario al servicio de la administración pública*, Valencia, 1997, pp. 67 y ss. VILLAR ROJAS, *La responsabilidad de las administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Barcelona 1996, p. 119. En cuanto a la posible aplicación de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios a la Sanidad, véase DÍAZ-REGAÑÓN, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*, Pamplona 1996, p. 369, FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema...*, obra citada, pp. 120 y ss., RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad médicosanitaria...*, citada, pp. 83 y ss. Ver también PENNEAU, *La responsabilité medicale*, París 1992.

³⁶ Así la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 15 de enero de 1997, Ar. Civil 1, señala:

«El contrato de arrendamiento de servicios difiere precisamente del contrato de arrendamiento de obra, en que mientras que en el primero es exigible al arrendador de los mismos la prestación de una serie de actividades, sin comprometerse un efectivo resultado, en el segundo se compromete un resultado concreto, siendo por tanto la obligación del arrendador de servicios, una obligación de medios, de concreta actividad, única que cabe exigir, pero que en el caso concreto del Abogado, profesional del derecho estriba en asuntos como el que nos ocupa en la realización de todas aquellas actividades tendentes a que su cliente, la otra parte contractual, obtenga una resolución sobre el fondo del asunto —artículo 359 LECiv—; salvo que el propio cliente haga ineficaz tal posibilidad, resolución sobre el fondo del asunto, que en este caso don Luis Angel no obtuvo debido a la falta de diligencia del demandado».

También la jurisprudencia francesa ha entendido que la responsabilidad del abogado es contractual hacia sus clientes aun cuando extracontractual hacia terceros (V. Civ. 1.º 6 de octubre de 1993, D. 96, Som. 108; Civ. 2.º 15 de junio de 1994, D.94, Inf. 183).

diligencia de los artículos 53 y 54 del Real Decreto 2.090/82 de 24 de julio, por el que se regula el Estatuto General de la Abogacía, los que originan responsabilidad civil³⁷, pero señalando la necesidad de la demostración del incumplimiento por el profesional de sus obligaciones³⁸ subrayando el carácter contractual de la obligación del abogado³⁹.

La sentencia de la Audiencia Provincial de León de 16 de diciembre de 1994⁴⁰ aplica la *lex artis* a la responsabilidad del abogado.

La doctrina también entiende que es el cliente el que debe demostrar la falta de diligencia del letrado⁴¹.

El Tribunal Supremo ha señalado que no es aplicable la inversión de carga de la prueba en un supuesto concreto de responsabilidad de abogado⁴².

3.3.2. Notarios y registradores

En cuanto a notarios, registradores y demás profesionales del derecho, entiendo que sería aplicable la doctrina sentada con carácter general por el Tribunal Supremo de que no es aplicable la presunción de culpa o la inversión de carga de la prueba tratándose de profesionales en general.

Lo mismo sucede en el ordenamiento francés, en el que la mayoría de la jurisprudencia ha entendido que no se puede aplicar la presunción de culpa contra los notarios⁴³.

³⁷ Sentencia citada de la A.P. de Palencia de 15 de enero de 1997. Ver también S. A.P. de Zaragoza de 16 de abril de 1993, Ar. Civil 418.

³⁸ S. A.P. de Pontevedra de 23 de marzo de 1994, Ar. Civil 544.

³⁹ S. A.T. de Oviedo de 28 de junio de 1984, R.G.D. p. 640 de 1985.

⁴⁰ Ar. Civil 2.226.

⁴¹ Ver AVRIL, *La Responsabilité de l'avocat*, Paris, 1981, LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, tomo II, vol. 1.º, Barcelona 1985, pp. 236 y ss.; EGUSQUIZA, María Angeles, *La prestación de servicios del Abogado*, en Aranzadi Civil, 1996, vol. I, pp. 185 y ss., MONTOYA MELGAR y CÁMARA BOTIA, *Abogados, profesión liberal y contrato de trabajo*, Madrid 1990.

⁴² La sentencia de 23 de diciembre de 1992, Ar. 10.715 señala en su fundamento jurídico sexto:

«En el undécimo y último motivo del recurso se invoca infracción “del artículo 1.214, en relación con el 1.902, ambos del Código Civil”. Se alega en este motivo que, según la doctrina jurisprudencial, incumbía a los demandados probar que actuaron con la debida diligencia, lo que ha sido desconocido por la Sala de instancia. Ha de rechazarse también este motivo en atención a que —independientemente de que de los autos resulta que la defensa se realizó normalmente y de que en los supuestos de responsabilidad por infracción de deberes profesionales no es de generalizada aplicación la inversión de la carga de la prueba (S. 24-5-1990)—».

⁴³ Civ. 30 de junio de 1987 D. 87, inf. 174. La excepción la constituyen aquellas operaciones que tienen un riesgo anormal, Civ. 1.º 27 de septiembre de 1983, D. 84.369.

3.3.3. Jueces y magistrados

Respecto a jueces y magistrados no solamente no opera la invasión de culpa ni la presunción de carga de la prueba, sino que la misma, como se ha visto, tiene que ser cualificada; si la responsabilidad del juez debe ser manifiesta difícilmente puede ser presumida.

Por ello, y como antes he señalado, el carácter restrictivo de las acciones de exigencia de responsabilidad civil contra jueces es general en el derecho comparado⁴⁴.

4. Prescripción

Vamos a examinar los plazos de prescripción más comunes para ver también las coincidencias o diferencias entre los distintos profesionales.

4.1. Construcción

En materia del ejercicio de las acciones derivadas del artículo 1.591 del Código Civil, la mayoría de la doctrina ha entendido que hay que diferenciar plazo de garantía y término de prescripción, siendo el plazo de garantía de diez años y el de prescripción de quince años contados a partir de la producción del evento ruinoso siempre que el mismo hubiera ocurrido dentro del periodo de garantía⁴⁵.

⁴⁴ Véase FERNÁNDEZ HIERRO, *Responsabilidad civil judicial*, citada, pp. 15 y ss. También DE ANGEL YÁGÜEZ resalta el carácter restrictivo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre responsabilidad judicial, si bien aplicado a la fijación de daños, «Reciente jurisprudencia en materia de daños derivados de actuaciones judiciales civiles», en *La Ley* de 14 de febrero de 1986.

⁴⁵ DEL ARCO y PONS, *Derecho de la construcción*, Madrid 1980, p. 362, FERNÁNDEZ HIERRO, *La responsabilidad civil...*, obra citada, p. 148, FERNÁNDEZ COSTALES, obra citada, pp. 144 y ss., GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores, y técnicos por los defectos de construcción (Estudio del artículo 1.591 del código Civil y su problemática actual)* Barcelona 1990, p. 210 y ss., HERRERA CATENA, obra citada, vol. II, p. 16, RUBIO SAN ROMÁN, *La responsabilidad civil en la construcción*, Madrid 1987, p. 198, y SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra, su cumplimiento*, Madrid 1978, pp. 121 y ss.

En cambio la tesis del plazo único sin distinción entre periodo de garantía y plazo de prescripción es la dominante en la doctrina y la jurisprudencia francesas desde la decisión de las Cámaras reunidas de 2 de agosto de 1882 (D.P. 83.I.5) y la ha mantenido en nuestro derecho TRAVIESES, «Contrato de arrendamiento», en *Revista de Derecho Privado*, 1991, pp. 34 y ss.

La jurisprudencia⁴⁶ también ha entendido de forma clara que es distinto plazo de garantía y plazo de prescripción y que puede reclamarse mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción, que a su vez se inicia desde que se produzca el daño, siempre que éste se haya evidenciado dentro del término de garantía. Poniendo un ejemplo, si nos encontramos con unos vicios que se descubren —y se demuestra que en aquel momento se evidencian— a los 9 años de terminada la construcción del edificio, el plazo de prescripción se cuenta a partir de dicha fecha; con lo cual, en realidad, los perjudicados podrían presentar su demanda hasta 24 años después de terminado el inmueble, sin contar posibles interrupciones de la prescripción⁴⁷. Esta situación existente en nuestro derecho no es excepcional, ya que en casi todas las legislaciones los plazos para reclamar como consecuencia de ruina o vicios graves en las edificaciones son amplios⁴⁸ incluyendo en las que puede ponerse como ejemplo extremo los 30 años de la acción ordinaria del derecho francés⁴⁹.

También cuando se ejercita la acción contractual contenida en el artículo 1.591.2.º del Código Civil, la prescripción es de 15 años según el propio texto legal señala y según ha reiterado la jurisprudencia existente⁵⁰.

Cuando se trate del ejercicio de las acciones del 1.907 a 1.909 del Código Civil no se puede entender que existe un término de prescripción específico, sino que será la de la acción que en el fondo se ejercite, esto es, de las acciones de defectuoso cumplimiento contractual o de garantía decenal, con lo cual en principio la prescripción sería también de 15 años desde el término de la construcción al menos —con la salvedad de que los daños se evidenciaran dentro del periodo de garantía si se trata de la ex-acción 1.591—; aunque la acción que se ejercita es la de 1.907 y siguientes y estimo que está en relación con el artículo 1.902, el término de prescripción sería de un año⁵¹.

⁴⁶ Ss. 11 de octubre de 1974, Ar. 3.798; 6 de marzo de 1990, Ar. 1.672, 16 de octubre de 1991, Ar. 7.449 y 1 de octubre de 1992, Ar. 7.616.

⁴⁷ Cosa distinta es en la praxis la prueba de si en tal hipótesis los vicios que existían en el momento de la reclamación judicial eran consecuencia además de una defectuosa conservación e incluso si el no reclamar en tantos años no supone en sí mismo una actuación negligente, puesto que la falta de reparación hubiera agravado los defectos originales.

⁴⁸ Véase FERNÁNDEZ HIERRO, *La Responsabilidad civil por vicios...*, obra citada, pp. 19 y ss.

⁴⁹ Si bien en tales casos no opera la presunción de culpa: obra citada en nota anterior, p. 23 y ss.

⁵⁰ Ss. 11 de octubre de 1974, Ar. 3.798 y 16 de diciembre de 1983, Ar. 6.960.

⁵¹ S.A. de Valencia de 14 de diciembre de 1989, R.G.D. p. 591 de 1990.

4.2. Médicos

Cuando se habla de responsabilidad médica hay que distinguir la clase de actuación de que se trata: si nos encontramos en un supuesto de responsabilidad contractual, la responsabilidad civil tendrá un término de prescripción de quince años, de acuerdo con el artículo 1.964 del Código Civil⁵²; mientras que si la acción es extracontractual —y lo será siempre que se reclame a instituciones públicas o de la seguridad social⁵³— la prescripción será anual de acuerdo con el artículo 1.938.2.º del Código Civil⁵⁴.

4.3. Profesiones jurídicas

4.3.1. Abogados y procuradores

Si se trata de abogados y procuradores debe entenderse que cuando se trata de una reclamación como consecuencia de una actuación contractual, la prescripción sería de quince años, mientras que cuando las actuaciones fueran extracontractuales (un ejemplo puede ser la designación de abogado y procurador en turno de oficio) el plazo de reclamación sería anual por la misma conocida fundamentación que se acaba de exponer al aludir a la prescripción de las actuaciones médicas. No obstante, algún fallo dictado en materia de responsabilidad de abogado y procurador aplica la prescripción anual a las actividades de los abogados, como si hubieran sido originadas por culpa extracontractual⁵⁵.

4.3.2. Notarios y registradores

Lo manifestado respecto a abogados y procuradores es aplicable *mutatis mutandis* a la actuación de los notarios.

⁵² La sentencia de la Audiencia de Barcelona de 4 de diciembre de 1989, R.G.D. p. 4.816 de 1990, en un supuesto de reclamación de cantidad por el médico estima que:

«... no resulta de aplicación el plazo de prescripción aplicable a la reclamación del pago por “honorarios médicos o profesionales” con los derivados de la general y compleja asistencia sanitaria, dentro de la que se incluyen conceptos o partidas tan varias y diversas —estancias, manutención, medicamentos, análisis, etc.— que por su propia amplitud y variedad escapan y desbordan al contenido concreto de “acto médico” al que responde la contraprestación de honorarios conforme al número 2 del artículo 1.967, para entrar dentro de un esquema más amplio de “prestación de servicios” lo que determina la aplicación del plazo general de 15 años que conforme al artículo 1.964 del Código Civil corresponde a las acciones de naturaleza personal».

⁵³ Notemos que también cuando se trata de una reclamación en vía administrativa la prescripción sería anual.

⁵⁴ Ss. 18 de junio de 1987, Ar. 4.047 y 10 de octubre de 1996, Ar. 7.403 entre otras.

⁵⁵ S. A.P. de Ciudad Real de 1 de septiembre de 1995, Ar. Civil 1.701.

Mayores dudas ofrece la actuación de los registradores, ya que aun cuando perciben sus emolumentos de los clientes, no sólo ejercitan una función pública, sino que lo hacen en régimen de monopolio, con lo que aparece más borrosa la relación jurídica que les une a los interesados, ya que en tales circunstancias hablar de contrato puede ser una en-telequia.

4.3.3. Jueces y magistrados

El artículo 904 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala que no se podrá interponer demanda de responsabilidad hasta que haya terminado el pleito o caso o en que se suponga causado el agravio, y de acuerdo con el artículo 905 de la propia Ley, la demanda tendrá que promoverse en los seis meses siguientes a los que se hubiera dictado la sentencia o auto que haya puesto término al pleito o causa, es decir, que hay un plazo que es de seis meses desde que se termina el procedimiento, no pudiendo tampoco promoverse antes de que se dé dicha circunstancia.

El cómputo ha de entenderse a partir de que se hubiera dictado la sentencia o auto firme⁵⁶, aun cuando el propio Tribunal Supremo ha matizado que debe ser de terminación⁵⁷.

Dicho plazo debe computarse como de prescripción⁵⁸; notemos que la reclamación por error judicial debe iniciarse por la demanda en petición de dicha declaración deducida ante el Tribunal Supremo que debe instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo practicarse de acuerdo con el artículo 293.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁵⁶ S. 4 de abril de 1961, Ar. 1.799.

⁵⁷ S. 21 de enero de 1968, Ar. 1.035. Notemos que del plazo que señala el artículo 905 del Código Civil no pueden deducirse los días inhábiles, de acuerdo con la sentencia de 3 de octubre de 1990, Ar. 7.468.

⁵⁸ La sentencia de 18 de enero de 1995, Ar. 384, señala:

«Si bien la doctrina y la jurisprudencia no se muestran unánimes a la hora de establecer si el plazo a que se refiere el artículo 905 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es un plazo de caducidad o de prescripción, como resulta de una interpretación literal del párrafo segundo, de dicho artículo, lo cierto es que la opinión mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia se pronuncian en el sentido de estimar que estamos ante un plazo de prescripción y no de caducidad. Alegada por el demandado la excepción de prescripción de la acción ejercitada, se hace necesario fijar el “dies a quo”, a partir del cual ha de iniciarse el cómputo del plazo prescriptivo de seis meses que establece el artículo 905, párrafo primero, de la Ley Procesal, día inicial será aquel en que adquiere firmeza la sentencia o auto que haya puesto término al pleito o causa, a tenor de los términos en que está redactado el citado precepto».

5. Conclusión

La conclusión del examen del ordenamiento jurídico respecto a la responsabilidad civil en diversas profesiones nos muestra que existen unas claras diferencias. La más favorecida —si de actividad profesional puede conceptuarse— es la de jueces y magistrados, dado que el plazo de prescripción es el más exiguo, y no sólo no se presume la culpa, sino que ésta ha de ser cualificada.

El profesional que se encuentra en peor situación es el arquitecto —y demás técnicos que intervienen en la edificación—, por el doble concepto de la presunción de culpa en su contra y de plazos de prescripción mucho más largos: y, si examinamos los supuestos que en la práctica se producen, veremos que la casuística demuestra que el grado de culpa necesario para comprometer la responsabilidad de los técnicos en la construcción habitualmente es menos elevado que el de otras profesiones.

Todo ello nos lleva a la conclusión de que si el tratamiento unitario de la responsabilidad profesional puede ser aceptable, o incluso encomiable a la hora de dibujarla doctrinalmente, siempre hay que tener en cuenta que se trata de actuaciones que tienen un tratamiento diferencial y que sólo la actuación del exégeta unifica.

Ciertamente el panorama puede caminar hacia una unificación sobre todo en función de la propuesta de directiva comunitaria en virtud de la cual se establece la presunción de culpa en contra del prestador de servicios: y, sin entrar a analizar los inconvenientes que tal concepción conlleva, habrá que esperar si el tiempo hace que la misma entre en vigor y el sentido concreto que tiene. Hasta entonces, al menos, el régimen común de la responsabilidad de los profesionales está solamente en las sombras de la caverna.

NATURALEZA JURIDICA DE LA RELACION ENTRE LOS REPARTIDORES Y MENSAJEROS Y LAS EMPRESAS DE TRANSPORTE: ¿CONTRATO LABORAL O MERCANTIL?

Javier Rodríguez Gutiérrez

1. Introducción: planteamiento del problema

Existen muchas relaciones jurídicas que se encuentran a medio camino entre el derecho laboral y el mercantil —en las llamadas por la doctrina «zonas grises o fronterizas»¹—, pero entre ellas sin duda una de las más problemáticas es la que une a las empresas dedicadas al transporte y reparto de mercancías, con los propios transportistas y repartidores. La cuestión acerca de si ésta reúne las condiciones exigidas por el art. 1 del Estatuto de los Trabajadores como configuradoras de toda relación laboral, o si, por el contrario, debe encuadrarse en el marco de un contrato mercantil, ha sido, y aun hoy en día sigue siendo, uno de los grandes caballos de batalla sobre los que hay que moverse con suma prudencia, puesto que no existe una doctrina con carácter general. La jurisprudencia ha pasado por varias fases, que en definitiva se pueden resumir en un antes y un después de la famosa *Sentencia de los mensajeros*², tal y como ha sido denominada por la doctrina científica. La Disposición Final Séptima de la Ley 11/1994 de 19 de mayo, que adiciona un nuevo apartado 9) al artículo 1.3.º del Estatuto de los Trabajadores, ha venido a poner algo de luz a tan oscuro y complejo debate, pero desde luego no viene a solucionar, ni mucho menos, todos los problemas que se plantean para delimitar la naturaleza de esta clase de relaciones.

¹ VALDÉS DAL-RE, Fernando, «Ley y Jurisprudencia en la delimitación del ámbito del ordenamiento laboral: un diálogo en divergencia», *Relaciones Laborales*, 1994 (II), págs. 31 y ss.

² Sentencia del T.S. de 26 de febrero de 1996.

Lo cierto es que la determinación de si estamos ante una relación laboral o una extralaboral, debe ser examinada casuísticamente, puesto que es en cada caso concreto donde debe comprobarse si se reúnen las características necesarias para entender que existe relación laboral, o no. La necesidad de aportar un vehículo propio, el sometimiento a horario y jornada, la jerarquía, la dependencia, la ajenidad, la subordinación, la exclusividad en la prestación del servicio para una única empresa, el carácter personalísimo de la prestación del servicio, el sometimiento al ámbito de organización y dirección del empresario, la percepción de una retribución fija mensual, etc., son las notas que habrán de ser examinadas para poder dar una respuesta adecuada a la cuestión que aquí se plantea.

Por otra parte, la realidad es que en muchos casos el hecho de que el repartidor o mensajero sea autónomo se debe en cierta manera a una «recomendación» de la propia empresa transportista, que para evitar las cargas sociales de contratar a un trabajador, le ofrece trabajo a cambio de que éste se dé de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social (RETA), y en el Impuesto de Actividades Económicas (IAE), aunque en la práctica preste sus servicios únicamente en dicha empresa con carácter permanente, y con todas las características propias de una relación laboral. La Inspección de Trabajo, conocedora de los fraudes que se producen en este sector, comenzó a dar de alta de oficio a esta clase de trabajadores, generalizando así las maniobras defraudadoras que eran puestas en práctica por unos pocos, y afectando a personas que de hecho eran autónomos, y que deseaban seguir siéndolo. Es evidente que, si bien es sabido que la relación laboral se configura al margen de los deseos de las partes contratantes, es decir, que por mucho que para empresa y trabajador la relación sea mercantil, si reúne las características propias de un contrato laboral, tendrá tal consideración, sin embargo, también debe respetarse la libertad de una persona, propietario de un vehículo, para decidir dedicarse profesionalmente al transporte de mercancías, como empresario individual, sin mantener ninguna vinculación laboral con las empresas de transporte que la contratan para la realización efectiva del mismo.

Vamos a analizar a continuación la jurisprudencia existente en la materia, con el giro operado tras la Sentencia de los mensajeros, para posteriormente estudiar la nueva regulación existente sobre la materia con la aparición del artículo 1.3.º g) del Estatuto de los Trabajadores, y finalmente destacar las características que pueden decantar en el caso concreto la decisión sobre la naturaleza jurídica de tan controvertida relación.

2. Análisis jurisprudencial

2.1. La situación antes de la Sentencia de 26 de febrero de 1986

Dos relaciones jurídicas se producen en las situaciones que estamos analizando: la primera entre la empresa y el cliente o destinatario en su caso de la mercancía, quien contrata a aquella para que efectúe el transporte de la misma, y la segunda entre la empresa de transporte y el concreto repartidor, distribuidor, mensajero o transportista que realiza el servicio. Es esta segunda relación la que nos interesa, y en ella es evidente que la empresa puede tener sus propios empleados en plantilla que realicen los transportes, o puede acudir a transportistas autónomos que los desarrollarán aportando su propio vehículo. La duda y la razón de ser de todo el problema reside en determinar si el transportista puede ser considerado como un auténtico empresario mercantil, o si por el contrario ello es una mera fachada que enmascara una auténtica relación laboral. Como decíamos antes, a este interrogante sólo se puede responder examinando las circunstancias que concurren en cada caso, puesto que si bien a todos nos parecería normal que una persona que ha adquirido un camión y se dedica profesionalmente a transportar mercancías de diversas empresas movido por un ánimo de lucro, debe ser considerada un auténtico empresario, sin embargo probablemente no pensaríamos lo mismo de un joven que con la ayuda de su modesto ciclomotor reparte los productos de una pastelería a sus clientes. Son dos ejemplos extremos que denotan claramente las diferencias existentes, pero entonces la cuestión que se plantea es ¿cuál debe ser el factor determinante que delimite la frontera entre una y otra situación?³

Tradicionalmente la jurisprudencia se ha venido manifestando *en contra de la existencia de un vínculo laboral* entre el transportista y la empresa, de forma que el orden jurisdiccional social se declaraba sistemáticamente incompetente para resolver las cuestiones emanadas de la relación entre ambos, por entender que se trataba de una relación de carácter mercantil. Varios factores justificaban esta postura:

En primer lugar, era requisito indispensable que *el vehículo* fuese aportado por el repartidor o mensajero, y éste fuera su propietario, o por lo menos ostentara un poder de disposición total sobre el mismo. Evidentemente, si el vehículo pertenecía a la empresa, resultaba en todo

³ Una síntesis de la evolución jurisprudencial puede encontrarse en LUIJÁN ALCARAZ, José, *Repartidores y mensajeros: ¿contrato laboral o de transporte?*, Colección Jurisprudencia práctica, Madrid, Tecnos, 1990.

punto absurdo considerar a aquel como empresario suscriptor de un contrato mercantil, puesto que careció del elemento indispensable y mínimo necesario para ejercer su trabajo. Lo mismo sucedía en el caso de que el vehículo llevara publicidad de la empresa⁴.

En segundo lugar el *carácter no personalísimo* de las obligaciones emanadas del contrato de transporte, frente al carácter *intuitu personae* propio de toda relación laboral. Efectivamente, la índole personal de la prestación del trabajador es una característica fundamental para la existencia de un contrato laboral: el contratado es quien debe prestar el servicio personalmente, y no otra persona en su lugar. En cambio, en el contrato de transporte lo verdaderamente determinante es que se cumpla la obligación de entrega de la mercancía, sin que sea relevante si ello lo realiza personalmente la persona contratada, o bien otra a su servicio. De esta forma, en los casos en que faltaba el carácter *intuitu personae* de la prestación, el Tribunal Supremo excluía por principio la posibilidad de estar en presencia de una relación laboral⁵, aunque matizando que no es suficiente con establecer en un contrato mercantil una cláusula que posibilite la sustitución del conductor o transportista, si dicha cláusula está tan condicionada y sometida a la voluntad de la empresa que en la práctica no puede ser tenida como una facultad de aquel⁶.

Un tercer aspecto relevante para avalar la no laboralidad de la relación es el referente a la *autonomía o independencia del transportista*, respecto al ámbito de dirección y organización del empresario. Es decir, si aquel no queda sometido a dicho ámbito, de forma que no dispone de horario de entrada y salida, de jornada laboral, de retribución fija mensual, etc., no se podría considerar empleado, sino un mero colaborador mercantil, que realiza los servicios en virtud de un contrato de transporte que le une con la empresa, pero que no le ata a la misma en régimen de exclusividad, sino que él, como empresario mercantil, puede contratar sus servicios con diversas entidades o personas físicas, sin

⁴ Así se indica por ejemplo y entre otras muchas, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1971, en la que a pesar de haber arrendado la empresa un camión al repartidor, éste tenía limitado su poder de disposición, puesto que venía obligado a utilizarlo sólo en el servicio de la propietaria y en el lugar, tiempo y forma sujetos a la decisión de ésta, que se extendió a lo concerniente al seguro, abastecimiento y reparaciones del vehículo e incluso a su aspecto externo, por deber ir pintado con los colores y nombre de la empresa.

⁵ Así sucede «ad exemplum», en la Sentencia de 26 de febrero de 1974, y en la de fecha 20 de septiembre de 1984, en la que el transportista podía o no acudir a prestar el servicio, según tuviera por conveniente. Lo mismo en las Sentencias de 18 de noviembre de 1976 y 23 de abril de 1983.

⁶ *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1971, ya citada.

ninguna limitación. Si no hay potestad de mando y obligación de dependencia, no existe relación laboral⁷. Ahora bien: en este punto hay que tener en cuenta que la mera relación mercantil también requiere una cierta dependencia, que no debe ser interpretada como ajenidad, es decir, el transportista puede tener que asumir concretas obligaciones derivadas de su contrato mercantil, como la existencia de un determinado horario de recogida y entrega, o una serie de instrucciones por ejemplo en cuanto a rutas a seguir, pero ello no es óbice para entender que existe una autonomía funcional y material⁸.

Otra característica relevante es la relativa a la *asunción por parte del transportista del riesgo de la explotación*. Si quien transporta la mercancía fuese un asalariado de la empresa de reparto, sería ésta quien respondería de la suerte de la misma. Sin embargo, en caso de que se trate de un transportista profesional, lógicamente es él directamente el responsable de que los bienes transportados lleguen a su destino en perfecto estado, aunque el cliente concreto se dirigirá por supuesto contra la empresa de transporte con la que contrató el mismo.

Por último hay que destacar *el ánimo de lucro* que mueve al transportista. Mientras que el personal asalariado percibe una contraprestación fija mensual, el transportista autónomo está movido por una intención lucrativa, por un deseo empresarial de obtener el máximo rendimiento, y por ende el máximo beneficio de su explotación, que en este caso es su vehículo. Utilizando el repartidor un medio de locomoción propio, y siendo todos los gastos de manutención del mismo de su cuenta, entiende la jurisprudencia que la retribución es una contraprestación de todo un conjunto de aportaciones⁹. Sucede en este punto que en ciertos casos puede resultar complicado detectar cuándo nos encontramos ante una intención lucrativa que excede de la mera percepción de un sueldo mensual.

2.2. *La Sentencia del T.S. de 26 de febrero de 1986*

La conocida como «Sentencia de los mensajeros» opera una importante modificación en la línea jurisprudencial que hasta ese momento se había venido manteniendo, y que se ha recogido en el epígrafe anterior. Efectivamente, esta resolución va a *integrar a los mensajeros en*

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1984.

⁸ Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo y 22 de octubre de 1983, 16 de julio y 20 de septiembre de 1984, 8 y 29 de octubre de 1985, 15 de septiembre de 1986, etc.

⁹ Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1985 y 27 de enero de 1986 entre otras.

el ámbito laboral, considerándolos asalariados de las empresas de transporte para las que prestan sus servicios¹⁰.

Recoge la referida sentencia el supuesto típico una empresa de transporte de paquetería, la cual dispone de una serie de mensajeros que efectúan los servicios a través de unas motocicletas de su propiedad, cobran una tanto por viaje, sin relación con el precio del transporte que paga el cliente, asumen los gastos de combustible y manutención del vehículo, portan publicidad en el mismo y en su vestimenta, y sólo responden del deterioro de la mercancía si ha existido negligencia en el transporte; deben llamar todos los días telefónicamente a la empresa para saber si tienen repartos que realizar. Estos mensajeros tienen suscrito con la empresa un contrato de transporte, en el que se establece que no quedarán sometidos a horario ni a jornada, que no tendrán dedicación exclusiva a la empresa, que podrán efectuar el trabajo por sí mismos, o a través de otras personas retribuidas por ellos, y que serán autónomos, debiendo cumplir con sus obligaciones tributarias y de cotización, en tal sentido.

Pues bien: el Tribunal Supremo encuentra en este caso todas y cada una de las características propias de la relación laboral:

—*Carácter voluntario y retribuido del servicio.*

—*La ajenidad:* el trabajador no asume ni el riesgo ni el beneficio del contrato de transporte firmado entre la empresa y el cliente, no interviene en la fijación del precio del mismo, y su retribución no depende del resultado.

—*La dependencia:* el trabajador porta publicidad de la empresa en su vestimenta y en su vehículo, queda obligado a llamar todos los días a la empresa para recibir las órdenes de trabajo, y puede ser penalizado si no lo hace. El hecho de que no asista al trabajo todos los días no desnaturaliza la relación laboral según el Tribunal Supremo, puesto que se desconocen las causas de la inasistencia, pudiendo deberse simplemente al deseo de la empresa de desvirtuar la laboralidad de la relación. La falta de exclusividad tampoco es un dato que desnaturalice un contrato de trabajo.

—*El carácter personal de la prestación:* señala el T.S. en este punto que el hecho de que en el contrato de transporte firmado se recoja la posibilidad de que el mensajero podría ser sustituido por otra persona, no es sino un nuevo intento de la empresa de desvirtuar

¹⁰ Un estudio exhaustivo sobre esta Sentencia puede encontrarse en RIVERO LAMAS, Juan y GARCÍA BLASCO, Juan, «Transporte de cosas y mercancías y contrato de trabajo», *Relaciones Laborales*, 1987 (II), págs. 507-536.

la verdadera naturaleza laboral del contrato, y prueba de ello es que en el caso concreto que nos ocupa nunca se produjo en la práctica esta sustitución.

Lo cierto es que, a mi modo de ver, la interpretación que realiza el Tribunal en algunos de estos aspectos es bastante forzada, especialmente en el punto relativo al carácter «intuitu personae» de la prestación. Efectivamente, el hecho de que durante el transcurso de la relación entre la empresa y los mensajeros nunca se hubiera utilizado la posibilidad de sustitución, no parece suficiente para deducir que esa cláusula establecida en el contrato tiene como única misión desvirtuar la naturaleza del mismo, y derivarlo hacia el ámbito civil. Se trata de una acusación de fraude contra la empresa, que no parece que tenga a simple vista sólidos fundamentos en los que apoyarse; más bien nos encontramos ante una mera presunción. La misma argumentación podría sostenerse con respecto a la dependencia, toda vez que el Tribunal Supremo aprecia esta característica en el hecho de que los trabajadores porten publicidad de la empresa, y de que deban llamar diariamente a la empresa con objeto de averiguar si hay trabajo para ellos. Se trata de meros indicios que no justifican plenamente que el mensajero se encuentre bajo el poder de dirección del empresario, máxime cuando está acreditado que no existe jornada, ni horario laboral, ni exclusividad en la prestación de los servicios.

Por otra parte, existió un dato de gran relevancia: los vehículos mediante los cuales se ejecutaban los servicios eran propiedad de los mensajeros. Hasta ese momento, la jurisprudencia dominante señalaba esta característica como fundamental a la hora de dilucidar si una relación era laboral o civil: el hecho de que el vehículo fuera propiedad del mensajero inclinaba la balanza decisivamente hacia la segunda posibilidad. Sin embargo, el Tribunal Supremo en esta Sentencia matiza este punto de la siguiente forma: cuando se señala que en el caso de que quien preste el servicio utilice medios propios estamos ante un contrato de carácter mercantil, se está considerando el vehículo como el elemento esencial del contrato, y ello puede tener lugar en los casos de camiones o furgonetas de reparto que han requerido una fuerte inversión económica, a la que su propietario pretende sacarle el máximo rendimiento posible, pero no en los casos como el que nos ocupa, de pequeñas motocicletas. Estas, dado su menor coste inicial y de mantenimiento, y difusión de uso, no pueden considerarse elemento esencial del contrato, sino secundario de la actividad personal, de forma que es esa aportación personal del mensajero la que se erige en la actividad principal y razón de ser de la empresa.

Por tanto, parece que la inversión económica y la difusión de uso del vehículo son los rasgos claves para determinar en estos casos si estamos ante un contrato laboral o mercantil. Se entiende que un vehículo modesto y de bajo coste, como es una motocicleta, no puede ser el soporte de una explotación económica, y su titular no puede considerarse por ello un empresario. En estos casos, el trabajo del mensajero es la actividad principal de la empresa, siendo el vehículo un mero instrumento.

2.3. *Consecuencias de la «Sentencia de los mensajeros»: un giro en la jurisprudencia*¹¹

La referida Sentencia supuso en su día, como decimos, una ruptura con la línea tradicional que habían venido manteniendo tanto el Tribunal Supremo como el hoy extinto Tribunal Central de Trabajo. La duda que se planteaba era si el Tribunal iba a seguir manteniendo esta posición, o si por el contrario se trataba de un caso aislado, o previsto específicamente para los llamados «mensajeros urbanos», que ejercen su actividad con motocicletas, y no iba a afectar al resto de los profesionales que emplean vehículos de mayor capacidad y coste económico. En apoyo de esta última tendencia estaba, por una parte, la influencia de factores sociales, y en particular la presión sindical en búsqueda de protección para estos motoristas que se encontraban en precaria situación, ya que, como hemos señalado anteriormente, en algunos casos eran explotados por las empresas de reparto, que les convencían de la «conveniencia» de convertirse en autónomos, so pena de no darles trabajo en caso contrario; una práctica efectuada, por supuesto, no por todas las empresas, pero que se generalizó en la conciencia tanto de los propios sindicatos como de la Inspección de Trabajo, que comenzó a elevar Actas de Infracción, y de Alta de Oficio para estos trabajadores, sin analizar los casos concretos, y a veces en contra de la propia voluntad del trabajador. Por otra parte, de la propia argumentación esgrimida por el Tribunal en su Sentencia, se puede extraer como criterio principal y diferenciador, el del valor de la inversión económica efectuada por el trabajador, de forma que era lógico pensar que la línea jurisprudencial futura se iba a guiar por dicho criterio.

Efectivamente, en un primer momento así fue: en una de las primeras ocasiones en que el T.S. tiene oportunidad de volver a pronunciarse

¹¹ Un estudio inicial sobre este tema puede encontrarse en PEDRAJA MORENO, Abdón, y VALDÉS DAL-RE, Fernando, «Contrato de trabajo y contrato de transporte, ¿un giro en la jurisprudencia?», *Documentación Laboral*, 1986, págs. 97-140.

sobre el tema¹², realiza una firme diferenciación entre el llamado «mensajero», y el transportista profesional, propietario de un vehículo de tonelaje industrial, con licencia fiscal, y que en todo momento figura como titular de una empresa de transporte. Al primero le une con la empresa de reparto una relación de carácter laboral de acuerdo con lo establecido en la Sentencia de 26 de febrero, por mucho que se intente enmascarar a través de la suscripción de un contrato mercantil. Sin embargo, en el segundo caso, el Tribunal entiende que si estamos ante una relación mercantil, en virtud de la cual una persona que tiene la condición de empresario transportista, con Licencia Fiscal y de Alta en el Régimen de Autónomos, y al que mueve un lucro empresarial distinto del puramente laboral, se obliga no tanto a prestar una actividad personal como a obtener un resultado aportando su propio vehículo, siendo de su cuenta los gastos de combustible y mantenimiento del mismo, y no habiéndose pactado un régimen de exclusividad. En estos casos —señala la referida Sentencia—, el hecho de tener establecido un horario en la prestación de la actividad, y deber acatar decisiones sobre la ruta, no supone sino una mera dependencia técnica que no implica su inclusión en el círculo rector de una empresa. De la misma forma, el Tribunal Central de Trabajo también acoge la argumentación del Tribunal Supremo y adopta soluciones acordes a la «Sentencia de los mensajeros»¹³.

A partir de ahí, sin embargo, se va generalizando en la jurisprudencia la laboralidad de la relación entre el repartidor y la empresa de transporte, de forma que deja de tener tanta importancia la inversión económica efectuada en la adquisición del vehículo, y aun en supuestos en los que éste no es una motocicleta, sino una furgoneta o automóvil, cumpliéndose el resto de condiciones necesarias para la existencia de relación laboral, se reconoce ésta. Así sucede en varias sentencias relativas a profesiones como repartidor de prensa¹⁴, de productos perecederos¹⁵, de libros¹⁶, etc. La determinación de cuándo el vehículo es un elemento auxiliar, y cuándo lo es principal, se hace sobre la base de criterios como el valor económico, su tamaño, o el coste de su mantenimiento,

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1986.

¹³ Así por ejemplo, en la Sentencia de 16 de julio de 1986, declaró la existencia de relación laboral entre un motociclista y una empresa de entrega domiciliaria de mercancías por cuenta de terceros, por considerar que en este caso el elemento fundamental del contrato no era el vehículo, sino el trabajo personal del mensajero.

¹⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1986, 27 de septiembre de 1987, 2 de febrero y 18 de abril de 1988, entre otras.

¹⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de abril y 6 de julio de 1987, 2 de octubre de 1988, etc.

¹⁶ Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1987.

pero además se utilizan con carácter indiciario otros criterios añadidos, como el método retributivo que se sigue en la empresa para abonar los servicios al repartidor, la dedicación de éste a la empresa, el carácter personal de la prestación de servicios, o la responsabilidad sobre la carga¹⁷. En definitiva, el Tribunal Supremo va consolidando una doctrina según la cual se establecerá el carácter laboral de la relación en aquellos casos en los que concurren las notas de voluntariedad, ajenidad y dependencia, sin que la aportación por el trabajador de un vehículo propio, cuyos gastos asuma, altere la naturaleza del vínculo, cuando de las circunstancias concurrentes resulta que es la prestación de trabajo el elemento predominante de la relación¹⁸, es decir, cuando del caso concreto se desprende que la aportación del vehículo no tiene la relevancia económica suficiente para convertir su explotación en elemento definidor de la finalidad fundamental del contrato, mientras que la actividad personal del repartidor se revela como predominante¹⁹. El hecho de que el transportista esté dado de alta en el RETA y en el IAE, son meros datos formales, que por sí solos no son suficientes para definir el carácter del vínculo, si no van acompañados de otras circunstancias que revelen la falta de ajenidad y dependencia propias del contrato de trabajo²⁰, la ausencia de subordinación al ámbito organizativo, directivo y disciplinario de la empresa²¹, o bien la ausencia de la nota más típica de éste, como es su carácter «intuitu personae»²². Ante una relación sustancialmente laboral, el hecho de introducir en ella elementos artificiales con objeto de descalificarla no la desnaturaliza desde el momento que dichos elementos carezcan de relevancia para la ejecución del contrato²³.

Lo cierto es que la extensión generalizada de estos criterios podía incluso poner en peligro la figura del pequeño transportista por cuenta propia, por lo que se hacía urgente delimitar de una forma clara la figura del transportista asalariado, para evitar que acabara ocupando todo el espacio de la actividad de porte de mercancías²⁴.

¹⁷ VALDÉS DAL-RE, Fernando, «Los inciertos criterios de diferenciación jurisprudencial entre los contratos de trabajo y de transporte», *Relaciones Laborales*, 1992 (II), pág. 61.

¹⁸ Así las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo, 28 de abril, 22, 24 y 31 de julio, y 19 de noviembre de 1992.

¹⁹ Entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero y 3 de diciembre de 1991, 25 de mayo de 1993, 19 de junio de 1995 y 12 de abril de 1996.

²⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 14 de noviembre de 1994.

²¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de junio de 1994.

²² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 31 de diciembre de 1994.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1992.

²⁴ VALDÉS DAL-RE, Fernando, «Los inciertos...», *ob. cit.*, pág. 58.

3. La reforma laboral de 1994 y el nuevo artículo 1.3.g) del Estatuto de los Trabajadores

La Ley 11/1994 de 19 de mayo, en virtud de la cual se modifican determinados artículos tanto del Estatuto de los Trabajadores como del Texto Articulado de Ley de Procedimiento Laboral, y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, viene a adicionar un nuevo apartado g) al artículo 1.3.º del Estatuto, que supone un paso más, o si se prefiere un nuevo giro, en la línea marcada por la jurisprudencia. Podría parecer que en un primer momento la expansión del principio de laboralidad que había promovido el Tribunal Supremo, sobre todo a partir de 1986, se pudiera ver cortada por este nuevo artículo, que consagra la figura del transportista autónomo.

El artículo 1.3.º regula las exclusiones del ámbito de las relaciones laborales y entre ellas el párrafo g) señala:

«g) En general, todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1 de este artículo.

A talos efectos se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador».

Dejando a un lado el primer párrafo de este apartado, dado que resulta reiterativo e innecesario²⁵, nos debemos centrar en el segundo, el cual parece a simple vista excluir del ámbito laboral a los transportistas autónomos. Sin embargo, para poder determinar el alcance de la citada exclusión, es necesario examinar los requisitos que la misma exige al amparo de lo preceptuado en dicho párrafo:

1) *La persona prestadora del servicio de transporte debe ser titular de la correspondiente autorización administrativa*: este requisito implica que se vuelve a la distinción entre el mensajero urbano y el transportista profesional, puesto que parece evidente que con el término «autorización administrativa», el legislador no se está refiriendo al mero permiso de circulación que requiere todo vehículo, sino sin duda

²⁵ PEDRAJAS MORENO, Abdón, «Transportistas: alcance de la exclusión de laboralidad ex artículo 1.3.g) del Estatuto de los Trabajadores», *Actualidad Laboral*, n.º 21/22 (1995), pág. 318.

a aquellas actividades de transporte que por su propia naturaleza, transporte de personas, lugares o dimensiones del vehículo, necesitan la pertinente *tarjeta de transporte* conforme a la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre (LOTT)²⁶. Esta autorización administrativa puede tener ámbito nacional o local²⁷, pero lo verdaderamente relevante a los efectos que en este momento nos interesan, es que no requiere dicha autorización el transporte de mercancías en vehículos cuyo peso máximo autorizado sea igual o inferior a dos toneladas²⁸, siendo necesaria para vehículos de tracción propia, tanto ligeros como pesados, matriculados y habilitados para circular, y que hayan superado la correspondiente inspección técnica²⁹.

De la redacción literal del precepto se deduce no sólo que el vehículo que se utilice para el transporte debe cumplir los requisitos necesarios para disponer de autorización administrativa, sino que dicha autorización debe venir expedida a nombre del transportista en cuestión. Ahora bien: a mi entender resulta evidente que una interpretación lógica de este precepto no exige que el transportista sea de hecho titular de la tarjeta de transporte, sino que basta que utilice un vehículo que preceptivamente la requiera, puesto que una interpretación contraria estaría dejando en manos del interesado la configuración del vínculo que le une a la empresa, y simplemente incumpliendo la normativa vigente —esto es, no solicitando la correspondiente autorización a pesar de que su vehículo legalmente la requiriese— obtendría el reconocimiento del carácter laboral de su relación, lo cual deviene a todas luces absurdo³⁰.

Por otra parte, de este primer requisito se puede extraer con claridad una primera conclusión: el artículo 1.3.º g) no resulta aplicable a la actividad de la mensajería, de forma que su ámbito de aplicación queda reducido a la actividad de transporte, y dentro de ella, únicamente a la que exija para su desempeño la correspondiente autorización administrativa.

²⁶ La regulación de las autorizaciones de transporte puede encontrarse en los arts. 90-92 de la LOTT (Ley 16/1987 de 30 de julio), 41, y 109-122 del Reglamento (R.D. 1.211/1990 de 28 de septiembre), y en la Orden de 3 de febrero de 1993.

²⁷ Art. 91 LOTT y 111 del Reglamento.

²⁸ Art. 41.2.º c) del Reglamento.

²⁹ Un estudio sobre el régimen jurídico de las autorizaciones de transporte puede encontrarse en CARBONELL PORRAS, Eloísa, *Régimen Jurídico Administrativo del transporte interurbano por carretera*, Madrid, Universidad Complutense, 1993, págs. 357-378. Sobre los requisitos y clases de autorizaciones puede consultarse el *Manual para el control del transporte nacional e internacional de viajeros y mercancías*, Madrid, Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente, 1995.

³⁰ En esta línea se manifiesta también el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su Sentencia de 3 de marzo de 1997.

2) *El transportista debe ser propietario del vehículo con el que presta el servicio, o cuanto menos debe ostentar un poder directo de disposición sobre el mismo.*

3) *El vehículo comercial utilizado debe ser de servicio público:* en este sentido, y al amparo de la LOTT, habrá que distinguir entre transporte privado y público. El público es el que se lleva a cabo por cuenta ajena y mediante retribución³¹, mientras que el privado es el que se realiza por necesidades de desplazamiento de carácter personal o doméstico (particular), o por empresas cuya finalidad principal no es la del transporte (complementario). El transporte a su vez puede ser regular o discrecional, aunque el transporte público de mercancías siempre se considera discrecional³².

4) *Dichos servicios pueden realizarse de forma continuada para un mismo cargador o comercializador:* esto supone que la exclusividad en la prestación del servicio no es una característica que laboralice la relación, siempre que se cumplan el resto de los requisitos.

5) *El servicio debe ser retribuido mediante precio:* este último punto resulta irrelevante, puesto que es evidente que la prestación del servicio debe tener prevista una contraprestación económica, y que ésta, si estamos ante un contrato mercantil, debe ser el «precio». No obstante la denominación concreta que se dé a dicha contraprestación no es un elemento indiciario de la extralaboralidad de la relación, puesto que, como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, la relación laboral se configura al margen de la voluntad de las partes, y como bien apunta Pedrajas³³, si existen las características propias del salario, poco importa la denominación que las partes le hayan otorgado.

3.2. Naturaleza de la exclusión

Resulta interesante analizar con carácter previo la naturaleza de la exclusión que se contempla en el artículo 1.3.º g) del Estatuto, en el sentido de si dicha exclusión es meramente declarativa o si por el contrario es constitutiva.

En definitiva, el problema se reduce a tratar de averiguar cuál ha sido la voluntad del legislador con la inclusión de este nuevo párrafo,

³¹ Artículo 62.2.º LOTT.

³² RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio, «Derecho Público del transporte por carreteras», Pamplona, Aranzadi, 1995, págs. 405 y ss.

³³ PEDRAJAS MORENO, Abdón, *ob. cit.*, pág. 319.

algo que puede resultar a priori difícil ante el silencio total de la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994.

Si entendemos que la exclusión es *declarativa*, ello supondría reconocer que en el supuesto que se contempla en la misma, es decir, en el caso del transportista autónomo, no concurren las características propias del contrato de trabajo, y que es por ello por lo que queda excluida. De esta forma el segundo párrafo del apartado g) sería una mera concreción a un supuesto específico de lo establecido en el párrafo primero, es decir, de la exclusión de laboralidad de todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el artículo 1.1.º del Estatuto. Esto implicaría que aunque dicho apartado g) no existiera, la relación que en él se contempla no sería laboral, sino mercantil, y que el referido apartado simplemente se limita a constatar una situación fáctica.

En cambio, si entendemos que la exclusión es *constitutiva*, nos encontraríamos ante una situación que, aun pudiendo reunir las características propias de la relación laboral, sin embargo el legislador ha optado por excluir de este ámbito. ¿Significaría esto que de no existir este artículo 1.3.º.g) nos encontraríamos ante un contrato de trabajo? No se puede afirmar con rotundidad, puesto que habría que examinar en cada concreto caso si concurren las notas propias de la relación laboral establecidas en el artículo 1.1.º del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, lo que sí significaría es que cumpliéndose los requisitos señalados en el citado párrafo g), la relación quedaría sustraída del ámbito laboral, por voluntad expresa del legislador.

En mi opinión, coincidente con la doctrina mayoritaria en este punto, la exclusión debe considerarse de carácter constitutivo, sobre todo teniendo en cuenta que la línea jurisprudencial imperante hasta este momento era proclive, tal y como hemos visto, a incluir a los transportistas en el ámbito laboral, a pesar de concurrir los requisitos que se recogen en el nuevo apartado g), por no considerar suficientemente relevante, por ejemplo, el hecho de que el vehículo fuera propiedad del transportista, frente a otras notas que indicaban la laboralidad de la relación. El concluir que la exclusión es meramente declarativa supondría reconocer que en la situación planteada no concurren las notas características de la relación laboral, y que a pesar de ello la jurisprudencia la ha venido incluyendo en este ámbito en una clara infracción de ley. En cambio, al señalar que es de carácter constitutivo, estamos poniendo de manifiesto que, si bien la jurisprudencia anterior podría considerar que en dichas situaciones concurrían las características propias de una relación laboral, sin embargo en este momento el legislador modifica dicha línea jurisprudencial e incorpora una nueva disposición, excluyéndolas

del ámbito laboral, siempre que se cumplan los requisitos exigidos, y a pesar de que puedan concurrir las notas propias de un contrato de trabajo.

3.3. *Alcance de la exclusión*

Respecto del alcance de la exclusión consagrada en el ya tan citado artículo 1.3.º g), la pregunta que se plantea es la siguiente: ¿establece dicho precepto una presunción «iuris et de iure», de forma que cumpliéndose los requisitos señalados en él, automáticamente la relación pasa a ser de carácter mercantil, o por el contrario se trata de una mera presunción «iuris tantum», es decir, admite prueba en contrario, de forma que a pesar de cumplirse todos los requisitos, podría demostrarse que la relación es laboral por concurrir sus notas características?

En este punto es necesario tener presente la respuesta que se ha dado en cuanto a la naturaleza de la exclusión. Si se ha llegado a la conclusión de que ésta es constitutiva, parece lo más lógico pensar que tenga carácter imperativo y no admita prueba en contrario. Además de ello, parece argumento contundente en favor de esta posición la mera ubicación sistemática de la misma: el párrafo 3.º del artículo 1 del Estatuto enumera las situaciones que quedan excluidas de laboralidad, y ninguna de ellas es presunción, sino auténticas normas de carácter imperativo. Por ello, no hay razón alguna para intentar dotar al concreto punto g) de una condición distinta de la del resto de las exclusiones.

3.4. *La aplicación retroactiva del art. 1.3.º.g) del E.T.*

Un problema que se puede plantear con la aparición de este precepto —máxime teniendo en cuenta el giro que supone con respecto a la línea tradicional— es el relativo a su aplicación con carácter retroactivo, es decir, a relaciones que nacieron antes de su entrada en vigor —el 13 de junio de 1994—, pero que siguen subsistiendo en la actualidad. No existen disposiciones transitorias en este sentido que puedan aclarar la situación, pero lo que sí se debe tener en cuenta a la hora de analizar este punto es que si hemos considerado la exclusión de laboralidad en este caso como constitutiva, ello supone que es desde el momento de su entrada en vigor cuando tal relación pasa a ser mercantil, y no antes, por lo que cualquier relación jurídica anterior de estas características debería considerarse laboral, de acuerdo con el criterio jurisprudencial imperante, siempre que concurren las notas características de la relación laboral.

En cualquier caso la solución no es tan sencilla y habrá que analizar toda una serie de supuestos problemáticos:

1.º) Transportista autónomo³⁴ que suscribe un contrato de trabajo con una empresa de transporte después de la entrada en vigor del artículo 1.3.º g): resulta evidente que en una situación como la descrita se debería aplicar la normativa vigente y que por tanto dicha relación debería configurarse con carácter mercantil, por mucho que las partes pretendan darle un carácter laboral, dado que una norma imperativa la excluye de tal ámbito.

2.º) Transportista autónomo que está vinculado con una empresa de transporte mediante una relación laboral, antes de la aparición del artículo 1.3.º g): dicha relación puede ostentar carácter laboral bien porque así lo decidieron en su día libremente las partes contratantes, —supuesto harto infrecuente en la práctica—, bien porque, instada la oportuna acción por parte del trabajador ante los órganos de la jurisdicción social, así ha sido reconocido por Sentencia judicial firme. En estos casos, ¿la relación se mantiene en la órbita laboral, a pesar de lo señalado en el citado precepto, o de hecho pasaría a tener carácter mercantil?

Desde la entrada en vigor de la reforma, se han venido produciendo en este punto opiniones contrapuestas³⁵, pero la que parece predominante indica que estos trabajadores no podrán verse afectados por el nuevo precepto porque ello implicaría una aplicación retroactiva de normas limitativas de derechos, de carácter inconstitucional de acuerdo con el artículo 9.3.º de la Constitución Española. Con base también en el artículo 2.3.º del Código Civil —que señala con carácter general que las leyes no tendrán efectos retroactivos salvo que dispusieren lo contrario—, se entiende que no debe darse al art. 1.3.º g) un efecto extensivo a las relaciones iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor y que sustantivamente fueron encuadrables dentro del ámbito de laboralidad del artículo 1.º E.T.³⁶. Esto supone que la relación hasta el momento de entrada en vigor de la reforma debe considerarse laboral, y, por tanto, son perfectamente exigibles todas las consecuencias que se deriven

³⁴ Lógicamente, en este punto y en los sucesivos, cuando nos referimos a «transportista autónomo», hacemos referencia a aquel que cumple los requisitos exigidos por el art. 1.3.º g).

³⁵ Así por ejemplo, Valdés entiende que desde el momento que está reconocida una relación laboral, no es de aplicación el art. 1.3.º g), puesto que no estaríamos ante una actividad de servicio público, sino ante un transporte privado complementario. *Vid.* VALDÉS DAL-RE, Fernando, «Ley y jurisprudencia...», *ob cit.*, pág. 38.

³⁶ Sentencias de los T.S.J. de Castilla La Mancha de 5 de julio de 1995, y de Cantabria de 13 de marzo de 1995, entre otras.

de tal calificación. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor de la nueva normativa, la relación pasará a ser mercantil, en aplicación del principio «tempus regit actum», que implica que la nueva regulación se aplicará no sólo a las nuevas relaciones surgidas desde su entrada en vigor, sino también a los efectos futuros de relaciones pasadas. Con lo cual, aunque la relación originariamente fuese considerada laboral, si se plantease algún tipo de controversia en el futuro ante la jurisdicción social sobre hechos acaecidos después de dicha fecha, aquélla debería declararse incompetente para su resolución³⁷. Esta interpretación está en perfecta consonancia con el carácter constitutivo del que hemos dotado a la exclusión de laboralidad: en realidad lo que se produce a mi modo de ver no es sino una novación de la relación, que pasa de tener carácter laboral a ser de naturaleza mercantil, por imperativo legal, operando tal novación desde la entrada en vigor de la nueva normativa, y por tanto, aplicándose únicamente «pro futuro», es decir, con efectos «ex nunc»³⁸.

3.º) Transportista autónomo que estaba vinculado con una empresa de transporte mediante un contrato mercantil de prestación de servicios, antes de la entrada en vigor del art. 1.3.º.g): en este supuesto, la relación permanecería en el ámbito mercantil, de forma que si en un momento dado se interpone demanda ante los Juzgados de lo Social éstos se deberán declarar incompetentes, en aplicación de la normativa vigente que excluye este tipo de relaciones del ámbito laboral. Una vez entra en vigor, la nueva ley se incorpora al ordenamiento jurídico, y se aplica a todas las relaciones jurídicas existentes en ese momento, salvo disposición en contrario del legislador.

4.º) Respecto de los asuntos que se encontrasen *sub iudice* en el momento de la entrada en vigor de la reforma de 1994, es evidente que el juzgador debe aplicar la legislación vigente al momento de interponer la demanda, por lo que en estos casos no se podría tener en cuenta la nueva normativa³⁹.

³⁷ Sentencia del T.S. de 23 de diciembre de 1996, y del T.S.J. de Cantabria de 12 de marzo de 1997.

³⁸ Existen interpretaciones que por el contrario entienden que estamos ante una novación extintiva y con efectos «ex tunc». Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 31 de enero de 1995. *Vid.* SÁNCHEZ PEGO, Francisco Javier, «Los transportistas por cuenta ajena con vehículo propio: significación de la reforma laboral y régimen transitorio», *Actualidad Laboral*, 1995 (II), pág. 430.

³⁹ *Vid.* Sentencia del T.S. de 12 de abril de 1996: se califica la relación como laboral, al no poder aplicar lo establecido en el artículo 1.3.g) del Estatuto, por ser la demanda de fecha anterior a su entrada en vigor. Lo mismo sucede en la Sentencia del T.S.J. de Cataluña de 3 de marzo de 1997.

3.5. *La constitucionalidad del precepto*

Dado el criterio que utiliza el legislador para la determinación de los supuestos en los que la relación transportista-empresa de transporte queda extramuros del derecho laboral, podría plantearse su compatibilidad con los preceptos constitucionales, toda vez que el criterio utilizado podría entenderse discriminatorio. La cuestión se podría enunciar de la siguiente forma: ¿puede considerarse que el hecho de tener la tarjeta de transporte, o lo que es lo mismo, el hecho de que el vehículo supere un determinado tonelaje establecido legalmente, es criterio suficiente para poder determinar la laboralidad o no de una relación?

Independientemente de que a mi modo de ver el legislador no ha estado excesivamente acertado a la hora de optar por el criterio delimitador, es interesante constatar que el Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de manifestarse sobre este extremo, concretamente y por primera vez en su Sentencia de 5 de junio de 1996⁴⁰. En ella señala que el legislador es competente para delimitar mediante criterios específicos la frontera entre la relación jurídica contrato de trabajo y otras figuras afines. Dichos criterios, para adecuarse al marco constitucional, deben ser coherentes con el criterio general de definición de la relación de trabajo, y por otra parte, debe existir una necesaria proporcionalidad entre el criterio escogido y el propósito o finalidad que se persigue.

Pues bien: el Tribunal Supremo entiende que el criterio de la auto-rización administrativa exigido a los transportistas a partir de un cierto tonelaje, es coherente en tanto en cuanto refleja la importancia del medio de transporte en el desarrollo de la actividad, que es indicativo a su vez del carácter por cuenta ajena o por cuenta propia del servicio de transporte realizado⁴¹. En definitiva, lo que viene a decir es que en el caso de transportistas que utilizan un vehículo de gran tonelaje, cuya adquisición requiere la inversión de una importante cantidad de dinero, puede razonablemente considerarse que dicho vehículo es la herramienta fundamental de su actividad, en la que el transportista asume todo el gasto, y el riesgo, con lo cual se desnaturalizan los rasgos de laboralidad, y priman los propios de una relación mercantil de arrendamiento de servicios. Por lo tanto, la justificación empleada es la misma que sirvió en su día al Tribunal para declarar el carácter laboral de la relación de los mensajeros con las empresas de transporte: en aquella

⁴⁰ ARAMENDI SÁNCHEZ, Pablo, «Transportistas con vehículo propio tras la STS de 5-6-96», *Social mes a mes*, 1996 (18), pág. 14.

⁴¹ Así lo ha manifestado también en la Sentencia de 18 de julio de 1996.

ocasión se sostenía que, dada la irrelevante inversión económica que implicaba la adquisición de un ciclomotor, no podía considerarse éste como elemento fundamental de la relación, sino que lo verdaderamente relevante era la aportación de trabajo personal. Ahora se aplica el mismo razonamiento *a sensu contrario*, para excluir de laboralidad a los transportistas que requieren tarjeta de transporte por utilizar vehículos de peso superior a dos toneladas.

Lo cierto es que en mi opinión —y a salvo de lo que pueda manifestar al respecto el Tribunal Constitucional—, la norma en cuestión se adecua perfectamente a los preceptos constitucionales, y no es discriminatoria en modo alguno, puesto que es cierto que establece una distinción entre transportistas, pero tal distinción se basa en un criterio objetivo y que a su vez viene establecido por Ley estatal⁴², por lo que queda excluida cualquier aplicación arbitraria de la normativa. Ahora bien, que el criterio adoptado sea objetivo y no discriminatorio, no significa en modo alguno que sea el adecuado.

4. Conclusiones

Llegados a este punto de la exposición, parece conveniente intentar extraer algunas conclusiones que puedan servir como premisas para el análisis de cualquier supuesto de esta índole que se nos pueda presentar en un momento dado. Así, en principio, parece que dos aspectos no deberían ofrecer duda alguna:

- 1.º) Los transportistas que desempeñen una actividad de servicio público a través de vehículos de su propiedad o sobre los que ostenten poder de disposición, y requieran preceptivamente disponer de una autorización administrativa de transporte para ello, no mantendrán relación laboral alguna con las empresas de transporte que los contraten para efectuar la distribución de mercancía, sino que dicha relación se mantendrá en la órbita mercantil, independientemente de que los servicios se presten o no en régimen de exclusividad. En estos supuestos no será necesario proceder a analizar si se cumplen o no los requisitos propios

⁴² Señala el Tribunal en las dos Sentencias citadas que cualquier modificación que en el futuro pueda adoptarse en cuanto al tonelaje mínimo necesario para que resulte preceptiva la autorización para el transporte deberá ser adoptada necesariamente por el legislador estatal, independientemente de las competencias que tengan asumidas en materia de transporte las Comunidades Autónomas.

de una relación laboral, sino que, acreditadas las circunstancias mencionadas, ello deberá ser suficiente para decretar sin más el carácter extralaboral de la relación, y en consecuencia, la incompetencia del orden social de la jurisdicción para conocer de cualquier controversia que haya podido surgir entre las partes.

- 2.º) En los demás supuestos, esto es, personas que realizan labores de transporte con vehículos que no requieren autorización administrativa, habrá que analizar caso por caso si se cumplen o no las notas distintivas de la relación laboral, ya que sólo así se podrá llegar a determinar el carácter de la misma.

Esta primera diferenciación de supuestos parece en principio indiscutible, sobre la base de los argumentos que se han venido exponiendo anteriormente. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha venido a sembrar la duda con un pronunciamiento a mi entender harto discutible, en su Sentencia de 17 de marzo de 1997⁴³. Señala el Tribunal que el art. 1.3.º g) del Estatuto de los Trabajadores elimina del ámbito laboral la relación de los llamados transportistas autónomos, y que la autorización administrativa es innecesaria puesto que el transporte de mercancías entregadas por una empresa para repartir entre los clientes es un servicio público, y ello es suficiente para excluirlo del ámbito laboral. No comparto en absoluto esta teoría, ya que según hemos analizado anteriormente, es precisamente la autorización administrativa la clave para distinguir entre unos y otros supuestos: no el hecho de que materialmente la tenga o no, sino la obligatoriedad o no de disponer de ella, fundamentalmente según el tonelaje del vehículo. Es la única interpretación posible, puesto que de otra forma no se entenderían las razones que han llevado al legislador a efectuar la mención a la autorización administrativa en el art. 1.3.º g).

En esta línea se manifiesta también el voto particular que contiene la referida Sentencia⁴⁴, en el cual de una forma muy clara se pone de manifiesto cómo no todo vehículo comercial de servicio público precisa autorización administrativa, de forma que no se puede generalizar, sino que sólo aquellos que requieran dicha autorización por disponer de un P.M.A. superior a dos toneladas estarían excluidos del ámbito laboral,

⁴³ Puede encontrarse un comentario de la referida Sentencia en *Aranzadi Social* (1997), presentación n.º 37, págs. 2.539-2.544, y el texto íntegro de la misma, en la citada revista, págs. 1.375-1.379.

⁴⁴ Voto particular del Ilmo. Sr. D. Ponç Feliu Llansà, *Aranzadi Social* (1997), págs. 1.378-1.379.

y respecto de los restantes, será necesario analizar caso por caso si concurren o no las circunstancias propias de una relación laboral.

Aspecto muy distinto es, por supuesto, que esto sea lógico y razonable. En mi opinión, y como ya he manifestado anteriormente, no me parece acertado que lo que determine la laboralidad o no de una rotación sea en último término el tonelaje del vehículo, puesto que tan empresario autónomo puede ser quien dispone de un vehículo de dos toneladas de peso máximo autorizado, como quien dispone de uno o varios de tonelada y media, y sin embargo, el primero queda excluido «ope legis» del ámbito laboral, mientras que en el caso del segundo habría que analizar todas las características de su relación con la empresa de transporte para poder determinarlo. Sin embargo, hoy por hoy, y a la luz del art. 1.3.º g), no cabe otra interpretación posible, y la propuesta por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no se ajusta a lo preceptuado legalmente.

Por último, y respecto a quienes no cumplen los requisitos para incluirse en el supuesto del art. 1.3.º g), hay que distinguir entre los motoristas o mensajeros, y los repartidores con vehículos de pequeño tonelaje. Puesto que si para los segundos siempre se plantea la duda, y hay pronunciamientos para todos los gustos en función de las concretas circunstancias, respecto de los primeros, los Tribunales mantienen un criterio bastante unánime, favorable a su inserción en el ámbito laboral, basándose en el mismo argumento que se utilizó en la «Sentencia de los mensajeros», esto es, el escaso valor económico del medio de transporte, que hace que no sea éste el elemento fundamental de la relación, sino que lo verdaderamente relevante es la aportación personal del trabajador. Así lo ha manifestado en varias ocasiones el Tribunal Supremo, señalando que el carácter personal de la prestación y su ajenidad no se desvirtúan por el hecho de la aportación de un vehículo propio por el trabajador, cuando tal aportación no tiene la relevancia económica necesaria para convertir su explotación en elemento definidor y en la finalidad fundamental del contrato⁴⁵.

Sin embargo, a la hora de analizar estos casos, deben tenerse siempre presentes las peculiaridades intrínsecas de esta concreta actividad de servicios, que impiden que en la mayoría de los supuestos se perciban las características propias del derecho laboral con total nitidez. Por ello, la solución adoptada por el legislador a través del art. 1.3.º g) no viene a resolver la problemática existente en el sector del transporte y

⁴⁵ Sentencias de 19 de noviembre de 1992, 12 de abril y 19 de noviembre de 1996 entre otras.

mensajería respecto de la naturaleza de las relaciones que en el mismo acaecen, salvo en unos concretos casos que en la práctica no son los más numerosos. Quizás lo más acertado hubiese sido la creación de una relación laboral de carácter especial, tal y como defendían algunos⁴⁶. Sin embargo, y dado que no ha sido así, en tanto no se produzca una nueva modificación legislativa en la materia, deberán ser los Tribunales quienes decidan la mayoría de las veces el carácter de la relación que se les presenta, analizando las concretas circunstancias de cada caso. En definitiva, por consiguiente, salvo para los grandes transportistas —para quienes el legislador ha sido claro y contundente—, la regulación actual no ha eliminado en modo alguno la inseguridad sobre la que, en este punto, se mueve el importante número de personas físicas y jurídicas que se dedican al mundo del transporte y la mensajería.

⁴⁶ Así opina, por ejemplo, SÁNCHEZ PEGO, Francisco Javier, *ob. cit.*, pág. 428.

RECONOCIMIENTO Y EJECUCION EN ALEMANIA DE SENTENCIAS EXTRANJERAS DE DAÑOS PUNITIVOS

Comentario a la decisión del Tribunal Federal de Justicia alemán (*Bundesgerichtshof*), de 4 de junio de 1992

Goretti Vadillo Robredo

Sumario: I. Introducción. II. Marco legal para el reconocimiento y la ejecución de sentencias en Alemania. 1. General. 2. Reconocimiento de una sentencia indemnizatoria de daños y perjuicios de los Estados Unidos, art. 328(1) del ZPO. 3. Decisiones alemanas. III. Daños punitivos. 1. Definición. 2. Naturaleza de la indemnización. 3. Daños punitivos v. Orden público alemán. a) Posturas a favor. b) Posturas en contra. IV. Comentario a la decisión del Tribunal Federal de Justicia Alemán (*Bundesgerichtshof*), de 4 de junio de 1992. 1. Los hechos. 2. «*Pre-trial Discovery*». 3. «*Contingent fee*». 4. Indemnización económica excesiva bajo los criterios del país. 5. Daños punitivos. 6. Reconocimiento parcial. V. Conclusión.

I. Introducción

La indemnización de daños punitivos es, probablemente, una de las figuras del Derecho anglosajón que más curiosidad despierta para un jurista continental¹. A partir de la década de los ochenta, se ha pasado

¹ Un ejemplo de indemnización de daños punitivos que atrajo la atención del público norteamericano fue la del Tribunal Supremo de Missouri, en el que se anuló un veredicto de 40 millones de dólares (de los cuales 20 millones correspondían a daños punitivos). Esta indemnización se había concedido a una mujer que sufre de parálisis como consecuencia de un accidente de automóvil, ocurrido en febrero de 1990. Ese mismo año, un jurado del *Circuit Court* de St. Louis indemnizó a la Sra. Rodríguez con 30 millones de dólares como indemnización compensatoria y 60 millones de dólares por daños punitivos. El demandado era Suzuki Motor Corp. En la apelación entablada por Suzuki, la Juez Anna C. Forder redujo la indemnización a 20 millones como daños compensatorios y 20 millones como daños punitivos. El Tribunal Supremo devolvió el caso al Tribunal de St. Louis para un nuevo juicio.

de la mera curiosidad doctrinal hacia la figura de los daños punitivos a la necesidad de que algunos órganos jurisdiccionales deban examinar la figura. En primer lugar, Tribunales europeos se han visto obligados a tratar esta cuestión en el ámbito de su notificación en el contexto del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1965². En segundo lugar, los órganos jurisdiccionales europeos, especialmente los de Alemania y Suiza, han estudiado los daños punitivos a fin de otorgar o denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia norteamericana que contuviese dicha partida indemnizatoria.

Las indemnizaciones de daños punitivos siempre han sido objeto de debate en los Estados Unidos, pero en los últimos treinta años la polémica ha crecido, saliendo de los ámbitos jurídicos y llegando al público en general. Además, la figura ha sido objeto de reformas legislativas en el ámbito estatal, y de una Propuesta de Ley federal para limitar su cuantía en un techo superior (en la propuesta actual, vetada por el Presidente Bill Clinton, el límite es de 250.000 dólares o el doble de la cantidad concedida como daños compensatorios³).

El debate ha entrado en Europa en relación con la ejecución de sentencias norteamericanas en las que se contiene la partida de daños punitivos. En concreto, la cuestión se ha planteado en Alemania, Suiza y también en Japón. El sistema jurídico alemán es el que se ha visto obligado a responder a un mayor número de cuestiones relativas a los daños punitivos⁴.

² En el presente artículo no vamos a tratar los problemas planteados en el contexto de la notificación, puesto que queda fuera de los límites del presente estudio (sobre esta cuestión véase REQUEJO ISIDRO, M., «Punitive Damages y su notificación en el contexto del Convenio de La Haya de 15 de octubre de 1965», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVIII, 1996, n.º 2, pp. 71 y ss. y «Germany: Federal Constitutional Court Orders concerning Service of Punitive Damage Claims», *International Legal Materials*, vol. XXXIV, 1995, pp. 975 y ss.).

³ *Secc 1033. Product Liability Reform*

(c) *Limitations on Punitive Damages:*

(1) *General limitation: Punitive damages may, to the extent permitted by applicable State law, be awarded against a manufacturer or product seller in a product liability action if the claimant establishes by clear and convincing evidence that the harm suffered was the result of conduct manifesting actual malice.*

(2) *Limitation on amount: The amount of punitive damages that may be awarded for a claim in any civil action subject to this section shall not exceed 3 times the amount awarded to the claimant for the economic injury on which such claim is based, or \$250,000, whichever is greater.*

⁴ *Vid.* REQUEJO ISIDRO, M., «Punitive Damages y su notificación...», loc. cit., p. 72, en donde la autora pone de relieve que «es el alemán el sistema jurídico más afectado por la cuestión, lo que a todas luces se justifica en el volumen y envergadura de las relaciones comerciales entre EEUU y la RFA; pero evidentemente no quedan excluidos planteamientos semejantes en otros países europeos, entre los que se cuenta España».

Hasta el momento no existe ninguna decisión de Tribunales españoles sobre este tema.

A continuación, analizaremos el sistema legal alemán de reconocimiento y ejecución de sentencias, la figura de los daños punitivos y comentaremos la sentencia del Tribunal Federal de Justicia de Alemania, de 4 de junio de 1992, en la que se niega la ejecución de una indemnización punitiva.

II. Marco legal para el reconocimiento y la ejecución de sentencias en Alemania

1. *General*

El marco legal dentro del que se estudia el reconocimiento de sentencias extranjeras en Alemania está diseñado en los acuerdos bilaterales y multilaterales de los que forma parte Alemania⁵, y también en las normas del Ordenamiento jurídico alemán para aquellas sentencias que provengan de países con los que no hay convenio. Las normas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil se encuentran en el Código de Procedimiento civil (Zivilprozeßordnung; ZPO). El artículo 328 del ZPO trata del reconocimiento en general⁶, mientras que los artículos 722 y 723 del ZPO regulan el procedimiento para la ejecución de las sentencias extranjeras⁷. También debe tenerse en cuenta la Constitución alemana en el reconocimiento y ejecución de

⁵ Por ejemplo, el Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (27/9/1968) y la Convención de Lugano ((1988) Official Journal of the European Communities, No. L 319/1).

⁶ El Código de Procedimiento civil de Alemania (ZPO), en la sección 328 recoge que no se reconocerán en Alemania las sentencias extranjeras:

- a) si los tribunales del país extranjero que emitieron la sentencia no tenían jurisdicción (según la ley de conflictos alemana);
- b) si la demanda no fue notificada apropiadamente al demandado, impidiendo por tanto su defensa (328(1) No. 2);
- c) si la sentencia extranjera duplica una sentencia alemana o extranjera ya existente, o procedimientos que ya han comenzado y son anteriores a los de la sentencia extranjera (328(1) No. 3);
- d) si el reconocimiento de la sentencia da lugar a un resultado incompatible con los principios básicos del Derecho alemán, en particular con los derechos constitucionales (328(1) No. 4);
- e) si no hay garantía de reciprocidad (328(1) No. 5).

⁷ La Ley de reforma del Derecho privado internacional, de 25 de julio de 1986, trató principalmente cuestiones de derecho sustantivo y no introdujo cambios fundamentales ni adaptó soluciones totalmente nuevas en este tema, aunque los números 2, 3 y 4 del 328(1) sufrieron una nueva formulación.

sentencias extranjeras⁸. Asimismo, no existe convenio entre Alemania y los Estados Unidos, por lo que para el reconocimiento de las sentencias que provengan de dicho país serán de aplicación los artículos anteriores del ZPO⁹.

De acuerdo con el 723 II 2 ZPO, no se llevará a cabo la ejecución de una sentencia extranjera si su reconocimiento no es posible según el 328(1) ZPO. Este artículo (el 328(1) del ZPO) contiene una lista de 5 razones por las que se puede negar la ejecución: 1. Cuando el tribunal de origen carece de jurisdicción; 2. Cuando al demandado no le fue adecuadamente notificada la acción; 3. Cuando la sentencia entra en conflicto con una decisión previa sobre la misma cuestión, o es incompatible con una acción previamente iniciada en la República de Alemania; 4. Cuando la sentencia viola nociones fundamentales del orden público alemán; 5. Finalmente, cuando no se asegura la reciprocidad (por ejemplo, cuando una sentencia equivalente alemana no sería ejecutable en el país de origen).

No existe una distinción clara en el 328(1) del ZPO sobre los que son prerequisites para el reconocimiento, y los que son defensas en contra del reconocimiento. El artículo 328(1) del ZPO sólo da una lista de bases para negar el reconocimiento. Por lo que la cuestión de la carga de la prueba debe decidirse en cada una de estas cuestiones de forma independiente¹⁰.

Un requisito inicial para el reconocimiento que no está mencionado explícitamente es que la sentencia extranjera debe ser el resultado de

⁸ Especialmente desde que el Tribunal Constitucional Federal declaró, en el caso «Spaniar», que las normas de Derecho privado internacional deben ser compatibles con la Constitución alemana (4 de mayo de 1971 *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE* 31, 58 = 1971 NJW 1509 = 36 *RebelsZ* 45, 141 (1972). La referencia de esta sentencia ha sido tomada de MARTINY, D., «Recognition and Enforcement of Foreign Money Judgments in the Federal Republic of Germany», *American Journal of Comparative Law*, 1987, vol. 35, pp. 723-724.

⁹ Para más información sobre este tema ver: MARTINY, «Recognition and Enforcement...», *loc. cit.*, pp. 721-759; «Kraus, Enforcement of Foreign Money Judgements in the Federal Republic of Germany - Some Aspects of Public Policy», *Texas International Law Journal*, 1982, vol. 17, pp. 195 y ss.; HAY, P., «The Recognition and Enforcement of American Money-Judgments in Germany - The 1992 Decision of the German Supreme Court», *American Journal of Comparative Law*, 1992, vol. 40, pp. 729 y ss.; ZEKOLL, J., «Recognition and Enforcement of American Products Liability Awards in the Federal Republic of Germany», *American Journal of Comparative Law*, 1989, vol. 37, pp. 301 y ss.; STIEFEL, E., STÜRNER, R., STADLER, A., «The Enforceability of Excessive U.S. Punitive Damage Awards in Germany», *American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39, pp. 779 y ss.; REQUEJO ISIDRO, M., «Reconocimiento en España de sentencias extranjeras condenando al pago de punitive damages», *Iniuria*, 1995, n.º 6, pp. 83 y ss.

¹⁰ *Id.*, MARTINY, «Recognition and Enforcement...», *loc. cit.*, p. 733.

un procedimiento civil. Ésta ha sido una de las cuestiones que más problemas planteó, en el pasado, a la hora del reconocimiento de las indemnizaciones de daños punitivos, dando lugar a un debate en la doctrina alemana sobre la naturaleza civil o penal de dicha partida indemnizatoria¹¹.

Cuatro de los cinco elementos del 328(1) del ZPO no han presentado grandes problemas para el reconocimiento de sentencias norteamericanas de indemnización de daños y perjuicios¹². El argumento más utilizado en contra del reconocimiento ha sido el 328(1)4 del ZPO, la violación de la sentencia norteamericana del orden público alemán¹³. De acuerdo con el 328(1)4 se niega el reconocimiento sólo en aquellos casos en los que éste produjese un resultado que fuese manifiestamente irreconciliable con los principios básicos esenciales del Derecho alemán, incluyendo los principios constitucionales básicos. El reconocimiento no puede negarse sólo porque el tribunal extranjero aplicó una

¹¹ La naturaleza civil de los daños punitivos es, en la actualidad, aceptada en Alemania de forma casi universal. Esta cuestión se tratará más adelante.

¹² Algunas matizaciones sobre el 328(1) ZPO que debemos hacer antes de continuar con la exposición son: en primer lugar, cuando el 328(1) ZPO hace referencia al «tribunal extranjero», se debe interpretar como el cuerpo con autoridad pública que ha sido autorizado bajo la Ley del Estado para resolver disputas sobre materias civiles. En segundo lugar, el término «*urteil*» (sentencia), en el 328 ZPO, se entiende que hace referencia a todas aquellas decisiones que deciden disputas entre partes, independientemente del nombre que reciba la decisión. En tercer lugar, la versión anterior del 328(1)2 discriminaba entre los demandados alemanes y los otros demandados. La nueva versión ya no discrimina a los demandados extranjeros, su texto se ha ajustado al art. 27.2 de la Convención de Bruselas y a las recientes convenciones bilaterales. En cuarto lugar, el 328(1)3 no impide que la sentencia extranjera pueda tratar cuestiones que han sido la cuestión litigiosa en otros tribunales, sino que bajo el 328(1)3 del ZPO una sentencia extranjera que entra en conflicto con una sentencia previa de un tercer Estado y que tiene derecho a reconocimiento en Alemania funciona como forma para impedir el reconocimiento. Está claro que la sentencia extranjera tampoco puede ser reconocida si es incompatible con una decisión previa de un tribunal alemán en una acción entre las mismas partes. La idea básica es que en procesos paralelos la prioridad se le debe dar a la sentencia primera en el tiempo. La regla del «primero en el tiempo» no es discutida. Por último, no existe una definición legal de «reciprocidad» en el 328(1)5 ZPO pero existe una jurisprudencia bien establecida. Es suficiente que la reciprocidad se asegure por el derecho o por la jurisprudencia. Es suficiente que el Estado extranjero esté preparado para reconocer las sentencias extranjeras y no es necesario que todo tipo de sentencias alemanas sean reconocidas en el otro Estado. La reciprocidad es divisible.

¹³ En España existen dos regímenes de reconocimiento: el de reciprocidad (arts. 952 y 953 de la LEC) y el de condiciones, subsidiario del anterior, art. 954 LEC (aunque, de hecho, se ha convertido en el principal). El punto tercero de este artículo trata la no contradicción con el orden público español; es decir, que «la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España». Sobre el reconocimiento en España de daños punitivos *vid.* REQUEJO ISIDRO, «Reconocimiento en España...», loc. cit., pp. 83 y ss.

ley que es diferente de las leyes domésticas a menos que sea fundamentalmente incoherente con el sistema legal alemán. El no reconocimiento debe ser la *ultima ratio*. La razón para este alto nivel de tolerancia está basada en la prohibición de revisión del fondo que deben observar los Tribunales alemanes. Bajo ninguna circunstancia puede examinarse el fondo del asunto de la sentencia extranjera; en otras palabras, no se puede investigar si la decisión del tribunal extranjero fue correcta¹⁴. El mismo estándar rige para las diferencias procesales que puedan existir entre los dos sistemas. El demandado sólo puede impedir el reconocimiento basado en las diferencias procesales cuando entren en conflicto con los principios legales procesales esenciales del proceso alemán .

2. Reconocimiento de una sentencia indemnizatoria de daños y perjuicios de los Estados Unidos, artículo 328(1) del ZPO

Cuando una sentencia norteamericana de indemnización de daños y perjuicios llega a los Tribunales alemanes en busca de su reconocimiento y ejecución se encontrará con una serie de dificultades, tanto si contiene como si no una partida indemnizatoria de daños punitivos. Ciertamente, como hemos apuntado en el apartado anterior, el escollo más importante al que se han enfrentado las decisiones de los órganos judiciales norteamericanos ha sido la violación del orden público alemán que supone una indemnización punitiva, pero éste no ha sido el único. A continuación, vamos a tratar algunas de estas cuestiones, todas ellas en mayor medida solventadas ya por la doctrina y la jurisprudencia alemana, entre las que podemos destacar: diferencias procesales entre los dos sistemas, indemnización de los daños compensatorios (en especial los daños morales), la aplicación del artículo 38 del Título Preliminar del Código civil alemán (EGBGB)¹⁵ y el pago de honorarios de abogados¹⁶.

¹⁴ El mismo principio se aplica bajo la Convención de Bruselas y bajo otros acuerdos bilaterales.

¹⁵ *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*.

¹⁶ En la década de los setenta la doctrina alemana también analizó la posible incompatibilidad de las indemnizaciones de daños causadas por productos defectuosos y el orden público alemán, como consecuencia de la teoría de responsabilidad objetiva que era de aplicación en los Estados Unidos. Hoy en día esta cuestión carece de importancia tras la aprobación de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, 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.

1. Ocasionalmente, se ha alegado que las sentencias norteamericanas podrían violar la cláusula de orden público del 328(1)4 ZPO cuando en el proceso han existido los *pretrial discovery*. El argumento contrario al reconocimiento se basa en que esta figura inevitablemente da lugar a formas intrusas e injustas de obtener pruebas (lo que en Derecho alemán se conoce como *Ausforschungsbeweis*), prohibidas por los principios fundamentales del Derecho civil procesal alemán. Los *pretrial discovery* son instrumentos que pueden utilizar las partes de un proceso, antes del juicio, para descubrir pruebas o para preparar el juicio; por ejemplo interrogatorios, declaraciones o testimonios, peticiones para la admisión de hechos, etc., y están recogidos en las leyes procesales norteamericanas (entre otras, Fed.R.Civ. P. 26-37)¹⁷. En opinión de Zekoll¹⁸, en este argumento existe un malentendido sobre el momento de la prueba en los procesos norteamericanos; en otras palabras, que se confunde «*prior to trial*» o «*pretrial*», con «*pre-pendency*». El malentendido de que las pruebas son «*pre-pendency*» descansa en que en los sistemas de Derecho civil no se distingue entre la fase anterior al proceso y el proceso mismo. Según este autor, resulta difícil para los abogados de países de Derecho civil concebir que el proceso equivalente de recogida de datos en los Estados Unidos puede ser manejado principalmente sólo por las partes. En realidad, la prueba, en el proceso norteamericano, sí requiere que la acción esté pendiente. Además, está disponible la supervisión del tribunal para evitar los posibles abusos. Asimismo, esta figura cumple fines legítimos del proceso; por ejemplo, una de sus funciones es la de salvaguardar contra posibles sorpresas durante el juicio¹⁹, ya que en los Estados Unidos a las partes del proceso (a diferencia de lo que ocurre en Alemania) normalmente se les prohíbe la recogida de pruebas durante el juicio.

Otro argumento en contra de las diferencias procesales en la prueba entre ambos sistemas descansa en la amplitud de los medios de prueba norteamericanos. Se afirma que los medios de prueba en el Código de procedimiento civil alemán son mucho más limitados. Esta diferencia general, que no deja de ser cierta, no parece que haya sido suficiente para negar el reconocimiento de las sentencias norteamericanas bajo el 328(1)4 ZPO.

¹⁷ Vid., BLACK, H.C., *Black's Law Dictionary*, 6.ª edic., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1991, p. 824.

¹⁸ Vid. ZEKOLL, «Recognition and Enforcement of American Products...», loc. cit., pp. 331 y ss.

¹⁹ Sobre la prueba en el Derecho norteamericano, vid. NOTE, «Developments in the Law - Discovery», *Harvard Law Review*, 1961, vol. 74, pp. 940 y ss.

2. Una de las figuras comúnmente esgrimida para impedir el reconocimiento de las sentencias indemnizatorias norteamericanas ha sido la de los *contingent fees*, que son los acuerdos realizados entre el abogado y su cliente, y según los cuales el abogado acepta representar al cliente y su honorario será un tanto por ciento de la cantidad que éste reciba en la sentencia; por ejemplo, el 25% si el caso finaliza con un acuerdo extrajudicial, o el 30% si el caso llega a juicio. Un acuerdo equivalente con un abogado alemán sería nulo e inválido por aplicación del 138, para 1 del Código civil alemán (BGB).

Los acuerdos contingentes están íntimamente relacionados con la «*American rule*»²⁰ que rige en los Estados Unidos. La aplicación de esta regla tiene como resultado que los honorarios del abogado de la parte ganadora no son un componente de la indemnización, a menos que se autorice por ley o por contrato entre las partes. Sin embargo, debemos tener en cuenta que existen excepciones a esta regla general, por ejemplo, cuando el oponente ha actuado con mala fe, de forma vejatoria, o si el proceso aporta un beneficio substancial a los miembros de un grupo bien definido («*class action*»), entre otras. Un principio básico de las reglas procesales europeas es el de que la parte perdedora debe soportar los costes legales en que razonablemente incurra la parte ganadora²¹.

Existe la sospecha de que los jurados norteamericanos tienden a aumentar la cuantía indemnizatoria para compensar por los honorarios de los abogados a la parte ganadora. Se ha dicho que esta carga adicional podría violar el orden público si es incompatible con principios básicos del Derecho alemán, ya que los costes legales de la parte ganadora normalmente consisten en acuerdos contingentes de gran valor económico. El Tribunal Supremo alemán, en 1963, examinó si la figura de los acuerdos contingentes violaba el orden público recogido en el artículo 6

²⁰ BLACK, *Black's Law Dictionary*, op. cit., p. 53:

«*The traditional "American Rule" is that attorney fees are not awardable to the winning party (i.e. each litigant must pay his own attorney fees) unless statutorily or contractually authorized; however exceptions exist in that an award may be made to successful party if the opponent has acted in bad faith, vexatiously, wantonly or for oppressive reasons or if the litigation confers a substantial benefit on the members of an ascertainable class and the court's subject matter jurisdiction makes possible an award that will operate to spread the costs proportionately among them. In addition a court may in its discretion award attorney fees in civil rights actions to the prevailing defendant if the action was frivolous, unreasonable or without foundation. Also, a number of federal statutes make provision for awards of attorney fees to prevailing plaintiffs in actions involving violations of various federal laws (e.g. Fair Labor Standards Act, 16, 29, U.S.C.A. 216(b)).*»

²¹ Este principio se recoge, por ejemplo, en el artículo 91 ff del ZPO.

del EGBGB y llegó a la conclusión de que podían ser aceptados, pero debían ser reducidos en su cuantía²². En este caso en particular, el valor de la disputa era de aproximadamente 90.000 marcos y el Tribunal redujo el acuerdo contingente del 35% al 20%. A partir de esta decisión se generalizó la idea de que «todos» los acuerdos contingentes de honorarios de abogados debían ser examinados y reducidos²³. Esta decisión ha sido nuevamente interpretada por la sentencia que más adelante comentaremos.

3. El *quantum* de las partidas indemnizatorias concedidas en las sentencias norteamericanas también ha sido motivo de disputa en el reconocimiento y ejecución de dichas sentencias en Alemania. No existen diferencias esenciales entre los Estados Unidos y Alemania sobre los ítemes que generalmente se indemnizan como daños compensatorios. Bajo ambos órdenes legales la víctima tiene derecho a recibir indemnización por todos los daños que sufra como consecuencia del acto ilícito (daños a la propiedad, pérdida de salarios, gastos médicos y daños morales). Los daños económicos no son objeto de controversia porque es posible realizar sobre ellos una determinación económica más o menos objetiva y por lo tanto no violan la cláusula de orden público del 328(1)4 ZPO. Sin embargo, sí ha existido cierta discusión sobre los daños morales (*pain and suffering*) ya que normalmente el *quantum* indemnizatorio que se concede en los Estados Unidos por este concepto es superior a lo que indemnizan los Tribunales alemanes por lesiones similares. Por un lado, existe la sospecha de que los jurados norteamericanos tácitamente incrementan esta partida para compensar en ella no sólo los daños morales sufridos por la víctima sino también los costes legales en los que ésta ha incurrido²⁴. La doctrina mayoritaria alemana ha llegado a la conclusión de que, aunque esta sospecha fuese cierta, no se estaría dañando el orden público del foro, porque el artículo 91 ZPO ordena que la parte perdedora soporte todos los costes, incluyendo los costes legales, en que razonablemente incurra la parte ganadora. Además, la

²² BGHZ, 44, 183, 190 (1965). Este caso no trataba sobre reconocimiento de una sentencia extranjera, sino sobre la ley aplicable de acuerdo al Derecho internacional privado alemán.

²³ Vid. STIEFEL, STÜRNER, STADLER, «The Enforceability of Excessive...», loc. cit, p. 797. En opinión de estos autores, esta decisión provee de guía para el test de orden público de las indemnizaciones extranjeras en las que se encuentran escondidos los costes legales. En su opinión, no violarían la cláusula del orden público acuerdos contingentes de honorarios de abogados que fuesen del 30 al 10%.

²⁴ Vid. ZEKOLL, «Recognition and Enforcement of American Products...», loc. cit., pp. 320-321.

prohibición de revisar el fondo del asunto impide un análisis por parte del tribunal alemán de los motivos que llevaron al jurado a conceder la indemnización por daños morales.

Por otro lado, las indemnizaciones de Tribunales norteamericanos de daños morales también han sido motivo de ataque, por parte de los demandados que buscan el no reconocimiento de la sentencia en Alemania, basándose en que son contrarias al principio de proporcionalidad de la Constitución alemana y consecuentemente violan el orden público²⁵. En primer lugar, de acuerdo con el 253 del BGB los daños morales no son la regla general sino una excepción al principio legal básico de compensación. El 847.1 del BGB restringe las indemnizaciones de daños morales a las lesiones del cuerpo o en la salud y privación de libertad²⁶. ¿Qué ocurre cuando una indemnización por daños morales norteamericana concede una cuantía muy superior a la que hubiese sido concedida por un tribunal alemán ante una situación y unos daños similares?, ¿cuál es el criterio que se debe aplicar?

Han sugerido algunos autores²⁷ que una oscilación del 50% debería ser permitida, y por lo tanto una indemnización que ascendiese al doble de lo que se hubiera indemnizado en Alemania bajo el Derecho alemán no dañaría el orden público. El *Oberlandesgericht* (OLG) de Düsseldorf consideró tolerable una cantidad que excedió 4 veces a la que hubiera sido concedida por un tribunal alemán. En opinión del OLG, cualquier cantidad que excediese a la anterior «trascendería todos los límites razonables»²⁸ con lo que no podría ser reconocida bajo el 328(1)4 ZPO.

Las indemnizaciones de *pain and suffering* son valoradas de acuerdo con la gravedad de la lesión, magnitud, duración del dolor, las circunstancias de los agentes ilícitos, su culpabilidad, y la situación económica del demandado y el demandante. En opinión de un sector de la doctrina alemana²⁹, estos criterios tienen en cuenta el principio de compensación razonable de la misma forma que los Tribunales alemanes hacen cuando calculan la cantidad indemnizatoria en un caso individual,

²⁵ Una indemnización de daños desproporcionada puede infringir las libertades individuales del demandado, con lo que se produciría una violación de la Constitución. Para más detalles ver Tribunal Constitucional Federal alemán (B.Verf.GE), vol. 34, pp. 269-285.

²⁶ Parece dudoso el carácter de principio esencial de esta regla ya que el Tribunal Supremo alemán permite excepciones a ella.

²⁷ Vid. HAY, «The Recognition and Enforcement of American...», loc. cit., p. 740.

²⁸ *Recht der internationalen Wirtschaft* (RIW), vol. 37 (1991), p. 594.

²⁹ La doctrina alemana a favor de esta postura la recogen STIEFEL, STÜRNER y STADLER, «The Enforceability of Excessive...», loc. cit., p. 792.

con lo que las indemnizaciones por *pain and suffering* pueden ser reconocidas y ejecutadas en Alemania siempre y cuando la indemnización concedida en ellas no sea desproporcionada³⁰.

4. La aplicación del artículo 38 del EGBGB como límite al reconocimiento de sentencias extranjeras en Alemania ha sido una cuestión muy debatida en el pasado. El artículo 38 EGBGB, en principio, regula los conflictos de leyes y de acuerdo con el artículo 32 EGBGB se presupone la aplicación del Derecho de daños del país en el que aconteció el acto ilícito. Sin embargo, el artículo 38 EGBGB proporciona un paraguas protector para los agentes ilícitos con nacionalidad alemana: la responsabilidad por un ilícito cometido en el extranjero por un nacional alemán no puede exceder de lo que le habría correspondido si el acto ilícito se hubiera producido en Alemania³¹. ¿Es aplicable este artículo al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras de indemnización de daños?³².

Un sector de la doctrina ha apoyado la aplicación del artículo 38 EGBGB en la esfera del reconocimiento de sentencias, lo que significaría que las indemnizaciones superiores a las concedidas en Alemania para supuestos similares no podrían ser reconocidas³³. Estos autores establecen un nexo lógico entre el artículo 38 EGBGB y la cláusula de orden público internacional recogida en el artículo 6 EGBGB. De acuerdo con esta interpretación en primer lugar, ambos artículos están basados en un mismo concepto; el artículo 6 opera como *lex generalis* contra la aplicación de leyes extranjeras inaceptables, mientras que el

³⁰ Esta opinión doctrinal ha sido refrendada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán en la sentencia de 1992 que más abajo examinaremos.

³¹ El artículo 5 EGBGB establece que la nacionalidad alemana es la relevante cuando una persona tiene doble o múltiple nacionalidad.

³² Esta cuestión se planteó en el contexto de la Convención de Bruselas relativa a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (1968). La Convención obliga, dentro de la Comunidad Europea, al reconocimiento de todas las sentencias jurisdiccionalmente válidas, pero establece en el artículo 27.1 que una sentencia no será reconocida si viola el orden público del Estado receptor. En una decisión del Tribunal Supremo de 1983 (BGHZ 88, 17 (1983)) se declinó incluir dentro de la definición de orden público la regla del artículo 38 EGBGB. El Alto Tribunal confinó el artículo 38 a la cuestión de la elección de la ley aplicable (conflicto de leyes). Sin embargo, esta decisión no aclaró si el mismo principio debería ser aplicable cuando el reconocimiento y ejecución de sentencia se solicitase fuera del marco de la Convención de Bruselas, es decir, según el 722 y 723 ZPO.

³³ MARTINY, «Recognition and Enforcement...», loc. cit., p. 744; HAY, «The Recognition and Enforcement of American...», loc. cit., pp. 737-738; REQUEJO ISIDRO, «Reconocimiento en España...», loc. cit., p. 90.

artículo 38 EGBGB, como subcategoría específica, meramente implementa las nociones alemanas de orden público para mitigar los efectos de las leyes de daños extranjeras³⁴. En segundo lugar, para solventar las diferencias existentes entre aplicación y reconocimiento, estos autores suponen que la utilización de un mismo lenguaje en el artículo 6 EGBGB y el 328(1)4 ZPO significa que se debe aplicar un estándar común de orden público para las leyes extranjeras y para las sentencias extranjeras³⁵.

Sin embargo, ésta no deja de ser la opinión minoritaria, ya que la gran mayoría de la doctrina alemana considera que el ámbito de aplicación del artículo 38 EGBGB debe estar limitado al conflicto de leyes y que el orden público aplicable al reconocimiento de sentencias es únicamente el recogido en el 328(1)4 ZPO³⁶.

3. Decisiones alemanas

La primera decisión de un tribunal alemán sobre una condena de daños punitivos norteamericana es la del *Oberlandesgericht* de Munich, de 9 de mayo de 1989³⁷, que se pronunció a favor de la aplicación de los Convenios de La Haya en materia de asistencia judicial internacional al

³⁴ Las opiniones doctrinales sobre la aplicación del artículo 38 EGBGB, las recoge ZEKOLL, «Recognition and Enforcement of American Products...», loc. cit., p. 314.

³⁵ ZEKOLL, «Recognition and Enforcement of American Products...», loc. cit., estima que estas dos premisas dan lugar a un resultado incierto. Primero, es dudoso que el artículo 38 y el 6 EGBGB compartan las mismas bases conceptuales. El orden público contenido en el artículo 6 EGBGB permite la aplicación de la ley extranjera por los Tribunales alemanes en todos los casos, menos para circunstancias excepcionales. Así, sólo si la aplicación de la *lex causae* en el caso individual entra en conflicto con principios jurídicos alemanes de importancia fundamental sustituirá el Derecho alemán al Derecho extranjero. El acento se coloca en el «caso particular», no en el Derecho extranjero *per se*. Por el contrario, la aplicación del artículo 38 EGBGB se hace de una forma mecánica que da lugar a una negativa en la aplicación de las leyes extranjeras de daños. ZEKOLL considera que las consecuencias drásticamente diferentes del artículo 6 y del artículo 38 EGBGB plantean dudas considerables sobre la tesis de que comparten bases conceptuales comunes. Además, aunque el artículo 38 EGBGB sea considerado como una subcategoría del artículo 6 EGBGB, sería dudoso el que la «violación» de estos artículos por una sentencia extranjera justificase su no reconocimiento, puesto que el concepto de orden público en el Derecho internacional privado (art. 6 EGBGB) no es equivalente al concepto de orden público que se maneja en el reconocimiento de sentencias (art. 328(1)4 ZPO). Pp. 314-316.

³⁶ La opinión mayoritaria considera que los esfuerzos por aplicar el artículo 38 EGBGB al reconocimiento de sentencias reflejan una postura anticuada que trata de proteger los intereses nacionales a expensas de los esfuerzos hacia una mayor integración internacional.

³⁷ *Recht der internationalen Wirtschaft* (RIW), vol. 35 (1989), p. 483.

régimen de comunicaciones en procesos de daños punitivos. El Tribunal alemán se pronunció a favor del carácter civil de la institución basándose en que la condena de daños punitivos no da lugar a antecedentes penales para el demandado, que existe independientemente de que recaiga sanción penal sobre el mismo asunto y en que las condiciones para su otorgamiento son las del Derecho garantías propias del Derecho penal³⁸.

La segunda sentencia es la del *Oberlandesgericht* de Berlín, de 13 de junio de 1989³⁹, en la que se trataba un caso de productos defectuosos en que el daño lo había causado una máquina fabricada en Alemania. El Tribunal de Berlín negó el reconocimiento de la sentencia indemnizatoria norteamericana.

Con posterioridad, la sentencia del *Oberlandesgericht* de Düsseldorf, de 28 de mayo de 1991⁴⁰, declaró que los daños punitivos sólo tenían una función compensatoria pero redujo su *quantum* a la cantidad que consideró en consonancia con dicha función. Finalmente, encontramos la sentencia del *Bundesgerichtshof*, de 4 de junio de 1992⁴¹, que casa la sentencia anterior del Tribunal de Düsseldorf. La sentencia del Alto Tribunal niega el reconocimiento de la partida punitiva y otorga el reconocimiento para el resto de partidas indemnizatorias⁴².

En materia de notificación de una sentencia procedente de los Estados Unidos existen también las sentencias del OLG de Munich, de 15 de julio de 1992⁴³ y la sentencia del OLG de Düsseldorf, de 19 de

³⁸ Vid., REQUEJO ISIDRO, M., «Punitive Damages y su notificación en el contexto del Convenio de La Haya de 15 de octubre de 1965», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1996, p. 76. «Niega la consideración de los *punitive damages* como institución penal, apoyándose en criterios de carácter formal...»

³⁹ *Recht der internationalen Wirtschaft* (RIW), vol. 35 (1989), p. 988.

⁴⁰ *Recht der internationalen Wirtschaft* (RIW), vol. 37 (1991), p. 594.

⁴¹ BGH, de 4 de junio de 1992, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis* (ZPI), 17/92, p. 1.256. Esta sentencia será objeto de nuestro análisis en páginas posteriores.

⁴² Los Tribunales suizos también se han visto obligados a contestar cuestiones relacionadas con los daños punitivos: La sentencia de 1 de octubre de 1982 del Tribunal de Sargas negó la ejecución en base a la naturaleza penal de los daños punitivos; Sentencia de 1 de febrero de 1989 del Tribunal de Basilea (*Security Forwarders Inc. v. Trans Container Services AG*), *Basler Juristische Mitteilungen* 1991, p. 31; Court of Appeals Basel Stadt, 1 de diciembre de 1989, *Basler Juristische Mitteilungen* 1991, p. 38; appeals dismissed de 12 de julio de 1990, *Swiss Federal Supreme Court* BGH 116 II 376; and *Siehr RIW* 1991, p. 705. En esta sentencia no se consideró que los daños punitivos tuvieran naturaleza penal. Estas sentencias se recogen en STIEFEL, STÜRNER, STADLER, «The Enforceability of Excessive...», loc. cit., p. 781 y en R. ISIDRO, «Reconocimiento en España...», loc. cit., p. 92.

⁴³ Sentencia del OLG de Munich, de 15 de julio de 1992, *Recht der internationalen Wirtschaft* (RIW), 1993, pp. 70-71.

febrero de 1992⁴⁴. Ambas defienden la naturaleza civil de los daños punitivos.

III. Daños punitivos

1. Definición, antecedentes y funciones de los daños punitivos

La doctrina de los daños punitivos recibió su primera articulación explícita en Inglaterra, en el caso *Wilkes v. Wood*⁴⁵, en 1763. En Gran Bretaña, la figura fue modificada en 1964 por Lord Devlin en *Rookes v. Barnard*⁴⁶. En este caso, Lord Devlin consideró que la partida indemnizatoria conocida como daños punitivos o daños ejemplares era una anomalía. En su opinión, la figura de los «daños agravados» explicaba muchos de los casos que hasta ese momento habían sido considerados como supuestos de daños punitivos⁴⁷. La reforma iniciada por Lord Devlin ha tenido como consecuencia que la importancia económica de esta partida en Inglaterra sea, en la actualidad, reducida. Sin embargo, en los Estados Unidos los daños punitivos tienen una mayor relevancia que en el resto de los países de la *common law*⁴⁸.

⁴⁴ Sentencia del OLG de Düsseldorf, de 19 de febrero de 1992, NJW, 1992, pp. 3.110-3.112.

⁴⁵ 2 Wils K.B. 203, 95 Eng.Rep. 766, C.C.P. 1763. También aparece en *Huckle v. Money*; 2 Wils KB 205, 95 Eng.Rep. 768 (1763).

⁴⁶ *Rookes v. Barnard* 1 All E.R. 367 (A.C. 1964).

⁴⁷ En *Rookes* se limitaron los daños ejemplares a tres categorías:

1. Las acciones inconstitucionales, arbitrarias u opresivas de los empleados del Gobierno.
2. Cuando la conducta del demandado ha sido calculada para obtener un beneficio que excede la compensación en la que posiblemente incurriría si es declarado responsable.
3. Cuando una ley expresamente los autorice.

⁴⁸ En Australia, por ejemplo, aunque la aplicación de los principios establecidos por Lord Devlin en el caso *Barnard* ha sido rechazada expresamente, los daños punitivos no han alcanzado la importancia económica que tienen en los Estados Unidos. En Canadá, el Tribunal Supremo aceptó la división trazada en el caso *Barnard* entre daños agravados y daños punitivos y también aceptó sus recomendaciones, pero se negó a aceptar que los daños punitivos fuesen reducidos a las tres categorías establecidas en el caso inglés (una excepción la encontramos en la provincia de Columbia, en la que se sigue la postura inglesa). Sin embargo, tampoco en Canadá son conocidas las condenas millonarias por daños punitivos (a excepción de *Claiborne Industries Ltd. v. National Bank of Canada* (69 O.R. (2d) 65) de 1989 en el que se concedió una indemnización punitiva de 4.800.00 dólares). Un estudio realizado en Canadá, *Report on Exemplary Damages*, por la Ontario Law Reform Commission, en 1991 llegó a la conclusión de que los daños punitivos no son en Canadá la causa, o una de las causas, de la «crisis de las aseguradoras».

Los daños punitivos se conceden a la parte demandante, históricamente, para castigar y desincentivar conductas ilícitas intencionales, maliciosas, temerarias, y comportamientos ultrajantes⁴⁹. La mayoría de los Tribunales norteamericanos, incluyendo los de Nueva York, sostienen que los daños punitivos no constituyen compensación por la lesión o por el daño sufrido por la víctima, sino que son penas privadas impuestas por los jurados civiles para castigar conductas censurables y para disuadir de conductas futuras semejantes.

En los orígenes de los daños punitivos se ve clara la intención de utilizarlos como forma de compensar a la persona lesionada por aquellas pérdidas que el Derecho no reconocía; por ejemplo, los daños morales. Hoy, esta función no se sostiene puesto que la amplia categoría de *pain and suffering*⁵⁰ comprende muchos (si no todos) de aquellos daños que en el pasado no eran indemnizables y ahora sí lo son. La función compensatoria ha dejado de ser alegada en los Tribunales y no

⁴⁹ El *Restatement (Second) of Torts* los define en la sección 908:

- 1) Los daños punitivos son daños, distintos de los daños compensatorios o de los daños nominales, que se indemnizan en contra de una persona para castigarla por su conducta ultrajante y para disuadirla a ella y a otras de conductas similares en el futuro.
- 2) Los daños punitivos pueden ser indemnizados por una conducta que es ultrajante, debido a su motivación perversa o a su descuidada indiferencia hacia los derechos de los otros. En la valoración de los daños punitivos, el *trier of fact* puede adecuadamente considerar el carácter del acto del demandado, la naturaleza y la extensión del daño de la víctima que el demandado ha causado o ha intentado causar, y la riqueza del demandado.

American Law Institute, *Restatement of the Law, (Second) of Torts*, St. Paul, Minn., 1966-1982.

En el *Blacks Law Dictionary*, op. cit., p. 352, se recoge una definición de esta figura resultado de la síntesis de casos de todas las jurisdicciones que puede ser útil:

«*Exemplary or punitive damages. Exemplary damages are damages on an increased scale, awarded to the plaintiff over and above what will barely compensate him for his property loss, where the wrong done to him was aggravated by circumstances of violence, oppression, malice, fraud, or wanton and wicked conduct on the part of the defendant, and are intended to solace the plaintiff for mental anguish, laceration of his feelings, shame, degradation, or other aggravations of the original wrong, or else to punish the defendant for his evil behavior or to make an example of him, for which reason they are also called "punitive": or "punitory" damages or "vindictive" damages. Unlike compensatory or actual damages, punitive or exemplary damages are based on an entirely different public policy consideration that of punishing the defendant or of setting an example for similar wrongdoers, as above noted. In cases in which it is proved that a defendant has acted willfully, maliciously, or fraudulently, a plaintiff may be awarded exemplary damages in addition to compensatory or actual damages. Damages other than compensatory damages which may be awarded against person to punish him for outrageous conduct. Wetherbee vs. United Ins. Co. of America, 18 C.A.3d, 95 Cal. Rptr. 678, 680.*»

⁵⁰ El «*pain and suffering*» anglosajón comprende el dolor y sufrimiento de la víctima como consecuencia del daño.

aparece en la mayoría de los Códigos estatales⁵¹. La función de castigo del agente ilícito, al igual que la anterior, ha acompañado a los daños punitivos desde su origen. Si bien, y a diferencia de la función compensatoria, se ha mantenido en el tiempo⁵², a pesar de ser la causa del mayor número de críticas. Las críticas se basan principalmente en la distinción clásica entre el Derecho civil y el penal, a los daños punitivos se les critica duramente porque suponen la introducción de un fin punitivo en un Derecho de *tort* cuyo único fin, en principio, debe ser el compensatorio. Por último, se alega la función disuasoria que los daños punitivos ejercen sobre el agente ilícito y sobre la sociedad.

El apoyo a esta función —y por lo tanto a los daños punitivos— ha venido en los últimos tiempos de manos del «Análisis Económico del Derecho»⁵³. Un grupo importante de autores de la escuela de Chicago mantiene la teoría de que los responsables de la lesión deben soportar los costes totales de su actividad, y que éstos no son siempre iguales a los daños compensatorios, por lo que en ciertos supuestos es recomendable una condena de cuantía superior a los daños reales sufridos por el demandante. A favor de la función disuasoria se dice que, si es efectiva, llevará a unos niveles óptimos de seguridad. Niveles que se lograrían condenando a una gran suma de dinero, de tal forma que para el demandado en ningún momento resulte rentable la comisión del acto ilícito. Se dan supuestos,

⁵¹ La excepción la encontramos en Connecticut, Georgia, Michigan y New Hampshire, en donde aunque se usan los términos daños ejemplares o punitivos, su naturaleza es claramente compensatoria.

⁵² Delaware es la única jurisdicción en la que el castigo es el único propósito en la imposición de los daños punitivos. El Tribunal de Delaware estableció en *Riegel v. Aastad*, 272 A2d 715, 718 (Del 1970) que «Los daños punitivos o ejemplares no se indemnizan como forma de recompensar por la lesión, sino como forma de castigo al agente ilícito cuando el acto ilícito fue cometido “wilfully or wantonly”».

⁵³ Los daños punitivos han sido tratados desde el punto de vista de «análisis económico del Derecho» en múltiples artículos:

ABRAHAM, K. y JEFFRIES, J., «Punitive damages an the rule of law: the role of the defendant's wealth», en *Journal of Legal Studies*, vol. 18, 1989, pp. 415-425; CHAPMAN, B. y TREBILCOCK, M.J., «Punitive damages: deterrence in search of a rationale», en *Alabama Law Review*, vol. 40, 1989, pp. 741-829; ELLIS, D.D., «Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages», en *South California Law Review*, vol. 56, 1982, pp.1 y ss.; JOHNSTON, «Punitive liability: A new paradigm of efficiency in tort law», en *Columbia Law Review*, vol. 87, 1987, pp. 1.385 y ss.; MANN, K., «Punitive civil sanctions: the middleground between criminal and civil law», en *Yale Law Journal*, vol. 101, 1992, pp. 1.795-1.873; OWEN, D.G., «Problems in assessing punitive damages against manufactures of defective products», en *University of Chicago Law Review*, vol. 49, 1982, pp. 1-60; «Punitive damages in Product Liability Litigation», en *Michigan Law Review*, vol. 74, 1976, pp. 1.257 y ss.; «Civil punishment and the public good», en *S. Cal. Law Review*, vol. 56, 1982, pp. 103 y ss.; «Deterrence and Desert in Tort: A Comment», en *California Law Review*, vol. 73, 1985, pp. 665-676.

principalmente en el mundo de la empresa, en los que para la persona física o jurídica es más rentable económicamente la realización del acto ilícito y el posterior —y posible— pago de la condena a daños compensatorios, que la no realización de la actividad. No existen datos empíricos sobre el efecto de esta función en la población. Ha recibido abundantes críticas por parte de la doctrina, no tanto por sí misma, sino por su falta de efectividad y su puesta en práctica por medio de los jurados. Se alega que el efecto preventivo no se cumple porque los procesos civiles son por lo general lentos, las cantidades concedidas impredecibles, y los jurados no están preparados para realizar esta función de forma eficiente.

Tradicionalmente, la cuantía indemnizada por daños punitivos en las acciones civiles se calculaba según la gravedad del acto del demandado. Sin embargo, los demandantes argumentaron que para que los daños punitivos actuasen como castigo adecuado por la conducta ultrajante y como función disuasoria efectiva de futuras conductas, la cuantía económica de esta partida debía guardar cierta relación con la riqueza del demandado. En la actualidad, usualmente es la riqueza o el capital del demandado, junto con la naturaleza de su comportamiento, la que dicta el nivel de la indemnización punitiva concedida al demandante.

El Derecho de daños de los Estados Unidos está en proceso de redefinición, y por lo tanto sujeto a cambios y revisiones⁵⁴. Un caso reciente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos —BMW of North America, Inc. v. Gore— puede dar lugar a un enfriamiento en las grandes indemnizaciones punitivas concedidas por los jurados en los tribunales federales. En BMW of North America, Inc. v. Gore⁵⁵, el Tribunal Supremo revocó la sentencia del Tribunal Supremo de Alabama —en la que se indemnizaba con 2 millones de dólares por daños punitivos— basándose en que esta in-

⁵⁴ En diciembre de 1994 la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* propuso un modelo de Ley de daños punitivos uniforme para todos los Estados de la Unión que todavía no ha sido aprobado.

⁵⁵ 116 S.Ct. 1589 (1996). Los hechos fueron que Ira Gore, Jr. demandó a BMW bajo el Derecho de Alabama reclamando daños compensatorios y punitivos por el daño sufrido en 1990 cuando adquirió un automóvil BMW nuevo en un concesionario autorizado. Transcurridos unos meses desde la fecha de la compra, Gore descubrió que el automóvil había sido repintado y entabló la demanda. Gore alegaba que había sufrido daños como consecuencia de que BMW no había informado sobre el hecho de que el automóvil había sido repintado antes de su venta. En el juicio, BMW admitió que no informaba a los concesionarios cuando un coche nuevo había sufrido un daño antes de la entrega, si el coste de la reparación no excedía del 3% del precio de venta del automóvil. El jurado encontró a BMW responsable por daños compensatorios en la cantidad de 4.000 dólares y 4 millones de dólares por daños punitivos. BMW pidió al juez la anulación de la indemnización punitiva, pero este concluyó que la indemnización no era «*grossly excessive*». El Tribunal Supremo de Alabama redujo la indemnización punitiva a 2 millones de dólares.

demnización constituía una violación de la enmienda catorce de la Constitución norteamericana, la «*Due Process Clause*»⁵⁶. El Tribunal Supremo concluyó que la indemnización punitiva multimillonaria era excesiva en comparación con la indemnización compensatoria de 4.000 dólares. En esta decisión el Tribunal Supremo enunció tres indicadores para los tribunales cuando deban considerar una indemnización de daños punitivos:

- 1) el grado de reprensión de la conducta del demandado (a la que los tribunales deben dar más peso);
- 2) la proporción entre los daños punitivos y el daño real sufrido;
- 3) la diferencia entre la indemnización de daños punitivos y las sanciones civiles o criminales que los tribunales pudieran imponer por actos ilícitos similares.

Las orientaciones anteriores parecen indicar un intento por parte del Tribunal Supremo de restringir las indemnizaciones punitivas que no guarden una relación razonable con el daño sufrido por la víctima. Hasta el momento, los Tribunales federales han sido receptivos a la iniciativa del Tribunal Supremo. Pero los Tribunales estatales parecen menos dispuestos a aceptar la decisión anterior. Claramente, el caso BMW no es la panacea para los males de las empresas demandadas, por lo que se espera que las grandes corporaciones continúen con sus actividades para lograr una reforma de la ley estatal y federal que afecte a las indemnizaciones de daños punitivos.

2. Naturaleza de la indemnización de daños punitivos

La cuestión previa a la que se debe enfrentar el tribunal alemán, competente para otorgar el reconocimiento o no de una indemnización que contiene daños punitivos, es la del examen de la naturaleza civil o

⁵⁶ «*Due Process*». «*All persons born and naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States, nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law; nor deny any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*», *U.S. Constitution, 14 th Amendment*.

La cláusula de «*due process*» no está constreñida al ámbito de lo penal; se aplica a cualquier procedimiento legal o régimen por el que una persona puede ser privada de «*life, liberty or property*». Obliga a que los procedimientos legales sean consistentes con la «*justicia material*», que estén en consonancia con las «*nociones ordinarias de juego justo y las reglas establecidas por el derecho*», que esté de acuerdo con las «*nociones tradicionales de juego justo y justicia sustancial*». El primer caso que reconoció que se podía estar violando el requisito constitucional de «*due process*» fue *Juzwin v. Amtrong Trading Corp* (1989 WL 19962 (D NJ 1989)).

criminal de la figura. El artículo 328 ZPO exige como prerequisite al reconocimiento de la sentencia, aunque no lo menciona expresamente, que la cuestión sea civil o mercantil. A pesar de que este criterio ha sido aplicado de forma liberal por los Tribunales alemanes, la clasificación de los daños punitivos como cuestión civil o mercantil ha dado lugar a cierta controversia. Evidentemente, las dudas sobre la figura provienen de las funciones de disuasión y castigo, comentadas más arriba, que no parecen encontrar un fácil alojamiento en las divisiones de ilícito civil y penal del derecho continental. Se ha argumentado que estas indemnizaciones no pueden ser reconocidas y ejecutadas en Alemania por su naturaleza penal⁵⁷, pero este argumento ha sido discutido por la doctrina mayoritaria⁵⁸ que relega la función punitiva a un posterior análisis de su conformidad con el orden público y fija su atención principalmente en criterios formales.

Se invoca en primer lugar que las partes de la disputa, el demandado y el demandante, son particulares; en segundo lugar, que la indemnización se concede a un particular y no al Estado⁵⁹; y en tercer lugar, que las normas que gobiernan la disputa son las propias del procedimiento civil⁶⁰. Algunos autores⁶¹ han recurrido al hecho, dudoso, de que también en el Código civil alemán se contienen estipulaciones que permiten cláusulas penales en los contratos privados y su ejecución en el caso de incumplimiento del contrato⁶².

Los argumentos favorables a la naturaleza civil de los daños punitivos, en especial el argumento de que la indemnización se abona a un

⁵⁷ Vid., MARTINY, «Recognition and Enforcement...», loc. cit., p. 748; STIEFEL, STÜRNER, STADLER, «The Enforceability of Excessive...», loc. cit., p. 784.

⁵⁸ A favor, vid. ZEKOLL, «Recognition and Enforcement of American Products...», loc. cit., p. 316; STIEFEL, STÜRNER, STADLER, «The Enforceability of Excessive...», loc. cit., pp. 785-786.

⁵⁹ Este argumento está basado, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Browning-Ferries Industries v. Kelco Disposal, Inc.* (109 S.Ct. 2909 (1988)) en donde se sostuvo que el argumento decisivo en el análisis de la naturaleza de los daños punitivos es que estos son abonados al particular y no al Estado. En apoyo de la naturaleza civil de los daños punitivos se pronunció también la Comisión especial de La Haya, de 17 a 20 de abril de 1989. El Informe recoge la opinión mayoritaria que se decanta a favor del carácter civil o comercial, apoyada por el hecho de que la partida punitiva se abona al particular y no al Estado. Sobre el Informe vid. REQUEJO ISIDRO, *Punitive Damages y su notificación...*, pp. 76-77.

⁶⁰ Vid., ZEKOLL, «Recognition and Enforcement of American Products...», loc. cit., p. 324.

⁶¹ Para un análisis de las cláusulas penales en el Derecho alemán, vid. STIEFEL, STÜRNER, STADLER, «The Enforceability of Excessive...», loc. cit., pp. 785 y ss.

⁶² Artículo 339 y ss. *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). Esta cuestión parece estar más relacionada con el análisis de la conformidad de los daños punitivos con el orden público que con el análisis de su naturaleza civil o penal.

particular, no es aplicable a todos los Estados de la Unión. Las reformas emprendidas por algunos Estados en los últimos años han llevado a que se aprueben leyes en las que cierta cantidad de los daños punitivos debe ser abonada al Estado o a alguna institución dependiente de él⁶³. Sin embargo, hay quien ve en estas reformas un apoyo a la naturaleza privada de la parte de daños punitivos que corresponde a la víctima⁶⁴.

La postura favorable a la naturaleza civil de los daños punitivos es la que se ha sostenido en los Tribunales alemanes a partir de la sentencia del OLG de Munich, de 9 de mayo de 1989, en Alemania⁶⁵, y la sentencia de 1 de febrero de 1989 del Tribunal de Basilea, en Suiza⁶⁶.

3. *Daños punitivos versus Orden público alemán*

El artículo 328(1)4, en el que se recoge la cláusula del orden público, ha sido el más alegado contra el reconocimiento de los daños punitivos. Además, éste es el único que, aún hoy, es aplicado por los Tribunales para negar el reconocimiento y la ejecución de sentencias norteamericanas de daños punitivos.

Partiendo de la declaración de la naturaleza civil de los daños punitivos la doctrina y la jurisprudencia alemana han analizado sus funciones y

⁶³ *Vid.*, Colorado (Colo. Rev. Stat. 13-21-102(4) (1988)), en Florida (Fla. Stat. Ann. 768.72(2) (1988) el 60% debe ser abonado al *Public Medical Assistance Trust Fund* o al *General Revenue Fund*; en Georgia (Ga. Code Ann. 51-12-5.1(e)(2) (1987)) en el que el 75% debe ser abonado al *Dept. Of Administrative services*; en Illinois (Ill. Rev. Stat. Cap. 110, 2-1207 (1986)) el tribunal tiene poder discrecional para distribuir la indemnización correspondiente a daños punitivos; en Iowa (Iowa Code Ann. 668^a.1(2)(b) (1987) el 75% debe ser abonado al *Civil Reparation Trust*; en Missouri (Mo. Ann. Stat. 537.675 (1987)) el 50% debe ser abonado al *Tort Victims Compensation Fund*; en Oregon (Or. Rev. Stat. 18.540 (1988)) el 50% debe ser abonado al *Criminal Injuries Compensation Account*, y en Utah (Utah Code Ann. 78-18-1(3) (1989)) el 50% de la cantidad que exceda de 20.000 dólares debe ser abonado a un fondo estatal.

⁶⁴ Son de esta opinión, STIEFEL, STÜRNER, STADLER, «The Enforceability of Excessive...», loc. cit., pp. 785-786.

⁶⁵ *Recht der internationalen Wirtschaft*, (RIW), vol. 35 (1989), p. 483. Sobre la sentencia del OLG de Munich de 9 de mayo de 1989, ver REQUEJO ISIDRO, «Punitive Damages y su notificación...», loc. cit., pp. 76-77. Esta autora también reconoce que existen opiniones contrarias que afirman la preponderancia de la función penal «pero la autoridad que lógicamente confiere a la afirmación de la naturaleza civil de los *punitive damages* el hecho de encontrar apoyo en la Comisión de 1989 ha contribuido a rebajar notablemente el número de opiniones disidentes». Pp. 77-78.

⁶⁶ Sentencia de 1 de febrero de 1989 del Tribunal de Basilea (Security Forwarders Inc. v. Trans Container Services AG. Recogida en REQUEJO ISIDRO, «Reconocimiento en España...», loc. cit., p. 92.

las han contrastado con la cláusula de orden público. Los autores que abogan por su conformidad el artículo 328(1)4 ZPO se apoyan principalmente en la función compensatoria de la partida y en la existencia de instituciones en el Derecho civil alemán que también ejercen la función de castigo o punitiva. La jurisprudencia y gran parte de la doctrina no han aceptado estos argumentos, y salvo alguna excepción, han puesto su acento en la función de castigo de los daños punitivos contraria al orden público alemán, en la negativa a aceptar instituciones del Derecho privado con funciones de castigo, y en el principio de proporcionalidad de la Constitución alemana. A continuación, analizaremos los argumentos a favor y en contra del reconocimiento y ejecución de los daños punitivos norteamericanos.

a) Argumentos a favor

Los argumentos a favor de la conformidad de los daños punitivos con el orden público del foro van encaminados, principalmente, a potenciar la función compensatoria de la partida frente a las otras funciones (de castigo y disuasoria)⁶⁷. Se niega que la función principal de estos daños sea la de castigo o la disuasoria, y se afirma la función de compensar por otros daños que no son compensados por el Derecho norteamericano, pero que son reales para la víctima. En un primer momento, se dijo que los daños punitivos servían para compensar por los daños morales sufridos por el demandante, pero hoy esta afirmación no se mantiene, porque como vimos más arriba la partida de *pain and suffering* ha sido interpretada de forma amplia, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de los Estados Unidos, para incluir en ella todos los daños morales que pueda sufrir la víctima de un agente ilícito⁶⁸. En segundo lugar, se ha dicho que sirven para compensar por los costes legales de la parte ganadora, costes que, como también vimos, en el Derecho norteamericano no se consideran parte de la indemnización. Este fue el razonamiento de la sentencia del OLG de Düsseldorf, de 28 de mayo de 1991. El Tribunal consideró que la partida de daños punitivos buscaba la satisfacción de los costes legales del demandante y los redujo a la cantidad que por ese concepto se habría indemnizado en Alemania (del 40% al 25% de

⁶⁷ Vid. VON WESTPHALEN, «Punitive Damages in US-amerikanischen Produkthaftungsklagen und der Vorbehalt des Art. 12 EGBGB», 1981, *R. Intl. Wirt.* 141 y ss., citado en ZEKOLL, «Recognition and Enforcement of American Products...», loc. cit., p. 326.

⁶⁸ Un artículo clásico en la doctrina norteamericana es OWEN, «Punitive Damages in Product Liability Litigation», *Michigan Law Review*, 1976, vol. 74, pp. 1.257 y ss.

⁶⁹ La defensa de una función meramente compensatoria sólo tiene sentido en los estados de Georgia, Connecticut, Michigan y New Hampshire.

la indemnización)⁷⁰. Pese al reconocimiento de un supuesto propósito compensatorio de estos daños, basándose en los honorarios de los abogados, esto no impide que sigan existiendo como funciones básicas el castigo y la disuasión. Además, como bien apunta Zekoll⁷¹, los criterios generalmente utilizados en la valoración del *quantum* de esta partida no son los gastos legales en que incurre el demandado sino la conducta del demandado, su riqueza, la gravedad del comportamiento del agente ilícito, etc.⁷²

Por lo tanto, queda claro que los intentos de considerar la función compensatoria como función principal de los daños punitivos no han tenido demasiado éxito. Por ello, se ha buscado otra línea argumental a favor de su reconocimiento, que consiste en la búsqueda dentro del foro de instituciones que también tenga una función penal a pesar de pertenecer al Derecho civil.

Una postura minoritaria ha sido la de encontrar una analogía entre los daños punitivos y los daños por dolor y sufrimiento (*Schmerzensgeld*) basada en el artículo 847 del Código civil alemán. Se dice que los daños morales en el Derecho alemán cumplen una doble función; por un lado, la función compensatoria, y por otro la función de retribución o castigo (*Genuntzung*)⁷³. Esta analogía no ha sido compartida por la mayoría de los autores, ni tampoco aceptada por los Tribunales. Los *Schmerzensgeld* se valoran principalmente de acuerdo con la magnitud, gravedad y duración del dolor y el sufrimiento de la víctima, y el Tribunal Supremo alemán ha dejado claro que siempre tienen prioridad los aspectos compensatorios⁷⁴ y que el elemento de castigo es considerablemente menos importante. Es decir, que puede ser considerado como una guía suplementaria, pero no necesaria, para que el tribunal lleve a cabo la valoración del *quantum* en el caso en particular. La importancia de la función de castigo de los *Schmerzensgeld* se ve, también, disminuida por el hecho de

⁷⁰ Sin embargo, como luego veremos, la sentencia del BGH de 4 de julio de 1992 que casó la sentencia del OLG de Düsseldorf, no estuvo de acuerdo con esta interpretación. Para el BGH, la declaración anterior viola la prohibición de revisión del fondo del asunto que rige en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias.

⁷¹ ZEKOLL, «Recognition and Enforcement of American Products...», loc. cit., p. 327.

⁷² En el Estado de Connecticut la cuantía de los daños punitivos se limita a los gastos del proceso, menos los impuestos. Ver *Collens v. New Canaan Water Co.*, 155 Conn. 477, 234 A2d (1967) y *United States Aircraft Corp. v. International Ass'n of Machinists*, 161 Conn. 79, 285 A2d 330 (1971). En Texas también se utilizan como criterio para valoración del *quantum* los honorarios del abogado. Ver, entre otros, *Hofer v. Lavender*, 679 SW2d 470 (Tex 1984).

⁷³ *Vid.*, BGHZ 18, 149 (1955). El Tribunal tomó este concepto del Derecho suizo, BGHZ 18, 149, en 155 (1955).

⁷⁴ *Vid.*, ZEKOLL, «Recognition and Enforcement of American Products...», loc. cit., en donde se recoge la sentencia del BGH de 1955 (BGHZ 18, 149, 154).

que los Tribunales permiten el seguro contra las demandas de *Schmerzensgeld*⁷⁵, además del hecho de que nunca alcanzan las dimensiones económicas de los daños punitivos norteamericanos⁷⁶.

b) Argumentos en contra

Fundamentalmente se ha alegado en contra del reconocimiento de los daños punitivos el que la función de castigo y la disuasoria que

⁷⁵ Durante los últimos 25 años los Tribunales norteamericanos se han enfrentado a la pregunta de si la cobertura de una póliza de responsabilidad civil lo es tanto para los daños compensatorios como para los daños punitivos. En muchas ocasiones, el orden público ha sido el factor que prevalece en la denegación de cobertura. El precedente judicial es el caso *Northwestern National Casualty Co. v. McNulty* (307 F.2d 432 (5th Cir. 1962)). El Tribunal dijo:

«Cuando una persona es capaz de asegurarse para evitar el castigo gana la libertad de cometer un acto ilícito. No se discute que el seguro contra las multas o las penas viola el orden público. Ese mismo orden público debería invalidar cualquier contrato de seguro en contra del castigo civil que los daños punitivos representan.»

La opinión mayoritaria de la doctrina (*Vid. Priest, G.L., «Insurability and Punitive damages», Alabama Law Review*, 1989, vol. 40, pp. 1.009 y ss.) es que la solución a este problema debería venir de manos de las Compañías aseguradoras. Estas deberían revisar las pólizas y excluir expresamente de cobertura a los daños punitivos. La inactividad de la gran mayoría de las Compañías aseguradoras ha provocado que algunos tribunales las consideren a ellas responsables de la situación y se declaren a favor de la cobertura.

⁷⁶ REQUEJO ISIDRO, «Reconocimiento en España...», loc. cit., ha recogido la elaboración doctrinal defendida por A. Saravalle para el Derecho italiano. En opinión de Saravalle, la cláusula penal que prevé el pago de una cantidad superior al daño previsible tiene una evidente finalidad disuasoria, aunque no es la única figura del Derecho italiano, ya que también tienen un objetivo semejante «tales como las que se contemplan en el ámbito de las relaciones entre socios (suspensión, exclusión, etc.), originadas en la autonomía privada; o aquellas que resultan de la violación de disposiciones legales y que no se resuelven en un mero resarcimiento. En materia de responsabilidad civil, si bien es prevalente el elemento resarcitorio, existen amplios sectores en los que la determinación del daño a resarcir desarrolla una función de castigo y prevención, como es en el caso de las lesiones a los derechos de la personalidad; y en el ámbito de reconocimiento ante otros foros, señala el autor como especialmente significativo el caso de las *astreintes* del derecho francés, cuya naturaleza civil no se discute. De todo ello concluye Saravalle que, si bien la finalidad prevalente en la responsabilidad civil es la reparación, existen sectores del Derecho civil en los que el daño a resarcir se determina conjugando ésta con objetivos de sanción y prevención; el argumento de la finalidad penal, como motivo de denegación del reconocimiento de los *punitive damages*, dejaría de ser válido». Pp. 92-93.

Esta autora también recoge la sentencia del Tribunal de Basilea, de 1 de febrero de 1989, favorable al reconocimiento:

«la naturaleza penal de la institución americana fue excluida atendiendo al fuerte componente resarcitorio de la condena pecuniaria, que servía para contrarrestar el enriquecimiento sin causa del demandado; igualmente se descartó el argumento de contrariedad con el orden público, haciéndose valer una *noción atenuada* de orden público, por falta de contacto del supuesto con el foro». Pp. 92.

cumplen es incompatible con los principios del Derecho privado alemán y por lo tanto contraria al 328(1)4 ZPO. El castigo y la disuasión de futuras conductas son mucho más cercanos al Derecho penal que al Derecho civil alemán, ya que en Alemania, al igual que en el resto de los países de Derecho civil⁷⁷, la función principal de la indemnización es la compensación de todos los daños que haya sufrido la víctima del acto ilícito (*restitutio in integrum*) y, como hemos visto, sólo de una forma muy secundaria y excepcional caben otras funciones (por ejemplo, los *Schmerzensgeld*). La conclusión de que los daños punitivos sean un castigo para el agente ha llevado a examinarlos bajo los principios de la Constitución alemana. Estos principios, de acuerdo con el 348(1)2 ZPO, son estándares explícitos para determinar el reconocimiento o no de la partida. En particular, los requisitos de certeza (art. 103 II) y prohibición de doble castigo (*en bis in idem*, art. 103 III), el principio de legalidad y el de certeza de la prueba constituyen axiomas fundamentales de derecho constitucional alemán incompatibles con el reconocimiento de los daños punitivos⁷⁸. El artículo 103 II de la Constitución alemana ha proporcionado

⁷⁷ La doctrina española también es unánime en la consideración de que el fin de la responsabilidad civil es la reparación del daño causado a la víctima y no el castigo del agente. *Vid.*, entre otros, ANGEL YÁGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993, pp. 49-53.

⁷⁸ La posible incompatibilidad de los daños punitivos con la Constitución de los Estados Unidos ha sido uno de los argumentos principales en su contra desde 1986. Han sido cuatro las objeciones constitucionales que se les han hecho. Primero, la objeción de que en estos casos se está violando el principio constitucional de «*double jeopardy*» o en *bis in idem* (5th. Amendment, «ninguna persona deberá sufrir dos veces el peligro de un castigo por la misma conducta ofensiva») ya que a una misma persona se la condena por responsabilidad civil y responsabilidad penal por el mismo acto o conducta. Segundo, que las grandes condenas punitivas constituyen un supuesto de «*excessive fine*» de los prohibidos por la 8th Amendment («*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishment inflicted*»). En tercer lugar, se ha alegado la contrariedad de los daños punitivos con el principio de «*due process*» recogido en la 14th Amendment ((...) *nor shall any State deprive any person of life, liberty or property without due process of law; nor deny any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*). Finalmente, se ha dicho que la negativa a condenar a daños punitivos, en ciertos Estados en los casos de muerte discrimina a los demandantes y niega la «*equal protection*».

El recurso a la prohibición de «*double jeopardy*» ha dejado de ser utilizado a partir del caso *Juzwin v. Amtrong Trading Corp.* (1989 WL 19962 (D NJ 1989)). En este caso el demandado volvió a resaltar el paralelismo entre los daños punitivos y las sanciones criminales, fijando la atención en las funciones que subyacen en ambos (castigo y disuasión). Sin embargo, el tribunal mantuvo que a pesar de la cercana analogía entre las sanciones criminales y los daños punitivos, estos últimos no son sanciones criminales y la prohibición de «*double jeopardy*» está limitada a los procedimientos criminales.

La opinión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre la violación de la Octava enmienda ha sido clara y unánime. En *Browning-Ferris Industries v. Kelco* (845 F 2d 404

un argumento en contra del reconocimiento, ya que si el fin primario de los daños punitivos es el castigo del agente ilícito, la valoración del castigo se deja al poder discrecional del jurado y, al menos en lo que hace referencia al tamaño de la pena, ésta es demasiado impredecible bajo el artículo 103 II. La indemnización de daños punitivos con un nivel de prueba propio de los procedimientos civiles norteamericanos, «preponderancia de evidencia», conculca también los principios constitucionales alemanes, puesto que si la función de estos daños es el castigo de la víctima se considera que el nivel de prueba debería ser el de los procedimientos criminales, en otras palabras «que no exista ninguna duda razonable».

Otro principio constitucional contrario al reconocimiento es el «principio de proporcionalidad», que también ha sido alegado en contra de ciertas indemnizaciones de *pain and suffering*, aunque en estos últimos casos sin éxito⁷⁹. Por último, ha sido alegada la violación del principio de igualdad de trato que se produciría entre los acreedores alemanes y los extranjeros en caso de que se admitiese el reconocimiento de la partida de daños punitivos.

Como conclusión, a pesar de que se ha negado la naturaleza criminal de los daños punitivos, han sido sus funciones de castigo y disuasión las que han impedido el reconocimiento de la sentencia por violar el 328(1)4 ZPO.

IV. Comentario a la decisión del Tribunal Federal de Justicia alemán (*Bundesgerichtshof*), de 4 de junio de 1992, sobre reconocimiento y ejecución de las indemnizaciones norteamericanas de daños punitivos⁸⁰

La decisión del *Bundesgerichtshof*, de 4 de junio de 1992, será el objeto de nuestro análisis en las páginas posteriores. Esta decisión, su razonamiento y los hechos sobre los que está basada forman parte de la

(CA2 1988)) el Tribunal negó que una condena de 6 millones de dólares fuese inconstitucional según la Octava enmienda. Declaró que el factor que había inspirado la creación de esta prohibición era limitar la acción del Gobierno (sus posibles abusos) y concluyó que la cláusula no otorga protección a los procedimientos entre particulares.

Tampoco han tenido éxito los recursos de inconstitucionalidad basados en el «*due process*» y en la «*equal protection*».

⁷⁹ Este tema será estudiado dentro del análisis de la sentencia del BGH de 1992.

⁸⁰ La información sobre la sentencia ha sido recogida, en gran medida, de la revista *International Legal Materials*, «Germany: Federal Court of Justice Decision concerning the recognition and enforcement of U.S. Judgments awarding Punitive Damages», vol. 32, n.º 5, 1993, pp. 1.320 y ss. (traducción inglesa preparada por Gerhard Wegen y James Sheres).

práctica de ejecución de sentencias en Alemania y es la única sentencia que existe hasta el momento de un alto tribunal europeo sobre esta materia. El pronunciamiento del Tribunal de Justicia alemán trata no sólo la cuestión de los daños punitivos, sino también otros aspectos del *common law* y del procedimiento civil norteamericano que se diferencian del Derecho civil y del proceso civil alemán, como son las pruebas *pre-trial*, los *contingency fees*, la *american rule*, y el *quantum* de las partidas compensatorias.

1. *Los hechos*

Los orígenes del caso se encuentran en Stockton, California, lugar donde residían el demandante y el demandado. Ambos poseían la nacionalidad norteamericana; el demandado además tenía la nacionalidad alemana. En mayo de 1984, el demandado —que había sido sentenciado por un tribunal norteamericano a prisión por abuso sexual de un menor (el demandante)— abandonó los Estados Unidos. Desde ese momento, vivió en Alemania, en donde poseía propiedades.

El Tribunal Superior del Estado de California y del Distrito de San Joaquin, el 24 de abril de 1985, sentenció al demandado a abonar a la víctima una indemnización de 750.260 dólares. De las transcripciones del proceso se desprende que el veredicto estaba basado en la ofensa sexual cometida contra el demandante, quien en el momento de la ofensa tenía 14 años. La indemnización se compone de 260 dólares por gastos médicos pasados, 100.00 dólares por gastos médicos futuros, 50.000 dólares por gastos de colocación de la víctima, 200.000 dólares por ansiedad, dolor, sufrimiento y daños generales de esta naturaleza y 400.00 dólares por daños punitivos. Al abogado de la víctima se le concedió el 40% (300.104 dólares) del total de la indemnización final recibida por la víctima, como honorarios de abogado.

Ante el *Bundesgerichtshof* se presenta, en apelación, el reconocimiento y la ejecución de la sentencia del Tribunal Superior del Estado de California.

El Tribunal de Distrito (*Landgericht*) decidió que en este caso no había impedimento para una orden de ejecución de sentencia más los intereses. En respuesta a la apelación del demandado, el Tribunal de Apelación de Düsseldorf (*Oberlandesgericht*)⁸¹ mantuvo la orden de ejecución de la sentencia pero redujo la indemnización a la cantidad de

⁸¹ Sentencia del OLG de Düsseldorf, de 19 de febrero de 1992, NJW, 1992, p. 594.

272.325 dólares. Las dos partes apelaron la sentencia. El Tribunal Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof*) decidió que la cantidad correspondiente a los daños punitivos (400.000 dólares) no podía ser ejecutada en Alemania, sobre el resto de la indemnización se emitió la orden de ejecución.

2. «Pre-trial Discovery»

En primer lugar se alegó que la sentencia de California era nula y por lo tanto no podía ser objeto de reconocimiento porque el demandado no había recibido una notificación adecuada. El OLG apuntó que existe la presunción inicial de que un acto soberano extranjero es válido, la nulidad debe ser obvia y, por consiguiente, la mera alegación de un defecto, aun cuando sea correcta, no es suficiente para declarar la nulidad del acto. El Alto Tribunal declaró que la falta de notificación no había sido probada y que

«no es labor de los Tribunales alemanes... examinar la compatibilidad de las sentencias norteamericanas con la Constitución de los Estados Unidos y con la Constitución del Estado en particular»⁸².

El demandante, al igual que se había hecho en casos similares, alegó en contra del reconocimiento de la existencia de los «*pre-trial discovery*». En particular, en este caso se cuestionan las «*fishing expeditions*»⁸³ que los «*pre-trial discovery*» permiten y que no son admitidas en Alemania. Sobre este tema, el alto Tribunal mantuvo la postura del Tribunal de Apelación y de la mayoría de la doctrina, es decir, que este tipo de procedimientos de obtención de pruebas no son, en sí mismos, suficientes para constituir una violación del orden público definido en el 328(1)4 ZPO.

El Tribunal Federal de Justicia alemán consideró que el factor decisivo es el de si el resultado concreto de aplicar estas normas procesales es, en sí mismo, manifiestamente incompatible con los principios esenciales

⁸² (1992) WM en 1454.

⁸³ «*Fishing expeditions: Using the courts to find out information beyond the fair scope of the lawsuit. The loose, vague, unfocused questioning of a witness or the overly broad use of the discovery process. Discovery sought on general, loose and vague allegations, or on suspicion, surmise, or vague guesses. The scope of discovery may be restricted by protective orders as provided for by Fed. Rule Civil P. 26(c)*». BLACK, H.C., *Black's Law Dictionary*, St. Paul Minn., West Publishing Co., 1991, p. 440.

del Derecho alemán y con los valores de la investigación judicial. La sentencia determinó que este extremo no había sido probado por los demandados.

«La mera posibilidad de que, entre otras cosas, esta práctica pueda dar lugar a una investigación no permitida bajo las leyes procesales alemanas, no cumple los requisitos del 328, para 1, sub-para 4 del Código de procedimiento civil alemán...

...por lo tanto, no existe base legal sobre la que oponerse al hecho, aceptado por el Tribunal de Apelación, de que el veredicto del Tribunal Superior norteamericano no estaba basado en los procedimientos de “*pre-trial discovery*”».

3. «*Contingent fee*»

Normalmente —la cuestión de los «*contingent fees*», que se había tratado en los Tribunales alemanes cuando el abogado intentaba cobrarlos en Alemania— suele ser una cuestión que afecta principalmente al demandante y a su abogado. Este caso plantea una particularidad porque los *contingent fees* aparecen especificados en la sentencia, lo cual es inusual.

La sentencia del Tribunal Superior de California reconocía el derecho del abogado de recibir como honorarios el 40% del total de la indemnización que reciba la víctima.

Una vez más el Tribunal decidió que la existencia de un acuerdo de «*contingent fee*» no alcanza el techo necesario para negar la ejecución total de la sentencia norteamericana. Este resultado es particularmente interesante a la luz de la decisión del Tribunal Federal de Justicia alemán de 1963⁸⁴, en la que se declaró que tales acuerdos son profesionalmente no éticos y dañan el orden público, al menos en lo que se refiere a los abogados alemanes. Estas dos decisiones diferentes sólo pueden ser reconciliadas si se adopta el punto de vista de que cada jurisdicción tiene que desarrollar su propio sistema legal y el papel de los abogados se tiene que ajustar a ese sistema; en Alemania, el abogado es un oficial independiente del tribunal y no debe ser guiado o motivado por el resultado económico del proceso⁸⁵. La opinión del Tribunal Federal de Justicia alemán es que todos los sistemas legales son libres de determinar las restricciones profesionales que imponen a sus abogados. Ade-

⁸⁴ BGHZ 39, 142 (1963).

⁸⁵ Vid. «Germany: Federal Court of Justice Decision...», loc. cit., p. 1.323.

más, puso el acento en que la investigación de orden público en el contexto de reconocimiento de sentencias está basada en el 328(1)4 ZPO y no en el artículo 6 EGBGB⁸⁶.

Por último, el Alto Tribunal alemán analizó la aplicación de la «*American rule*». El Tribunal Federal de Justicia dijo:

«Contrariamente a la interpretación dada en algunas comarcas, no existe una objeción general para el reconocimiento de las sentencias civiles norteamericanas basándose únicamente en que estas sentencias no disponen, en principio, el reembolso de los costes legales de la parte con éxito.

...la razón principal dada para que los costes legales no sean reembolsados es la necesidad de hacer que el acceso a los tribunales sea más directo, reduciendo el riesgo en términos de costes. También tiene relación con la falta de ayuda legal gratuita, que raramente se encuentra a disposición de las partes del proceso.

Desde el punto de vista alemán, la exclusión, de forma habitual, del reembolso de costes legales en las acciones civiles no infringe ningún derecho constitucional fundamental de las partes o ningún principio básico del derecho. Debe ser aceptado...

De hecho, el resultado de aplicar la “*American rule of costs*” no grava al demandado en el caso presente».

El demandado, en este caso, resultaría afectado por el acuerdo de honorarios contingentes si dicho acuerdo hubiera tenido una influencia directa en la valoración de la indemnización, pero el Tribunal alemán juzgó que este extremo no había sido probado. Aun en el supuesto de que los honorarios hubieran sido tenidos en cuenta, por el Tribunal de California, en la valoración económica de otras partidas compensatorias; este hecho, desde el punto de vista del Tribunal alemán, no constituiría un resultado inaceptable, ya que si el demandante hubiese entablado su acción en Alemania se habría visto obligado a indemnizar a la víctima sus costes legales⁸⁷. El Tribunal dejó la puerta abierta a la aplicación del 328(1)4 ZPO en circunstancias en las que el demandado tenga que pagar

«(...) mucho más por “daños compensatorios” de lo que habría sido necesario para compensar por los daños realmente sufridos, incluyendo la cantidad apropiada para los costes legales»⁸⁸.

⁸⁶ (1992) WM en 1459. Vid. explicación anterior sobre la aplicación del artículo 6 EGBGB.

⁸⁷ 1992) WM en 1459.

⁸⁸ (1992) WM en 1460.

El *Bundesgerichtshof* también analizó la cuantía del acuerdo contingente. El Tribunal Superior de California justificó el honorario, expresamente, basándose en la complejidad y la dificultad del proceso en cuestión. El Tribunal Federal de Justicia llegó a la conclusión de que el nivel de honorarios contingentes del abogado en el caso presente no evitaba tampoco el reconocimiento de la sentencia norteamericana.

4. *Indemnización de daños compensatorios excesiva bajo los criterios del país*

El nivel de la indemnización compensatoria concedida en la sentencia norteamericana fue también una de las cuestiones alegadas para impedir el reconocimiento, ya que éste era mayor que el de las indemnizaciones que se conceden en los tribunales del foro.

La apelación hacía referencia, en especial, a la parte de la indemnización que correspondió a los gastos por tratamientos médicos futuros, ya que la víctima no había hecho ningún intento de someterse al tratamiento prescrito, a la fecha del juicio, ni pareció que se fuese a someter a éste después del juicio. En principio, conforme al Derecho alemán, dichos gastos no serían compensados.

El *Bundesgerichtshof* llegó a la conclusión de que el solo hecho de que un tribunal extranjero llegue a un resultado diferente no supone que el resultado sea inadmisibles y se aplique el 328 del Código de procedimiento civil alemán.

El Tribunal de Apelación negó que se estuviera infringiendo el orden público por el hecho de que el Tribunal Superior de California indemnizara a la víctima con 100.000 dólares por tratamiento psicológico futuro y 50.000 dólares por los costes futuros asociados con la colocación, independientemente de si la víctima decidía someterse al tratamiento prescrito. El Tribunal Superior, después de escuchar a los expertos, juzgó que un tratamiento médico del tipo descrito en la sentencia norteamericana, y los cambios relacionados con él, eran objetivamente necesarios, y consideró decisivo el hecho de que, en casos excepcionales, el sistema legal alemán permite la compensación de costes de reparación «ficticios».

«No puede surgir objeción legal alguna a esta conclusión. La apelación es correcta en su aserción de que el Derecho alemán de daños no da a la parte lesionada, en un caso de lesiones a la persona —a diferencia de los supuestos de lesiones a la propiedad— la oportunidad de decidir si desea o no utilizar la cantidad indemnizatoria para reparar el

daño; y que la parte lesionada no puede, por lo tanto, pedir indemnización por costes “ficticios” de tratamiento (BGHZ, 97, 14, 18 ff.). Sin embargo, lo anterior no evita que el veredicto del Tribunal Supremo sea reconocido.»⁸⁹

El demandado invocó el artículo 328(1)4 del Código de procedimiento civil alemán, a lo que el *Bundesgerichtshof* contestó que este artículo no impide que se reconozca el veredicto en este supuesto en particular. Para el Tribunal, el que el juez alemán —si hubiera tenido que tomar la decisión— habría —por aplicación del Derecho alemán— llegado a una conclusión diferente de la alcanzada por el tribunal extranjero, no significa que un veredicto extranjero sea incompatible con el orden público. Lo decisivo es si el resultado concreto de aplicar una ley extranjera entra en conflicto de forma grave con los conceptos fundamentales de la legislación alemana y con la noción de justicia contenida dentro de ellos, de tal forma que lo convierte en intolerable según las nociones del país⁹⁰.

Dentro de los términos del 328(1)4 del Código de procedimiento civil alemán, cabe la posibilidad de que la parte lesionada reclame una indemnización de daños por gastos médicos sin que actualmente intente someterse a dicho tratamiento médico. La interpretación correcta es la de entender que, aunque dentro del Derecho alemán no se establece ninguna libertad de decisión, la indemnización de lesiones físicas y mentales, que no pueden ser tratadas, y que por lo tanto al final van a convertirse en lesiones permanentes, constituirá de hecho una compensación por incapacidad permanente de salud.

Es sobre esta base sobre la que el Tribunal Superior de California indemnizó a la víctima los costes médicos futuros; por lo tanto estos daños, en las mismas circunstancias, también habrían sido indemnizados en Alemania. El hecho de que la víctima reciba la compensación antes de que realmente incurra en el gasto resulta en una diferencia sistemática entre el Derecho alemán y el norteamericano, que se basa en que el sistema de los Estados Unidos requiere un único procedimiento para la determinación de todas las demandas.

De esta decisión se desprende que el techo es alto a la hora de aplicar la provisión del 328(1) No. 4 del Código de procedimiento civil alemán. Una mera diferencia con el método que se aplica en Alemania se engloba bien dentro de las diferencias aceptables, aun cuando

⁸⁹ (1992) WM en 1459.

⁹⁰ *Vid.* Sentencia, de 21 de enero de 1991, II ZR 50/90, NJW 1991, 1418, 1420.

produzca un resultado en cierta medida incongruente con la indemnización otorgada si la demanda se hubiese llevado a cabo en Alemania, y aunque incite a que las demandas se entablen en las jurisdicciones más favorables, en lugar de plantearlas en Alemania.

En conclusión, la indemnización de 100.000 dólares por tratamiento médico futuro y de 50.000 dólares por gastos futuros de colocación no daña al orden público alemán y por lo tanto se debe reconocer y ejecutar la sentencia en este extremo.

También fue negada la aplicación del artículo 38 EGBGB al reconocimiento de sentencias y, en opinión del Tribunal, la revisión de 1986 del Derecho alemán sobre ley aplicable demostraba un intento legislativo de separar el reconocimiento de sentencias del análisis de la ley aplicable⁹¹.

5. *Daños punitivos*

En este caso, el Tribunal federal de Justicia decidió que la indemnización de daños punitivos constituía un ataque al orden público sustantivo conforme al 328(1) No. 4 del Código de procedimiento civil alemán.

En la sentencia del Tribunal Superior de California se indemnizó a la víctima con 400.000 dólares por daños punitivos. El Tribunal de Distrito alemán (*Landgericht*) decidió que cabía la orden de ejecución sobre todo el veredicto del Tribunal Superior más los intereses. Tras la apelación del demandado, el Tribunal de Apelación de Düsseldorf (*Oberlandesgericht*) sostuvo la orden de ejecución en la cantidad de 275.325 dólares y anuló el resto. La interpretación del *Oberlandesgericht*, sobre esta cuestión, fue que la orden de ejecución sólo podía ser emitida sobre la suma requerida para cubrir los costes legales, aunque dicha suma estaba supeditada al examen del orden público. El examen de orden público tuvo como resultado que en lugar del 40% de la indemnización total que estableció el Tribunal Superior de California como honorarios de abogado, sólo se reconociese el 25% de la indemnización de daños compensatorios recibida por la víctima (55.065 dólares).

Sin embargo, el Tribunal Federal declaró que las argumentaciones anteriores no eran lo suficientemente convincentes como para invalidar los argumentos del demandado en la apelación. Manifestó que un veredicto norteamericano en el que se indemniza una suma global por daños

⁹¹ (1992) WM en 1458.

punitivos además de una indemnización por daños patrimoniales y extrapatrimoniales no puede, como regla general, ser ejecutado en Alemania.

La sentencia, en primer lugar, realiza un examen de los daños punitivos en los Estados Unidos.

«Los “*Punitive or exemplary damages*” son, conforme al derecho de la mayoría de los Estados norteamericanos —incluido California—, indemnizados como una suma adicional a aquella requerida para reparar el daño causado, si el agente ilícito ha actuado premeditada, maliciosa, o negligentemente... La imposición de estos daños pertenece, de forma general, al ámbito discrecional del tribunal... La imposición de estos daños sirve a cuatro propósitos principales...»

El Tribunal describe, de forma breve, la función de castigo, la función de disuadir al agente y al público en general de incurrir en el futuro en conductas nocivas para la sociedad, la necesidad de recompensar a la víctima por ejecutar la ley, y finalmente la necesidad de compensar a la víctima por daños que no le son compensados en las otras partidas indemnizatorias (por ejemplo, los costes legales).

«El nivel de la indemnización está gobernado por el poder discrecional del tribunal, el cual, de forma habitual, toma en consideración la naturaleza del acto ilícito, la forma y la gravedad del perjuicio causado a la víctima, pero también el estatus financiero del agente ilícito. En algunos casos, la indemnización se calcula como un múltiplo de la indemnización compensatoria. En otras ocasiones, la indemnización concedida por “*pain and suffering*” no se indemniza de forma separada de la partida de daños punitivos —contrariamente a lo que ocurre en el caso presente—... En algunos casos ni tan siquiera la indemnización por pérdida de salarios se indemniza de forma separada.»

El *Bundesgerichtshof* analizó también la naturaleza civil o criminal de los daños punitivos.

«En el Derecho norteamericano, los “*punitive damages*” forman parte del Derecho civil, independiente de la función punitiva o disuasoria que intentan cumplir. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos negó la alegación de que estos daños violaban la prohibición de doble castigo sobre estas bases. Lo mismo se aplica desde el punto de vista alemán... En este sentido, los “*punitive damages*” fundamentalmente representan una forma especial de indemnización entre individuos privados, sin tener en cuenta las intenciones, en términos de política legal,

que subyacen en dichas indemnizaciones... En cualquier caso, si —como ocurre en el supuesto presente— la indemnización debe abonarse a la víctima, la cuestión es civil.

La cuestión de si se debe adoptar un punto de vista diferente si los “*punitive damages*” son abonados al Estado o a otra institución no tiene que ser aclarada.»⁹²

Está de acuerdo con la doctrina mayoritaria sobre la naturaleza civil de esta partida indemnizatoria. Por un lado, confirma la posición del Tribunal de Munich, de 15 de julio de 1992⁹³, y por otro, deja la puerta abierta a que alguna indemnización de daños punitivos pueda ser reconocida en Alemania si su función es compensatoria.

Posteriormente, el Tribunal conoció la cuestión del orden público de acuerdo con el 723, para. 2.2 y 328(1)4 del ZPO alemán, que a la postre sería la cuestión determinante en la resolución de este caso.

«El moderno Derecho civil alemán estipula la compensación de daños sólo como la consecuencia legal de un acto ilícito (249 ff. del Código civil alemán); no dispone el enriquecimiento de la parte lesionada... Lo anterior se aplica tanto si la reclamación de indemnización se defiende ante un tribunal civil como si se defiende ante un tribunal criminal en los procedimientos suplementarios (403 ff. de Procedimiento Criminal). El castigo y la disuasión son fines posibles de la sanción criminal (46 f. del Código penal), bajo la forma de una multa que se paga al Estado, y no fines del Derecho civil.

La concesión a la víctima, como demandante, de un beneficio puede ser explicada gracias a una interpretación del Derecho privado como reglas que tienen, generalmente, un efecto preventivo. El individuo, como “fiscal privado”, ocupa el lugar del Estado. Esto es incompatible, conforme a la interpretación legal alemana, con el monopolio estatal de castigo y las garantías procesales especiales que dicho monopolio acarrea. El Derecho alemán contiene en su Derecho civil... ciertas estipulaciones de castigo. Sin embargo, las estipulaciones requieren un acuerdo legal entre las partes y por lo tanto no son relevantes para los principios alemanes de responsabilidad civil.»

A continuación el Tribunal compara las funciones punitivas y disuasorias con la función de satisfacción que rige en la valoración del *pain and suffering* en Alemania. El término «satisfacción» (*Genugtuungs*) no tiene un significado fijo. Puede ser entendido en un sentido

⁹² (1992) WM en 1461.

⁹³ (1992) WM en 1465.

amplio y aplicarse como reparación de los detrimentos no económicos sufridos por la víctima. Este uso del término descansa en la asunción de que sólo las pérdidas económicas pueden ser compensadas. En Alemania, la noción de satisfacción se utiliza en un sentido más específico. Su propósito es describir la función de la responsabilidad que pretende mitigar la violación del sentido de justicia de la parte agraviada mediante la reacción legal hacia el ilícito. El propósito de la satisfacción ha estado siempre muy relacionado con la institución de castigo pero, en opinión de ciertos autores alemanes, la satisfacción se diferencia del castigo en que la primera se dirige a la parte lesionada y no al agente ilícito. Con el desarrollo del castigo público y el reconocimiento del monopolio estatal sobre las sanciones, las penas privadas se eliminaron en gran medida. Sin embargo, el castigo público impuesto sobre el agente ilícito no siempre parece suficiente para afrontar la satisfacción de la parte agraviada. Por ejemplo IHERING, en un memorándum publicado en 1880, subrayó «la satisfacción por la violación del sentido de justicia» como un objetivo independiente del derecho privado de responsabilidad, junto con los objetivos de castigo y de compensación⁹⁴. La interpretación de Ihering sobre el término «satisfacción» fue aplicada en los Tribunales alemanes en relación con las indemnizaciones de daños morales. Sin embargo, la doctrina legal alemana reciente utiliza el término para designar el objetivo específico de mitigar la violación del sentido de justicia de la víctima.

«La función punitiva y disuasoria de los “daños punitivos”, de acuerdo con su interpretación en los Estados Unidos, se justifica a partir del interés público, y no puede ser comparada con la función de satisfacción que debe ser tomada en cuenta, conforme a las líneas nacionales para la valoración de la indemnización, al 847 del Código civil alemán, y a las invasiones de la intimidad. Por un lado, no es la función de satisfacción el factor principal en la valoración de los daños, sino que la atención se debe fijar en el nivel y en la gravedad del daño a la vida (el grado y la duración del dolor, del sufrimiento y de la deformación), mientras que la importancia relativa de otras circunstancias depende del caso en particular (ver BGH, sentencia del 3 de noviembre, 1959 - VI ZR 193/58, VersR 1960, 252, 253). Por otro lado, la función de satisfacción no es suficiente para justificar el carácter penal de la indemnización. (BGHZ 18, 149, 155.) La función de satisfacción está intrínsecamente unida a la función de compensación, la cual es inherente a la

⁹⁴ Citado en STOOLL, H., «Consequences of Liability: Remedies», *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1975, tomo XX.2., pp. 10.

demanda de indemnización (BGH, sentencia de 6 de diciembre, 1960 - VI ZR 73/60, VersR 1961, 164 f.) y expresa una cierta relación personal entre el agente ilícito y la parte lesionada; dicha relación se inició por el hecho de que se causó un daño (BGHZ 18, 149, 157). Este hecho no cambia, aun si, en un caso individual, el hincapié en la valoración de los daños se coloca sobre la función de satisfacción, porque sólo es posible realizar enmiendas simbólicas para compensar por los daños no materiales.»⁹⁵

La pregunta a la que intenta contestar el Tribunal es si los daños punitivos pueden ser asimilados a la indemnización de daños morales que se concede en el Derecho alemán de acuerdo con la función de satisfacción. En otras palabras, si la indemnización punitiva intenta compensar por los daños extrapatrimoniales sufridos por la víctima.

«En el caso en cuestión, han sido cubiertos (los daños extrapatrimoniales) por una compensación separada de “*pain and suffering*”. Aún en el supuesto de que se dé plena consideración al hecho —de acuerdo con la alegación hecha por el demandante— de que la salud física tiene una considerable importancia en los Estados Unidos, no parece que exista base alguna para una demanda de satisfacción por encima de lo ya concedido.»

El Tribunal pasa a analizar la posibilidad de que la partida indemnizatoria de daños punitivos intente cubrir los costes legales en los que ha incurrido la víctima.

«Ni la sentencia ni las transcripciones del Tribunal Superior contienen información fehaciente sobre si los “punitive damages” fueron indemnizados con la intención de cubrir todos los costes legales en los que incurrió el demandante. La proporción del 40%, concedida al abogado como remuneración, se aplica a todas las partidas de la indemnización que realmente se abonen, sin tener en cuenta su clasificación legal. Las cantidades concedidas como compensación por gastos médicos y las que corresponden a “*pain and suffering*” no han sido calculadas de forma tan precisa como para excluir la posibilidad de que en ellas se incluya un componente que corresponda a los costes legales.

El Tribunal de Apelación no indagó, en términos objetivos, las consideraciones que condujeron al Tribunal Superior en su decisión en relación con los “punitive damages” en el caso presente...

⁹⁵ (1992) WM en 1462.

No hay estadísticas disponibles sobre la frecuencia con la que los Tribunales norteamericanos intentan, entre otras cosas, indemnizar al demandante por todos sus costes legales con la indemnización de daños... En antiguas publicaciones, ni siquiera se menciona este motivo... De hecho, aún en los casos más recientes, este motivo sólo se menciona en circunstancias excepcionales...

Si el propio tribunal extranjero no aporta una información clara y comprensible, el tribunal alemán que es responsable de la orden de ejecución está inhabilitado para valorar los motivos reales de cada caso individual. Como se ha establecido, una indemnización norteamericana de esta naturaleza puede basarse legítimamente en distintos motivos, que pueden ser tratados de forma individual o junto con otros. Para lograr una mejor visión del contenido del veredicto que la que se ha dado hasta ahora, el juez local debería, en la medida de lo posible, tomar el lugar del juez extranjero.

El 723, para.1 del Código de procedimiento civil alemán establece que el juez alemán no tiene derecho a hacer esto. Dichas consideraciones sobre el veredicto estarían basadas, en gran medida, en conjeturas y pondrían en riesgo la certidumbre del derecho.

El Senado tampoco considera permisible utilizar, como base para un veredicto extranjero, el escenario imaginable más favorable para su reconocimiento...»⁹⁶

El Tribunal vuelve sobre el tema inicial de las funciones de los daños punitivos, o de sus elementos más característicos, para de esta forma poder compararlos con los principios que sobre responsabilidad extracontractual rigen en el Derecho alemán.

«Desde este punto de vista, los daños punitivos norteamericanos están caracterizados por los elementos de castigo y disuasión... Históricamente, es sobre estos elementos sobre los que se han basado los daños punitivos...; aún hoy, estos elementos todavía desempeñan un papel habitual en la valoración de los daños... La alegación de culpa es la cuestión crucial. La reducción del acento puesto sobre los intereses privados ilustra el hecho de que la parte lesionada no tiene una reclamación legal. Y, además, como no hay una relación general clara entre las sumas a determinar y el daño sufrido, la cuestión de la compensación tiene normalmente una importancia menor.»

⁹⁶ Para HAY, «The Recognition and Enforcement of American...», loc. cit., p. 747, esta conclusión no está clara, no parece muy consistente negar la posible inclusión de los costes legales en la partida de daños punitivos por ser muy especulativa en la base, también especulativa, de que estos gastos podrían estar incluidos como parte de lo que el tribunal extranjero denominó «compensación».

Por todo lo anterior, el Tribunal considera que una indemnización de daños punitivos no puede ser ejecutada en Alemania porque es incompatible con los principios fundamentales del Derecho alemán.

«Uno de los principios fundamentales del Derecho alemán es el principio de “proporcionalidad”, el cual surge del estado constitucional y es válido también en el Derecho civil... En el Derecho civil, la atención que se presta a la compensación en la valoración de los daños, entre otras cosas, tiene este principio en cuenta; a menudo, la única intención apropiada de la acción civil, tomada en respuesta a un acto ilícito, es la de compensar por los efectos de ese acto sobre las circunstancias financieras de las partes directamente afectadas. Las reglas de procedimiento y las reglas sobre la prueba para las acciones de esta clase permiten a las partes ejercer una influencia variada y dominante sobre el resultado, y han sido diseñadas con este propósito. Las acciones civiles norteamericanas están gobernadas por reglas similares...

Las sanciones que intentan ser punitivas o disuasorias —o, por ejemplo, proteger el derecho y el orden público— son, según la interpretación alemana del derecho, parte del monopolio de castigo ejercido por el Estado. Es él quien ejercita este monopolio en interés del público en un proceso especial, en el que por un lado la investigación oficial intenta proveer de una mejor garantía para que la decisión sustantiva sea exacta, mientras que por otro lado asegura una mayor protección para los derechos del demandado. Desde un punto de vista local, sería inaceptable imponer, en un juicio civil, el pago de una considerable suma de dinero, la cual no intenta ser compensación por los daños, sino que es calculada esencialmente según el interés público y puede ser impuesta junto con el castigo criminal por la misma ofensa...

De hecho, esto es lo que ha ocurrido en el caso presente. La indemnización impuesta es mayor que el total de todas las sumas concedidas para compensar por el daño causado. Aun el total de todos los costes legales supondría sólo una tercera parte de los “daños punitivos”. No existe prueba de otros daños por los que se deba conceder compensación. El efecto de la orden de ejecución en el demandado sería, por lo tanto, excesivo.

Los daños punitivos impuestos bajo el poder discrecional del tribunal, los cuales no tienen una relación firme con el daño sufrido y algunos de los cuales son extremadamente altos, han contribuido a un importante aumento en la carga de las indemnizaciones en la economía como un todo. Dicha carga ha alcanzado ahora el límite del riesgo calculable y asegurable...

...Por esta razón, la ejecución de una reclamación de indemnización por daños —superior a la compensación de todas las lesiones patrimoniales y extrapatrimoniales realmente sufridas— constituiría en sí misma un resultado inaceptable...

La ejecución en Alemania está, por lo tanto, excluida. No es necesario determinar si la ejecución de la indemnización de daños también contraviene la ley y el orden alemán en otras bases. En particular, no hay necesidad de determinar si las condiciones para la imposición de un veredicto de daños punitivos, cuyas condiciones son difíciles de estipular, y la cantidad de la indemnización deben valorarse según las bases del artículo 103, para.2 (Derechos constitucionales en el tribunal) de la Constitución de Alemania, o si la condena a este pago, así como la pena criminal, constituiría, desde el punto de vista alemán, una violación de la prohibición de castigo múltiple (art.103, para.3 de la Constitución alemana).»

6. *Reconocimiento parcial*

El Tribunal reconoce que no existe impedimento para emitir una orden de reconocimiento y ejecución parcial sobre una sentencia. El Tribunal podía haber negado el reconocimiento total de la sentencia basándose en que la indemnización de daños punitivos es una unidad indivisible bajo el Derecho norteamericano y por lo tanto cualquier reducción supondría una modificación de la decisión extranjera y violaría la prohibición de revisión del fondo del asunto (723.1 ZPO)⁹⁷. Sin embargo, este argumento no ha recibido el apoyo ni de la jurisprudencia ni de la doctrina alemanas⁹⁸.

«El hecho de que el fallo del Tribunal Superior no pueda ser ejecutado en Alemania porque impone daños punitivos no significa que el resto de la sentencia no sea reconocido.

Contrariamente a la opinión expresada en la apelación, el hecho de que la cuestión en disputa en la ejecución sea, no la demanda sustantiva sobre la que el título extranjero está basada, sino que está determinada por el deseo del acreedor de hacer que el título sea ejecutable en Alemania, no significa que una única decisión tenga que emitirse siempre sobre la orden de ejecución por la suma total indemnizada en la sentencia extranjera. En casos en los que un único veredicto extranjero trata demandas distintas e independientes, cada una de ellas puede ser investigada de forma individual, para de esta forma ver si cumple con las condiciones para el reconocimiento.

Si algunas de las demandas no cumplen con el orden público, es posible el reconocimiento parcial; el demandante no tiene por qué tenerlo

⁹⁷ Esta fue la postura del *Landgericht* de Berlín (1989).

⁹⁸ *Vid.* STIEFEL, STÜRNER, STADLER, «The Enforceability of Excessive...», p. 798.

en cuenta a la hora de plantear su petición. Como consecuencia, no existe base para oponerse al hecho de que el Tribunal de Apelación sometió a una inspección separada de orden público a las partidas del veredicto del Tribunal Superior correspondientes a los costes médicos pasados y futuros o costes de colocación, los daños morales y los daños punitivos.»

IV. Conclusión

El Derecho alemán de daños, al igual que el Derecho español, se rige por el principio de «*restitutio in integrum*», bajo el cual, en teoría, serán privadamente compensadas todas las pérdidas sufridas por la víctima de un acto ilícito. Este principio no recoge el enriquecimiento de la víctima, más bien lo excluye. Como hemos visto, los daños punitivos dan lugar a un enriquecimiento contrario al principio anterior. Además, el Derecho privado continental no permite que la víctima actúe como un fiscal privado y por ello también los daños punitivos podrían ser contrarios al orden público.

De la exposición anterior podemos deducir que no hay problemas para considerar la naturaleza civil de los daños punitivos, que el análisis de si se busca con su indemnización el abono a la víctima de los costes de honorarios se ve impedido por la prohibición de revisar el fondo del asunto, que no existen en el Derecho civil alemán instituciones con funciones punitivas que puedan ser asimiladas a la de los daños punitivos y que es su función punitiva la que los hace incompatibles con el orden público alemán, por lo que deja abierta la posibilidad de que si su finalidad fuese compensatoria podrían ser ejecutados en Alemania. Esto último sólo podría ocurrir en demandas que provengan de los Estados que no reconocen una función de castigo⁹⁹, y que sólo reconocen una función compensatoria.

El Tribunal Federal de Justicia alemán podría permitir la ejecución de una sentencia en la que se incluyeran daños punitivos pero en la que se declarase la naturaleza compensatoria de dicha partida. Considero

⁹⁹ *Vid.*, REQUEJO ISIDRO, «Reconocimiento en España...», loc. cit., p. 95:

«Es opinión de la doctrina que esta previsión, pese a su carácter progresista, carece de eficacia práctica, en la medida en que la prohibición de revisión de fondo de la sentencia extranjera cuyo reconocimiento se requiere impide al Tribunal alemán la interpretación de los motivos que puedan estar implícitos. Esto quiere decir que en cada sentencia americana de *punitive damages* tiene que aparecer claramente establecido el sentido compensatorio de los daños, o de cada partida dentro del montante de los mismos: lo que, siendo la cuantía determinada por un jurado, es poco probable.»

que esto, que a primera vista podría parecer una puerta abierta a la ejecución de daños punitivos en Alemania, en realidad no será tal en la gran mayoría de los casos. La función principal de los daños punitivos, aunque puedan tener una función compensatoria, no es ésta, sino la de castigo del agente ilícito y la disuasoria de posibles conductas similares en el futuro. Sólo en aquellos Estados en los que el Derecho de daños punitivos ha sido reformado por ley y se ha limitado su cantidad a los costes legales sufridos por el demandante podría el tribunal alemán reconocer la ejecución de la sentencia norteamericana.

CONFERENCIAS Y COMUNICACIONES

**LA COOPERACION ENTRE
COMUNIDADES AUTONOMAS**
**El acuerdo entre la Comunidad Autónoma Vasca
y la Comunidad Foral de Navarra**

Juan Cruz Alli

Saludos.

En primer lugar he de manifestar mi más profundo y sincero agradecimiento a la Universidad por la oportunidad de participar en este acto académico, más por el afecto con que me honran muchos miembros de esta comunidad que por mis méritos personales y académicos. Muchas gracias. Mila esker.

El tema objeto de la exposición puede ser analizado y valorado desde dos perspectivas bien diferentes. Por una parte, desde el marco jurídico constitucional español, con base en la Constitución de 1978 y en los Estatutos de Autonomía, así como en la reducida práctica de tal cooperación dentro del Estado español. Por otra desde la valoración del funcionamiento institucional, como una de las posibilidades que el sistema constitucional encierra de reconocimiento de los hechos diferenciales, de manifestación y ejercicio del autogobierno, así como de consolidación de una forma de Estado regional descentralizado con posibilidades federalizantes. Se ha de constatar que esta segunda perspectiva nos permite apreciar el grado de aceptación del modelo de Estado autonómico, el alcance real de las llamadas al desarrollo del autogobierno, la solidez de los referentes de identidad cuando se vinculan a los procesos institucionales. Es de toda evidencia que la fe en el autogobierno se manifiesta en la utilización máxima de las potencialidades constitucionales y estatutarias. Por el contrario, su invocación resulta retórica cuando por prejuicios, partidismo o simple complejo de inferioridad, se produce el rechazo de todo aquello que se desconoce o ignora, exponente de una mentalidad cerrada y medrosa que, como decía Machado, «envuelta en sus andrajos, desprecia cuanto ignora».

1. Introducción sobre la cooperación horizontal en los sistemas federales y descentralizados

En los Estados centralistas la distribución de competencias y la cooperación entre las distintas administraciones territoriales se fundamenta en el principio de unidad, que se instrumentaliza en las técnicas de la jerarquía y la tutela. La jerarquía implica la subordinación al superior, quien organiza, dirige y supervisa, excluyendo cualquier autonomía. La tutela tiene menos entidad, pero implica controles de legalidad y oportunidad del ente tutelante sobre el tutelado, al que se le reconoce un cierto nivel de autonomía, pero dentro de una cuasi subordinación jerárquica.

Por el contrario, en los modelos federales o unitarios descentralizados, la distribución de competencias implica el reconocimiento de distintos ámbitos de poder político autónomo, sin dependencia jerárquica. La autonomía «hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido» (S.TC. 4/1981). Se trata de una autonomía política con potestades legislativas y gubernamentales, no de una mera autonomía administrativa, que hace necesaria la cooperación entre todos los gobiernos territoriales para la resolución de los problemas comunes, sin que la supraterritorialidad de los mismos exija la presencia de la Administración central. Este es el fundamento de la doctrina del federalismo cooperativo, que ha tenido manifestaciones anteriores en la cooperación horizontal entre los gobiernos infraestatales que en la vertical entre el Estado y aquellos. Se trata de un concepto político que asume la existencia de competencias compartidas por diversos poderes, que obligan a una necesaria interdependencia y cooperación¹. Para González Navarro «hay dos formas de enfrentarse con el hecho de la cooperación entre los diversos poderes: encararlo por su lado positivo, viéndolo como el único medio de frenar la que, de otra forma, se convierte en imparable corriente centralizadora; o bien, verlo por el lado negativo como la forma encubierta que adopta hoy el centralismo»².

¹ MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho Público de las Comunidades autónomas, I*, Madrid, 1982, pp. 218-239. PERGOLA, A. LA: *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, 1994, pp. 277 y ss.

² GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Derecho Administrativo Español, I*, Pamplona, 1993, p. 361.

Todos los instrumentos de cooperación parten de la necesidad, apreciada por los órganos de gobierno, de que los problemas superan el ámbito territorial individualizado y exigen soluciones de mayor espacio, así como del reconocimiento de que la autonomía en el ejercicio de las propias competencias exige el acuerdo convencional entre los poderes públicos afectados. Ha de aceptarse que la nueva configuración de la distribución territorial del poder, en modelos federales o regionales descentralizados, «no se entiende ya como separación y mera yuxtaposición de esferas independientes y soberanas de gobierno, actuando cada una sobre un ámbito material propio y exclusivo, sino como colaboración entre los diversos centros de gobierno en la consecución de objetivos de común interés, como participación de todas las instancias en un esfuerzo conjunto para el cumplimiento de todas aquellas funciones y tareas que redundan en beneficio del todo y, con él, de las propias partes»³.

Por ello los acuerdos entre Estados miembros de una Federación o entre regiones, si se trata de un Estado unitario descentralizado, son práctica habitual allí donde están consolidados y existe una auténtica conciencia de autogobierno. Podemos afirmar que son algo consustancial con el modelo político-institucional de distribución territorial del poder, cuyo límite es el respeto al orden competencial que establezca la Constitución, dada la indisponibilidad de la titularidad de las competencias. Ello a pesar de que desde las esferas del poder central de los Estados existe una clara desconfianza ante tales iniciativas, tratando de proteger su propio ámbito competencial y de evitar la creación de otros centros de poder que puedan alterar el equilibrio existente. A ello obedecen las medidas de control de los convenios horizontales de cooperación.

1.1. *Estados Unidos de América*

En los Estados Unidos, el artículo 1, sección 10.^a, apartado 1, de la Constitución dispone que «ningún Estado podrá celebrar Tratados, Alianzas o Confederaciones». En el apartado 3 añade que «ningún Estado podrá, sin el consentimiento del Congreso... celebrar ningún acuerdo o pacto con otro Estado. La autorización del Congreso posibilita los acuerdos, cuyo control ha reducido la jurisprudencia al afirmar que aquélla no es necesaria «para los acuerdos que no tuvieran por objeto

³ ALBERTI ROVIRA, E.: *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, Madrid, 1986, p. 358.

aumentar el poder político de los Estados u oponerse a la justa supremacía del Estado Federal»⁴.

Los convenios entre Estados se han clasificado en las siguientes categorías. Los reguladores de materias importantes para las sociedades, como el agua o el petróleo. Los de áreas metropolitanas para la planificación y gestión de áreas urbanas. Los de cuenca fluvial para la política hidráulica y de desarrollo del conjunto de la cuenca. Los de servicios interestatales para mejorarlos y evitar duplicidades en materias de la competencia estatal como educación, sanidad, policía, asistencia social, etc.⁵

Existen, además, numerosos órganos, organismos e instituciones interestatales de coordinación, unos de deliberación, que dictan resoluciones no vinculantes para los Estados, y otros con facultades decisorias y ejecutivas, vinculantes para los Estados miembros. En este segundo supuesto gozan de personalidad jurídica propia y capacidad para el ejercicio de las competencias ejecutivas que se hayan transferido al organismo común. Su creación no ha planteado cuestiones de constitucionalidad, considerándose algo consustancial con el modelo político y la necesidad de cooperación en condiciones de libertad e igualdad convencionales⁶.

1.2. *República Federal Alemana*

En la Ley Fundamental de Bonn no hay regulación de la materia, pero la práctica ha sido muy rica en fórmulas de coordinación, auxilio y cooperación vertical entre el Bund y los Länder, así como horizontal entre los Länder, siempre que se respete la competencia federal, los límites territoriales y la configuración de los Estados miembros. La coordinación, basada en el acuerdo de voluntades, permite que concierten el ejercicio de sus respectivos poderes y que busquen una orientación conjunta de los criterios de actuación de sus propias competencias⁷.

La coordinación no es una norma de competencia ordenadora de la concurrencia de poderes sobre una misma materia o sector, sino un modo de proceder en el ejercicio de los respectivos poderes, conforme a

⁴ SANTAOLAYA MANCHETTI: *Descentralización y cooperación*, Madrid, 1981, p. 135. ALBERTI ROVIRA, E.: *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, Madrid, 1986.

⁵ LÓPEZ-ARANGUREN, E.: *Federalismo americano: Las relaciones entre poderes en los Estados Unidos*, Madrid, 1987, pp. 200-206.

⁶ ALBERTI ROVIRA, E.: *Federalismo...*, cit., pp. 411-414.

⁷ ALBERTI ROVIRA, E.: *Federalismo...*, cit., pp. 414 y ss.; 464 y ss.

un parámetro común, ensamblando actuaciones distintas para conseguir un resultado armónico. Se basa en el respeto de las competencias, ejercitadas con el libre acuerdo de las partes, en total igualdad, sin que ninguna pueda imponer ni criterios ni decisiones mayoritarias, basándose en el consenso y la unanimidad consustanciales con la radical igualdad de quienes voluntariamente deciden coordinar su acción. «La nota esencial de la coordinación es el mantenimiento íntegro de los poderes de las partes y de su capacidad de actuación autónoma en todo momento, sin perjuicio de que se intente el acuerdo sobre el modo de ejercicio de sus respectivos poderes, intento y acuerdo que constituyen el contenido y el objetivo principales, respectivamente, de la coordinación»⁸.

La coordinación horizontal se apoya en órganos comunes creados por acuerdo entre los Länder. Afecta a todos los sectores y materias de su competencia, tanto en el ámbito administrativo como en el legislativo. La coordinación general se produce a través de organismos como la Conferencia de Ministros-Presidentes de los Länder, de naturaleza deliberante. A nivel legislativo por medio de la Conferencia de Presidentes de los Parlamentos estatales alemanes, también de naturaleza deliberante en materias de organización y funcionamientos de las Cámaras. En el ámbito ejecutivo-administrativo existen numerosos órganos de coordinación sectorial, como las Conferencias de Ministros de Finanzas, Economía, Comunicaciones, etc.

El auxilio es un deber de colaboración interadministrativa, basado en la lealtad constitucional a la ordenación de poderes y de competencias. Se traduce en la aportación de medios o en la realización de actividades o servicios en beneficio de otras organizaciones públicas.

La cooperación consiste en una toma conjunta de decisiones, en el coejercicio de las competencias, por varias partes que actúan mancomunadamente. Se trata de una «mancomunización de poderes», del establecimiento de un «régimen de atribución y ejercicio mancomunado de competencias», participando varias instancias en un único sistema de decisión. Su establecimiento se realiza por la Constitución o bilateralmente por acuerdo libre de las partes, quienes no pueden disponer de la titularidad de las competencias sino sólo del modo de ejercicio de las mismas, ya que en otro caso se alteraría el orden competencial. De este modo la cooperación convencional sólo supone un modo conjunto de ejercicio de las competencias, próximo a la coordinación, sin incidir en la titularidad, que está regido por el principio de indisponibilidad del orden de distribución de los poderes. Esta cooperación libre es el

⁸ ALBERTI ROVIRA, E.: *Federalismo...*, cit., pp. 367-368.

medio habitual de cooperación horizontal en Alemania, y se instrumenta por medio de convenios y acuerdos, creando órganos comunes. La creación de estos órganos comunes o mixtos es una abundante realidad avalada por la inexistencia de prohibición constitucional y por su propia naturaleza instrumental, que, al no recibir la titularidad de las competencias sino sólo la gestión, no atenta al orden competencial⁹.

1.3. *Federación Helvética*

El artículo 7 de la Constitución suiza prohíbe «toda utilización particular y todo tratado de naturaleza política entre Cantones». «Los Cantones tendrán, en cambio, derecho a concertar entre sí convenios sobre materias objeto de legislación, si bien deberán comunicar dichos convenios a la autoridad federal, la cual si los mismos contienen algo que se oponga a la Confederación o a los derechos de los demás Cantones, estará autorizada a impedir su ejecución. En caso contrario, los Cantones contratantes estarán facultados para recabar para su ejecución la cooperación de las autoridades federales»¹⁰.

En Suiza también se admiten órganos intercantonales de coordinación, sin facultades decisorias propias y sin capacidad de dictar resoluciones vinculantes, como «lugar de encuentro para intercambiar información, debatir problemas comunes, coordinar actuaciones de modo informal y preparar proyectos concretos de cooperación». Los convenios intercantonales pueden crear órganos ejecutivos comunes, las «comunidades o asociaciones concordatarias», a las que los cantones atribuyen competencias decisorias sobre materias concretas de naturaleza administrativa y normativa con rango reglamentario¹¹.

Se trata del régimen más similar al regulado en el artículo 145 de la Constitución española.

1.4. *República Federal de Austria*

El artículo 15 de la Constitución austríaca autoriza los convenios entre Länder «en materias de su propio ámbito de aplicación y deberán ponerse inmediatamente en conocimiento del Gobierno Federal». A estos

⁹ ALBERTI ROVIRA, E.: *Federalismo...*, cit., pp. 368-369, 487 y ss.

¹⁰ MENÉNDEZ REXACH, A: *Los convenios entre Comunidades Autónomas*, Madrid, 1982, pp. 79 y ss. ALBERTI ROVIRA, E.: *Federalismo...*, cit., pp. 414-415.

¹¹ ALBERTI ROVIRA, E.: *Federalismo...*, cit., pp. 418-424.

convenios se aplican los principios del derecho internacional, aunque subordinados a las leyes constitucionales de los Estados firmantes dictadas por acuerdo. Pueden afectar a materias puramente administrativas o propias de la legislación, y se utilizan para su aprobación leyes o reglamentos.

Aunque no son frecuentes las instituciones comunes, existe una «Oficina de coordinación de los Länder», con funciones deliberantes y consultivas, sin facultades ejecutivas propias¹².

1.5. *República italiana*

En Italia no existe una previsión constitucional, pero tal cooperación es una realidad basada en el concepto del interés interregional.

2. **La cooperación horizontal entre Comunidades Autónomas**

2.1. *El marco constitucional (art. 145 CE)*

La cooperación horizontal entre Comunidades Autónomas se halla expresamente prevista en el artículo 145 CE, el cual, tras prohibir la federación entre Comunidades, posibilita la existencia entre ellas de «convenios para la gestión y prestación de servicios propios, que deberán ser comunicados a las Cortes. También contempla la normalización de «Acuerdos de cooperación entre Comunidades Autónomas (que) necesitarán la autorización de las Cortes Generales».

El precepto constitucional contempla dos instrumentos de cooperación horizontal que se diferencian tanto por su contenido material como por la forma de control sobre los mismos por parte de las Cortes Españolas. El precepto ha sido muy criticado por la doctrina, calificado como «escasamente feliz» y con «un extraordinario margen de imprecisión y una serie de interrogantes difíciles de resolver»¹³.

El apartado 1 se considera innecesario «pues parece obvio que el contenido de los vínculos federativos que algunas comunidades pudieran establecer entre sí no podría rebasar, en ningún caso, el ámbito

¹² MENÉNDEZ REXACH, cit., pp. 54 y ss. ALBERTI ROVIRA, E.: *Federalismo...*, cit., pp. 424-426.

¹³ ENTRENA CUESTA, R: Comentario al artículo 145, en *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por Garrido Falla, Madrid, 1980, p. 1.570.

máximo de competencias que la propia Constitución reconoce a cada comunidad, con lo que no se cuestionaría la naturaleza unitaria del Estado. Por el contrario, la omisión de este principio limitativo de la voluntad autonómica de las regiones y nacionalidades habría permitido dotar al nuevo régimen de autonomías de una mayor flexibilidad, con el fin de que su funcionamiento práctico permitiera ir desvelando sus posibles errores e insuficiencias, preparando de este modo el camino hacia una nueva redistribución del poder político territorial en el momento histórico posterior, si, en efecto, las mencionadas insuficiencias del propio modelo unitario así lo aconsejaran»¹⁴.

El apartado 2 es criticado por sus insuficiencias e imprecisiones, así como por haber «dado un tratamiento hartamente precario y riguroso a una técnica que en los sistemas de autonomía es de curso corriente»¹⁵.

Una breve referencia al proceso constituyente nos puede explicar el precepto. Fue una enmienda de Alianza Popular la que propuso prohibir la «federación de regiones autónomas», invocando el artículo 13 de la Constitución de 1931, ante el riesgo de formación de bloques que atentarían a la personalidad e independencia de las regiones, lo que «constituiría un indudable peligro para la unidad nacional» (Enmienda 33 de D. Alberto Jarabo Paya). Fraga Iribarne invocó también la guerra de secesión americana¹⁶, sosteniendo que la federación «sería un gravísimo riesgo para la consolidación del sistema autonómico de un Estado regional... que sólo podrán poner en peligro los que quisieran llevarlo más allá... no hay federaciones entre regiones, resolución que han tomado todos los pactos federales y que ya en su día tomó la República». Pérez Llorca lo hizo con la guerra de los cantones suizos¹⁷. Por el contrario, los diputados y senadores nacionalistas y socialistas propusieron bien la desaparición del precepto, bien la búsqueda de fórmulas de cooperación. Para Letamendía se había cerrado el paso a la defensa del derecho de autodeterminación y al federalismo¹⁸. Para Marcos Vizcaya el establecimiento de un acuerdo federativo entre Comunidades no suponía modificar el Estado, rechazando el control de las Cortes para la cooperación entre Comunidades¹⁹. En sentido similar los representantes

¹⁴ LEGUINA VILLA, J.: «Las Comunidades Autónomas», en el libro dirigido por PREDIERI y GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución Española de 1978*, Madrid, 1980, pp. 785-786.

¹⁵ MUÑOZ MACHADO, S.: *Derecho Público de las Comunidades autónomas, I*, Madrid, 1982, p. 234.

¹⁶ *Diario de sesiones*, 88, 1978, pp. 3.269-3.270.

¹⁷ *Diario de sesiones...*, cit., pp. 3.264-3.265.

¹⁸ *Diario de sesiones...*, cit., pp. 3.260-3.261.

¹⁹ *Diario de sesiones...*, cit., p. 3.268.

catalanes y comunistas. El debate acreditó la gran diferencia de concepciones del Estado entre la unitaria centralista, la unitaria regionalista y la federalista. En el debate está presente por alusiones la cuestión de «los Países Catalanes», así como el riesgo de «colonización» de unas regiones por otras, además del peligro de alteración del modelo territorial y de la unidad del Estado. Puede apreciarse que algunos de estos conceptos siguen siendo utilizados a pesar de la consolidación del modelo constitucional de Estado unitario regional, que no otra cosa es el autonómico.

Es curiosa la constante invocación que el partido más vinculado al régimen franquista hizo del artículo 13 de la Constitución de 1931, lo que constituye una de las muchas paradojas de la Historia, exponente de que en este aspecto no querían avanzar más que la República. Es lo cierto que la Constitución diseñó un modelo de Estado autonómico entre el unitarismo centralista del franquismo y el federalismo programático de la mayoría de los partidos democráticos, asumiendo de modo vergonzante los hechos nacionales con la diferenciación entre «nacionalidades y regiones» del artículo 2.

La invocación del artículo 13 de la Constitución republicana tuvo tanto éxito que el apartado 1 del artículo 145 lo recoge literalmente, cambiando sólo el tiempo de verbo, el presente de aquélla («En ningún caso se admite») por el futuro («En ningún caso se admitirá la federación»), y la denominación de «regiones autónomas» por la de «Comunidades Autónomas».

Tampoco en el debate constituyente de la República la cuestión fue pacífica. El diputado Sr. Samper defendió la posibilidad de que provincias sueltas y convertidas en regiones pudieran fundirse en la antigua región que históricamente hubieran formado. Pero más interesante para nosotros y una demostración de otra paradoja de la Historia fue la protagonizada por la minoría vasco-navarra. Su enmienda propuso que se admitiera «la federación de regiones autónomas que sean limítrofes y llenen para ello los mismos requisitos constitucionales que se exigen para la formación de regiones autónomas». La enmienda estaba firmada por D. Joaquín Beunza, D. Tomás Domínguez Arévalo, conde de Rodezno, D. Francisco Basterrechea, D. Antonio de Pildain, D. Rafael Picavea, D. José Horn, D. Manuel Egileor, D. Julio de Urquijo y D. José Antonio de Aguirre²⁰.

Para Leguina «con esta medida limitativa —que al igual que en la Constitución republicana está contemplando singularmente la cuestión

²⁰ *Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes*, 45, 25 septiembre 1931, pp. 1.202-1.203.

planteada por las Comunidades de habla catalana— se pretende cerrar el paso a toda forma de federalización encubierta del Estado y a la posible creación de macrocomunidades políticas y económicas, dotadas de órganos comunes de autogobierno, que pudiesen alterar de facto el equilibrio político regional buscado por la Constitución e incluso la correlación de poderes entre el Estado y las nuevas macrocomunidades que pudieran crearse. Se trata, pues, de una medida de precaución que quiere ser coherente con el propio modelo de Estado unitario consagrado por la Constitución, pero que, a mi juicio, es innecesaria, parece obvio que el contenido de los vínculos federativos que algunas Comunidades pudieran establecer entre sí no podría rebasar en ningún caso el ámbito máximo de competencias que la propia Constitución reconoce a cada Comunidad, con lo que no se cuestionaría la naturaleza unitaria del Estado»²¹.

Es lo cierto que, a pesar de la prohibición de federación, la Constitución establece en su artículo 145.2 la posibilidad de que los Estatutos contemplen los acuerdos y convenios de cooperación entre las Comunidades, que, en todo caso, han de respetar la prohibición. No se habilita a las Comunidades para hacerlos, sino que se parte de su capacidad para convenir, como propia de la autonomía que se les reconoce, estableciéndose los requisitos de control por las Cortes Generales, a las que se convierte en garantes del cumplimiento de la prohibición.

El alcance de la prohibición de federación es límite máximo al ejercicio de la autonomía en la necesaria cooperación horizontal, impidiendo la configuración de un nuevo nivel político-institucional entre las Comunidades y el Estado, o la modificación del sistema constitucional de distribución de competencias, o la alteración de los ámbitos territoriales, o la transmisión a órganos o instituciones intercomunitarias de la titularidad de competencias, indisponibles por imperativo constitucional y estatutario. Siendo la cooperación la regla general, como manifestación del principio de autonomía y de la propia naturaleza del Estado, la prohibición debe ser la excepción. Por ello su aplicación debe ser restrictiva, en beneficio de la regla general. No se puede olvidar que los instrumentos de cooperación son medios de integración de las distintas estructuras de poder existentes en el Estado, por lo que debe rechazarse su valoración como elementos disgregadores y potenciadores de centros de poder frente al Estado. Esta concepción supone no haber asumido o entendido el modelo territorial que la Constitución ha dado al Estado español. Como ha dicho el Tribunal Constitucional en relación

²¹ LEGUINA VILLA, J.: *Las Comunidades...*, cit., p. 785.

con la coordinación, «persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían respectivamente la realidad misma del sistema» (S.TC. 32/83).

El precepto contempla dos niveles de cooperación entre Comunidades, que son «corporaciones públicas de base territorial y de naturaleza política» (S.TC.14-7-1981), cuyo territorio es el límite de su competencia. La solución de los problemas comunes exige actuaciones conjuntas fuera del ámbito territorial de la Comunidad, que afectan a varias de ellas sobre el conjunto de sus territorios. El Tribunal Constitucional ha declarado que «la unidad política, jurídica, económica y social de España impide su división en compartimentos estancos y, en consecuencia, la privación a las Comunidades Autónomas de la posibilidad de actuar cuando sus actos pudieran originar consecuencias más allá de sus límites territoriales equivaldría necesariamente a privarles, pura y simplemente, de toda capacidad de actuación» (SS.TC. 184/81, 44/84, 165/85).

Para hacerlo posible el artículo 145 contempla, en primer lugar, los «convenios para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas», a los que se denomina «convenios de colaboración», que se comunican a las Cortes Generales. En segundo lugar los «acuerdos de cooperación», cuyo contenido no se precisa, que al necesitar «autorización» de las Cortes, implican un mayor nivel que los primeros, y afectan a algo más que la citada «gestión y prestación de servicios». Si identificamos el contenido material de los convenios de colaboración con la «actividad administrativa», aquéllos se referirían a la misma en su producción y ejecución, dejando para los acuerdos de cooperación las actuaciones de orden político, tanto dentro como fuera del ámbito estatal e institucional, o legislativo²².

Junto a estos convenios y acuerdos, formalizados conforme a los procedimientos previstos en la Constitución, los Estatutos y los Reglamentos del Congreso y Senado, se admite la existencia de otros instrumentos, consistentes en «declaraciones conjuntas de intenciones o propósitos, sin contenido vinculante, o la mera exposición de directrices o líneas de actuación» (S.TC. 44/86), a las que se denomina «Protocolos» entre Comunidades. Para dicha sentencia el encuadramiento en una u otra categoría se ha de basar en «la naturaleza del documento y el carácter de sus cláusulas. Ciertamente hay algunas que por su amplia generalidad y su falta de contenido vinculante pudieran no alcanzar la

²² MENÉNDEZ REXACH, A: *Los convenios...*, cit., pp. 98 y ss. AJA y otros: *Sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1985, pp. 435 y ss.

naturaleza propia de un convenio... por no darse en el documento aprobado el «carácter operativo» propio de los convenios... Basta la comprobación de que su texto contiene compromisos de actuación en sentido determinado».

2.2. *El régimen de los convenios de colaboración y los acuerdos de cooperación en el Estatuto Vasco y el Amejoramiento del Fuero de Navarra*

En el artículo 22 del Estatuto Vasco se contemplan los convenios y acuerdos, conforme al artículo 145 de la Constitución. También hay una previsión específica que sólo puede estar referida a Navarra en el apartado 2 cuando dice que «la Comunidad Autónoma podrá celebrar convenios con otro territorio histórico foral para la gestión y prestación de servicios propios correspondientes a las materias de su competencia...».

Esta posibilidad fue introducida por una enmienda del Sr. Alzaga, de la UCD, «inspirada en la necesidad de observar la singularidad de las relaciones que, evidentemente, mantiene y debe mantener la Comunidad Autónoma con el colindante territorio histórico-foral...». Territorio que con tales condiciones de colindancia y naturaleza sólo podía ser la Comunidad Foral de Navarra. Así lo confirmaron en el debate los señores Alavedra («el artículo salva perfectamente el tema de Navarra»), Martín Toval («está apuntado claramente el caso de Navarra») y Solé Tura («deja intacta la posible relación existente entre la C.A. de Euzkadi y el territorio foral»).

En Navarra el «proyecto de Bases de Negociación para el Amejoramiento del Fuero», que aprobó la Diputación Foral el 27 de diciembre de 1979, contempló la celebración de «convenios con la Comunidad Autónoma del País Vasco, o con cualquiera de los territorios históricos que la integran...». Apoyando una enmienda conjunta del PSOE y UCD en la que se mantenía esta posibilidad, el portavoz socialista articuló dichos convenios en el marco de las relaciones entre Navarra y el País Vasco, con mayor trascendencia que otros acuerdos: «...pretendemos también resolver un problema político... que existe en este pueblo...». «En Navarra hay un sector del pueblo —nosotros creemos que no es un sector mayoritario del pueblo, pero que es un sector de nuestro pueblo— que tiene una identidad vasca frustrada hoy; que a eso queremos responder, sin quebrar la voluntad de la mayoría del pueblo, con el convenio que aquí admitimos como vía, pero que si las futuras generaciones entienden que de la misma manera... pues si en esa evolución de

nuestro pueblo se realiza su nueva conciencia... y es la integración en otro poder legislativo y en otro poder ejecutivo, nosotros no le pondremos puertas a nuestro pueblo». El mismo portavoz dijo en el debate del dictamen: «...no reconocer que debe haber unas relaciones especiales con la Comunidad Autónoma Vasca tiene que ser fruto de la ignorancia o tiene que ser fruto de no reconocer la evidencia de la voluntad de una parte de nuestro pueblo. Es decir, que en primer lugar los convenios vienen a incorporar a la vía institucional de Navarra aquellos sectores de nuestro pueblo que mantienen, y además frustradamente, su vocación vasca en Navarra...»

Fue interesante la afirmación de autonomismo que hizo el portavoz de la UCD, Sr. Astrain, cuando dijo que tales convenios «reafirman más nuestra personalidad, reafirman más nuestro deseo de autogobierno y reafirman más nuestra posibilidad no de diferenciación caprichosa con todos... nosotros creemos que se reafirma su propia personalidad cuando desde esta personalidad podemos establecer Convenios con los demás pueblos de España».

El artículo 70 LORAFNA hace una referencia específica a los convenios con la Comunidad Autónoma Vasca, diferenciándola de las demás Comunidades limítrofes, y reduciendo el plazo de comunicación a las Cortes respecto al régimen general. También existe una alusión diferenciada por lo que se refiere a los acuerdos de cooperación. Ello con independencia de la previsión constitucional (D.T.^a 4.^a), recogida en el artículo 2.2 del Estatuto Vasco y en la disposición adicional 2.^a LORAFNA, del posible acuerdo para la incorporación de Navarra a la C.A. Vasca.

Estos convenios y acuerdos son objeto de control parlamentario interno, que en el caso de Navarra precisa la autorización del Parlamento al Gobierno. El control parlamentario externo corresponde a las Cortes Españolas, conforme el artículo 145 citado, bien por la comunicación en el caso de los convenios o por la aprobación en los acuerdos.

3. La búsqueda de un marco de cooperación entre ambas Comunidades

Hemos visto cómo el marco constitucional y estatutario posibilitan, en congruencia con el modelo político del Estado, la cooperación entre ambas Comunidades. Pero su configuración en la realidad de las instituciones sólo puede ser posible si existe voluntad política en los gobiernos y los parlamentos conceden las autorizaciones pertinentes, medio de control de su acomodación al régimen legal y al límite máximo que representa la prohibición de federación del apartado 1 del artículo 145 CE.

La posibilidad de articular este marco de cooperación ha tenido distintos momentos desde su establecimiento estatutario, habiendo sido concebido, incluso, como un medio de dar satisfacción a las demandas de una parte de la sociedad navarra. Así lo reflejó el portavoz socialista en el debate de las Bases y texto de la LORAFNA, como se ha expuesto, considerándolo como una tercera vía entre la integración total, defendida por una parte minoritaria, y la separación total: «una vía que es la de la separación total de Navarra respecto a la CAV... Existe otra vía que es la de la integración plena..., es decir, su incorporación a ese Estatuto, su incorporación a esa Comunidad, a ese Parlamento y a ese Gobierno... y, finalmente, está la vía... de los convenios entre Navarra y la CAV... nos parece que no reconocer que debe haber unas relaciones especiales con la CAV tiene que ser fruto de la ignorancia o tiene que ser fruto de no reconocer la evidencia de la voluntad de una parte de nuestro pueblo... que mantienen, y además frustradamente, su vocación vasca en Navarra..., ¿qué es mejor, disolver una Comunidad, en este caso la Foral de Navarra, en la Comunidad estatutaria vasca o llegar a una fórmula de encuentro que reconozca la realidad institucional de esas dos Comunidades, que a nadie se le impida gobernar en su propia casa y que se busque el lazo de entendimiento para llegar a hacer en común lo que ambas Comunidades quieran poner en común?... Nosotros creemos que reconocer hoy esa realidad y reconocer esa vía es lo más acertado para Navarra y que responde más a la doble voluntad que existe en este pueblo»²³.

Antes de ese debate parlamentario, en una mesa redonda celebrada el 2 de diciembre de 1978, el fundador de UPN, D. Jesús Aizpún, afirmó: «El hecho de que Navarra se divida, en la proporción que sea, puede conducir a una fatal convivencia. Y entonces diría que es preciso llegar a algún tipo de conexión que no supusiera la integración en Euzkadi, que no nos gusta, pero sí llegar a algún tipo de colaboración para satisfacer la ambición de quienes propugnan la integración... Hoy, estamos... de acuerdo en estudiar alguna fórmula que pueda para nosotros impedir la pérdida de la identidad de Navarra y quizás para ellos, algún tipo de conexión...»²⁴.

Pocas fechas después, en el trámite del Anteproyecto de Estatuto de Autonomía del País Vasco, el partido político «Unión Nacional Española», de la coalición Alianza Popular, presentó el 15 de diciembre

²³ *Diario de sesiones del Parlamento Foral de Navarra*, 1, 20-8-1981, pp. 512-513.

²⁴ *Diario de Navarra*, 3-12-1978. Citado por J. GORTARI: *La transición política en Navarra*, 1975-1979, Pamplona, 1995, p. 566.

de 1978 una enmienda a la totalidad en la que se contemplaba la posibilidad de que cada Provincia o territorio histórico tuviera «derecho a celebrar convenios referentes a todas y cada una de las materias de su competencia, no sólo con las otras dos, sino con las demás Comunidades Autónomas limítrofes... así como a promover la creación de instituciones comunes de enlace entre las Comunidades contratantes»²⁵.

En el debate parlamentario de las Bases del Amejoramiento el grupo parlamentario de UPN se abstuvo, aunque su portavoz adujo que estaban de acuerdo en el fondo, que su rechazo era por una razón formal, no de fondo, «porque bienvenidos sean los convenios»²⁶. Esta postura la reiteró en el debate del dictamen²⁷.

La Agrupación Socialista de Navarra publicó en julio de 1981 un folleto titulado «La Autonomía de Navarra», en el que sostuvo que «las relaciones de Navarra con la CAV no pueden estar presididas ni por el principio de la integración ni por el de la separación, sino por el principio de la vinculación o de la cooperación»²⁸.

Consecuencia de tal principio y en el marco de la LORAFNA, «Navarra debe proceder al establecimiento de una vinculación con la CAV, que sin mengua ni perjuicio de la personalidad, la autonomía y la ordenación institucional de cada una de ellas, permite resolver conjuntamente todas las cuestiones de interés común». El medio serían los convenios y acuerdos contemplados por el artículo 22 del Estatuto vasco, que también serán recogidos en la LORAFNA (punto 35).

En el «Acuerdo de Cooperación» se incluiría «la creación de un organismo intercomunitario que podría denominarse Consejo Vasco-Navarro... marco institucional adecuado para la elaboración de convenios concretos para la gestión y prestación de servicios en materia de educación, cultura, sanidad, comunicaciones, etc., y la adopción de resoluciones en materias de interés común». El Consejo estaría dotado de dos órganos. La Comisión Permanente, integrada por los Presidentes, a los que podrían acompañar miembros de sus respectivos gobiernos. El Pleno, integrado por los miembros de la Comisión Permanente, y por un número igual de miembros de ambos Parlamentos. «Dada su naturaleza de organismo intercomunitario, el Consejo Vasco-Navarro debería adoptar sus acuerdos y resoluciones de mutuo acuerdo entre

²⁵ TAMAYO SALAVERRÍA, V. y C.: *Fuentes documentales y normativas del Estatuto de Guernika*, Vitoria, 1981, p. 505.

²⁶ *Diario de sesiones del Parlamento Foral*, 18, 9-6-1980, pp. 404-405.

²⁷ *Diario...*, cit., pp. 513-514.

²⁸ *Punto 34*, pp. 25-26.

los representantes de ambas Comunidades y sin perjuicio de las competencias de las respectivas instituciones ya que, en caso contrario, estaríamos ante una institución supracomunitaria y ello no sería constitucional. En definitiva, el Consejo Vasco-Navarro cumpliría dentro de su ámbito, una función análoga a la que cumplen algunas instituciones de carácter internacional: servir de marco para una política de cooperación entre los Estados, sin perjuicio de la independencia de estos» (punto 36).

En el acuerdo de Gobierno para la Comunidad Autónoma Vasca, firmado entre el PNV y el PSE en enero de 1987, el punto 10 comprometía al Gobierno a propiciar una «política de entendimiento y estrechamiento de lazos y vínculos con el territorio hermano de Navarra, mediante los cauces de celebración de convenios y acuerdos de cooperación en las diversas materias de interés común, tanto económicas como culturales. Asimismo, el Gobierno Vasco estudiará y tratará en su caso con las Autoridades e Instituciones navarras la posibilidad de establecer algún órgano común permanente, de acuerdo con las posibilidades legales existentes».

Como consecuencia del anterior acuerdo, el Grupo Popular en el Parlamento de Navarra presentó una moción para que éste declarase que «el Gobierno de Navarra carece de competencia para negociar con el Gobierno de Euzkadi el establecimiento de ningún órgano permanente entre ambas Comunidades». El mismo grupo enmendó su moción cambiando radicalmente su propuesta. En primer lugar «valora positivamente la actitud de la Comunidad Autónoma del País Vasco favorable a la normalización de convenios de cooperación entre ambas Comunidades». Además propuso declarar que «el Parlamento de Navarra considera que resulta conveniente el estudio de las posibilidades legales que permitan la creación de un “órgano común permanente”, para servir de cauce de encuentro entre los Gobiernos de ambas Comunidades en orden a la formación de futuros convenios de cooperación en materias de interés común, siempre que ello no implique la atribución al referido órgano de funciones de representación política o de carácter decisorio y vinculante para ambas Comunidades». Así fue aprobado por el Parlamento en sesión de 12 de marzo de 1987²⁹.

El Acuerdo para la formación del Gobierno de Navarra entre el PSN-PSOE y EA de 26 de julio de 1991 contempló «las políticas de coordinación y cooperación con la CAV al objeto de garantizar un desarrollo coherente y equilibrado en aquellas materias en las que ambas

²⁹ BOP, 22, 17-3-1987

Comunidades tienen intereses comunes», así como promover «la creación de una comisión intergubernamental de carácter permanente que mantendrá reuniones periódicas y cuyas decisiones se harán efectivas, en su caso, mediante los instrumentos jurídicos previstos en la Constitución, la LORAFNA y el Estatuto».

En el programa electoral del PSN-PSOE de 1995, se propuso la creación de una «Comisión intergubernamental de carácter permanente con el Gobierno vasco», como un medio de consolidación del autogobierno y de integración y cohesión de la sociedad navarra, rechazando el fundamentalismo «que pretende profundizar en la configuración de dos comunidades políticas enfrentadas».

En el Pacto de Gobierno firmado el 4 de julio de 1995 entre PSN-PSOE, CDN y EA existía un compromiso de establecer «unas relaciones especiales y permanentes con la Comunidad Autónoma Vasca, por razones históricas y por la existencia de cuestiones comunes». Se invocó la política de coordinación y cooperación entre ambos Gobiernos, así como el compromiso de crear una Comisión Intergubernamental permanente... cuyas decisiones se harán efectivas mediante los instrumentos jurídicos previstos en la Constitución, la LORAFNA y el Estatuto.

De acuerdo con el citado pacto de gobierno se firmó el 25 de octubre de 1995 un protocolo entre el Lehendakari del Gobierno Vasco y el Presidente del Gobierno de Navarra en el que acordaron «propiciar y desarrollar, en el marco de sus respectivas competencias, relaciones de colaboración permanente con el objetivo de:

1. Incrementar la cooperación en aquellas materias en las que las dos Comunidades tienen intereses comunes, especialmente en materias educativas, culturales, de política lingüística, económicas, sanitarias, de ordenación territorial, infraestructuras, medio ambiente y medios de comunicación.
2. Armonizar sus políticas respectivas en las áreas apuntadas.
3. Concertar la definición y puesta en marcha de proyectos de interés común.
4. Fomentar todas las relaciones de colaboración que se susciten entre las instancias públicas y privadas de ambas Comunidades.

Para hacerlo posible manifestaron la intención de ambos gobiernos de «consensuar una fórmula de colaboración que establezca los mecanismos de coordinación e impulso de las relaciones entre ambas Comunidades, en el marco de la Constitución, del Estatuto y de la LORAFNA, incluyendo un órgano Permanente de Encuentro, cuyas decisiones se harán efectivas mediante los instrumentos jurídicos previstos en el ordenamiento vigente».

4. El Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Autónoma Vasca y la Comunidad Foral de Navarra de mayo de 1996

Con base en el protocolo anterior se elaboró el Acuerdo de Cooperación, que fue aprobado por el Gobierno de Navarra el día 13 y por el Gobierno vasco el día 14 de mayo de 1996.

El preámbulo fundamenta el convenio «no sólo en una mera relación de vecindad... sino que hunde sus raíces en una afinidad histórica, cultural y social que ha tenido diversas manifestaciones a través de los tiempos». Se aludió a la creación en 1918 de la Sociedad de Estudios Vascos-Eusko Ikaskuntza y la Real Academia de la Lengua Vasca-Euskaltzaindia. Se destacó que la cooperación se realizará en el marco constitucional y estatutario, «desde el total respeto a la voluntad de los ciudadanos de cada Comunidad», lo que implica «el reconocimiento mutuo de las estructuras político-administrativas actualmente vigentes», que han permitido acuerdos y colaboración en distintas áreas. También se invocó la cooperación en marcos europeos como el Protocolo Aquitania-Euskadi-Navarra, la Comunidad de Trabajo de los Pirineos, el Comité de las Regiones, la Asamblea de Regiones de Europa, el Arco Atlántico, la Conferencia de las Regiones de Sur de Europa Atlántica y la Asociación de Regiones Fronterizas.

En la parte dispositiva, el artículo 1.º dispuso que la finalidad del Acuerdo de Cooperación era «establecer e impulsar un marco permanente de cooperación en aquellas materias que sean de su competencia, según el ordenamiento jurídico vigente», que el preámbulo identificó con la Constitución, el Estatuto y la LORAFNA.

El artículo 2.º enumeraba los objetivos del acuerdo:

10. Trabajar conjuntamente en la consecución de una Europa en la que las Regiones tengan un papel destacado, para lo cual propiciarán el cumplimiento de los fines de las asociaciones y foros europeos, de carácter transfronterizo o de más amplio espectro de las que forman parte.

Para hacer posible el «marco permanente de cooperación» (art. 1), que permita el cumplimiento de los objetivos (art. 2), se crea un «órgano permanente de encuentro, foro estable y permanente de relación que sirva de instrumento de coordinación e impulso en las materias de interés común para ambas Comunidades» (art. 3). El órgano actuará desde la «igualdad y respeto mutuo» (preámbulo 6.º), como medio para «coordinar sus políticas respectivas... en el marco de los acuerdos que se adopten» (art. 2.2), conforme al ordenamiento jurídico vigente (preámbulo 3.º y art. 1). Sus acuerdos se instrumentarán a través de

convenios de colaboración y acuerdos de cooperación conforme al ordenamiento vigente, constituido por los artículos 145.2 CE, 22 EAPV y 70 LORAFNA (art. 5.6).

La estructura del órgano estará integrada por el Consejo, el Secretariado Permanente y las Ponencias técnicas.

El Consejo, formado por los Presidentes y tres miembros de cada uno de los Gobiernos, «constituye la máxima representación política», está copresidido por los Presidentes, quienes ostentan la representación de las Comunidades y la ordinaria del Estado en cada una de ellas. Su competencia es la elaboración del programa de actuaciones y objetivos, adoptando acuerdos que pueden precisar convenios de colaboración o acuerdos de cooperación. Nada específica sobre la forma de adopción de acuerdos que, necesariamente y por su propia naturaleza, deben basarse en el consenso.

1. Cooperación en materias culturales, de política lingüística y medios de comunicación; educativas; económicas, tributarias y administrativas; de desarrollo comercial, industrial y turístico; de agricultura y medio ambiente; de infraestructuras y ordenación territorial; sanitarias; de protección civil y de seguridad; de acción exterior.
2. Coordinación de las respectivas políticas en las materias de su competencia, en el marco de los acuerdos que se adoptan.
3. Definir y poner en marcha iniciativas y proyectos conjuntos, para lo cual se desarrollará la asistencia mutua en la preparación, articulación, seguimiento y evaluación de dichas acciones.
4. Promover el intercambio de información institucional entre las Administraciones sobre sus respectivas políticas en los distintos ámbitos en los que ejercen su labor de gobierno y sobre cualquier materia de interés común.
5. Realizar estudios e investigaciones de forma conjunta en los ejes de cooperación citados.
6. Impulsar la colaboración y el mutuo auxilio en la defensa de las singularidades propias de los regímenes forales de ambas Comunidades.
7. Proporcionar proyectos de colaboración para la formación del personal al servicio de las distintas Administraciones.
8. Apoyar las relaciones culturales, sociales y económicas entre agentes del sector privado de las dos Comunidades, comprometiéndose activamente a hacer extensiva la colaboración a las Entidades Locales, y a ámbitos como las Universidades, Cámaras de Comercio, Colegios Profesionales y Asociaciones Culturales.

9. Contribuir a estrechar las relaciones con sus colectividades en el exterior, promoviendo su desarrollo a través de los Centros o Casas existentes.

El Secretariado Permanente, presidido por dos miembros del Consejo y tres representantes de cada Gobierno, es órgano de preparación y seguimiento del trabajo del Consejo, que coordina e impulsa el desarrollo de las actuaciones en las respectivas administraciones.

Las Ponencias Técnicas, de carácter paritario, cuya constitución es decidida por el Consejo o el Secretariado Permanente, realizarán «el estudio específico de las acciones sectoriales en las que existe un interés compartido por ambas Comunidades».

El acuerdo aprobado por los Gobiernos fue también autorizado por los respectivos Parlamentos y remitido a las Cortes Generales para que otorgaran su autorización, conforme al artículo 145.2 CE.

No voy a entrar en los detalles del proceso que tuvo lugar en el Senado hasta su resolución de devolución. Es lo cierto que la causa de tal decisión no se basó en que la Cámara Baja hubiese llegado, en su análisis del documento, a la conclusión de que el mismo violase la prohibición de federación entre Comunidades que, como límite máximo a los acuerdos de cooperación, establece el apartado 1 del citado artículo 145 CE. La causa directa fue la petición formulada por el nuevo Gobierno de Navarra, formado por UPN, que retiró del trámite parlamentario el acuerdo entre ambas Comunidades. Esta decisión fue adoptada por un gobierno minoritario y sin el consentimiento del Parlamento de Navarra, quien lo había autorizado por mayoría absoluta.

Aunque en algún momento se hayan invocado argumentaciones jurídicas, se hizo sin fundamento ni fuerza. Navarra no perdía sus competencias, transfiriendo al órgano la titularidad de las mismas, porque esto es imposible y no tiene ningún punto de apoyo. Ni el acuerdo implicaba la federación de las Comunidades, porque ni se transfería la titularidad de competencias, ni se creaba una nueva unidad política entre el Estado y las actuales Comunidades, ni se configuraban órganos propios supraordenados a los de las Comunidades, sino un marco de colaboración y cooperación conforme al ordenamiento constitucional vigente, instrumentado por un órgano de encuentro para hacerlas posible. Ni el órgano puede ser calificado de Dieta, propia de las Confederaciones de Estados, porque falta la premisa básica, que es la existencia de soberanías estatales que se coordinan y actúan conjuntamente en ámbitos concretos como la defensa y las relaciones exteriores, competencias que, sin duda, no corresponden a estas Comunidades. El acuerdo se había configurado en condiciones similares al de las comunidades del

arco mediterráneo, que había sido aprobado por las Cortes Españolas el 1 de junio de 1995. También en este caso se había creado un «marco estable de cooperación», dotado de «Comisiones de Cooperación», «Comisiones Técnicas de Coordinación» y una «Secretaría Técnica Permanente».

La escasa solidez de los argumentos de orden jurídico constitucional hizo que éstos fueran de inmediato sustituidos por el voluntarismo político, que necesita mucho menos rigor, es más propicio a la demagogia y a las reacciones emotivas y primarias. Por eso desde la derecha, olvidando sus iniciativas y declaraciones anteriores, se inició una cruzada contra el acuerdo de cooperación, como medio para atacar al gobierno tripartito que lo había hecho posible. Se volvieron a invocar los viejos fantasmas del pasado, como el anexionismo vasco, argumentando que tal acuerdo era el primer paso para la integración de Navarra en la CAV, que para cooperar con ésta no hacen falta ni acuerdos ni, mucho menos, órganos permanentes de encuentro, que Navarra perdía su identidad porque ponía su autogobierno en manos ajenas, etc. Todo, por muy simple que fuera, era argumento válido en la cruzada contra el gobierno tripartito, utilizando como excusa el acuerdo de cooperación.

Hay que reconocer que desde la CAV y desde el nacionalismo vasco se dieron argumentos para esa cruzada. Se transmitió la idea de que se trataba de un logro histórico, de un paso decisivo para un nuevo proceso de unidad territorial, etc. Los argumentos partidistas para rentabilizar el contenido del acuerdo de cooperación, más allá de su auténtico significado y alcance real en el marco constitucional, fueron utilizados por los navarristas radicales para apoyar su argumentación. Frente a sus burdos argumentos, la cita de declaraciones desde el nacionalismo vasco los convertían en auténticas verdades, porque eran los enemigos de la identidad y el autogobierno de Navarra quienes ponderaban en beneficio de sus objetivos lo que aquéllos criticaban. No cabía mejor apoyo. Intentaron una movilización social que no consiguieron, a pesar de los muchos medios de todo tipo que aplicaron, de las campañas y apoyos de algunos sectores influyentes por su poder económico o mediático.

Volvieron al discurso político de 1978, como si no hubiese ni Constitución, ni Estatuto, ni LORAFNA. Como si el futuro de Navarra estuviese en manos de alguien que no fuesen los propios navarros. Como si en dichas normas no se contemplase, expresamente, cuál es el camino legal e institucional para que los navarros decidan libremente sobre su futuro. Los mismos que se opusieron a la disposición Transitoria 4.ª de la Constitución porque no reconocen al pueblo navarro su derecho a determinarse en cuanto al modelo político y territorial que deseen, volvían a invocar no esa garantía institucional de la libertad, sino el miedo

al enemigo, al invasor, al que quiere imponerse a un pueblo sin contar con él, que es, exactamente, lo que ellos mismos tratan de hacer. En vez de tranquilizarlo, explicando que nadie puede imponer su voluntad al pueblo navarro, que sólo en sus manos mediante referéndum está su destino, lo ocultan y excitan los temores, no le informan, porque saben que un pueblo sin miedo e informado no es susceptible de ser manipulado, que es lo que ellos buscan, porque en el miedo del pueblo a la libertad está la garantía de su dominación sobre el mismo.

Entre unos y otros han hecho fracasar el acuerdo, que sólo era un instrumento para desarrollar el autogobierno, en el marco constitucional, medio para el reconocimiento de cada una de las realidades institucionales diferenciadas existentes, cooperación leal en plano de igualdad, camino para la convivencia entre pueblos con su propio proyecto político e institucional que, desde sus diferencias, buscan el encuentro en todo lo que les une en benéfico común. Como ha dicho recientemente Jesús Eguiguren, secretario general del PSE de Guipúzcoa, «los grandes perdedores han sido los navarristas: si yo fuera navarrista, me gustaría que el nacionalismo vasco reconociera a Nafarroa en un plano de igualdad, como proponía el órgano. Ahí el que cedía era el nacionalismo al reconocer unas relaciones de igualdad. El navarrismo ha perdido una oportunidad histórica»³⁰.

Como dijo Gandhi, «el mérito no es del que apunta con el dedo al hombre valiente que tropieza o al pionero de grandes obras, porque podría haber hecho mejor las cosas. El mérito es del que se atreve a abrir caminos inexplorados con entusiasmo y con entrega, del que da su vida por una causa noble, del que en el mejor de los casos recoge al fin el triunfo anhelado, o del que, en el peor de los casos, si fracasa, al menos fracasa en una causa noble, jugándose su vida y, por tanto, nunca será colocado con esas almas frías y calculadoras que no conocen ni el fracaso ni la victoria».

Muchas gracias. Mila esker.

Universidad de Deusto,
Bilbao, 17 de febrero de 1997

³⁰ *DEIA*, 3-2-1997, p. 14.

REFLEXION AXIOLOGICA SOBRE LA JUSTICIA SOCIAL Y EL EMPLEO*

Manuel María Zorrilla Ruiz

Catedrático de la Universidad de Deusto
Profesor visitante de la Universidad «Montesquieu» de Burdeos (Francia)
y de la Universidad de Łodz (Polonia)

1. Demanda colectiva de justicia social

Las tentativas de edificar un *Derecho justo* —esto es, excelente e insustituible para satisfacer el *bien común* o conjunto de exigencias de los intereses generales— tiene que responder a una demanda real, no artificiosa o simulada, de la opinión pública que expresa lo mejor y lo más saludable de las ideas e ilusiones de la sociedad pluralista. Una protesta clamorosa —a saber, la de los valedores de la *concepción intelectualista del Derecho*— se ha levantado contra los *voluntarismos políticos* y ha denunciado sus propósitos de imponer un Derecho objetivo que sus usuarios no necesitan ni desean. La tarea bíblica de *separar la paja del trigo* y, con ello, distinguir las auténticas demandas sociales de otras pretensiones extraviadas y/o aberrantes, no es empeño fácil ni tiene su éxito garantizado. Los mecanismos democráticos de representación popular y de control de la constitucionalidad de las leyes no han bastado para paralizar, en defensa de las posturas intelectualistas, los efectos lesivos de la voluntad política, ni han conseguido mitigar las demasías de su intoxicación publicitaria.

La *justicia social* cuenta, en este punto, con oportunidades de excepción, que facilitan la difusión de sus requerimientos y aseguran el buen fin de muchas de sus reivindicaciones. Sus demandas sociales

* Texto de la conferencia pronunciada en la solemnidad inaugural del *Seminario Internacional de Derecho do Trabalho* que, bajo el rótulo *Trabalho e Justiça Social*, han organizado en Recife (Brasil), del 25 al 27 de mayo de 1998, la Organización Internacional del Trabajo, el Instituto Brasileño de Estudios de Derecho, la Academia Nacional de Derecho del Trabajo, la Universidad Católica de Pernambuco y el Instituto Pernambucano de Derecho del Trabajo.

pertenecen al capítulo de las reclamaciones que, siguiendo los postulados de un moderno *Derecho de gentes*, pueden entablar los sindicatos, cuya libertad real y efectiva resulta, en parte, del apoyo que les procura la *acción transformadora* de los poderes públicos (art. 9.2 CE). La justicia social aporta un ingrediente de *moralidad legalizada* que, lejos de limitarse a informar los contenidos del ordenamiento jurídico, penetra en su interior y sirve para contrastar las intenciones y objetivos del constituyente que está sometido a su control. La *política social* —como haz de soluciones avivadas y enriquecidas por el *pluralismo político*— no sólo incide en el escueto campo de las relaciones de trabajo, sino que se propaga a cuantos *círculos abiertos y accesibles* de la sociedad pluralista están habitados por una *mayoría de trabajadores*, en la más comprensiva y extensa de las acepciones que admite esta denominación (art. 35.1 CE).

Ante las propuestas de justicia social que las demandas sindicales enuncian con fidelidad y exactitud, la libertad y discrecionalidad del decisionismo legislativo disminuyen —porque, a la vez, decrecen sus oportunidades de opción voluntarista— y, haciendo honor a un deber de moralidad política, el poder legislativo acepta la verdad del mensaje así comunicado, dilucida las posibilidades de convertirlo en Derecho positivo y, si es del caso, supera cuantos obstáculos impidan la perfección del proyecto que se propone llevar a cabo.

2. Manipulación de la justicia social por el Estado autoritario

El *indiferentismo social* del Estado de Derecho liberal burgués pagó el alto precio de la denuncia y las acerbas críticas que, censurando su insensibilidad, le formularon los modelos de justicia social de los regímenes corporativos de signo autoritario, que, así las cosas, propugnaron una *política* —mas bien que una *justicia*— dirigida a abolir las tensiones de la lucha de clases —incompatible con la protección del *bien supremo* en que se hacía consistir la producción— y a promover el engrandecimiento económico del *Estado glorioso*, restaurador de los valores nacionales que se decían desvirtuados y agredidos por un *universalismo deletéreo*.

Fue muy distinta suerte la corrida por los ensayos que sufrieron la incidencia —excepcional e imprevista— de la *economía de guerra* y los efectos políticos de la conclusión de una contienda en que sus postulados resultaron vencidos, y la de aquellos otros que se mantuvieron fuera de esa conflagración y subsistieron más allá de su fin. Sustituyeron la *inspiración paganizante* de los dogmas de origen por otros com-

ponentes éticos, disfrutaron de una existencia prolongada y rica en adquisiciones sociales, y estrenaron soluciones técnicas que la transición y la consolidación democráticas —que vinieron luego— supieron asimilar con provecho evidente.

No hay que restar un ápice a la censura merecida por la proscripción de las libertades sindicales y la abolición de las relaciones colectivas que los regímenes autoritarios elevaron a presupuestos de una *política social* supeditada a sus finalidades y, por ello, viciada de infinitos defectos. Esto empero, muchas de las innovaciones aportadas al tratamiento jurídico de los contratos de trabajo y al campo de la previsión social se acomodaban, dada la indiferencia ideológica de sus regulaciones positivas, a las condiciones y necesidades de un sistema ulterior de libertades. De ahí que el concepto tecnicojurídico de *constitucionalidad sobrevenida* o, más propiamente, de *adecuación constitucional* haya servido para recibir en los ordenamientos democráticos postconstitucionales normas de Derecho Social que, aun cuando procedían de la obra del legislador autoritario, evitaron el *miedo al vacío* y continuaron ocupando los *espacios de irregularización* a que, con grave detrimento de la seguridad jurídica, habría dado lugar la abolición rotunda de todo el cuerpo de Derecho previgente (art. 9.3 y DD 3 CE).

3. Justicia social de la sociedad avanzada

La *justicia social* no se limita hoy a incorporar las pretensiones rudimentarias de una parte —la más inerte y desvalida— de la sociedad dúplice o bifronte, que, a impulso de los *antagonismos de la lucha de clases*, se enfrentaba a la otra parte —victoriosa en la empresa del *establecimiento burgués*— para inutilizarla a largo plazo, como era su primitiva aspiración, o reducir, al menos, las condiciones opresivas en que su dominio se manifestaba. Las actuales reclamaciones de la justicia social son peculiares de las *comunidades abiertas y permeables* que, integrando la estructura de la sociedad pluralista, aglutinan a las personas físicas que las constituyen y que pueden transmigrar de unas a otras por títulos de adscripción autónomos y diferenciados (9.2 y 20.4 CE).

Dan fe del peso específico de esta justicia social las iniciativas que el *compromiso transformador* de los poderes públicos requiere y permite adoptar en pro de la igualdad y la libertad de los grupos sociales especialmente significativos o necesitados de preferente protección. Es el caso de aquellas medidas que una *programación de urgencia constitucional* (art. 53.3 y cap. 3.º, tít. I CE) destina a promover los intereses colectivos de las *comunidades notables* que forman la familia, los gru-

pos que acceden a la protección y la educación sanitarias, el ocio y el deporte, los acreedores a la cultura y la investigación, los usuarios del medio ambiente, los beneficiarios de una vivienda digna y los consumidores de bienes y servicios (arts. 39.1, 43.1 y 3, 44.1, 45.1, 47.1 y 51.1 CE).

Estos *ensayos de justicia* —cuyo calificativo de *social* muestra lo ambicioso y omnicompreensivo de su *contenido variable*— no atienden de inmediato a la cualidad, pública o privada, de trabajadores que sus beneficiarios ostentan, y se fundan en referencias extrañas a esa cualificación. Sabido es de todos cómo los romanistas justificaron la defensa del derecho de dominio, a partir de la tutela de la posesión, porque, a tenor de las probabilidades estadísticas, sólo unos pocos poseedores carecían de las prerrogativas y consideración de propietarios. La cobertura de aquellos grupos sociales es, conforme a igual criterio, una *expresión notabilísima del designio de justicia social*, pues la mayor parte de los individuos que forman las comunidades pluralistas pertenece a la población activa, cuida de sus exigencias —individuales y familiares— con recursos remuneratorios de la actividad, manual o intelectual, que realizan por cuenta propia o que aportan a los procesos productivos de bienes y/o servicios, o con prestaciones que subsidian la situación de necesidad de desempleo u otros auxilios que restituyen las aptitudes necesarias para la reinserción en el mercado de trabajo.

4. Relativización del concepto de justicia social

Hoy hay que afrontar el tema de si la idea de *justicia social* representa una *noción relativamente consolidada*, cuando menos, o deviene un *concepto jurídico indeterminado* que, llegado el momento, comienza a distinguirse y/o alejarse de lo que, siempre y en todo lugar, han demandado y siguen demandando la dignidad de la persona humana y el *contenido esencial o núcleo invulnerable* de su derecho al trabajo. Derecho que —con independencia del nivel o intensidad de protección jurídica que constitucionalmente se le asigna— es inviolable, lo que quiere decir *cuasifundamental*, e inherente a la supremacía individual sobre el mundo circundante, a la vez que se singulariza por lo inderogable e intangible de las limitaciones que debe soportar (arts. 10.1, 35.1 y 53.1 CE).

Se pregunta, no sin algún desasosiego, si una *reconstrucción elástica del concepto de justicia social* puede llegar al punto de constreñir o eliminar —en nombre de quién sabe qué *mensaje neoliberal*, al que, entre otros estigmas descalificadores, no se ha regateado el de *tragedia del mundo moderno*, y de su impacto politicolegislativo— el *elenco de mínimos* en que —gracias también al éxito de las reivindicaciones sin-

dicales y a la decantación y tecnificación jurídicas de sus aspiraciones— reside el *orden público* o Derecho necesario del sector social del ordenamiento jurídico. Conviene recordar que tales soluciones —recogidas, gracias a un formidable *esfuerzo de conquista*, en el Derecho positivo de los países civilizados industriales— se adoptaron en pago de la deuda contraída por los reformadores politicosociales del siglo XIX y sus herederos sin beneficio de inventario, con los pobladores de la *nueva clase* que el proyecto burgués había preterido y desalojado de las perspectivas que enfocaban el presente y el futuro de la sociedad. El pensamiento animador del cuerpo de doctrina que propugnaba esas adquisiciones mostraba un aspecto renovador, desafiante y atractivo, que se señalaba, además, por lo inalterable e irreversible del depósito en que sus novedades figuraban.

Un sistema jurídico cuyo valor superior estriba en la *justicia* —porque, persuadido de lo arriesgado de su reto, lo determina así el constituyente que opta por someterse al control ético de sus innovaciones (art. 1.1 CE)— costosamente accede a una precipitada desnaturalización de este principio y a su sustitución por un *tanto de ductilidad* que, salvando lo insuperable de una contradicción en los términos, pretende coexistir con una *justicia social de corte y de carácter neoliberales*. Hay que dedicar a este punto la solicitud requerida por un tiempo y hora que se definen por lo excitante del engaño que prima sobre la lealtad, por las tentaciones del pensamiento débil e indeciso, que quiere sofocar el rigor del discurso terminante y sólido, y por la conjura encaminada al descrédito de una verdad que es única. Nada tan indeseable y peligroso como el que también el concepto de justicia social sufra las amenazas del error que, al contrario de la verdad liberatoria, secuestra y esclaviza (Jn, 11,23). Hay que rebelarse contra esa perversión y rehusarle la más mínima condescendencia intelectual, usando de una crítica que aclare un panorama tan equívoco y que, sobre todo, se resista a conformarse y transigir, como es tan frecuente, con el *menor de los males posibles*.

¿Hasta dónde llegan la sanidad sociopolítica y la exactitud jurídica del nuevo dogma que predica la conversión íntegra del Derecho de las relaciones de trabajo —incluidos los *ex-mínimos de orden público*— en Derecho dispositivo? ¿En qué medida han de aceptarse, como expresión de la doctrina mejor y supuestamente saludable, las consignas de una *desregulación* que invade buena parte del campo del ejercicio de la autonomía colectiva y, en su lugar, innova soluciones que claman por la intervención y preeminencia de la autonomía de la voluntad individual? La *buena civilización* del Derecho de las relaciones de trabajo ha intentado comunicar al planteamiento y solución de sus problemas los modelos y las categorías del Derecho común de las obligaciones, cuya es

la técnica de traslación y acomodación oportunas. La *civilización recuperable* predica el retorno a las *fórmulas presociales* del Derecho civil contractual, incluido el —peligrosamente antisocial— de la dominación, inmisericorde y absoluta, de alguno de sus protagonistas. Hay que preguntarse si esta solución ha descubierto la *clave valedera y mágica* de la recuperación del empleo o si solamente se reduce a un arbitrio cuya credibilidad —justificada y promovida por el fracaso estrepitoso de los ensayos socializadores— no se presume y necesita ser probada.

Las soluciones políticolegislativas que marchan en esa dirección ponen en tela de juicio la integridad conceptual de una justicia social que queda expuesta a la degradación y herida de muerte, y, en el curso de dicho experimento, destierran —como si el éxito de la empresa dependiese de ello— el *principio de irregresividad de las adquisiciones sociales*. Dúdase de si, conforme a la naturaleza de las cosas y en función de lo acertado o erróneo del diagnóstico, tal novedad encubre un simple *mal de crecimiento* o, más temiblemente, inaugura un futuro de indefinida duración.

Queda la incertidumbre de si la *culminación de la crisis* —al término de las sucesivas etapas de *emergencia* o sorpresa, *instalación contemporizadora* con sus varias corrientes e *inmersión* en lo devastador de sus flujos violentos— forma parte de la verdad social y económica, y permite divisar horizontes accesibles a una justicia social que no implique un *nominalismo divorciado* del concepto caracterizador de sus orígenes. Cabe preguntarse si acaso son otros el destino y el objetivo de semejante travesía. A saber, la ruptura y liquidación —como preludio de un futuro cautivador para los menos y pavoroso para casi todos— del compromiso que el Estado social y democrático de Derecho había contraído al objeto de pagar la *deuda de resarcimiento de un perjuicio histórico*: el causado por los artífices del Estado de Derecho liberal burgués a la nueva clase que, por insuficiencias de designio y de método, quedó al margen del que, en vez de aproximarse a un ambicioso y lúcido proyecto social, derivó en una suma de previsiones incompletas y, a la larga, concedoras del fracaso.

5. Justicia social de las nuevas federaciones económicas

Es doctrina insistente y harto justificada la que denuncia el parco avance de la justicia social en las *formas de federación* que, con distantes objetivos de *unidad política*, han elevado la *libertad económica* y la *unidad monetaria* a instrumentos inmediatos de una finalidad remota e improbable. Mientras que la *libertad de establecimiento industrial* y

comercial, y la libre circulación de capitales gozan de la consideración de *derechos fundamentales* de ese ordenamiento, a cuyos objetivos próximos son connaturales e inherentes, los derechos sociales y las módicas pretensiones de justicia social que les han cortejado no pasaron de meros *instrumentos predispuestos* para facilitar la plenitud de aquéllos.

Semejantes amagos de justicia social —*pariente pobre* en el todo de las políticas unificadas de la federación concomunitaria— se han caracterizado por la timidez y/o discreción de sus propósitos, por la semántica insidiosa de sus formulaciones y por la sospechosa afición a lo difuso y enigmático de sus iniciativas. No es ocioso destacar el dato de que, cuando se realizaron las prospecciones sobre el futuro de una *coalición económica* y, con ellas, surgió el problema de la posibilidad y perspectivas de una correlativa política social, se coincidió en la *conclusión minimalista* de que el óptimo de *política social* consistía en renunciar a cualquier tentativa de construcción unitaria y, comulgando con la tesis de que *lo mejor era enemigo de lo bueno*, en reemplazarla por la *acción coordinada* de las políticas sociales de los Estados miembros de la federación.

Una constante actitud crítica en presencia de esa política social ha consistido en debatir si los momentos de su evolución han abierto los cauces de una *verdad renovadora* o merecen el título de un *cambio de etiqueta* decepcionante y engañoso. El efímero ensayo de la llamada *política social de dos velocidades* se ha visto forzado por la antisocialidad de la *condescendencia política* y ha supuesto una afrenta muy grave a la cantidad y calidad del desarrollo que la promoción de la justicia social exigía en una comunidad de esa naturaleza (art. B y Prot. 14 VATUE).

¿Ha de confiarse en que se ha roto, al fin, con las *dependencias economicistas* y —esta vez, en serio y de verdad— se inaugura una *etapa de justicia social destinada a proteger efectivamente el escaso y precioso bien que es el empleo* (tít. VIII VCTR)? La traslación al campo del empleo de los procedimientos utilizados para ordenar y conseguir la *convergencia económica*, nace de un compromiso que conecta el interés común de los Estados miembros con el objetivo de un *alto nivel de empleo*, cuya adquisición y fomento van a lucir, por vez primera, en el marco de las políticas y medidas emanadas unitariamente de la federación (art. 127.1 VCTR). El control de la novísima *convergencia social* —pensada a imagen y semejanza de los precedentes experimentales de la *convergencia económica*— se propone alcanzar finalidades dogmáticas que, hace algún tiempo, se descartaban por inaccesibles e impensables, mientras que hoy cunde el propósito de que el *empleo duradero* y la *lucha contra las exclusiones* prevalezcan y se consoliden gracias a una *protección social adecuada*, a la prosperidad del *diálogo*

entre los protagonistas sociales y al desarrollo de los recursos humanos (art. 136 VCTR).

La coordinación no puede ahora resultar, como se limitaron a recomendar las caducas y módicas recetas de antaño, de la *disminución de diferencias* o de la *aproximación horizontal* de las legislaciones nacionales, sin otro norte que el despegue y el nivel de progreso de las más avanzadas, sino del nuevo *Derecho derivado* cuya generación constituye la *tarea estelar* de la nueva etapa. Sus *orientaciones para el empleo* van a innovar un *cuerpo de justicia social*, recibido gracias al éxito de un método importado del *control multilateral de las políticas económicas* que, con reconocida fortuna y signo favorable, han enfilado la *recta final* de la situación de convergencia (art. 126.2 VCTR).

No se ocultan el temor y el reparo de que los nuevos valores de la *flexibilidad* y la *desregulación* subyazcan en la idea, críticamente formulada, de que hay que *ajustar* —¿encubre este *ajuste* un concepto jurídico indeterminado que anula y pulveriza los afanes de justicia social?— la fuerza de trabajo formada y cualificada a dicho fin, y *disponer mercados* —¿se está quizás ante otro giro no menos alarmante y equívoco que la *sugerencia de ajuste*?— capaces de responder al cambio económico (art. 125 VCTR). La posibilidad y perspectivas de una *nueva justicia social* de la federación económica enfrentan con la duda de si constituye una *premisa técnica* o sólo encubre una coartada inteligente y útil, la idea de que el *control de los diferenciales de inflación* obedece al criterio de que la moderación de las alzas salariales es imprescindible para promover la creación de empleo y/o hacer que disminuyan las tasas de desocupación.

6. Acceso de la justicia social a la legislación

Si la justicia social accede al Derecho Social en favor del empleo, es porque la influencia sindical —que diagnostica y reproduce las auténticas demandas sociales— en la tarea del legislador, permite adecuar la lógica del juicio de las normas jurídicas a la verdad objetiva de lo justo que sus reivindicaciones encierran. Varios son los caminos trazados en vista y busca de esos objetivos.

El *Derecho Social de regulación* consta de normas que, importadas del acervo del *Derecho de gentes* de las relaciones de trabajo y urgidas por una irresistible presión cultural, rigen las peripecias de las situaciones contractuales individualizadas. Se trata de un *Derecho supraestatal*, basado en orientaciones comunes a todos los países civilizados y que, sin perjuicio de un eventual *futuro regionalizado*, no cuenta con

antecedentes ni experiencias positivas cuyo marco sea inferior al de la soberanía territorial de los Estados que los han acogido y compartido la universalidad de sus principios y preceptos.

A diferencia de la sencillez y tradición de las variantes contractuales que frecuenta el Derecho común de las obligaciones, la relación individual de trabajo ha ganado una complejidad y magnitud que afectan a todos los elementos dogmáticos de su definición y tratamiento; a saber, los sujetos, el objeto y la forma de su constitución, las peculiaridades de su nacimiento, modificación y extinción, amén de sus interferencias con el *orden público económico* y con el Derecho emanado del ordenamiento extraestatal en que reside y opera la autonomía colectiva. La *reconcepción del Derecho Social* —que se propone y acomete en función del empleo— atañe a las nuevas circunstancias de disfrute de este *bien escaso* y tiende a racionalizar su reparto en las condiciones de *solidaridad y equidad distributiva* que la metodología de semejante tentativa requiere. Los sindicatos interpretan las vicisitudes y los *momentos sociales* en que dicha necesidad se hace patente, y, de acuerdo con las circunstancias y los casos, contribuyen a la *toma de decisiones* que el legislador tiene que adoptar al respecto.

La *vía mediata* de influencia sindical en la legislación se utiliza cuando las instancias u organizaciones supranacionales reciben las múltiples aspiraciones sindicales, seleccionándolas, depurándolas y elevándolas a soluciones tecnicojurídicas que, unas veces, deben ser incorporadas, sin demora, por los Estados soberanos al sector social del ordenamiento jurídico, mientras que otras únicamente se valoran para determinar la oportunidad politicolegislativa de su recepción inaplazable o diferida.

La *influencia sindical inmediata* se da en cuantos casos el Estado reacciona interesable y favorablemente, haciendo suya, en medida variable, la oferta que los sindicatos le dirigen. Los *acuerdos politicosociales* de amplio espectro —en que, además de los agentes sociales y económicos de máximo arraigo, son también parte los poderes públicos— imponen al Estado *compromisos de legislación positiva* que, aunque atípicos y jurídicamente inexigibles, debe apresurarse a ejecutar en virtud de la *obligación natural* o eticopolítica que nace de los mismos. Ocurre así, porque el Estado se encuentra convencido de la necesidad y utilidad de las sugerencias hechas por el sindicato, y porque no ignora ni se muestra insensible a lo inconveniente y enojoso de dilatar la prestación de una promesa ligada a los imperativos de la justicia social. Otra es la posibilidad de que, ante una concreta propuesta social, el legislador —consciente de su provecho y acierto— acepte su excelencia y la convierta en Derecho positivo, dispensándose de proyecciones fatigosas y pesquisas menos afortunadas. Cabe, en fin, que

los sindicatos transmitan al legislador —el cual no puede desentenderse de la realidad concomitante en que debe fundarse su tarea— las descripciones de las peripecias de tiempo y de lugar que es necesario valorar para que las leyes sociales conserven sus rasgos de generalidad y utilidad, y, a falta de ellos, no fracasen prematuramente ni conviertan su mensaje en un producto petrificado e inactual.

Las dos primeras variantes corresponden a la especie de las *leyes pactadas*, noción que, de entrada, parece acusar una contradicción en los términos que, a primera vista, pugna con los dogmas de la *soberanía parlamentaria* y la *libertad de decisionismo legislativo*. Lo cierto es que, a través de las leyes pactadas, la justicia social penetra en la legislación y la purga profilácticamente de los ingredientes voluntaristas y de los arbitrios que suelen viciarla en nombre de abundantes prejuicios y consignas políticas. Los sindicatos reivindicán, como parte cualitativamente excelsa de sus adquisiciones, el concepto de *norma pactada*, y, al hacerlo, se enorgullecen de haber ganado la batalla al poder político que simbólicamente capitula y se rinde a sus proposiciones. La mecánica jurídicoformal del Estado social y democrático de Derecho no puede menos de condescender con la presencia de ingredientes atípicos o adicionales, cuya intervención garantiza que la norma jurídica sazónada con sus influencias es fuente de la justicia social que, en esos trances, se le impone y transmite.

Otro modo de introducir en el Derecho positivo la dosis de justicia social ambicionada, es el recurso a la llamada *legislación de apoyo*. Su nivel primario se consigue merced al auxilio que el poder público presta a la dinámica del ordenamiento extraestatal de las relaciones colectivas (art. 37.1 CE), para compensar el control a que, a su vez, el sindicato acepta someterse. La exigencia y delación de *representatividad*, como título sindical de audiencia o arraigo, la atribución de *eficacia general* a las normas convencionales de ese ordenamiento —que inciden novatoriamente en cada una de las situaciones contractuales— y, sobre todo, la eficacia vinculante, significan que la acción favorecedora del Estado tiene por objeto —incluso a través de la efectiva tutela que deparan sus órganos jurisdiccionales— suplir las deficiencias de un *poder de hecho* que la consigna de transformación obliga a robustecer y completar (arts. 9.2 y 37.1 CE). Una cota más alta de ese esfuerzo de liberación no sólo entraña la promoción y el éxito de las acciones de tal ordenamiento, sino que también traza la senda de una *reconversión social* que, entre luces y sombras, el constituyente parece intuir y ambicionar, aunque, semicondicionado por el *espíritu móvil del pluralismo político*, no acierte a emprender con celeridad y contundencia. Unas veces, adopta actitudes de fisonomía comprometidamente radical

(arts. 9.2 CE), mientras que, otras, ofrece la impresión de resignarse a que la justicia social que pregona con tanta energía no pase de ser una *estrella invitada* o una simple *receta de segunda zona* (sec. 2.^a, cap. 2, tít. I CE y art. 129 CE).

7. Oferta procesal de justicia social

La consideración de la justicia social que debe propagarse a las relaciones de trabajo es incomprensible e incompleta si no se hace cuestión de la respuesta de los sindicatos a la particularidad consistente en la *oferta procesal* que, por vía de la *legislación de apoyo*, les hace el Estado social y democrático de Derecho. El *uso sindical* del proceso se asoma, aquí y ahora, a un panorama ajeno, por hipótesis, al que antaño desencadenó la enemiga de los sindicatos a las instituciones del Estado y avivó el proyecto revolucionario de destruirlo y reemplazarlo por el *futuro paraíso perdido* que se propuso bajo el rótulo de *fin de la Historia*.

La *judicialización* —descriptiva de estas nuevas posibilidades— incluye variantes dignas de atención. Una es la atribución al sindicato —uno más de los *todos* que, escudados tras un enigmático pronombre indefinido, tienen acceso a la jurisdicción (art. 24.2 CE)— del derecho fundamental a una efectiva tutela judicial que, al rescatar el viejo concepto del *derecho subjetivo procesal de acción* como *prestación estatal de justicia*, responde —extensa y persuasivamente— a las cuestiones jurídicas de fondo que atañen al legítimo interés del sindicato. Otra consiste en proteger las libertades sindicales mediante decisiones que la justicia constitucional y la acción cooperativa de los jueces ordinarios adoptan para expulsar del ordenamiento jurídico o inaplicar, al menos, las normas contradictoras de esas libertades, desvirtuar los actos de los poderes públicos o los particulares que las han vulnerado y reprimir eficazmente las conductas antisindicales. No es menos destacable la extensión de la efectiva tutela judicial a la garantía de la *fuerza vinculante* de ciertas normas del ordenamiento jurídico extraestatal que el ejercicio de la autonomía colectiva sindical engendra y acrecienta. Se innovan asimismo fórmulas dirigidas a universalizar la legitimación de los sindicatos que, a fin de acceder al proceso, definen, por propia autoridad, los términos de su relación directa con el objeto del mismo y reconocen —como propios— los intereses cuya promoción y defensa se adjudican en tales ocasiones. Resalta, desde otra perspectiva, la importancia de las formas de *sindicalización procesal de acciones* que armonizan las técnicas de apoyo a la libertad individual de los trabajadores con el testimonio de la acción sindical que, aún en interés y

nombre de los mismos, no pierde de vista ni desaprovecha la oportunidad testimonial que se pone a su alcance. Cunde, no menos, la insistencia en superar los recelos despertados por la posibilidad de *tratamiento jurisdiccional de toda suerte de conflictos colectivos*, ya que los jueces ordinarios han dejado de ser *sujetos ejercientes de la torpeza culta* —que, al estrechar su capacidad de cognición, redujeron al enjuiciamiento de los conflictos colectivos jurídicos— y acreditan su aptitud para juzgar en equidad y resolver, usando de ella, las controversias de carácter económico. Se invita, en fin, al sindicato a participar en la tarea de impedir la fragmentación o ruptura del sector social del ordenamiento jurídico, y, a dicho fin, se le confiere la legitimación activa necesaria para interponer los *recursos extraordinarios de unificación* que constituyen un ejercicio cuasipúblico de acción nomofiláctica.

La amplitud y generosidad de esta oferta —a la que el sindicato puede responder con fervor, con tibieza o con indiferencia— se debe a que el poder público confía en lo razonable y veraz de los postulados sindicales que comulgan con el espíritu de la justicia social de su tiempo y se afanan en su divulgación. Nada de ello tiene que ver con la *judicialización artificiosa y restrictiva* que idearon y establecieron los regímenes corporativos de signo autoritario, al instituir un dispositivo de *doble competencia*. Sistema que judicialmente se redujo a lo jurídicamente aséptico y neutral, mientras que se administrativizó copiosamente para lo complejo o arriesgado, con base en la aptitud política que, sin condiciones, proclamaba el deber, de *radicalismo inamistoso* frente a cualesquiera adversarios disidentes.

Se está en presencia de una oferta reflexiva y optimista, basada en las garantías de la estructura y funcionamiento del poder judicial, y —más bien que alternativa— concurrente con el papel que los *equivalentes jurisdiccionales* o sustitutivos procesales están llamados a desempeñar en la composición de las controversias sociales.

8. Justicia social de la jurisdicción

La sujeción de los jueces al imperio de la ley (art. 117.1 CE) lo es a la letra y el espíritu de la misma, y, por supuesto, a las normas de interpretación que permiten entender flexible y evolutivamente los mandatos en que su voluntad se concreta y formaliza (arts. 9.2 y 117.1 CE). Los jueces han contemplado, junto a las menudas realidades, el gran hecho social del empuje sindical en pro del progreso y el resarcimiento de los daños históricos a que dio lugar la posposición de la clase trabajadora por el Estado de Derecho liberal burgués. Desde la apertura del

Estado social de Derecho, este ha sido un elemento de constancia penetrante y generalizada, que se ha sumado a la pluralidad y sucesión de las realidades sociales específicas de cada lugar y cada tiempo. Dato que la aplicación judicial de las normas de Derecho Social no ha dejado, a su vez, de tener en cuenta.

El peligro de las *novedades flexibilizadoras* no reside tanto en su definición y caracteres cuanto en los inconvenientes del *abuso sistemático de los poderes empresariales* que las técnicas de desregulación refuerzan directa o indirectamente. Ante un ejercicio excesivo o desmedido de esa naturaleza, sólo el control y la corrección judiciales pueden desencadenar la reacción adecuada que enerve dicha demasía y restituya la actuación del derecho a la conformidad con su verdadera dimensión. Si, en cambio, dicho control es imposible —lo que resulta harto probable— y no hay vía de enmendar las consecuencias del abuso que se ha consumado, una norma jurídica aceptable —con todos los reparos críticos a que su introducción dé lugar— contrae una deformación que, apartándola de su estricta finalidad y función, la perpetúa como eventual fuente de desmanes y de arbitrariedad en el campo de las relaciones de trabajo. Lo arriesgado no reside, pues, en la atribución del derecho, sino en la dificultad o imposibilidad de garantizar la rectitud y socialidad de su ejercicio.

9. Nuevos espacios de justicia social

Hay una *justicia social* de las sociedades avanzadas de hoy día, cuyo diseño de los problemas y soluciones del mundo del trabajo trae causa de los graves compromisos políticos que siguieron a la terminación de la 2.^a Guerra Mundial. Cuando el espasmo descolonizador no estaba aun a la vuelta de la esquina y ni de lejos se atisbaba ni era posible predecir la emergencia de los nuevos centros geopolíticos que surgirían en otros continentes, las potencias victoriosas se dividieron el universo de las relaciones industriales en *zonas de influencia*, concediendo a una de ellas la oportunidad de mantener sus rasgos de identidad histórica y consumando, con cierta indignidad y vileza, el sacrificio y secuestro de la otra. Aquí, los sindicatos vieron suplantados sus anhelos insatisfechos de justicia por la supeditación implacable a un modelo revolucionario implantado de antiguo y que, a partir de entonces, mejoraba las condiciones del experimento y expansión del depósito marxista-leninista. Consintieron, allí, en renunciar a la revolución y emprender una senda de inagotables sorpresas y revelaciones. Sufrieron una reconversión que, para empezar, hizo de ellos los interlocutores

válidos de los poderes públicos y del empresariado, a los que transmitieron unas demandas de justicia social que, las más de las veces, lograron una satisfactoria respuesta. Sus éxitos vinieron de un esfuerzo de gestión eficaz y no de una conflictividad que la prosperidad económica de entonces desaconsejaba y eximía de toda justificación.

En ese discurso de justicia social, los trabajadores han sabido de las claudicaciones y peligros del *aburguesamiento consumista*, han tomado conciencia de sus inconvenientes éticos y, presa de su arrepentimiento, han pasado a defender las aspiraciones cualitativas de la *democracia industrial* y la *participación*, y, tras la inmersión en el torbellino de la crisis, se han visto, al cabo de ella, abrumados por un desolador interrogante. Dudan, cargados de razón, de si el hallazgo de quien sabe qué *tierra prometida* va a producirse al cabo de las experiencias —pródigas en tentaciones abusivas— de la *flexibilización de las relaciones industriales* y de los riesgos de la *depredación neoliberal*. Innovaciones, ambas, que, además de erosionar el acervo y las conquistas del Derecho de las relaciones de trabajo, apuntan a una *recivilización regresiva* del concepto de este sector del ordenamiento jurídico.

Los *nuevos pobres* —que anidan en los grupos sociales castigados por estas experiencias— advierten cómo se van arrinconando y derruyendo las conquistas que —en nombre de la máxima *Siempre más, nunca bastante*— dieron sustancia y forma al *principio de irregresividad de las adquisiciones sociales*. No son ellos los actuales *pobres de profesión de primera línea*, que pueblan vastos espacios de la Tierra sin haber compartido las experiencias históricas de aquéllos, ni siquiera haber soportado el trabajo de las ilusiones derrotadas, ni haberse librado de la condición de irremediabilmente escarnecidos por la insolidaridad de quienes se hallan lejos y la agresión de quienes viven en sus mediaciones.

Son otra oleada de protagonistas del *drama del trabajo* que, ante las páginas en blanco de un libro que aguarda el testimonio de sus experiencias, van a *escribir derecho* —como siempre, con los *renglones torcidos* de los hombres— la historia de su redención y descubrir —desconcertados y animosos— que su dignidad personal les ha puesto por encima de las personas, que les desdeñaron y oprimieron, y de las cosas que les fueron negadas, cuyo triunfo —más o menos efímero— nunca conseguirá triunfar sobre el aprecio de su *condición erguida y animosa*.

Ni siquiera les ha dejado solos el mensaje de una Teología que, especialmente concebida para denunciar y poner fin a esa indigencia, se declara irreversiblemente aliada con la ilusión de cuantos, lejos de abandonar toda esperanza, están en el derecho de aguardar y exigir la llegada del día y la hora de su liberación.

Un objetivo que, cuando se esté tocando con la mano, habrá roto, por fin, los frentes interpuestos entre la nostalgia del *paraíso perdido de los nuevos pobres* —víctimas de la reducción de las adquisiciones sociales del *Estado de bienestar*— y un modelo de sociedad que no desiste ni pierde la esperanza, pese al desaliento venido de tantas experiencias caracterizadas por el éxito de la vulgaridad y sus victorias sobre lo estético y lo bueno. Porque entonces habrán quedado atrás las perversiones de la justicia social que convirtieron los procesos descolonizadores en una sórdida amalgama de seudopensamiento radical, historicismo falso y ejercicio despótico del poder personal. Porque se habrán sobrepasado y corregido los fracasos técnicos de las experiencias a que los ensayos marxistas aplicaron los dogmas perecidos de la intransigencia y el maximalismo ideológicos. Porque los poderes multinacionales ya no asfixiarán las demandas de trabajo que, hoy por hoy, siguen sojuzgando en los espacios sociales y políticos de tantas y tan dispersas latitudes. Porque se habrá acabado, en fin, con el genocidio cultural que, en ofensa y daño de la justicia social más rudimentaria, han consumado los sistemas y principios fundamentalistas.

En el *día de entonces*, exterminadas y vencidas esas *plagas cuasiapocalípticas*, la *causa de la promoción y defensa del empleo se habrá asomado a los horizontes absolutos de la justicia social*, siempre y cuando los poderes públicos —sin escudarse en los alegatos del estado de interminable anomalía o excepción, ni servirse, más allá de lo razonable y técnicamente admisible, de pretextos economicistas— accedan y acierten a dar los *pasos al frente* que exigen el éxito y el prevailecimiento de aquella implacable *verdad liberadora*.

Abreviaturas y siglas

art.	artículo.
cap.	capítulo.
CE	Constitución española de 27-12-78.
DD	Disposición derogatoria.
Prot.	Protocolo.
tít.	título.
VATUE	Versión anterior del Tratado de la Unión Europea de 7-2-92, modificado por el TA (Tratado de Amsterdam) de 2-10-97.
VCTR	Versión consolidada del Tratado de Roma de 25-3-57, modificado por el TA (Tratado de Amsterdam) de 2-10-97.

PROTECCION JUDICIAL EFECTIVA DE LAS LIBERTADES*

Claudio Movilla Alvarez

Magistrado del Tribunal Supremo

Manuel María Zorrilla Ruiz

Catedrático de la Universidad de Deusto

La atribución al denominado *poder judicial* (tít. 6.º CE) de la defensa y promoción de los derechos y libertades establecidos en la ley fundamental del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), descansa en las reflexiones siguientes.

Conforme a la tradición profesada por el pensamiento iluminista el origen y la naturaleza de esas *situaciones innatas*, su fisonomía es la propia de los derechos y libertades que se reconocen en virtud de su inherencia a la existencia y condición humanas. No han sido otorgadas por actos arbitrarios o decisiones gratuitas de los poderes públicos. Todas las personas o solamente los ciudadanos —según el grado de cobertura constitucional— tienen la condición de sujetos titulares de ellos, al gozar de la utilidad o del provecho que es inseparable del interés legítimo contemplado por el Derecho objetivo (art. 10.1 y 53.1 CE).

Se ha superado la *fase incompleta o primaria*, que hizo de la *libertad material* una conquista que sucedía a la adquisición de la *libertad formal* y, en tal concepto, insuficiente del *Estado de derecho liberal burgués*. Ello no obstante, la *libertad material* —expuesta a las agresiones especialmente graves— sigue alejada todavía del *ideal libertario* que, según el propósito más ambicioso, invita y conduce al resultado de la *liberación integral* o plena emancipación de las servidumbres que aquejan a las personas y los grupos sociales.

La libertad así distinguida y reforzada es una *libertad real* —rasgo específico de la *libertad material* cuyo ejercicio se comprueba— y

* Texto bilingüe de la comunicación presentada en las jornadas que, bajo el rótulo *Encuentro Internacional sobre acceso a los Tribunales de Justicia*, han organizado en Trier (RFA), de 2 a 5 de noviembre de 1995, el Ministerio de Justicia de la República Federal de Alemania y la Academia Jurídica Europea.

efectiva, calificación que se añade a fin de destacar su finalidad liberadora. No puede hablarse de una *libertad exhaustiva* —informadora del dinamismo de los derechos y libertades susceptibles de protección oficial— si su ejercicio no produce simultáneamente el *efecto de transformación* que los poderes públicos, sin excepción, deben desencadenar y acrecentar.

Una importante precisión se sigue de todo. El legislador constituyente *ha reconocido* —importándolos de un cielo ético en el que vive en un estado de suspensión— los derechos y libertades que no necesitan de una experiencia o rodaje más intenso, porque el *consensus omnium* y la práctica civil no entorpecen la continuidad y normalidad de su goce. El constituyente ha tenido buen cuidado de añadir a este reconocimiento un soporte con el cual *garantiza* el elenco de derechos y libertades que pueden y deben alcanzar el más alto nivel de tutela. Objetivo que se consigue gracias a la *contribución transformadora de las acciones de liberación del poder judicial*.

Los derechos y las libertades —tanto si son fundamentales, como si les corresponde un rango inferior— que así se verifican y aseguran, tienen una vocación directa de protección judicial, ya que las normas de su formulación *vinculan, sin distinción ni privilegio, a los poderes públicos* (art. 53.1 CE).

Ninguna situación jurídica que apareje la mínima dosis de interés legítimo puede permanecer sustraída al control jurisdiccional de los episodios que la configuran. Principio expresado en la regla jurídica que el constituyente ha introducido y sumado a la lista de derechos fundados en la dignidad del ser personal y su eminencia sobre el resto de las cosas que pueblan el mundo. Trátase del derecho fundamental específico —no reducido a la cualidad de proclamación programática o secundaria (sec. 1.^a, cap. 2.^o, tít. 1 CE)— de que *todas las personas tienen derecho a una efectiva tutela judicial* (art. 24.1 CE). Ahí se condensa el resultado de la *actuación jurisdiccional compuesta de la declaración del derecho y de la ejecución de la resolución judicial que se dicta con ese motivo* (art. 117.1 CE).

El derecho en cuestión adquiere una significación autónoma. Proviene de desgajar del cuerpo de todos los derechos constitucionalmente reconocidos la facultad —que, por naturaleza, les es inherente— de accionar ante los órdenes jurisdiccionales a fin de realizar la utilidad o provecho de que se trate. Se concibe como un derecho independiente de esta anexión al contenido esencial o *núcleo invulnerable* de cada derecho o libertad. La acción deja de ser un accesorio de uno u otra, y se convierte en un derecho *a la prestación de justicia*, matizado, es cierto, en función del grado de recepción constitucional de aquellas situaciones a que

su protección se destina. Protección que, a su vez, se configura como el derecho a conseguir una respuesta motivada y jurídicamente persuasiva respecto al problema de fondo debatido y acompañar las medidas cuyo objeto consiste en satisfacer la utilidad constitutiva del interés litigioso.

El Estado social y democrático de Derecho es deudor de la actividad requerida para disponer los medios personales y reales, y desplegar la organización necesaria para resolver cualesquiera conflictos que surjan en el seno de la vida social y entorpezcan la normalidad que se juzga indispensable para asegurar el respeto a la dignidad de la persona, la salvaguarda de sus derechos inviolables, el libre desarrollo y crecimiento de sí mismo, y también el respeto debido a la ley y los derechos ajenos (art. 10.1 CE).

Numerosas cuestiones que nunca se habían suscitado en el plano de la jurisdicción —debido a motivos de inercia histórica, e inexacta comprensión de su significado o de la dificultad técnica de construir un procedimiento satisfactorio— van, en adelante, a ser objeto del conocimiento y decisión por parte de los jueces ordinarios.

Lo que hoy se denomina *exceso de intervención judicial* en las relaciones públicas y privadas, no es otra cosa que la proyección sobre las realidades sociales de la novedad histórica del susodicho derecho fundamental. De ahí que la acción de la jurisdicción haya comenzado a extenderse —de hecho y de Derecho— en los diversos ámbitos que tradicionalmente se han visto sustraídos a su curiosidad y su pretensión de control. Ello era debido a que semejante posibilidad estaba obstada por dificultades de origen muy vario. Complejidad que incluía una cierta falta de celo y energía para embarcar al poder legislativo en la aventura de una *política de judicialización omnidireccional*, y la conciencia —dominante asimismo— que los poderes de hecho —temerosos de los peligros e inconvenientes de esta opción— rentan de que su inmunidad no iba a sufrir jamás una ofensiva judicial indeseable.

El incumplimiento de esta obligación legislativa no puede excusarse con la alegación de que es casi imposible una sana estructuración técnica del procedimiento que ha de llevar a la cobertura efectiva del derecho o la libertad de que se trate. Siquiera se haya subrayado que las reglas del reconocimiento del derecho a una protección judicial efectiva no tienen por qué constituir una excepción al principio general del efecto directo, cae de su peso que esta consecuencia resulta inaccesible si la legislación no cuida de atribuir la competencia judicial y señalar los cauces formales de planteamiento y desarrollo de la contradicción que nace del ejercicio de acciones judiciales.

Si estos deberes públicos no se cumplen por iniciativa del legislador, se está ante una hipótesis —ciertamente grave y lamentable— de

constitución en mora de dicho poder del Estado y de *inconstitucionalidad por omisión*. Se fija la presunción irrefragable de que el legislador cuenta con los medios precisos para cumplir tan importante papel y que le está vedado abstenerse de facilitar el bien jurídico que ello lleva consigo. De ahí que, a título complementario e instrumental, se contemple un *derecho de todos*, pronombre que incluye a las personas físicas, las personas morales, las uniones sin personalidad y las comunidades de individuos relativamente determinados. Derecho, también fundamental, *a un proceso con todas las garantías*, sin posibilidad jurídica de que el legislador oponga dificultades de implementación insuperables.

La satisfacción del referido derecho fundamental se subordina a la remoción de los obstáculos que, en el caso de mantenerse y subsistir, convierten esta novedad en un objeto inaccesible. Hay que suprimir los *obstáculos de naturaleza económica* y, para conseguir este objetivo, se establece que el acceso a la justicia será gratuito para todos aquellos que carezcan de medios suficientes para gozar de la protección que se innova (art. 119 CE). También hay que *asegurar a todos los grupos sociales* —cuya igualación se persigue— el acceso a la jurisdicción. Designio que se refleja en la atribución al Ministerio Público —que no por casualidad figura regulado bajo la rúbrica *Del poder judicial* (tít. VI CE)— de la función de accionar judicialmente para salvaguardar los intereses sociales específicos de cada una de las comunidades en que se integra el individuo (art. 9.2 CE).

La lucidez y clarividencia intelectual y moral del juez —protagonista del *esfuerzo transformador de liberación*— se asocian a la garantía sustancial de su independencia. Manifestación de la libertad, que debe reforzarse. Cualidad, pues, que —convertida en atributo conceptual de la función judicial— no es plena si no cuenta con un sistema de incompatibilidades. Toda incompatibilidad robustece y apoya la independencia judicial, pero no está pensada para causar una invasión innecesaria y desproporcionada en el campo de los derechos constitucionales que, en calidad de individuo y ciudadano, corresponden al juez (arts. 117.1 y 127.2 CE).

El rótulo de *Administración de Justicia* (art. 117.1 CE) no es la vestidura nominalista de la esencia del tercer poder del Estado, sino la *expresión sustancial* de un deber social de la jurisdicción, como es el de respetar —más allá de una concepción excesivamente formal y positivista del sistema de fuentes del Derecho— la justicia en cuanto valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE). La estructura y las funciones de este orden han resultado ser más complejas que las consagradas por la *posición normativista* que situaba la ley fundamental en el vértice del ordenamiento jurídico.

La acción judicial persigue la *garantía de cualquier derecho*. Surge, así las cosas, el problema de determinar si las obligaciones naturales han dejado de ser deberes desprovistos de acción en un sistema que confiere a la moralidad un alcance cuyas consecuencias pueden advertirse en el interior del ordenamiento jurídico. El derecho protegido por la jurisdicción es, sin duda, el que conoce una tutela específica y capaz de asegurar el goce de su contenido esencial. Es también el derecho que —privado de protección o insuficientemente protegido— debe ser contemplado por una decisión legislativa y enmarcado en el cuadro general de una tutela judicial que hasta entonces carecía de efectividad, porque el legislador no había desencadenado el dispositivo adecuado a ese fin (art. 117.4 CE).

El acceso a la protección del juez ordinario no puede rehusarse so pretexto de la dificultad técnico-jurídica de organizar el procedimiento que ha de contar *con todas las garantías* (art. 24.2 CE). Ciertamente se suscita el problema de la realización, a falta de esta infraestructura del efecto directo que debe acompañar a la aplicación de la norma jurídica en que figura formulado el derecho fundamental de que se trata (arts. 24.1 y 53.1 CE).

La efectividad de la garantía judicial no es incompatible con la idea de que el *conflicto* —sin más adjetivos— se ha convertido en la expresión de las más variadas realidades sociales y también constituye una condición inexcusable del crecimiento de la sociedad. La intervención judicial no se ha previsto para resolver todas las contradicciones del conflicto social general, sino solamente aquellas que desencadenan efectos perniciosos para la salvaguarda de los derechos constitucionales del individuo y los grupos sociales.

El poder judicial ha visto ampliado su compromiso constitucional, desde el momento en que ha tenido necesidad de corregir las consecuencias de la inacción legislativa. Al reconocer y sancionar el efecto directo y no meramente programático de todo el contenido del texto fundamental, la tutela judicial efectiva puede cumplir su papel sin subordinar la aplicación de las normas constitucionales a un desarrollo legislativo incierto y problemático (arts. 53.1 CE, 5.1 y 7.1 LOPJ).

Todos los derechos constitucionales están protegidos por la acción del poder judicial, aunque la intensidad de su tutela se concibe en función de su grado de reconocimiento. Un proceso con todas las garantías supone ciertamente el medio o vía ordinaria de dicha protección, si bien, en este punto, deben precisarse algunas singularidades.

Los derechos fundamentales y las libertades públicas gozan de una cobertura reforzada, ya que se ha establecido una vía procesal —de carácter acelerado y preferente— para proveer a situaciones de esta natu-

raleza. Los jueces ordinarios cumplen así la tarea de salvaguardar los principios y las normas constitucionales, cuya garantía no es un monopolio de su supremo intérprete. Tiene la obligación de conseguir una interpretación de la legalidad ordinaria que se acomode a las *líneas de fuerza* constitucionales. Si este menester de adaptación resulta imposible o muy forzado, los jueces deben plantear, ante la jurisdicción constitucional, una *cuestión de inconstitucionalidad* cuya respuesta permita conocer si una ley u otra norma jurídica de su mismo rango puede sobrevivir en el interior del ordenamiento jurídico o ha de ser expulsada del mismo (arts. 53.1 y 163 CE).

La aplicación que hace el juez ordinario de las reglas relativas a derechos y libertades obedece a la cláusula del *efecto directo*, característica de su contenido. Los jueces ordinarios no pueden, sin embargo, aplicar directamente los llamados *principios rectores de la política social y económica*, porque —aunque se le reconozca un alcance interpretativo—, se requiere siempre de un desarrollo legislativo que haga posible su aplicación (art. 53.3 y cap. 3.º, tít. I CE).

* * *

La mise a charge du nommé *pouvoir judiciaire* (tít. VI CE) de la défense et promotion des droits et libertés fixés dans la loi fondamentale de l'Etat démocratique et social de droit (art. 1.1 CE) repose sur les réflexions suivantes.

D'accord avec la tradition de la pensée illuministe sur l'origine et la nature de ces *situations innées*, elles ont toutes la physionomie de droits et libertés reconnus en vertu de son inhérence à l'existence et condition humaines. Elles n'ont pas été octroyées par un acte arbitraire ou une décision gratuite des pouvoirs publiques. Toutes les personnes ou seulement les citoyens —selon le degré de couverture constitutionnelle— deviennent des sujets titulaires, en jouissant de l'utilité ou le profit qui est inséparable de l'intérêt légitime visé par le droit objectif (arts. 10.1 y 53.1 CE).

On a dépassé la *phase incomplète ou primaire*, qui fait de la *liberté matérielle* une conquête qui succède à l'obtention de la *liberté formelle* et, à ce titre, insuffisante, du périmé *Etat de droit libéral et bourgeois*. Malgré tout, la *liberté matérielle* —exposée aux agressions les plus graves— est encore loin de l'*idéal libertaire* qui, selon le propos le plus ambitieux, invite et mène au résultat de la *libération intégrale* ou pleine émancipation des servitudes dont sont frappés les personnes et les groupes sociaux.

La liberté —ainsi distinguée et renforcée— est une *liberté réelle* —trait spécifique de la *liberté matérielle* dont l'actuation vient constatée— et *effective*, qualification qu'on ajoute afin de souligner son but libérateur. On ne peut pas parler d'une *liberté à part entière* —informatrice du dynamisme des droits et libertés agissables en justice— si son exercice ne déclenche pas *l'effet de transformation* que les pouvoirs publics, sans exception, sont tenus de produire et augmenter.

D'où, une précision très importante. Le législateur constituant *a reconnu* —en les prenant d'un *ciel étique* dans lequel vivent en état de suspension— les droits et libertés qui n'ont pas besoin d'un rouage plus intensif, parce que le *consensus omnium* et la pratique civile n'empêchent pas la continuité et la normalité de leur jouissance. Le constituant a eu bon soin d'ajouter à cette reconnaissance un support par lequel *a garanti* le faisceau de droits et libertés qui peuvent et doivent gagner le niveau le plus haut. But qu'on atteint grâce au *concours transformateur de l'action libératrice du pouvoir judiciaire*.

Les droits et les libertés —socient fondamentaux, soient d'un rang inférieur— qui ont été ainsi reconnus et assurés, comptent sur une vocation directe de protection judiciaire, parce que les règles de leur formulation *lient, sans distinction ni privilège, les pouvoirs publiques* (art. 53.1 CE).

Nulle situation juridique qui implique une dose minimale d'intérêt légitime, ne peut rester soustraite au contrôle juridictionnel des événements qui la touchent. Principe exprimé dans la règle juridique que le constituant a introduit dans la liste de droits fondés sur la dignité d'être personnel et son éminence sur le reste des choses qui peuplent le monde. C'est le droit fondamental spécifique —non réduite à la qualité de proclamation programmatique ou secondaire (sec. 1ère, cap. 2ème, tit. I CE)— que *toutes les personnes ont à une protection judiciaire effective* (art. 24.1 CE). Voie, bref, la résultat de l'actuation juridictionnelle, composée de la déclaration du droit et de l'exécution du jugement alors rendu (art. 117.1 CE).

Le droit en question acquiert un sens autonome. Il vient de dégager du corps de tous les droits constitutionnellement reconnus la faculté —qui leur était propre— d'agir en justice pour réaliser la respective utilité ou profit. Il est devenu un droit indépendant de cette anexion au contenu essentiel ou *noyau inviolable* de chaque droit ou liberté. L'action n'est plus un accessoire de chaque droit ou liberté, mais un droit à la prestation de justice, nuancé, c'est vrai, en fonction du degré de réception constitutionnelle des situations auxquelles sa protection est adressée. Protection dessinée comme le droit à réussir une réponse motivée et juridiquement persuasive sur le problème de fond débattu,

et aussi comme la mesure dont l'objet consiste à satisfaire l'utilité constitutive de l'intérêt en litige.

L'Etat démocratique de droit est débiteur de l'activité requise pour disposer les moyens personnels et réels, et pour déployer l'organisation dont on a besoin pour résoudre n'importe quel conflit émergeant au sein de la vie sociale et gênant la normalité qu'on juge indispensable pour assurer le respect de la dignité de la personne, la sauvegarde de ses droits inviolables, le libre épanouissement de soi-même et le respect aussi de la loi et les droits des autres (art. 10.1 CE).

De nombreuses questions qui n'avaient jamais été posées sur le plan de la juridiction —du à des motifs d'inertie historique, d'inexacte compréhension de son sens ou de la difficulté technique de construire une procédure satisfaisante— seront soumises dorénavant à la connaissance et décision des juges ordinaires.

Ce qui aujourd'hui reçoit le nom d'*exces de intervention judiciaire* dans les rapports publiques et privées, n'est que la projection sur les réalités de la nouveauté historique de l'incorporation du susdit droit fondamental. D'où que l'action de la juridiction ait commencé —de fait et de droit— à s'épanouir sur plusieurs domaines qui traditionnellement on voyait soustraits à sa curiosité et sa prétension de contrôle. Il était ainsi, parce qu'une telle possibilité restait empêchée par des difficultés d'origine très diverse. Complexité qui mêlait un certain manque de zèle et d'énergie pour embarquer le pouvoir législatif sur l'aventure d'une *politique de judicialisation omnidirectionnelle*, et la conscience —aussi triomphante— que les pouvoirs de fait —craigneux des perils et inconvénients de cette option— avaient que leur imminence ne souffrirait jamais d'une offensive juridictionnelle indésirable.

Le manquement de cette obligation législative ne peut pas s'excuser en alléguant qu'il est presque impossible une saine formation technique de la procédure qui mène à la couverture effective du droit ou de la liberté en question. Bien que —comme on a souligné— les règles de reconnaissance du droit à une protection judiciaire effective ne doivent pourquoi être une exception à la règle générale de l'effet direct, il va de soi que cette conséquence devient inaccessible si la législation n'a pas établi l'attribution de compétence judiciaire et la voie formelle de poser et développer la contradiction née de l'exercice de l'action en justice.

Si ces devoirs publics ne sont accomplis par l'initiative législative, on est devant un hypothèse —certainement grave et regrettable— de *mise en demeure* de ce pouvoir de l'Etat et *d'in constitutionnalité par omission*. On fixe la présomption irrefragable que le législateur dispose des moyens précis pour remplir un si important rôle et qu'il lui est

interdicit de refuser le bien juridique qu'il porte avec soi. D'où, qu'on vise, a titre complémentaire et instrumental, un *droit de tous*, prénom qui comprend les personnes physiques, les personnes morales, les unions sans personnalité et les communautés d'individus relativement déterminés. Droit, aussi fondamental, à un *procès fourni de toutes les garanties*, sans possibilité que le législateur oppose d'insurmontables difficultés d'implémentation (art. 24.2 CE).

La satisfaction du sudit droit fondamental est subordonnée à la remotion des obstacles qui, en cas de survivre, font de cette nouveauté quelque chose d'innaccessible.

Il faut supprimer les *obstacles de nature économique* et, pour atteindre ce but, on dispose que l'accès à la justice sera gratuit pour tous ceux qui n'ont pas de moyens suffisants pour jouir de la protection introduite (art. 119 CE).

Il faut aussi *assurer à tous les groupes sociaux* —dont l'égalisation est poursuite— l'accès à la juridiction. Dessein qu'on reflète dans l'attribution au Ministère Public —qui non par hasard est réglé sous la rubrique *Du pouvoir judiciaire* (tit. VI CE)— de la fonction d'agir en justice pour sauvegarder l'intérêt social, celui qui est spécifique de chacune des communautés dans lesquelles l'individu.

La lucidité et clairvoyance intellectuelle et morale du juge —protagoniste de *l'effort transformateur de libération*— sont liées à la garantie foncière de son indépendance. Manifestation de la liberté qui doit être renforcée. Qualité, donc, qui —devenue attribut conceptuel de la fonction judiciaire— ne devient pleine si elle ne compte pas sur un système d'incompatibilités. Toute incompatibilité soutient l'indépendance judiciaire, mais elle n'est pas appelée à causer une invasion innécessaire et faute de proportion dans le champ des droits constitutionnels du juge en tant qu'individu et citoyen (arts. 117.1 y 127.2 CE).

La nomination d'*Administration de Justice* (art. 117.1 CE) n'est pas le vêtement nominaliste de l'essentiel du troisième pouvoir de l'Etat, mais *l'expression substantielle* d'un devoir social de la juridiction, celui de respecter —au delà d'une conception trop formelle et positiviste du système des sources du droit— la justice comme une valeur supérieure de l'ordre juridique (art. 1.1 CE). La structure et les fonctions de cet ordre sont devenues plus complexes que celles consacrées par la *théorie normativiste*, qui plaçait la loi fondamentale au sommet de l'ordre juridique.

L'action judiciaire poursuit *la garantie de n'importe quel droit*. Le problème se pose ainsi de savoir si les obligations naturelles ne sont alors pas des devoirs dépourvus d'action dans un système qui donne à la moralité une portée dont les effets peuvent être aperçus à l'intérieur de

l'ordre juridique. Le droit protégé par la juridiction est, sans doute, celui qui connaît une tutelle spécifique et capable d'assurer la jouissance de son contenu essentiel. C'est aussi le droit qui —privé de protection ou insuffisamment protégé— doit être attendu par une décision législative et placé dans le cadre général d'une tutelle judiciaire qui, jusqu'alors, n'était pas effective, parce que le législateur n'avait pas déclenché le dispositif convenable à un tel but (art. 117.4 CE).

L'accès à la protection du juge ordinaire ne peut pas être refusé sous le prétexte de la difficulté technique d'organiser la procédure qui doit compter *sur toutes les garanties* (art. 24.2 CE). Certes, il se pose la question de réaliser, à défaut de cette infrastructure, l'effet direct qui doit accompagner l'application de la règle juridique dans laquelle est renfermé le droit fondamental dont il s'agit (arts. 24.1 y 53.1 CE).

L'effectivité de la garantie judiciaire n'est pas incompatible avec l'idée que le *conflict* —sans adjectifs— devienne une expression de plusieurs réalités sociales et aussi une condition inexcusable de croissance de la société. L'intervention judiciaire n'a pas été prévue pour résoudre toutes les contradictions du conflit social général, mais seulement celles qui produisent des conséquences nuisibles par la sauvegarde des droits constitutionnels de l'individu et des groupes sociaux.

Le pouvoir judiciaire a vu son engagement constitutionnel élargi, parce qu'il a eu besoin de corriger les conséquences de l'inaction législative. En reconnaissant l'effet direct et pas simplement programmeur de tout le contenu du texte fondamental, la protection judiciaire effective peut remplir son rôle sans subordonner l'application des normes constitutionnelles à l'incertain et problématique développement législatif (arts. 53.1 CE, 5.1 y 7.1 LOPJ).

Tous les droits constitutionnels sont protégés par l'action du pouvoir judiciaire, mais l'intensité de leur tutelle est conçue en fonction de leur degré de reconnaissance. Un procès avec toutes les garanties suppose le moyen ou la voie ordinaire de protection, mais certaines singularités doivent être soulignées à ce sujet.

Les droits fondamentaux et les libertés publiques jouissent d'une couverture renforcée, parce qu'on a fixé une voie de procédure —préférentielle et accélérée— d'attention des situations de cette nature. Les juges ordinaires remplissent aussi la tâche de sauvegarder les principes et les règles constitutionnelles, dont le garant n'est pas un monopole de son interprète suprême. Ils sont obligés de chercher une interprétation de la légalité ordinaire d'accord avec les *lignes de force* constitutionnelles. Si ce métier d'adaptation devient impossible ou trop forcée, ils doivent poser, devant la juridiction constitutionnelle, une *question d'inconstitutionnalité*, dont la réponse permette de connaître si une loi ou une autre règle

juridique avec la meme hierarchie peut survivre à l'intérieur de l'ordre juridique ou doit en être chassée (arts. 53.1 y 163 CE).

L'application par le juge ordinaire des règles sur des droits et des libertés, obéit à la clause de l'effet direct, spécifique de leur contenu. Mais les juges ordinaires n'ont pas le pouvoir d'appliquer directement les nommés *principes recteurs de la politique sociale et économique*, parce que —quoique ils aient une portée interprétative— on a toujours besoin d'un développement législatif pour les appliquer (art. 53.3 CE).

Abreviaturas y siglas

Art.	artículo
CE	Constitución española de 27.12.78
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial de 1.7.85
sec.	sección
tít.	título

Estudios de Deusto



Universidad de
Deusto

