

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Revista de la Universidad de Deusto

Segunda época. Vol. 46/1
Desde su fundación vol. 60
(Fasc. 100)
Enero-Junio 1998

Bilbao
Universidad de Deusto
1999

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.: 944 139 000 Fax: 944 456 817

Distribución:

Ediciones Mensajero
Sancho Azpeitia, 2 - E48014 Bilbao
Tfno.: 944 470 358 Fax: 944 472 630

Precios de Suscripción:

España	4.000 ptas
Extranjero	50 \$
Número suelto.....	2.200 ptas

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

Publicación impresa en papel ecológico

© Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao

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

Impreso en España/Printed in Spain

Fotocomposición: IPAR, S. Coop. - Bilbao

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

Sumario

Estudios

J.C. ALÚTIZ, <i>El problema de la integración en las sociedades modernas avanzadas</i>	11
P. de BARRÓN ARNICHES, <i>La legítima vizcaína: Su confluencia con el principio de troncalidad</i>	41
F. BAYÓN MARTÍN, <i>Los Buddenbrook y el espíritu del Capitalismo. Afinidades electivas entre Thomas Mann y Max Weber</i>	93
J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, <i>Concepto y naturaleza del testamento</i>	143
A. GORRI GOÑI, <i>Dimensiones Psicosociales de la Educación: La Educación Multicultural y la Educación Permanente. Dos cuestiones de relevante actualidad</i>	163
A.C. SAIZ VALDIVIELSO, <i>Una aproximación al Parlamento español del «98»</i>	189
A. SERRANO DE TRIANA, <i>La responsabilidad subsidiaria por deudas sociales del particular</i>	203
G. VADILLO ROBREDO, <i>Notas a los «riesgos del desarrollo» o el «estado de la Ciencia» en la responsabilidad civil por productos defectuosos</i>	227

ESTUDIOS

EL PROBLEMA DE LA INTEGRACION EN LAS SOCIEDADES MODERNAS AVANZADAS

Juan Carlos Alútiz Colorado*

La cuestión de la integración social, como problematización del hecho constitutivo de la sociedad, ha supuesto una preocupación recurrente de los científicos sociales desde la misma génesis de sus disciplinas de investigación, llegando a representar dentro de la teoría sociológica uno, cuando no el principal, de sus capítulos de referencia. La pretensión con la que abordamos en este artículo la vieja inquietud de la integración social nace, precisamente, de la necesidad de revisar los fundamentos del «vínculo social» a la luz de la propia dinámica en que se nos presentan las estructuras organizativas e institucionales en la actualidad, de manera tal que, tras recorrer una breve trayectoria a «lomos de los clásicos», podamos aventurarnos en la empresa de ofrecer un diagnóstico de su estado en las llamadas sociedades modernas avanzadas.

El diálogo con los clásicos

El punto de partida de esta pequeña *tournée touristique* al corazón del discurso sociológico lo vamos a comenzar en Durkheim, y no porque sus precursores, tales como Comte, Spencer, etc., no tuvieran presente dicho referente integrativo en sus diseños de comprensión sociológica, sino porque es indiscutible que es con este autor y su escuela donde con mayor espacio y relevancia se va a tratar el tema en estudio, estableciendo las bases para su posterior debate.

Durkheim, en su particular lucha para investir a la incipiente sociología de un estatuto científico, cimentará su estrategia de investigación

* Universidad Pública de Navarra.

en torno a la integración en la búsqueda de un indicador social en el que visualizar las diferentes formas de solidaridad social en las que ésta se articula a lo largo de la trayectoria histórica de las sociedades, encontrando en el «derecho», como explicitación de la normatividad social, dicha disposición objetual de referencia integrativa.

Con este «indicador» en la mano, Durkheim clasificará las diferentes modalidades en que se presenta para identificar las solidaridades sociales a las que corresponde, encontrando dos tipos esenciales de estipulaciones jurídicas: las represivas y las restitutivas. Las primeras serán asociadas a una solidaridad mecánica, llamada de este modo por basarse en las semejanzas de sus miembros, y las segundas a una solidaridad de tipo orgánico, es decir, diferenciada en partes funcionales especializadas cuya coagulación se lleva a cabo por su complementariedad y dependencia mutua. La solidaridad mecánica, en correspondencia con el derecho represivo, vendrá definida como aquella cuya ruptura constituye el crimen, es decir, la separación de la comunidad de origen, y cuya única forma de «religación», vendrá posibilitada por la expiación purificadora de la administración punitiva. El mantenimiento de la identidad comunitaria (Conciencia Colectiva), como fuente de la cooperación por semejanzas, será la primera necesidad social, que se impondrá sobre el individuo como una rígida disciplina de naturaleza moral y «sagrada». Por la otra parte, la solidaridad orgánica tiene un carácter negativo que se manifiesta en la sanción retributiva como un «volver a poner las cosas en su sitio», es decir, como reparación de una lesión causada por la ruptura de un pacto contractual de intereses entre agentes privados. Este tipo de solidaridad ya no buscará la cooperación voluntariamente, sino tan sólo un pacto simbiótico bajo el principio de equidad o *Justicia*. Durkheim dirá al respecto de esta solidaridad negativa que «no es una perfecta solidaridad, con una existencia propia y una naturaleza especial, sino más bien el lado negativo de toda especie de solidaridad. La primera condición para que un todo sea coherente es que las partes que lo componen no se tropiecen con movimientos discordantes. Pero esa concordancia externa no forma la cohesión, por el contrario, la supone. La solidaridad negativa no es posible más que allí donde existe otra, de naturaleza positiva, de la cual es, a la vez, la resultante y la condición»¹.

El presupuesto fundamental que guía a Durkheim en *La división del trabajo social* no es otro que la insuficiencia de una solidaridad nacida de la división del trabajo para mantener la cohesión social,

¹ *Ibid.*, p. 141.

abanderando la necesidad de un consenso normativo básico como aglutinante de la socialidad humana, es decir, como predisposición del hombre a vivir en sociedad. El gran problema de Durkheim, llegados a este punto, es el mantenimiento de ese centro simbólico-totémico, tal y como se perfila en *Las formas elementales de la vida religiosa*, que imante a sus átomos sociales bajo el poder arquetípico de sus representaciones colectivas, gestoras de una identidad común y única fuente legítima de normatividad social. En principio, bajo el presupuesto del consenso normativo básico manifiesto en el derecho represivo, quedaría garantizada su existencia por encima de cualquier otra contingencia, pero trascendiendo la pura normatividad social y desplazándonos hasta la dimensión simbólica como ordenadora de la realidad y legitimadora de dicha normatividad legal, el diagnóstico adquiere un corte más weberiano, con diferentes formas de legitimación de la Autoridad pública y la progresiva fragmentación de la Conciencia Colectiva a tenor de los procesos históricos de racionalización sociocultural.

En este contexto, se puede decir que el gran hallazgo de Max Weber en *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* es el de plantear una separación entre la moral, como sustrato simbólico de sentido en el camino de salvación, y la ética, como técnica de la práctica de salvación, abismo que habría permitido a la racionalidad ocupar su propio nicho dentro del *ethos* social; en definitiva, una ruptura entre los presupuestos bajo los cuales se organiza la normatividad y su esencia simbólico-identitaria, de la que, en hipótesis, ha nacido. Weber planteará la separación entre ambas como la culminación de un proceso de «desencantamiento del mundo», que conlleva inherentemente una «racionalización» de los afectos depositados en la práctica ritual comunitaria. En definitiva, una separación de los fines religiosos de salvación y de la práctica metódica del protestantismo ascético (orientada hacia el autoconvencimiento del individuo de su estado de gracia), del *ethos* profesional de la práctica metódica y de la «vocación» religiosa que lo sustenta. A este proceso Weber lo denominará «secularización», producida precisamente por las contradicciones internas de la moral calvinista, que por una parte reconoce el bien social de la creación de riqueza a través del trabajo, y por otro lado no tolera el empleo de dicha riqueza para el bienestar propio. Weber recoge las preocupaciones de uno de los pastores del protestantismo ascético en torno a esta paradoja: «Yo temo: donde la riqueza aumenta, la religión disminuye en medida idéntica... Los metodistas son en todas partes laboriosos y ahorrativos; de consiguiente, aumenta su riqueza en bienes materiales. Por lo mismo, crece en ellos la soberbia, la pasión, todos los antojos de la carne y del mundo, el orgullo de vi-

vir. Subsiste la forma de la religión, pero su espíritu se va secando paulatinamente»².

Daniel Bell le sacará partido a esta paradoja weberiana inicial hasta formularla, en su obra *Las contradicciones culturales del capitalismo*, como la oposición entre dos tipos de moral, entendida ésta desde el punto de vista de la integración. Así, frente a una moral del trabajo, todavía patente en la sociedad americana hasta la llegada de la sociedad de masas, se posiciona en la actualidad una moral existencial-hedonista, bajo la lógica del consumo masivo. Bell afirmará al respecto: «En el temprano desarrollo del capitalismo, el impulso económico sin freno fue controlado por las restricciones puritanas y la ética protestante. Se trabajaba por la obligación de cada uno a su propia vocación o para cumplir con la norma de la comunidad. Pero la ética protestante fue socavada, no por el modernismo, sino por el propio capitalismo. El más poderoso mecanismo que destruyó la ética protestante fue el pago en cuotas, o crédito inmediato. Antes, era menester ahorrar para poder comprar. Pero con las tarjetas de crédito se hizo posible lograr gratificaciones inmediatas. El sistema se transformó por la producción y el consumo masivos, por la creación de nuevas necesidades y nuevos medios de satisfacerlas», y más adelante: «El hedonismo, la idea del placer como modo de vida, se ha convertido en la justificación cultural, si no moral, del capitalismo»³. Paralelamente a este relevo, Bell augura un desacoplamiento entre el orden político, la estructura social y la cultura. Sin embargo, no considera la posibilidad, tal y como lo hará Habermas, de una doble integración: sistémica, en lo que al orden político y la estructura social se refiere, y social, en el plano cultural y de los estilos de vida (Mundo de la Vida). Es en este punto donde nos resulta obligado para el análisis de la integración el adentrarnos en los complejos estructurales de las teorías sistémicas planteadas por Habermas.

Como no podía ser de otro modo, Habermas hace partir su estudio de los sistemas sociales desde los anteriores trabajos de la escuela funcionalista, y más concretamente de T. Parsons. En el análisis de este autor consigue discernir dos programas diferentes a través de los cuales va orbitando su obra, como son el programa de «acción social», en la tradición idealista, y el programa «sistema social», dentro de la tradición positivista. Define estos dos programas teóricos del siguiente modo: «El programa “acción social” se centra en el significado que una acción tiene para un actor, mientras que el programa “sistema social” se centra en las

² *Ibid.*, p. 250.

³ D. BELL (1989), p. 33.

consecuencias que una actividad tiene para un sistema de actividad»⁴. Habermas asegurará que, aun en el desarrollo de su teoría de la acción, Parsons no se interesará tanto por la hermenéutica, acercamiento al problema de la comprensión de los participantes en la acción, como por los componentes normativos de la misma, en los que ya se pondría de manifiesto la perspectiva externa de un observador, más fielmente representativa de la teoría de sistemas. Con este presupuesto de partida, nos dirá que Parsons «...pierde de vista el genuino interés metodológico de la cuestión de si la teoría de sistemas ha de integrarse en y subordinarse a la teoría de la acción»⁵.

En definitiva, y según nuestra propia exposición, Parsons va a retomar el diseño durkheimniano sin analizar en todas sus consecuencias la separación entre el manejo de estructuras simbólicas de significado en la esfera de la acción y los patrones normativos directrices de la organización social; es decir, que presupondrá una armonía elemental entre ambas esferas, la simbólica-cultural y la normativa. Habermas proseguirá su estudio de la acción social en Parsons tratando de responder en su nombre a la pregunta de cómo es posible el establecimiento del orden social, refrendando la suposición anterior del peso del legado durkheimniano en su construcción teórica: «(Parsons) Hace suya la idea de Durkheim de que las acciones de una pluralidad de actores sólo pueden quedar suficientemente coordinadas sobre la base de normas reconocidas intersubjetivamente. Esta integración social exige de los actores individuales respeto a una autoridad moral en la que pueda apoyarse la pretensión de validez de las reglas de acción colectivamente vinculantes»⁶.

Antes de adentrarse en la más genuina construcción sistémica, un paso intermedio que Habermas intuye en Parsons es el de resituar la anterior teoría de la acción, entendiendo que ésta sufre una reorientación como producto de la cooperación mutua y sincrónica entre la cultura, la sociedad y la personalidad: «Parsons inicia ahora su construcción con el concepto de cultura y explica los sistemas de acción «sociedad» y «personalidad» como encarnaciones institucionales y anclajes motivacionales, respectivamente, de patrones culturales. Las unidades elementales ya no son las unidades de acción, sino los patrones culturales o los significados simbólicos»⁷. Serán fruto de esta inquietud

⁴ J. HABERMAS, (1988), p. 284.

⁵ *Ibid.*, p. 289.

⁶ *Ibid.*, p. 293.

⁷ *Ibid.*, p. 306.

las conocidas *pattern variables of value orientation*, donde los valores culturales actuarán como patrones para una elección entre alternativas de acción, determinando las preferencias del actor sin que por ello se vea afectada la contingencia de sus acciones.

El paso definitivo a la teoría de sistemas se llevará a cabo cuando Parsons deje de reivindicar para el sistema cultural un estatus especial en la construcción del orden social. Al importar parte de las categorías de la teoría general de sistemas va a replantearse las relaciones existentes entre los valores, las normas, los fines y los recursos, reestructurando cada uno de estos «componentes de la acción» como un subsistema parcial, al que corresponderían recíprocamente la cultura, la sociedad, la personalidad y el sistema comportamental⁸. A cada uno de estos sistemas les va a corresponder una función determinada, como son el mantenimiento de patrones en la cultura, la integración en el sistema social, la consecución de fines en la personalidad, y la adaptación en el organismo comportamental. Lo más importante en este caso es que con el concepto de «sistema de acción» van a desaparecer los actores como agentes de la acción social, entrando, sin posibilidad de retorno, dentro de la más pura perspectiva sistémica.

Pero volviendo al tema de la integración que nos ocupa, Habermas nos dirá al respecto: «Parsons toma la importante decisión, que en ningún momento hace explícita, de renunciar en adelante al concepto de integración social de los contextos de acción, es decir, de integración de los contextos de acción, producida a través de valores y normas, y de no hablar ya sino de integración en sentido general»⁹. La trascendencia de esta decisión reside en que la integración pierde su carácter normativo durkheimniano para adentrarse en su función sistémica, que respondería más bien a las necesidades de coordinación; es decir, que desde este planteamiento se puede empezar a hablar de una integración sin atributos «morales», o si se prefiere al caso, puramente «funcional». En este sentido, Habermas nos adelantará que «Los imperativos funcionales en que ahora se especializa la “comunidad societal” pueden seguir cumpliéndose, ciertamente, por la vía del consenso normativo; pero precisamente en las sociedades modernas los ámbitos caracterizados por una “socialidad vacía de contenido normativo” se dilatan hasta tal punto que la necesidad de integración tiene que ser

⁸ En clara alusión a Luhmann, Habermas resaltará que «Los sistemas parciales constituyen entornos los unos para los otros, pero mantienen entre sí relaciones de intercambio reguladas» (*Ibid.*, p. 341.). Es decir, que los sistemas no están cerrados los unos para los otros, sino que mantienen una relación de intercambio mutuo.

⁹ *Ibid.*, p. 344.

crecientemente satisfecha eludiendo el mecanismo del entendimiento»¹⁰.

Esta será precisamente la conclusión que Habermas hará suya de toda la exploración realizada en torno a Parsons, la de encontrar esos medios de comunicación del intercambio intersistémico que superen las estructuras de la intersubjetividad lingüística, más propia, esta última, de una integración normativa-valorativa. Parson distingue cuatro «medios de control», cada uno de ellos correspondiente a uno de los subsistemas principales según su función: el «dinero» al subsistema adaptativo-económico, el «poder» al subsistema de consecución de fines-político, la «influencia» al subsistema de la integración social-sociedad, y el «compromiso valorativo» al subsistema del mantenimiento de patrones estructurales-cultura. Sin embargo, lejos de aceptarlos tal cual, Habermas polemizará en torno a la posibilidad de generalización del concepto de medio para todas las funciones sistémicas apuntadas por Parsons, pues si en cuanto al dinero y al poder se podría aceptar su independencia de estructuras lingüísticas, en los otros dos medios apuntados no cabría realizar, desde la estrategia «comunicativa» que adopta Habermas, dicha suposición.

Resumiendo: cuando Habermas analiza el tema de la integración desde la óptica de la búsqueda de consenso en la comunicación, no puede dejar de darse cuenta de que ésta se realiza desde dos «canales» comunicativos diferenciados, como son el lenguaje para la integración social y la cultura, y los medios especializados de comunicación «dinero» y «poder» para el sistema económico y político respectivamente. Sin embargo, al dar el siguiente paso de ensamblar la integración social y la cultura en una misma esfera, como lo será su conceptualización del Mundo de la Vida, la composición sistémica heredada del funcionalismo se va a reducir únicamente a las funciones capaces de trascender la comunicación lingüística en la búsqueda de consenso, es decir, el sistema económico y el sistema político.

Sin embargo, Habermas todavía mantendrá las dos funciones básicas de los anteriores sistemas parsonianos de cultura y sociedad bajo la categoría del Mundo de la Vida, como son la reproducción cultural y la integración social. De este manera, asegurará que «La reproducción cultural del mundo de la vida se encarga de que, en su dimensión semántica, las nuevas situaciones que se presenten queden puestas en relación con los estados del mundo ya existentes: asegura la continuidad de la tradición y una coherencia del saber que baste en cada caso a la

¹⁰ *Ibid.*, p. 345.

práctica comunicativa cotidiana. Esta continuidad y esta coherencia tienen su medida en la racionalidad del saber aceptado como válido»¹¹. Por el otro lado, «la integración social del mundo de la vida se encarga de que las situaciones nuevas que se presenten en la dimensión del espacio social queden conectadas con los estados del mundo ya existentes: cuida de que las acciones queden coordinadas a través de relaciones interpersonales legítimamente reguladas y da continuidad a la identidad de los grupos en un grado que baste a la práctica comunicativa cotidiana. La coordinación de las acciones y la estabilización de las identidades de grupo tienen aquí su medida en la solidaridad de los miembros, lo cual se patentiza en las perturbaciones de la integración social, que se traducen en anomía y en los correspondientes conflictos»¹².

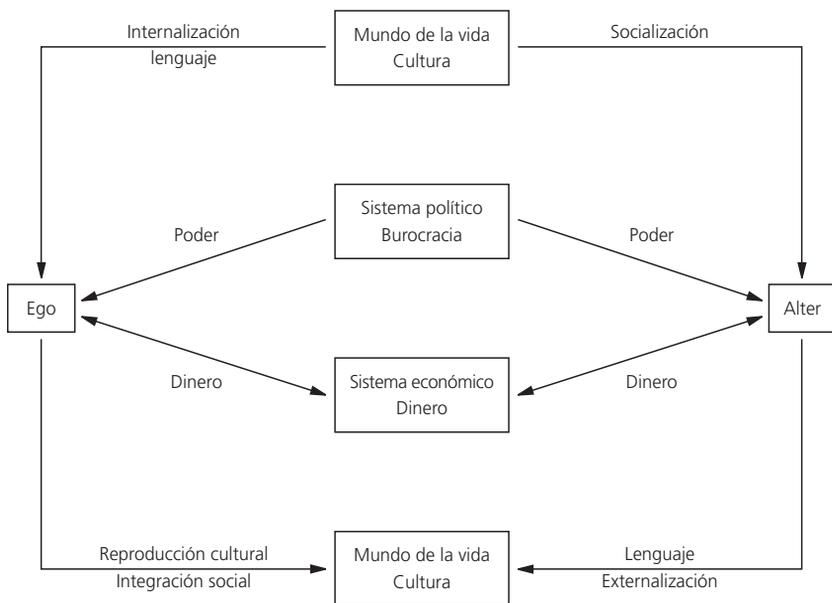
Habermas, lejos del idealismo hermenéutico de una sociología comprensiva que disuelva toda la sociedad en mundo de la vida, resalta la importancia de plexos de cooperación no normativos y sus medios de control como mecanismos sistémicos que estabilizan complejos de acción no pretendidos mediante un entrelazamiento funcional de las consecuencias de acción. Propone, de esta forma, distinguir entre «integración social» e «integración sistémica», donde una se centra en las orientaciones de acción que la otra atraviesa operativamente¹³. De este

¹¹ *Ibid.*, p. 200. Es aquí donde Habermas comete el error de identificar dos conceptos diferentes importados desde la fenomenología, como son el acervo de conocimiento de la experiencia y el conocimiento teórico (Berger y Luckmann, 1989; Schütz y Luckmann, 1997). El primero hace alusión a ese conjunto de recetas prácticas que todos incorporamos en nuestra interpretación de la situación de acción y que se experimenta de forma natural y «rutinaria», es decir, sin llegar a la conciencia reflexiva. Un ejemplo desarrollado de este acervo de conocimiento práctico lo tendríamos en el concepto de *habitus* creado por P. Bourdieu (1991). El conocimiento teórico sería un paso posterior surgido de la tipificación de trascendencias, y que como material cognoscitivo supondría la base simbólica de legitimación y consenso oficial acerca de la realidad misma. Esta distinción entre ambos términos resulta capital para la comprensión de la distinción que más adelante se realizará entre dos tipos de culturas: una cultura expresiva y una cultura científica-oficial.

¹² *Ibid.*

¹³ Resulta importante destacar que, desde el punto de vista del individuo, toda experiencia vital está alumbrada bajo el techo del Mundo de la Vida, y sólo en esta esfera social, como espacio de la percepción subjetiva, se puede configurar su «realidad». Por la otra parte, el atravesamiento operativo de los medios especializados de comunicación hace referencia a los mecanismos sistémicos que escapan a la experiencia, pero de los cuales también emerge una integración de corte «procedimental». Giddens hará referencia a estos últimos conceptualizándolos como una «experiencia secuestrada» (Giddens, 1994). Por su parte, también Luhmann se hará eco de este problema reclamando una «realidad» sistémica propia a la ciencia del conocimiento por sobrepasar al individuo como sujeto de la expe-

modo, por una parte tendríamos la «integración social» en el Mundo de la Vida como la coordinación de las acciones sociales a través de la armonización de las orientaciones de acción; y por la otra parte, partiendo de una situación en que las orientaciones de acción difuminan sus referencias normativas, nos encontramos con la «integración sistémica», como el entrelazamiento funcional de agregados de acción no intencionales que convergen en estructuras transindividuales, más allá de la voluntad y de la conciencia de los actores individuales, y que hacen posible la coordinación de grandes grupos sociales sin las restricciones de la copresencia y los límites comunicativos del lenguaje. Como representación esquemática podemos observar el siguiente cuadro:



riencia del conocimiento, pues el conocimiento solamente tiene existencia en el *flujo comunicativo* (objetividad construida en la autorreferencialidad epistemológica —autopoiesis—): «No es necesario que una conciencia que tome parte en la comunicación piense en cada caso que la palabra “manzana” es un signo para referirse a una manzana ... Lo único que se requiere es que la autopoiesis de la comunicación resulte capaz de manejar una palabra como palabra, a la vez que como signo que se refiere a una información, delimitando de esta manera su esfera propia de frente —como podría pensarse— a lo que realmente existe como una manzana» (Luhmann, 1996, p. 23.).

El primer dato que se nos hace visible en el esquema es un Mundo de la Vida que rodea toda la vida social, incluyendo a los entramados sistémicos político y económico, aunque estos últimos se mantendrían en un segundo plano que no tendría una relación directa con el Mundo de la Vida como «realidad» social. Este Mundo de la Vida se manifiesta además como algo dinámico, donde en un primer momento internaliza en el individuo una serie de patrones culturales como orientaciones de acción mediante un proceso de «socialización», y después se vuelve a constituir en el reencuentro de estos individuos socializados por medio de su interacción dentro de ese espacio del Mundo de la Vida, externalizando el acervo de conocimiento adquirido como propio a través de una personalidad social, y dotando con esta intersubjetividad consensuada a la realidad experimental su esencia objetiva y naturalizada.

Por el contrario, en lo que a la integración sistémica se refiere, lejos de clarificarse con el esquema se vuelve a poner en evidencia el excesivo carácter reduccionista de una integración realizada únicamente a través de medios especializados de comunicación. Y ello es así por dos razones. En primer lugar, si en el caso del «dinero» sí se puede constatar un lugar de encuentro entre *ego* y *alter-ego*, como tendría lugar en el mercado, ésta, sin embargo, no sería una facultad del medio «poder», que únicamente se desplazaría en una corriente descendente, desde la instancia del Estado político representado por unos funcionarios organizados burocráticamente. En este sentido, la normatividad social, sobre la que se asienta la legitimidad y los códigos operativos de este poder político, emerge como una instancia fuera de todo control, con personalidad propia y fuera de la acción de los individuos. Es más, sin ningún tipo de *input* desde el exterior que les ofrezca información sobre los temas relevantes y necesitados de reglamentación normativa desde el Mundo de la Vida, es decir, sin ningún tipo de contacto con el sistema cultural, ni tampoco con el sistema económico¹⁴. Y aquí arranca la segunda razón, esto es, el aislamiento e indiferencia de los sistemas entre sí; contando por sistemas únicamente el económico y el político, pues el cultural queda absorbido por el Mundo de la Vida.

¹⁴ Pese a la renuencia de Habermas a aceptar la clausura autorreferencial de los sistemas luhmannianos, vuelve a cometer el mismo error al dejar de lado el análisis *input-output* (medios-fines) de la ingeniería de sistemas (Luhmann, 1996, pp. 206, 218, 438, 449), para delimitar un sistema únicamente respecto a un canal comunicativo específico con «realidad» propia, como resulta el medio *poder* para el sistema político (Luhmann, 1995, pp. 19 ss.).

Reciclando el problema de la integración

Una vez realizada esta aproximación al problema de la integración desde el marco habermasiano, a continuación pasaremos a depurar su modelo para obtener uno nuevo que refleje de manera más comprensiva los mecanismos de integración en las sociedades modernas avanzadas.

El reduccionismo de la categoría de sistema en Habermas, limitado a las esferas de acción mediatizadas por el poder y el dinero y propiciado por su formulación desde una teoría de la comunicación polarizada en lenguaje/medios especializados, tendría en su haber otro sesgo de importancia capital, como es la reducción del sistema cultural únicamente a su dimensión expresiva-valorativa, dejando en la amnesia su propia explicitación del resto de las actitudes ordenadoras de la realidad, como son la «objetivante» hacia la naturaleza (racionalidad técnica-instrumental) y la «conformativa» hacia normas (ordenación de la comunicación-justicia). Estas tres actitudes, la expresiva, la conformativa y la objetivante, necesitan de sus respectivas *culturas* para manifestarse y hacerse concienziali-ables, si bien se podrían simplificar, por utilizar expresiones de la fenomenología, como acervo de conocimiento experiencial y conocimiento teórico-científico. La primera de estas culturas la vamos a seguir denominando «expresiva», por cuanto recoge las actitudes y marcos para las posibles interacciones sociales en el Mundo de la Vida; en cuanto a la segunda, en contraposición a esta cultura del sentido común, la vamos a denominar cultura científica, o incluso simplemente «ciencia», ya que en ella reposa la legitimidad para ordenar las «formas» apropiadas tanto en cuanto a la normatividad «positiva» se refiere como a la técnica oficialmente reconocida para su aplicación a la naturaleza. Es más, por mediación de esta cultura científica podremos volver a reivindicar su emplazamiento como sistema independiente del Mundo de la Vida, donde si el sistema político establecía la separación de roles entre funcionario y ciudadano, y el sistema económico la distinción entre ofertante y demandante, el sistema cultural-científico va a establecer el juego de roles entre el experto y el lego¹⁵. Es aquí, además, donde la diferenciación de subsistemas, como disciplinas de conocimiento autorreferenciales, adquiere

¹⁵ En esta división de roles hay que destacar que si en el sistema económico la relación entre *ego* y *alterego* se realiza «horizontalmente», al menos como igualdad reconocida legalmente (la desigualdad puede darse en los términos marxistas de poseedores de Capital y poseedores de Fuerza de Trabajo), tanto en el sistema político como en el científico esta igualdad no existe como tal, pues en las relaciones funcionario-ciudadano y experto-lego conllevan una subordinación del segundo a las directrices del primero (en el sistema económico ambas partes deben ponerse de acuerdo).

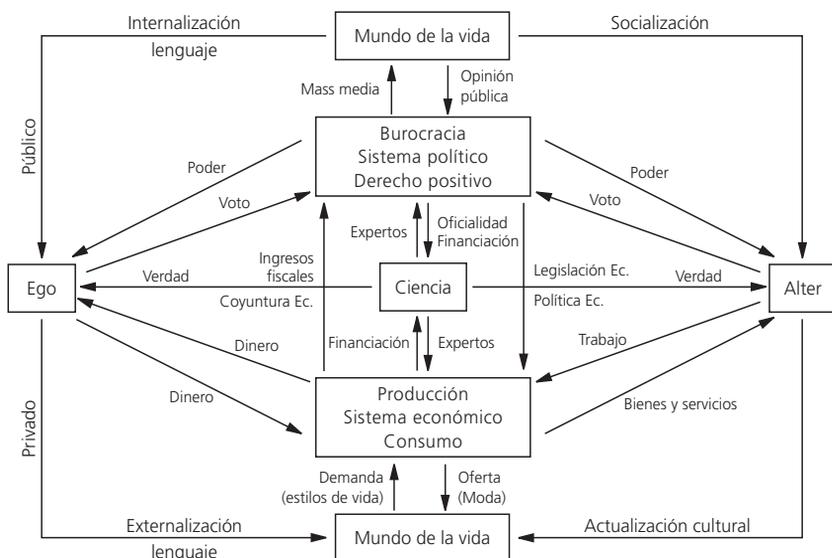
sus rasgos luhmannianos más claros, pues deben proveer tanto al sistema económico, como al político, como así mismo al sistema de la cultura oficialmente reconocida, de los «expertos» en cada una sus especialidades temáticas¹⁶.

De este modo, el sistema científico, como proveedor de conocimiento oficialmente válido para el resto de los sistemas funcionales, no va a ocupar un emplazamiento social cualquiera, sino que se va a posicionar como el sistema central que regula, a través de su producción de conocimiento especializado, todos los demás sistemas. La única esfera que quedará libre de su abrazo disciplinante es el Mundo de la Vida, pues en ella son los individuos, como «sujetos» de la experiencia, quienes reclaman la potestad de crear y recrear su «realidad» a partir de una subjetividad compartida (intersubjetividad), en la que, dicho sea de paso, no tendrá tanta influencia la capacidad de análisis racional como la carga emocional y de sentido situacional¹⁷.

¹⁶ En este sentido, la autopoiesis de cada sistema, que discrimina mediante el criterio de verdad lo que está dentro y lo que está fuera (entorno), es tan sólo un artificio que funciona como un código director operacional, y no en cuanto al intercambio de materiales o de información, aunque los elementos incluidos como componentes del procesamiento interno operacional en los que se articulan dichos materiales e información sean única e intrasferiblemente propios de cada sistema. Jesús Ibáñez (1993), citando a Maturana y Valera, afirmará que «La autopoiesis es un caso particular de clausura organizacional. Los sistemas autopoieticos son organizacionalmente cerrados (se organizan a sí mismos, no están programados desde fuera) e informacionalmente abiertos (aprenden: son capaces de distinguir e indicar)». La denominación de «sistemas expertos» viene a conceptualizar mejor ese carácter cerrado y autorreferencial, e incluso esotérico, de los sistemas de conocimiento que regulan el entramado funcional, sin que por ello se «desnaturalice» la percepción de la «realidad subjetiva» de dichos materiales e información, aunque se procesen de diferente manera dependiendo del sistema experto en cuestión. Este será un problema que se analizará con más detalle en el apartado de conclusiones.

¹⁷ Aquí se nos abre la cuestión de, si para el individuo su existencia y realidad sólo tiene cabida en ese Mundo experiencial de la Vida, cómo pueden llegar a manifestarse en este Mundo de la Vida los sistemas expertos. Habermas tratará de solucionar esta cuestión a través de los medios generalizados de comunicación, por medio de los cuales se genera en la acción un residuo en forma de «experiencia secuestrada», que en última instancia emerge como un sistema propio y no intencional de las subjetividades particulares, pero con la capacidad de coordinarse y regularse a sí mismo (autopoiesis). El caso más ejemplar lo podemos encontrar en el medio dinero, donde en las transacciones de *ego* y *alterego* se crea una realidad de segundo orden en el puro flujo comunicativo de dicho medio, que por sus propias leyes de mercado (condensación de flujos en un tiempo-espacio propio al sistema, y ajeno a la acción presencial de *ego* y *alter-ego*) estipulará los términos de dichas transacciones. Por el contrario, frente a esta hipótesis de una «sociedad inconsciente», también podemos constatar la posibilidad de que el individuo «represente conscientemente» a dichos sistemas expertos, a través de la asunción de roles funcionales. Es bajo esta última solución donde es posible distinguir roles estereotipados que permitan diluir, en la estandarización

Hecha esta diferenciación entre el Mundo de la Vida, con su acervo de conocimiento experiencial, y «sistema» cultural científico, es decir, la cultura como sistema autónomo de conocimiento, con sus instrumentos internos de regulación, desarrollo y entidad jurídica (institutos)¹⁸, vamos a pasar a reformular el esquema legado por Habermas con la intención de proponer un nuevo modelo de la integración social y sistémica en la modernidad.



de sus relaciones bajo un código de comunicación, la carga de una búsqueda lingüística de consenso comunicativo, y donde además se van a poder establecer relaciones de subordinación en torno a la autoridad del conocimiento experto como garantía última de la validez del sistema (la autoridad actuaría como un referente de confianza emocional «seguridad ontológica» en la «realidad» y la validez operativa del sistema), Giadens (1997), pp. 81-98.

¹⁸ Dentro de este contexto se podría situar también la diferenciación que realiza P. Bourdieu (1991) entre Capital cultural y *habitus*. El primero haría referencia a la inversión realizada en formación oficial, es decir, la cualificación obtenida a través de institutos de enseñanza de la cultura científica; el segundo es aquel conocimiento adquirido en la práctica del Mundo de la Vida, íntimamente asociado a las «maneras» y el gusto, que definen los estilos de vida de las clases sociales. La paradoja a la que hace referencia Bourdieu, al analizar a las clases medias, es su pretensión de adquirir un *habitus* de clase alta a través de su inversión en cultura oficial, es decir, tratan de adquirir una práctica naturalizada de un estilo de vida mediante su mero reconocimiento obtenido en la cultura oficial, quedándose tan sólo en eso, en la pretensión de distinción social.

Como se muestra en este nuevo esquema, lejos de mantenerse los sistemas aislados unos de otros, interaccionan entre sí intercambiándose en *inputs* y *outputs*. Así, el sistema económico provee al político de una coyuntura del estado actualizado de sus transacciones, en forma de macromagnitudes, a las que el sistema político reacciona con una serie de políticas económicas que regulen dichas transacciones para acortar sus ciclos depresivos (siempre que la crisis fiscal lo permita). Por otro lado, con las regulaciones normativas del derecho positivo también el sistema político actuaría en el económico poniendo los límites para sus transacciones, del mismo modo que el económico condicionaría al político en un mayor o menor flujo de ingresos por la vía de la «fiscalidad» impositiva (esto no niega la posibilidad de la emisión de deuda pública). Respecto al Mundo de la Vida, en primer lugar, interfiere en el sistema económico como una resistencia a la planificación racional de la producción¹⁹, viéndose interferido por la racionalidad económica en el consumo, como la imposición objetivada de una moda con la que crear estilos de vida. Por la otra orilla, respecto a la política, el Mundo de la Vida influye en ella por intercesión de la «opinión pública» creada en su seno²⁰, pero, al mismo tiempo, este consenso generalizado de interés público se ve instrumentalizado a través de los *Mass Media*. En cuanto a la ciencia, aportaría tanto al sistema político como al económico de los expertos y su actualización continua en los conocimientos especializados que les competen; así como estos dos sistemas contribuirían a su vez para con la ciencia con los fondos necesarios para su desarrollo, a lo que habría que añadir, por parte del sistema político, el reconocimiento oficial o garantía legítima de los títulos oficiales de enseñanza y el apoyo de sus institutos. La diferencia fundamental entre los institutos de investigación y desarrollo públicos y privados residiría en que, si el primero sólo tiene en cuenta los rendimientos científicos, como puede ser el caso de las investigaciones absolutamente teóricas de las universidades o de los

¹⁹ El redescubrimiento del lado humano en las empresas tuvo lugar en el experimento de Hawthorne llevado a cabo por Elton Mayo entre 1927-1932. En dicho experimento se evidenció que las redes informales de los trabajadores, así como sus motivaciones personales de autorrealización, creaban una resistencia para con el trabajo planificado racionalmente, que era menester incorporar al diseño organizacional. A partir de esta primera *escuela de relaciones humanas* se irán desarrollando diferentes enfoques que tratarán de asumir el reto de incorporar la lógica del Mundo de la Vida a la cultura propia de la empresa, de los cuales el que mayor prestigio tiene en la actualidad es el vertebrado en torno a la «Calidad Total».

²⁰ Otra posibilidad de influencia resulta de las redes informales de comunicación, por las cuales se pueden transmitir orientaciones estratégicas de acción que coordinen los intereses corporativistas y personales de un círculo social restringido (elite).

ingentes capitales destinados a la investigación militar para encontrar una ventaja armamentística frente a otros competidores, el segundo se encargaría más bien de buscar las aplicaciones tecnológicas para la satisfacción de necesidades del Mundo de la Vida, guiados por la rentabilidad económica y la ventaja competitiva de la reducción de costes e incremento de la calidad.

En este esquema también podemos apreciar cómo el Mundo de la Vida, escenario de la comunicación intersubjetiva de sentido lingüísticamente mediada, sigue constituyendo la realidad social por excelencia, rodeando con su abrazo de la vida experiencial al resto de las realidades de segunda generación, por utilizar un término de Malinowski o sistémicas. El círculo dinámico de este Mundo de la Vida seguiría siendo aquel que va desde la socialización en diferentes grupos sociales y sus representaciones simbólicas, hasta su «actualización» cuando dichos individuos socializados se reencuentran en la interacción social. Se han sustituido las funciones de la reproducción cultural y la integración social por el término «actualización» para resaltar no solamente una reproducción de estructuras, sino también la posibilidad de que surjan nuevas estructuras que se adapten mejor a las nuevas situaciones y retos, tal y como pudiera sugerir el lema del proyecto de la modernidad, llevado al extremo por las vanguardias artísticas, como «renovación sin fin».

En cuanto al entramado sistémico de este complejo social se refiere, comenzaremos por resaltar, una vez más, el papel central de la Ciencia como dispensador, oficialmente autorizado y socialmente legitimado, de la Autoridad simbólica y moral. Como el mismo Durkheim entrevió en su época, analizando los diferentes elementos de la civilización, sólo la ciencia poseería un cierto carácter moral, puesto que «las sociedades tienden cada vez más a considerar como un deber para el individuo el desenvolvimiento de su inteligencia, asimilando las verdades científicas establecidas.... todo el mundo está obligado a no permanecer ignorante. Esta obligación *hállase incluso tan fuertemente sentida que, en ciertas sociedades, no sólo se encuentra sancionada por la opinión pública sino por la ley*»²¹.

La ciencia, como creadora de conocimiento por mediación del cual se ordena la «realidad», rompe la idea pre-ilustrada de un orden «revelado» por inspiración divina, usurpando la prerrogativas sagradas de dicho orden (de carácter normativo y restrictivo para individuo), y confiéndose a sí misma la «pretensión de validez» en torno a la refutación

²¹ E. DURKHEIM (1995), p. 60.

experimental de sus diseños racionales. El hombre ya no aparece como fideicomisario de un mundo creado y ordenado trascendientemente, sino que reclama su madurez como organizador de una Naturaleza rendida ante los logros de su «razón». La nueva moral, nacida de este impulso racional emancipatorio, sólo puede tener en el «trabajo» su espacio de realización, y será sobre el cual el mismo Weber sondeará buscando una doctrina religiosa que lo apoye y legitime como camino de salvación antes de su secularización²².

Pero al mismo tiempo, estas pretensiones de legitimación de orden basadas en el conocimiento científico van a crear una ruptura en el concepto mismo de cultura, pues si hasta este momento se le había asociado una carga de distinción social en torno a esas «castas» o estamentos aristocráticos que por verse absueltos del trabajo, entendiendo éste únicamente como trabajo manual dirigido a la supervivencia, podían permitirse el lujo de recrearse en artificios intelectuales, a partir del asalto de la burguesía a la escena pública los conceptos de trabajo y cultura son trastocados, pues ambos quedarán asociados, presentándose la burguesía como aquella clase social que encarna ambos conceptos hasta entonces opuestos²³.

Es en este escalón histórico en el que se sitúa el proyecto de la Ilustración, que frente a ese orden revelado que legitima un orden social estamental va a reivindicar el papel del hombre como constructor de su propio orden racionalmente diseñado. De este modo, si en el orden revelado la norma precede al orden, o éste debe su existencia a la norma (como expresión de una Conciencia Colectiva, de carácter predominantemente religioso), en la construcción racional se parte de la premisa de la necesidad de orden para llegar, a través de un «Contrato social», a establecer un «consenso» en normas que estructuren dicho orden²⁴.

²² Cabría especular si la ética protestante es una causa o un efecto de este proceso de racionalización, es decir, si el éxito de sus miembros en el capitalismo emergente se debió a ser los motores del proceso de racionalización o simplemente los beneficiarios de dicho proceso, en el que tan sólo habrían colaborado colateralmente. De ser así, habría que volver a buscar los elementos «seculares» de dicha racionalización, sin prestar atención ya a un origen religioso, tal y como por ejemplo hizo Saint Simon como profeta de la «tecnocracia».

²³ D. BELL (1992), p. 26.

²⁴ El concepto de Contrato social tiene aquí una mayor herencia de Rousseau que de Hobbes, ya que este último vino a desconfiar de la buena disposición de los hombres para buscar un consenso voluntariamente, y sólo la proyección del instinto de preservación natural en la razón le daría la suficiente fuerza a ésta frente al resto de elementos pasionales para renunciar a su libertad natural y sujetarse a la Autoridad de un ente social representado en la figura del soberano.

Locke recogerá estas inquietudes políticas para presentar un proyecto viable de democracia liberal²⁵. Estas ideas en torno a la voluntad racional inalienable del individuo que participa en el Contrato Social, junto con el universalismo kantiano de la moral como autocontención racional, pondrán las bases para la superación definitiva del orden tutelar aristocrático-revelado, donde lo comunitario-afectivo va perdiendo fuerza frente a la doctrina del individualismo racional autorresponsable. A partir de la emergencia social de este ideario como hecho social consumado, especialmente presente en la confluencia masiva de población en las ciudades por efecto de la industrialización, los avispos sociólogos de la época empezarán a hablar de una sociedad como mera «asociación», donde los individuos entran en interacciones cooperativas como fusión de intereses comunes y/o complementarios²⁶.

El último paso de este proyecto de modernidad será cuando muestre sus propios defectos²⁷. Al ser el orden un diseño facturado por el hombre, su pretensión de validez racional quedará siempre sujeta a crítica, y, en consecuencia su «verdad científica», susceptible de modificación o incluso de desaprobación, devendrá siempre contingente. Además, al incrementarse los campos de aplicación científica con sus cuerpos teóricos especializados, cada vez se incrementa en mayor medida su «contingencia», pues con la multiplicación de competencias disciplinarias como motor reductor de «complejidad», en la autorreferencialidad de sus propias lógicas operativas los riesgos derivados de la falta de coordinación entre ellas se incrementarán al mismo ritmo que sus avances en conocimiento especializado. Lejos de restringirse estos efectos de la compartimentación disciplinaria del conocimiento a su universo propio de la cultura científica, con la exportación de los «expertos» al resto de los entramados sistémicos se expandirá como una plaga esta crisis de confianza en la racionalidad, prolongación de la fe depositada por el viejo proyecto de la Ilustración en un progreso indefinido, poniendo en jaque a todo el sistema social en su conjunto reconstruido bajo

²⁵ En la tradición inglesa este paso entre orden aristocrático y orden democrático no habría resultado tan abrupto como en otros países por sucederse de manera gradual, desde una cámara de lores a otra de comunes, en la que de forma progresiva se fueron incorporando nuevas clases sociales conforme demostraban su madurez de ciudadanos con su competencia para aceptar la doctrina racional (instrucción).

²⁶ F. TÖNNIES (1979).

²⁷ Una obra de consulta obligada sobre este particular es la recopilación realizada por Josetxo Beriain (1996) en *Las consecuencias perversas de la modernidad*. En ella podremos encontrar las reflexiones de autores de la entidad de Giddens, Bauman, Luhmann y Beck sobre esta «modernidad contingente».

los presupuestos del control racionalmente planificado. U. Beck analiza este proceso como una «modernidad reflexiva» que despierta en el seno de una «sociedad del riesgo», que no hace sino poner al descubierto los efectos colaterales y no deseados de una racionalidad que, por su naturaleza fragmentadora del conocimiento especializado, sólo puede ser imperfecta en su vocación domesticadora de naturaleza (como lo manifestarían los riesgos ecológicos). Desde esta perspectiva, el Mundo de la Vida aparece como el «entorno» donde confluyen los «riesgos» (que entrañan las diferentes tomas de decisiones de los «sistemas» expertos) como «peligros» reales para la vida, y donde en consecuencia tendría lugar ese redescubrimiento reflexivo de lo político, manifiesto en la figura del contraexperto frente al experto sistémico (por ejemplo en los nuevos movimientos sociales como *Greenpeace*).

A la hora de organizar y diferenciar el resto de sistemas, se va a trazar una línea divisoria entre lo público y lo privado. Lo público abarcaría a una parte de la cultura del mundo de la vida (aquella que se conoce como Opinión Pública), al sistema político por entero, y a aquella parte de la cultura científica que fuese de dominio público, como por ejemplo la dispensada en la enseñanza obligatoria. Sin embargo, lo que realmente otorgará la etiqueta de la relevancia pública es la visualización de cualquier tema en el escenario colectivo, sin menoscabo de su procedencia sistémica o del Mundo de la Vida, por intervención de los *Mass Media*²⁸. En contraposición, en la esfera de lo privado encontraríamos a la mayor parte del Mundo de la Vida, al menos aquella que por su involucración experiencial se considera más cercana y «real», al sistema económico, aunque aquí con grandes matices, y a aquella parte de la ciencia que no es de dominio público, es decir, que queda restringida a los diferentes círculos de expertos que monopolizan el conocimiento especializado en un campo de aplicación²⁹.

²⁸ Más adelante analizaremos el papel desempeñado por estos *Mass Media* como sustitutos modernos de la Conciencia Colectiva «simbólica», representada en las sociedades primitivas por ese espacio social público-colectivo centrado en torno a un tótem.

²⁹ Fijese el lector en la diferencia respecto al monopolio de la cultura que pudiera tener el cuerpo eclesiástico durante la Edad Media, pues entonces una organización compacta de eruditos, unidos por los límites de una misma doctrina sagrada y con conciencia de su papel corporativo dentro de la sociedad, podía estar en posesión de la cultura relevante para todos los campos de actividad, o al menos para los que importaran en la reproducción social; y en cambio en la modernidad, la Autoridad simbólica del conocimiento legítimo aparece fragmentada, de forma tal que el mayor experto en un campo de aplicación resulta un lego para cualquier otra disciplina de conocimiento, y, en consecuencia, totalmente dependiente respecto al resto de las aplicaciones de conocimiento especializado. Es por ello altamente difícil poder hablar de una posible «revolución de los expertos», como pudiera ha-

Empezando por la economía, se puede resaltar su doble naturaleza privada-pública: por un lado, en su función primigenia para la satisfacción de necesidades, localizada en el Mundo de la Vida de donde surgen y se satisfacen, tendría un carácter privado; pero por el otro lado, en cuanto la economía empieza a crear sus propias necesidades «sistémicas» para la coordinación de los entramados de intercambio, la aplicación de la tecnología a la producción, la organización del trabajo, etc., empieza a mostrar también su rostro social, manifiesto, principalmente, en un Capital como recursos adaptativos generados colectivamente (acumulación del medio dinero). Recurriendo a la teoría marxista, encontramos el origen de este Capital en la plusvalía, que aparece cuando «una determinada sociedad es capaz de producir más de lo suficiente para la satisfacción de sus “necesidades vitales”»³⁰, es decir, como aquella parte del «valor de uso» ofrecido por el trabajador al Capital en su contrato de trabajo que no es recogido como «valor de cambio», esto es, como el precio de la mercancía «fuerza de trabajo» en el justo valor de los medios de subsistencia necesarios para su reproducción (incluida la descendencia, y según el estado de unas necesidades determinadas culturalmente). Weber también desvela esta naturaleza social del Capital en *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, cuando al hablar sobre el espíritu del capitalismo como «afán de lucro» retoma las máximas morales legadas por Benjamín Franklin, antes de ser desvirtuadas en sentido utilitarista, para concluir que «...lo característico de esta filosofía de la avaricia es el ideal del hombre honrado digno de crédito y, sobre todo, la idea de una obligación por parte del individuo frente al interés —reconocido como un fin en sí— de aumentar su capital»³¹. El compromiso que contrae el tomador de un crédito es devolverlo con unos intereses, y con el trabajo como única vía legítima para hacerlo. Pero este compromiso de ser productivo, de forma que el capital invertido pueda ser devuelto con sus intereses, es ante todo un compromiso social, en el que el individuo se impone como un deber «moral» el ser útil al resto de la colectividad, manifiesto materialmente en la forma de una contribución al conjunto de los recursos colectivos (Capital)

cerse con las tesis de la «intelligentsia» (Trotsky) o la propia «revolución de los Gerentes» (J. Burnham), pues salvo para mostrar el vértigo que produce la especialización de conocimiento y la cada vez mayor importancia que puede tener en la reproducción y desarrollo de los sistemas, resulta del todo inapropiado para referirse a una nueva clase «para sí». Ver Castells (1995 y 1997); Eco, Colombo, etc. (1995).

³⁰ A. HELLER (1995), p. 23.

³¹ M. WEBER (1995), p. 45.

para nuevas inversiones productivas que redunden en el bienestar común. La paradoja aquí, sobre la cual se articularán los proyectos socialistas, es que siendo unos recursos generados colectivamente, gracias al conjunto de plusvalías arrancadas al factor trabajo, permanecen bajo la forma de la propiedad privada³², y en consecuencia, fuera del control «consciente» de los intereses colectivos organizados políticamente³³.

Por lo que al sistema político se refiere, lo primero sería señalar las limitaciones del modelo habermasiano, únicamente construido en torno al medio especializado de comunicación del «poder». Desde esta perspectiva, es el individuo el que se despersonaliza como un simple

³² En la actualidad, en plena «globalización económica», esta contradicción entre intereses privados y públicos es todavía más acusada, pues el capital es un capital internacional, no sujeto a las restricciones de las comunidades nacionales. Este es uno de los grandes problemas sociales que los contemporáneos Estados de Bienestar tratarían de solventar, pero que al mismo tiempo los pondrán en una crisis fiscal constante, pues el Capital de inversión se desplaza hacia las situaciones de rentabilidad más ventajosas, como en la cuestión del precio de la Mano de Obra serían los países en desarrollo, no respetando los intereses colectivos, tales como la necesidad de empleo nacional.

³³ La utopía marxista tratará, precisamente, de fusionar ambos aspectos bajo la misión redentora de una clase social que represente los intereses colectivos. Es utópico porque confunde las propias necesidades de organización y estructuración social con un presupuesto filosófico idealista heredado de Hegel, como es la reapropiación del mundo construido socialmente mediante el desmascaramiento de su inmediatez reificada (cosificación en Luckaqs) en virtud de una «racionalidad reflexiva». El proletariado, como sujeto histórico, encarnaría en su esencia la misión de unir la teoría (ideal filosófico) y la praxis (revolución política emancipatoria), de poner en marcha un nuevo modelo social comunitario-solidario en el que el hombre se pueda autorrealizar asumiendo la *naturaleza socializada* de su trabajo, y no bajo el yugo reificado de su propia creación. En definitiva, donde el Mundo de la Vida, como espacio de manifestación de la «integridad» de la esencia humana, asumiría como propio todos los entramados sistémicos por los que se organiza la vida social (de ahí la «racionalidad reflexiva», empezada por Marx en *El Capital* y continuada por la escuela de Frankfurt, como una ciencia que «desvele» los mecanismos sistémicos reificados y que haría posible la concienciación, apropiación y control social de las estructuras dinámicas «invisibles»). Sin embargo, el comunismo fracasaría en estas pretensiones precisamente por no ser capaz de llevar a cabo la tarea de humanizar, o hacer accesible al conjunto de la población, el conocimiento especializado de los *sistemas expertos*, es decir, de construir una población sabia o experta capaz de asumir eficientemente las tareas de autogobierno, incluyendo en las mismas la propia organización económica. Como diría Alain Minc (1994, p. 117): «El comunismo aplastó la razón por querer encarnarla hasta sus últimas consecuencias». Las planificaciones económicas de las necesidades de la población y la dirección de los «recursos sociales» para satisfacerlas en la producción, siempre se han mostrado excesivamente rígidas, cortando la motivación personal de aquellos organizadores del factor trabajo, papel desempeñado en el capitalismo por los empresarios, para dar respuesta a las nuevas necesidades, o incluso crearlas, en el Mundo de la Vida, y que funcionan como motor del progreso tecnológico bajo la directriz de la competencia.

número en la «gestión» burocrática de los recursos humanos, respondiendo incluso a las características de medio que reunía el dinero respecto a los recursos adaptativos, tales como ser medible (variables demográficas), acumulable (dentro de una población, como municipio u otras categorías administrativas territoriales), e intercambiable (por ejemplo entre municipios). *La burocracia es la forma moderna en que el hombre se consume simbólicamente a sí mismo, y la ley su nuevo sacerdocio*. El individuo pierde su identidad personal en favor de su identificación administrativa: no es consultado sino tan sólo contabilizado como un recurso o carga social, y como tal considerado en los organismos de control colectivo para entrar en filas, su aportación fiscal, la necesidad de servicios sociales, las dotaciones de infraestructuras, o para su participación electoral. Aunque esta última tendría su propia entidad, pues en sí mismo el «voto electoral» es otro medio especializado de comunicación, pues gracias a él los recursos humanos se agrupan «mecánicamente» en torno a un programa de gobierno. Es un medio especializado de comunicación porque el único lugar de encuentro entre *Ego* y *Alter-ego* es una urna, sin necesidad de que siquiera lleguen a tener un encuentro personal en el que «buscar el consenso», sino que éste se articula como un sumatorio de voluntades individuales en un programa, proporcionado, dicho sea de paso, desde la propia instancia del sistema político.

La relación con el Mundo de la Vida se lleva a cabo por mediación de la Opinión Pública, que recoge las necesidades sociales en forma de preocupación de interés general, a su vez mediatizada por los *Mass Media*. Estos ocupan un lugar central como filtro y constructores de «lo público», y por ello les vamos a dedicar una atención especial. Habermas entiende los *Mass Media* como «formas generalizadas de comunicación», que ya no sustituirían al entendimiento lingüístico, tal y como harían los medios especializados de comunicación, sino que simplemente lo condensarían, haciendo surgir espacios de Opinión Pública³⁴. Sin embargo no se extiende en este particular todo lo que cabría esperar de un elemento tan importante en sus funciones como catalizador del consenso social e, incluso, como representante moderno de la Conciencia Colectiva en la sociedad de masas.

Los *Mass Media* intervienen en el caldero de voluntades individuales de la sociedad de masas iluminado, con su función mediadora, la pista central de la cultura expresiva «pública», diferenciándola de esas otras pequeñas pistas periféricas de la privacidad cotidiana. Son el

³⁴ J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 552.

gran proyector de lo que todo el mundo (de la vida) está observando en un momento dado, y por consiguiente, lo que tiene un interés general. Aun más, sólo cuando el proyector se gira sobre sí mismo, el mundo de la vida toma consciencia de sí en la vida pública, manteniéndose hasta entonces bajo las sombras de lo no concebido³⁵. Es bajo este aspecto donde se empieza a mostrar la función de los *Mass Media* como representantes de la Conciencia Colectiva, dado, en primer lugar, que el reconocimiento en prensa, radio o televisión de alguna noticia demuestra que es lo suficientemente importante para atraer el «interés público» de entre la gran masa anónima de hechos intrascendentes. Pero es que, en segundo lugar, los *Mass Media* también transmiten normas de carácter moral, dando a conocer al gran público situaciones que están en desacuerdo con la moralidad pública, y que exigen, por parte de cada individuo, que tome una postura, bien en concordancia de la Opinión Pública expresada, o bien confirmando que también él se encuentra al margen de esa estructura moral, es decir, del vínculo comunitario. Paul F. Lazarsfeld y Robert K. Merton concluirán sobre este particular que «La publicidad colma la laguna entre “actitudes privadas” y “moralidad pública”. La publicidad ejerce presión en favor de una moralidad única, y no doble, impidiendo la continua evasión de este problema. Provoca una reafirmación pública y una aplicación —aunque sea esporádica— de la norma social»³⁶. Estos dos autores proseguirán ilustrando cómo en ocasiones los *Mass Media* organizan verdaderas «cruzadas» públicas, que ante la presentación de alternativas simples frente a una situación llamativa, que además pondría en juego este vínculo comunitario básico, exigirán una movilización (inquisitorial) en torno a lo que hasta ese momento no era más que un problema difuso e, incluso, indiferente.

A este efecto moralizante de los *Mass Media* se le suma otro narcotizante, que llevará a tener a amplios sectores de la población políticamente apáticos e inertes. El mecanismo por el cual aparece este sentimiento narcotizante es, primero, por la confusión existente en el espectador entre la

³⁵ La única excepción a este hecho, por sus efectos públicos, sería la organización en redes informales de interacción, a través de las cuales se podrían transferir diferentes valores, actitudes, etc. El ejemplo más llamativo lo tenemos en los Nuevos Movimientos Sociales, que canalizando los valores «postmaterialistas» (Inglehart 1991 y 1992), serían una respuesta precariamente organizada, tal y como requieren tales valores, a un Mundo de la Vida «colonizado» por las racionalidades sistémicas de la organización formal. Sin embargo, a la hora de darse «publicidad», también necesitan llamar la atención de los *Mass Media*, utilizando comúnmente para esta invocación la movilización masiva de sus simpatizantes en una gran manifestación «pública».

³⁶ P.F. LAZARSELD & R.K. MERTON (1992), p. 241.

información absorbida pasivamente y la movilización pública en torno un problema, entre el conocimiento de los problemas de actualidad y la acción relacionada con ellos. Se dedica tanto tiempo a leer o escuchar que después queda mucho menos tiempo para la acción organizada; resulta más cómodo asentir en favor de la opinión generalizada. En segundo lugar, la sobreinformación con la que se bombardea a diario al espectador es tan abrumadora que crea en el individuo la sensación de impotencia frente a todos los problemas sociales que le rodean: ¡bastante tengo con los míos! En tercer lugar, y pese al argumento de la competencia informativa entre los diferentes *Mass Media*, siempre quedan temas relevantes fuera de toda agenda informativa, como aquellas cuestiones que pudieran poner en la escena pública preguntas vitales sobre la estructura de la sociedad o el *status quo*. Y por último, un concepto de producción cultural en torno al entretenimiento y la distracción, que aleja la posibilidad de una producción cultural crítica y de calidad³⁷. Este sería uno de los temas centrales en el análisis de la cultura en la sociedad de masas, como es la pérdida de nivel cultural en una industria bajo la dictadura de los rendimientos de mercado, es decir, una cultura a la que se le exige que se mantenga a sí misma bajo una lógica de mercado³⁸.

En resumen, si la cultura científica había nacido con una clara vocación hacia su aplicación en el trabajo y la acumulación del conocimiento humano a lo largo de la historia, la cultura expresiva queda inscrita en ese otro espacio privado del consumo de ocio, en el que predomina una cultura abierta al entretenimiento y la expresión de valores para la identificación personal, más que la búsqueda de una cualificación en cultura de alto nivel³⁹. El vehículo principal de transmisión de patrones culturales generalizados lo acaparan los *Mass Media*, que en su función mediadora y conformadora del espacio público favorecen la reproducción de las estructuras culturales-morales necesarias para el sostenimiento funcional y legitimación simbólica de los entramados sistémicos. Estos *Mass Media* operan a un mismo tiempo con las dos lógicas sistémicas clásicas. Por una parte, el «poder», que con el igualitarismo cultural reduce a los individuos a un mero dato estadístico para los índices de audiencia, y siempre en la desventaja del enfrentamiento entre la racionalidad y capacidad de crítica individual y lo que se ha considerado de relevancia pública (verdad consensuada), pues, como afirmó Tocqueville, «El imperio de la moral de la mayoría se funda, en

³⁷ M. HORKHEIMER y T.W. ADORNO (1992), pp. 203-205.

³⁸ D. BELL (1992); McDONALD, D. (1992).

³⁹ Tal y como nos alecciona P. Bourdieu (1991), el consumo de este tipo de cultura no se realiza tanto por un «gusto» natural como por una intención de «distinción» social.

parte, sobre esta idea: que hay más luces y serenidad en muchos hombres reunidos que en uno solo»⁴⁰. Y por la otra parte, el «dinero», como la lógica de mercado que se impone en una cultura hecha industria, donde ya no se busca la calidad y la creatividad humana, sino un común denominador bajo la forma del entretenimiento lúdico. La única parte del Mundo de la Vida que se mostraría reacia a esta «colonización» de la cultura expresiva por la industria cultural de masas son las redes informales de interacción social, en torno a las cuales se podrían crear identidades sociales, e incluso organizarse eventualmente como movimientos sociales.

Conclusiones

En primer lugar habría que resaltar el planteamiento del problema de la integración desde una teoría de la acción comunicativa, pues en ella residiría el origen y la condición de posibilidad de la vida social y la existencia misma de la «sociedad». En este sentido, se distinguen dos medios diferenciados a través de los cuales se puede articular la comunicación social, como son la comunicación simbólicamente mediada (lenguaje)⁴¹, y los medios especializados de comunicación (verdad, poder y dinero). La distinción entre unos y otros como «canales» de comunicación reside en que los primeros hacen referencia a una negociación de sentido entre los participantes en dicha comunicación en condiciones de igualdad posicional y valorativa (esto no niega la existencia de *frames* situacionales como horizontes de sentido que enmarcan una interacción, sino tan sólo la necesidad de su «actualización», bien sea hacia la reproducción de estructuras o hacia la innovación); por el contrario, los segundos presuponen un código binario en el que

⁴⁰ A. DE TOCQUEVILLE (1985), p. 108.

⁴¹ El arte y otras formas de comunicación simbólica, en el lugar que ocupa la cultura expresiva en la modernidad, también se pueden incluir en este apartado, en cuanto la intención del emisor del mensaje, aunque el «lenguaje» de éste sea pictórico o musical, es la «expresión» de la subjetividad propia a un receptor. No es el mensaje en sí mismo el que se verifica en la experiencia comunicativa, sino la intencionalidad del autor de manifestarse a través del mismo, otorgando en esta transferencia plástica una pequeña porción de su «alma» a su obra. Por contra, en los canales especializados de comunicación el receptor es «cargado» de información desde la realidad propia del mensaje, donde su emisor, en el mayor de los casos anónimo en la representatividad de su cargo, no interviene presencialmente en la experiencia comunicativa. El mensaje existe «per se», y es en esta «realidad» donde la ciencia, la economía y la política cobran su existencia independiente por mediación de sus códigos de manifestación: la verdad, el dinero y el poder.

se restringe la comunicación, y que dispensa a los participantes en la misma de la búsqueda de consenso mediante la encarnación de roles diferenciales entre representantes del sistema y su entorno: Poder (funcionario/ciudadano⁴²), Verdad (experto/lego), Dinero (ofertante «poseedor capital»/demandante «poseedor trabajo»). Lo que diferencia a los portadores de rol en sus relaciones sistémicas respecto a la interacción simbólica en el Mundo de la Vida es un patrón de conducta racionalmente diseñado, que en última instancia remite al código binario por el que se diferencia el sistema de su entorno. Así, un experto en medicina interna, por lo que al código poder se refiere, es tan ciudadano como un peón de la construcción, pues ambos constituyen por igual parte del entorno del sistema político.

La ciencia, como sistema del código verdad, es el más restringido de los sistemas funcionales, pues la comunicación con su entorno, a nivel de roles, es unidireccional⁴³.

Al construir el núcleo de generación de conocimiento experto los únicos registros que se contabilizan como *inputs* para la construcción de la «verdad» son los que se generan en el propio sistema⁴⁴, o los que proceden de los expertos en diáspora por los otros complejos sistémicos, bien sea el político o el económico, o incluso en el retiro de su privacidad⁴⁵. La otra particularidad del conocimiento experto reside en que sus *outputs* están dirigidos a los otros sistemas especializados bajo la forma de expertos con la cualificación necesaria para hacerse cargo de su gestión interna. En definitiva, su posición hegemónica en el circuito cibernético de la sociedad funcional consiste en definir los límites

⁴² También cabe la posibilidad de que el poder se vea autorizado a aplicarse en un no-ciudadano, como el caso de los inmigrantes, pues su campo de aplicación le otorga competencias funcionales dentro de un territorio geográfico sobre todos los individuos residentes en el mismo (concepto de soberanía).

⁴³ El *feedback* en los otros sistemas se establece bien por participación electoral, bien por organizaciones que representen al factor trabajo en la negociación colectiva con el capital.

⁴⁴ Luhmann ratifica nuestro parecer al afirmar: «Los sistemas funcionales, en el transcurso de su proceso de diferenciación, normalmente establecen nuevas asimetrías que sustituyen a las viejas estructuras estratificadas y que se encuentran transversales a éstas; por ejemplo, la asimetría entre producción y consumo en la economía, o la asimetría entre gobernantes y gobernados en el sistema político... Sólo el sistema de la ciencia parece hacer una excepción. No contrapone asimétricamente su propio rendimiento de trabajo a un público que es atendido por él. “El público de los científicos son los científicos”». Luhmann (1996), p. 441.

⁴⁵ «Todo lo que opere bajo el código verdadero/falso en atención a la ganancia de conocimientos verdaderos o falsos, es ciencia, aunque se dé en el jardín de un convento o en el laboratorio industrial.» Luhmann (1996), p. 449.

de la «realidad» (oficial), lo posible de lo imposible, lo que pertenece a un sistema y lo que no. Por poner un ejemplo, desde la cultura expresiva del Mundo de la Vida el fenómeno O.V.N.I. es un elemento simbólico que lleva presente al menos medio siglo; sin embargo, hasta que la «autoridad» científica no ratifique su evidencia desde los requerimientos experimentales que le competen, simplemente no existe (al menos para los entramados funcionales), y se convierte en un mito moderno sujeto estrictamente a las creencias particulares. En este ejemplo también se pone de manifiesto cómo el Mundo de la Vida todavía es capaz de generar sus propias interpretaciones de sentido con independencia del conocimiento experto, y, a través de ellas, de gestar una pluralidad de realidades intragrupalas, dentro de las cuales el fenómeno O.V.N.I. puede ocupar un primer plano de relevancia en la definición de una de sus «realidades».

Pese a las referencias realizadas en torno a la teoría de sistemas de Luhmann, nuestra orientación estratégica es claramente divergente, pues desde la perspectiva de la integración social no nos interesa el problema de cómo funcionan internamente los sistemas y sus mecanismos de diferenciación, sino los puntos de encuentro o intercambio intersistémico desde la óptica de la ingeniería de sistemas *input/output*⁴⁶. En este contexto, un punto central en la teoría de sistemas de Luhmann, como es la reducción de complejidad como motor de la diferenciación intrasistémica, deviene en un mero constructo de los mecanismos de conocimiento y reconocimiento de los sistemas expertos, pues sólo el pensamiento «racional», auspiciado por los requerimientos científicos de legitimación (estatus verdad), crea la condición de posibilidad «reflexiva» para

⁴⁶ El mismo Luhmann admite la posibilidad de esta orientación en el tratamiento de los sistemas, aunque la rechazaría por no reflejar la «realidad» autorreferencial de los mismos: «...bajo aspectos de prestación, el sistema entra a un entramado complejo de referencias de *input/output*. Cada sistema depende de que otros cumplan con su función y esto a un nivel adecuado de desarrollo. Esto sólo es la imagen reflejada de la propia autonomía. Así, la ciencia depende de que el sistema político pueda garantizar la paz, de que se puedan resolver los conflictos jurídicos, de que la economía funcione y de que se realicen los pagos indispensables y de que el sistema educativo forme a la nueva generación... Si se selecciona este aspecto, en forma del modelo *input/output*, se puede elaborar cómo los sistemas funcionales se enlazan a través de la comunicación; y en forma de *escenarios* se puede pensar qué sucedería si uno de los sistemas redujera o suspendiera sus prestaciones... Sin embargo, de limitarse uno a un modelo *input/output* como tal, sería una caricatura del sistema social que destacaría unilateralmente la dependencia e ignoraría por completo la dinámica propia de los sistemas que dependen uno del otro: sería un simple modelo de intercambio. La realidad sólo se descubre si esta descripción *input/output* se adapta a la descripción de la autopoiesis autorreferencial y operativamente cerrada de los sistemas funcionales», Luhmann (1996), p. 449.

que el resto de los sistemas funcionales, con sus códigos operativos autorreferenciales, puedan descubrirse como tales frente a un entorno. No es ya que el entramado funcional en sistemas operativos se adapte a la progresiva demanda de complejidad social, sino que, más bien por el contrario, el escalonamiento ascendente de complejidad de los sistemas expertos fracciona la realidad en objetos propios de sus especialidades. Incluso más aun, los elementos epistemológicamente construidos por un sistema experto como objetos de conocimiento propio, y como tales reconocidos operativamente, pueden ser reconstituidos en otros sistemas también como elementos propios, de lo que se puede concluir que, aparte del conflicto de competencias, desde la perspectiva de un entorno heterárquico cualquier objeto de la «realidad» (percepción subjetiva) resulta multidimensional para los sistemas de conocimiento (donde cada uno de ellos toma «para sí» la dimensión que le pertenece), de cuya característica polivalente devendría su complejidad intrínseca, así como la de la propia realidad social misma.

Con el modelo cibernético *input/output* lo que se quiere destacar es que cualquier cambio en cualquiera de las esferas operativas sistémicas va a repercutir, por un efecto de cascada, en el resto de los entramados sistémicos. La paradoja, ya enunciada para el caso de la modernidad, es que, dada la compartimentación disciplinaria de los sistemas expertos, no siempre estos cambios son reconocidos, bajo el filtro operativo de cada sistema, como un elemento de gestión propio, pero que en cambio, por la unidad «natural» del objeto multidimensionado (y más si este objeto es el hombre), los efectos sobre el mismo sí se van a hacer sentir en mayor o menor grado, creando una crisis de validez sobre la reducción de contingencia o complejidad que se pretendía conseguir (acumulación de consecuencias «perversas» o no pretendidas como variables ocultas).

Por último nos quedaría pendiente ensamblar este esquema de vertebración sistémica con una teoría de la motivación apropiada, con la que pudiéramos recuperar el problema de la integración desde la perspectiva de la acción social, es decir, la integración del individuo en la sociedad y sus entramados funcionales. Sin embargo, dadas las limitaciones de espacio en las que, lamentablemente, se circunscribe la extensión de un artículo, poco más se puede hacer que citar, desde un enfoque conductista, la equivalencia del código poder con la sanción negativa y del código dinero con la sanción positiva, incentivos esenciales para buscar el camino legítimo hacia la integración funcional a través de la «iniciación» en las verdades científicas, que a un mismo tiempo, en sus «rituales de paso» de la concesión de títulos oficiales, dispensarían al individuo de una cualificación funcional y un adoctrinamiento en la

autorresponsabilidad racional. Con ello no haríamos más que empequeñecer un problema que no arranca tanto de las disposiciones funcionales de «inclusión» social, como de las necesidades de autoestima, afecto y reconocimiento personal en el escenario de la integración social (Mundo de la Vida); máxime cuando una función básica para la sociedad (cuando no también una motivación «básica» del aparato instintivo refrendada por el psicoanálisis), como es la *reproducción* del contingente poblacional, viene a articularse, a través de la institución desinstitucionalizada «familia», en este espacio de la integración social.

Bibliografía

- BELL, D. (1989), *Las contradicciones culturales del capitalismo*, Alianza, Madrid.
- BELL, D. (1991), *El advenimiento de la sociedad post-industrial*, Alianza, Madrid.
- BELL, D. (1992), «Modernidad y sociedad de masas: variedad de las experiencias culturales», en *Industria cultural y sociedad de masas*, Monte Alvira, Caracas.
- BERGER P. y T. LUCKMANN (1989), *La construcción social de la realidad*, Amorrortu, Buenos Aires.
- BERIAIN, J. (comp.) (1996a), *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Anthropos, Barcelona.
- BERIAIN, J. (1996b), *La integración en las sociedades modernas*, Anthropos, Barcelona.
- BOURDIEU, P. (1991), *La distinción*, Taurus, Madrid.
- CASTELLS, M. (1995): *La ciudad informacional: tecnologías de la información. reestructuración económica y proceso urbano-regional*, Alianza, Madrid.
- CASTELLS, M. (1997), *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. Vol. I: La sociedad red.*, Alianza, Madrid.
- DURKHEIM, E. (1987), *Las formas elementales de la vida religiosa*, Akal, Madrid.
- DURKHEIM, E. (1995), *La división del trabajo social*, Akal, Madrid.
- ECO, U.; F. COLOMBO, y otros (1995), *La nueva edad media*, Alianza, Madrid.
- GIDDENS, A. (1994), *Modernidad e identidad del yo*, Península, Barcelona.
- GIDDENS, A. (1997), *Consecuencias de la modernidad*, Alianza, Madrid.
- HABERMAS, J. (1992), *Teoría de la acción comunicativa I*, Taurus, Madrid.
- HABERMAS, J. (1988), *Teoría de la acción comunicativa II*, Taurus, Madrid.
- HORKHEIMER, M. y T.W. ADORNO, «La industria cultural», en *Industria cultural y sociedad de masas*, Monte Alvira, Caracas, 1992.
- HELLER, A. (1995), *Teoría de las necesidades en Marx*, Península, Barcelona.
- IBÁÑEZ, J. (1993), «El papel del sujeto en la teoría (hacia una teoría reflexiva)», en LAMO DE ESPINOSA y RODRÍGUEZ IBÁÑEZ (comp.), *Problemas de teoría social contemporánea*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid.
- INGLEHART, R. (1991), *El cambio cultural en las sociedades industriales avanzadas*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid.

- INGLEHART, R. (1992), «Valores, ideología y movilización cognitiva en los nuevos movimientos sociales», en *Los nuevos movimientos sociales*, Alfons el Magnànim, Valencia.
- LAZARSFELK, P.F. y R.K. MERTON, (1992) «Los medios de comunicación de masas, el gusto popular y la acción social organizada», en *Industria cultural y sociedad de masas*, Monte Alvira, Caracas.
- LUCKÇAS (1969), *Historia y conciencia de clase*, Grijalbo, Barcelona.
- LUHMANN, N. (1995), *Poder*, Anthropos, Barcelona.
- LUHMANN, N. (1996), *La Ciencia de la Sociedad*, Anthropos, México.
- MALINOWSKI, B. (1981), *Una teoría científica de la cultura*, Barcelona.
- MACDONALD, D. (1992), «Masscult y Midcult», en *Industria cultural y sociedad de masas*, Monte Alvira, Caracas.
- MARX, K. (1986), *El Capital*, Fondo de Cultura Económica, México.
- MARX, K. (1989), *Manuscritos de Economía y Filosofía*, Alianza, Madrid.
- MINC, A. (1994), *La Nueva Edad Media*, Temas de Hoy, Madrid.
- PARSONS, T. (1968), *La estructura de la acción social*, Guadarrama, Madrid.
- PARSONS, T. (1988), *El sistema social*, Alianza, Madrid.
- SCHUTZ, A. y T. LUCKMANN, (1997), *Las estructuras del mundo de la vida*, Amorrortu, Buenos Aires.
- TOCQUEVILLE, A. (1985), *La democracia en América*, Orbis, Barcelona.
- TÖNNIES, F. (1979), *Comunidad y Asociación*, Península, Barcelona.
- WEBER, M. (1993), *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, Madrid.
- WEBER, M. (1995), *La ética protestante y el espíritu del protestantismo*, Península, Barcelona.

LA LEGITIMA VIZCAINA: SU CONFLUENCIA CON EL PRINCIPIO DE TRONCALIDAD*

Paloma de Barrón Arniches
Doctora en Derecho civil
Profesora de la Universidad de Deusto

Sumario: I. Introducción. II. Perspectiva histórica: legítima y troncalidad en los Fueros de Vizcaya. III. Ley de Derecho civil foral de 1992: conservación del principio de troncalidad y su incidencia en la sucesión forzosa. IV. Configuración actual de la legítima vizcaína. V. Conclusión.

I. Introducción

La institución legitimaria en favor de los descendientes y ascendientes del causante aparece en el Derecho civil de Vizcaya en una etapa histórica bien determinada, la Edad Media, debido, en gran medida, a la influencia que ejerce en dicho régimen jurídico la regulación castellana de la época. En cuanto a la legítima en favor del cónyuge viudo, se introduce en el Derecho vizcaíno poco después de la promulgación del Código civil de 1889. El proyecto de Apéndice de 1900 transcribe con exactitud el artículo 837 Cc y, así, esta disposición pasa después a la Compilación del Derecho civil de Vizcaya de 1959. De este modo, cabe entender que la aparición de la legítima vizcaína, en cuanto procede del Derecho común, constituye el cauce por el que se introducen en el régimen sucesorio vizcaíno algunos principios del Derecho romano.

Por contraste, el sistema jurídico vizcaíno se inscribe, junto con el Derecho de Aragón, de Navarra y de la tierra de Ayala, en el llamado «grupo germánico», porque responde a dicha tradición jurídica, defendiendo la libertad de testar y el respeto a la propiedad familiar. Como

* Trabajo realizado gracias a una beca post-doctoral del Gobierno Vasco.

principal exponente de esta realidad, la institución de la troncalidad, genuina del Derecho vizcaíno, persigue la conservación de los bienes —el caserío y sus pertenencias—, íntegramente, dentro de la familia¹. La troncalidad defiende el carácter familiar de la propiedad y, en este sentido, choca abiertamente con el planteamiento individualista que sostiene la institución legitimaria de origen romano.

Tradicionalmente se ha venido explicando cómo, al introducirse la legítima en Vizcaya en la Edad Media por influencia del Derecho castellano, dicha figura queda mediatizada por el sistema de la troncalidad vigente en el territorio. Se produce una contraposición entre ambas instituciones, la cual se resuelve dando prevalencia a la troncalidad, y catalogando la legítima desde un principio como una institución ajena a la tradición vizcaína, sin integrarla dentro de los principios de Derecho germánico que presiden el ordenamiento vizcaíno. De esta manera, en su desarrollo legislativo —Fueros medievales, Compilación de 1959 y, finalmente, artículos 53 a 66 de la vigente Ley de Derecho civil Foral de 1992—, la legítima vizcaína vuelve a plantearse como una simple copia del Derecho común aunque supeditada, en todo caso, a las normas de la troncalidad de los bienes.

A mi entender, dichos planteamientos no son del todo exactos por varios motivos. En primer lugar, debe reconocerse que si la legítima cuajó en el Derecho vizcaíno a pesar de su origen romano, fue porque la protección a los herederos forzosos, es decir, a aquellos sujetos cuya vinculación con el causante de la herencia se deriva sólo del parentesco, y no de la existencia de ciertos bienes raíces provenientes del tronco familiar, se vivía ya en Vizcaya desde antiguo. En efecto, dicha protección se articulaba a través de ciertas limitaciones impuestas al testador a la hora de disponer en favor de personas o entidades ajenas a la familia y, fundamentalmente, mediante el prudente empleo de la libertad de testar. Así pues, Vizcaya «importó» del Derecho de Castilla la institución de la legítima pero no para dividir la propiedad en partes iguales dificultando la conservación del caserío, sino como un medio para proteger los derechos sucesorios nacidos exclusivamente del parentesco

¹ GALÍNDEZ describe la función que tradicionalmente ha realizado el caserío dentro del edificio político y social vasco: «el caserío vasco abarca toda nuestra vida civil. No es ni el concepto de la propiedad, ni la organización de la familia, ni la libertad de testar; es todas y cada una de estas instituciones jurídicas fundamentales, agrupadas en un ente colectivo que se perpetúa a través de los siglos (...), los individuos son libres pero se prescinde de ellos, para prestar todo el apoyo preciso a la conservación del caserío, a la continuidad de la familia, por eso en el Derecho vasco se puede prescindir de muchas instituciones, mas jamás de la troncalidad de los bienes, la libertad de testar o la plena libertad del *etxeko-jain*» (*El Derecho vasco*, Buenos Aires, 1947, pp. 86-87).

con el causante de la sucesión. En segundo lugar, el desarrollo de la legítima a lo largo de los siglos, especialmente en su aplicación práctica, ha conducido a un ensamblaje entre la troncalidad y la sucesión forzosa, configuradas ambas como las limitaciones a la libertad de disponer del causante que determinan el modo de producirse la transmisión sucesoria en Vizcaya. No hay, por tanto, una relación de jerarquía entre legítima y troncalidad, sino una confluencia de ambas instituciones dentro del fenómeno sucesorio.

A todas estas conclusiones se pretende llegar con el trabajo que se expone a continuación. Para ello considero necesario, en primer lugar, analizar y reseñar las vicisitudes históricas que atraviesa la institución legitimaria en Vizcaya paralelamente a la evolución del sistema de troncalidad, desde el primitivo derecho consuetudinario hasta nuestros días. Se trata de estudiar cómo se produce y qué consecuencias tiene la interrelación entre ambas instituciones. En segundo término, me detendré desde esta misma perspectiva en el derecho vigente. Pretendo mostrar las disposiciones contenidas en la Ley de Derecho civil de 1992 como el resultado del proceso histórico recogido en el apartado anterior, expresión de la evolución doctrinal y jurisprudencial en este punto, si bien —adelanto ya desde ahora— considero que no puede estimarse alcanzada todavía la meta de una clara delimitación de ambas figuras jurídicas dentro del Derecho sucesorio vizcaíno.

II. Perspectiva histórica: legítima y troncalidad en los Fueros de Vizcaya

El Derecho privado existe en Vizcaya mucho antes de que se redacten los primeros Fueros medievales, por usos y costumbres profundamente arraigados en el territorio. De esta manera, el concepto de *fuero* en el Derecho vasco medieval responde a la idea de poner por escrito las costumbres y leyes generales ya vigentes para todo el territorio y todos sus habitantes, nunca como un privilegio concedido por el rey o señor feudal. La finalidad de esta «codificación» de las costumbres que se realiza en un momento determinado de la historia del Señorío de Vizcaya, es el interés por salvaguardar el propio ordenamiento jurídico ante la entrada de reyes y señores ajenos al pueblo vasco².

² La doctrina es unánime en este punto. Cfr. GALÍNDEZ, *El Derecho...*, cit., pp. 59 y ss.; VICARIO Y DE LA PEÑA, *Derecho consuetudinario de Vizcaya*, Bilbao, 1995, p. 22; SANCHO REBULLIDA, «Instituciones jurídicas consuetudinarias y su regulación en los territorios pirenaicos», *RJN*, VII-XII 1995, p. 24.

En cuanto al contenido de este Derecho consuetudinario, debe resaltarse la importancia de la propiedad inmueble en todo el Señorío, muy apreciada, tanto por el gran propietario como por el modesto casero, de manera que resulta muy difícil adquirir fincas rústicas, y se observa en toda su extensión el principio según el cual *el tronco debe volver al tronco y la raíz a la raíz* en las transmisiones *inter vivos* y *mortis causa*. En el ámbito sucesorio, la costumbre vizcaína señala una fundamental distinción entre los bienes inmuebles y los muebles, determinando que los muebles son de libre disposición para el testador, y los inmuebles, si son raíces, han de volver al tronco familiar del que proceden. Junto a ello, se observa la tradición de ejercitar la libertad de disponer a la hora de organizar la sucesión, tendiendo al trato desigual de los herederos en función de sus aptitudes personales para continuar con la explotación familiar, que se intenta mantener indivisa por motivos económicos. Se elige un sucesor del caserío y se aparta a los demás herederos, concediéndoles un derecho simbólico en la herencia que se expresa mediante la siguiente fórmula, acuñada con el paso del tiempo: *un real, un árbol, una teja y un pie de tierra en lo más recóndito e infructífero*. La elección del heredero único suele tener lugar, en la comarca de Durango, Guernica y Arratia, con ocasión del contrato matrimonial del hijo mayor, mientras que en las Encartaciones es más general el recurso a la donación *mortis causa* o al testamento³. Por otro lado, la prudencia en el ejercicio de la libertad sucesoria empuja al propietario vizcaíno a prever, no sólo la situación patrimonial, sino también las futuras necesidades de cada uno de los miembros de su familia⁴.

Al comienzo de la Edad Media aparecen los fueros municipales, concedidos por el señor feudal a determinadas poblaciones de nueva creación, que recogen las normas sobre la organización política y jurídica de

³ El recurso al testamento en las Encartaciones refleja una importante influencia del Derecho castellano en esta parte del territorio, hasta el punto de que, en la etapa en que se mantiene independiente del Señorío de Vizcaya, dispone de un Fuero propio en el que se remite al sistema legitimario de Castilla, si bien sólo respecto a los descendientes y para algunas zonas de la comarca. Cfr. al respecto DE LA QUADRA SALCEDO, *Fuero de las M.N. y L. Encartaciones*, Bilbao, 1916, pp. 61 y ss.

⁴ Explica VICARIO Y DE LA PEÑA que «el padre no impone al hijo instituido por heredero o donatario de su hacienda, cargas materiales tan sólo; le grava también con otras de carácter moral ó benéfico, como son las de tener en su casa y compañía á las hermanas mientras no contraigan matrimonio; á los hermanos mientras no se ausenten; y si habiéndolo verificado, volvieren de América u otro punto enfermos ó sin fortuna, están en la obligación de recogerlos, dándoles una habitación en la casa y de comer en su mesa, lo mismo que á las hermanas que no hubieran logrado contraer matrimonio (...), con cuyo medio se evita la desmembración del solar, á la vez que se hace partícipes á todos los hijos de los bienes paternos» (*Derecho consuetudinario...*, cit., p. 162).

la villa. Esta concesión de cartas municipales a diversos territorios de Vizcaya constituye el germen de la tradicional distinción, dentro del Señorío de Vizcaya, entre las *villas* y la *tierra llana*, que se extiende con el transcurrir del tiempo al ámbito del Derecho privado y se traduce, en la actualidad, en la coexistencia del Derecho civil común y el Derecho civil propio dentro de la provincia⁵. Junto a este motivo histórico, también influye decisivamente en la diversidad normativa de Vizcaya el hecho de que el primitivo Derecho foral consuetudinario se aplica sobre todo en el ámbito rural, al servicio de la conservación del caserío, mientras que en las zonas urbanas la población precisa de otra organización jurídica, acogiéndose poco a poco al Derecho romano, traído de Castilla.

El Fuero municipal más relevante es el de la merindad de Durango del año 1150, que los historiadores atribuyen mayoritariamente al rey Sancho VII. Esta comarca, independiente del Señorío de Vizcaya durante algún tiempo, dispone de una serie de leyes civiles propias que, en el momento en que la región vuelve a formar parte de la tierra llana, se convierten en el primer testimonio escrito del derecho consuetudinario aplicable en Vizcaya. Dichos preceptos recogen ya, aunque en forma confusa, el principio de troncalidad⁶.

El primer Fuero vigente con carácter general para todo el Señorío de Vizcaya se lleva a cabo en el año 1452, es el llamado *Fuero Viejo de Vizcaya*. Ha sido tachado de incompleto por la doctrina actual, aunque lo cierto es que sus autores no se plantean redactar una completa regulación civil para Vizcaya, sino simplemente poner por escrito sus franquezas y libertades así como los usos y costumbres que permanecen vigentes en el momento en que Vizcaya queda incrustada dentro del sistema jurídico castellano⁷.

⁵ Cfr. GALÍNDEZ, *El Derecho...*, cit., p. 90.

⁶ Véase, sobre el contenido del Fuero de Durango, el comentario de CELAYA IBARRA: «Propiedad troncal y patrimonio familiar: la troncalidad en Bizkaia», en *Jornadas Internacionales sobre Instituciones Civiles Vascas*, Bilbao, 1991, p. 71. Ya he mencionado el territorio de las Encartaciones, también independiente durante esta etapa, en el que las Juntas de Avellaneda redactan un Fuero en presencia del corregidor del Señorío en el año 1394, recogiendo también las normas sobre la troncalidad de los bienes raíces.

⁷ El Fuero Viejo es aprobado el 21 de julio de 1452 por las Juntas Generales del Señorío, se redacta con intervención del corregidor de Vizcaya, representante de Su Majestad. El encabezamiento de la compilación establece lo siguiente: «que pues el muy alto príncipe, rey e señor D. Juan, así como señor de Vizcaya, había de venir a les hacer jura, según que era usado y acostumbrado por los señores pasados que fueron de Vizcaya sus antecesores, la cual jura había de ser en la dicha iglesia de Guernica, e en ciertos logares para los goardar, e así a las villas como a la tierra llana de Vizcaya, e de las Encartaciones e durangueses, todos sus privilegios, franquezas e libertades, e fueros, usos e costumbres, que las villas e tierra llana han, fueros e costumbres afuera de los privilegios que las dichas villas

A partir de la vigencia de esta ley se introduce una importante innovación en los usos vigentes en materia de troncalidad: hasta el momento dentro de los bienes inmuebles sólo se consideraban troncales los procedentes de la familia por vía de herencia; en cambio, los inmuebles adquiridos en vida por compra u otro título se asimilaban a los muebles y eran de libre disposición. El Fuero Viejo introduce una norma para proteger los derechos sucesorios de los hijos, ya que la citada consideración de los bienes raíces comprados les perjudicaba, porque les privaba del derecho de sucesión forzosa cuando no hubiera bienes de procedencia familiar. El legislador medieval determina que los inmuebles adquiridos de extraños no pueden considerarse bienes muebles, lo cual beneficia directamente a los descendientes a los efectos de las reglas de troncalidad, ya que para los colaterales y para los ascendientes no existe en ningún caso un tronco común en virtud del cual acceder a la propiedad de estos bienes. Sin embargo, a partir de la vigencia de esta disposición va a dar comienzo una larga e inacabada discusión doctrinal sobre el carácter troncal de las raíces compradas. A mi juicio, es claro que el objeto de esta norma del Fuero Viejo no es la clasificación de los bienes troncales sino, más bien, la defensa de los parientes del causante, los que en la actualidad denominamos legitimarios.

Capítulo CXII: «De los bienes raíces comprados o adquiridos en vida»: Otrosi dijeron por quanto fasta agora en Vizcaya había por uso é costumbre que todos los bienes raíces que alguno comprare é fuesen habidos en vida por bienes muebles para facer de ellos lo que quisiere, é dados como los otros bienes muebles lo cual dijeron que era gran perjuicio de losijos legítimos herederos, por ende dijeron que ordenaban é establecieron por ley que toda tierra o heredad é bienes raíces que así fueren comprados, sean habidos por bienes raíces non por muebles, é los tales bienes raíces non puedan ser dados ni mandados á extraño nin otros algunos, salvo á heredero ó herederos que de derecho deban haber é heredar sus bienes, segun que los otros bienes raíces que hobiere.

tienen por escrito: e el dicho rey, así como señor de Vizcaya no les podía quitar ni acrecentar, ni de nuevo dar, sino estando en Vizcaya so el árbol de Guernica en junta general, e con acuerdo de los dichos vizcaínos; por escusar de no caer en los dichos errores e males e daños que fasta aquí habian caído, querian bien de escribir e poner por escrito las libertades e franquezas, e usos, e costumbres, e albedríos, e privilegios que las villas e tierra llana habian e no tenían por escrito, para cuando el dicho rey e señor viniese a se las jurar e confirmar e dar por fuero, las cuales dichas franquezas e libertades e usos e costumbres que los dichos vizcaínos hablan de que se acordaban de presente, dijeron que eran estas siguientes, las cuales siempre les fueron guardadas por los dichos señores pasados que habian sido en Vizcaya» (MARICHALAR y MANRIQUE, *Historia de los Fueros de Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Alava*, San Sebastián, 1971, p. 291).

Parece, en un primer momento, que esta norma impone el carácter troncal de todos los bienes inmuebles, con independencia de su origen⁸. Sin embargo, gran parte de la doctrina vizcaína tiende a considerar que esta disposición, lejos de contener una ampliación a todas luces injustificada del principio troncal, lo que afirma es, simplemente, que todo inmueble puede llegar a ser troncal, cualquiera que sea el título de su adquisición, si concurren las circunstancias necesarias para que la troncalidad exista⁹. Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo: «por eso, la ley no equipara los bienes comprados a los heredados, lo que implicaría una modificación de su calidad, trascendente al derecho de sucesión, sino que tan solamente equipara, lo cual es sustancialmente distinto, los títulos de adquirir la propiedad, o sea la compra y la herencia»¹⁰.

En consecuencia, cabe interpretar que el Fuero Viejo no establece realmente que los parientes en línea recta descendente deban beneficiarse de la troncalidad, porque no existe entre el causante y sus descendientes un tronco común, sino que unos proceden de otros. La troncalidad, en el Fuero Viejo de Vizcaya, constituye un derecho mixto de personal y real, como relación de una persona con un determinado bien y con un antecesor familiar. Se consideran parientes tronqueros, con derecho personalísimo a heredar, solamente los colaterales hasta el cuarto grado y los ascendientes, y sólo respecto a los inmuebles que procedan de la línea familiar a la que pertenecen¹¹. Así, la prohibición

⁸ Esta interpretación corresponde al concepto amplio de la troncalidad defendido por CHALBAUD Y ERRAZQUIN (*La troncalidad en el Fuero de Vizcaya*, Bilbao, 1898, p. 25).

⁹ Cfr. ANGULO LAGUNA, *Derecho Privado de Vizcaya*, Madrid, 1903, p. 180. En el mismo sentido, explica JADO Y VENTADES: «al decir esta ley que los bienes comprados sean habidos por raíces y que no puedan ser dados ni mandados a extraño sino al heredero o herederos que deben heredar los otros bienes raíces, equipara los comprados a los heredados y no distingue entre la compra hecha a persona extraña y la hecha a parientes al amparo del retracto de familia, ni podía distinguir, porque si se limitaba a esta última no conseguía su objeto que era el de derogar la costumbre que la misma ley nos dice existía de considerar á los bienes raíces comprados como si fueran muebles para disponer de ellos con perjuicio de los herederos, pues se hubiesen seguido considerando como tales bienes muebles los adquiridos por compra hecha a persona extraña y por tanto disponiéndose de ellos lo mismo que antes, como muebles, aún habiendo descendientes y ascendientes y con notorio perjuicio de éstos» (*Derecho civil de Vizcaya*, Bilbao, 1900, p. 337). Concluye CELAYA IBARRA: «la solución pudo haber consistido en reconocer el derecho de legítima de los descendientes, como en el Derecho de Castilla, pero el Fuero no quiso salirse de los términos de la troncalidad o propinuidad y optó por una solución que, a mi juicio, ha determinado una desorbitada extensión del principio de troncalidad» (*Propiedad troncal...*, cit., p. 73).

¹⁰ STS 27-XII-1895. Véase también STS 29-XI-1913.

¹¹ Sobre la necesidad de la doble genealogía de la persona y de la cosa para que exista troncalidad, véase SOLANO Y POLANCO, *Estudios Jurídicos del Fuero de Bizkaia*, Bilbao, 1918, pp. 36-44.

de realizar donaciones de inmuebles comprados en perjuicio de los herederos, protege a un tiempo los intereses de los hijos y de los parientes tronqueros, pero no implica necesariamente que los primeros reciban por ello la misma consideración que los segundos, es decir, que se produzca una injustificada extensión del principio de troncalidad. No parece ser ésta la finalidad de la norma.

Capítulo CXIV: «Que non se faga donación á extraño de raiz habiendo herederos y descendientes»: Otrosi dijeron que habia de fuero é costumbre, que home alguno nin mujer non pueda facer donación á persona extraña habiendo herederos descendientes ó parientes propincuos de traviesa que hayan derecho de heredar los bienes raíces algunos que haya, salvo de los bienes muebles que pueda facer lo que quisiere é si muebles bienes non hobiese, que pueda dar la quinta parte de sus bienes raíces por su alma é non mas.

Esta segunda norma transcrita se refiere a la limitación de la libertad del causante, precisamente respecto a las cuatro quintas partes de sus bienes, cuantía de la legítima vigente en esta época en Castilla, lo cual constituye, a mi juicio, claro reflejo de la importante influencia que ya ejerce este Derecho¹².

Capítulo CXXVI: «Título del quinto de los bienes para el alma»: Otrosi dijeron que por cuanto habian de uso é costumbre, que home nin mujer que non hobiese herederos descendientes non puidere dar por su alma ni en otra manera alguna bienes raices algunos que hobiese de abolengo, salvo á los parientes mas cercanos de la linea donde depende la tal heredad, é de los tales bienes muebles que puede facer lo que quisiere, lo cual entienden que era de enmendar é enmendarlo, dijeron, que ordenaban é establecían que todo home ó mujer que non hobiese tales herederos descendientes pueda mandar é dar por su alma la quinta parte de los tales bienes raices, non habiendo bienes muebles, é si bienes muebles hobiesen, fasta la montanza de la quinta parte de los tales bienes raices, que non pueda dar ni mondar de los tales bienes raices, salvo á sus herederos, que pueda dar á cualquier de los parientes propincuos que quisiere, apartando a los otros parientes propincuos con alguna parte de los bienes raices, poco ó mucho, con lo que quisiere, é de los bienes muebles que pueda hacer lo que quiera.

¹² En efecto, el Fuero Juzgo o *Codex Wisigothorum*, traducción del *Liber Iudiciorum* a la lengua romance, instaure en Castilla desde el siglo XIII una legítima de cuatro quintos como resultado de la simbiosis entre la tradición jurídica romana y la reserva del Derecho germánico. Cfr. *Liber Iudiciorum*, libro IV, título V, ley 1, en MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Códigos antiguos de España*, vol. 1, Madrid, 1885, p. 33.

Finalmente, el Fuero Viejo se hace eco del tradicional régimen de la aportación, frecuentemente empleado por los testadores vizcaínos:

Capítulo CV: «Que se puede dar é mandar todos los bienes a un fijo, apartando con un árbol á los otros». Otrosí dijeron que habían de fuero, uso é costumbre que cualquier home ó mujer que hobiese fijos legítimos de legítimo matrimonio, pueda dar, así en vida como en artículo de la muerte, á uno de los sus fijos é fijas todos sus bienes muebles y raíces, dando é apartando algun tanto de tierra poco o mucho á los otros fijos é fijas, aunque sean de legítimo matrimonio, é si fijos non hobiese a los nietos en aquella forma, é si fijos non hobiese a los nietos en aquella forma, é si fijos legítimos nin nietos de legitimo matrimonio non hobiese, que por esta mesma forma puedar é apartar á los hijos naturales que hubiese de mujer soltera ó la mujer del home (...).

El Fuero Nuevo de Vizcaya, de 1526 (Fuero, Privilegios, Franquezas y Libertades del Muy Noble y Muy Leal Señorío de Vizcaya) es elaborado por juristas vizcaínos de formación romana en unión con el corregidor de la provincia, y confirmado por el emperador Carlos I. Se concibe como una reforma del Fuero de 1452, «quitando lo superfluo y no provechoso ni necesario, e añadiendo y escribiendo en el dicho fuero todo lo que se practicaba por uso y costumbre, y no se hallaba escrito en él»¹³, y es el ordenamiento en el que se instituye propiamente la legítima vizcaína¹⁴. Por su parte, el principio de troncalidad sigue informando el régimen foral, potenciado por las características del territorio, que precisa la conservación de los patrimonios unidos¹⁵. De esta manera, el legislador entrelaza las dos figuras jurídicas dificultando la delimitación de la naturaleza y características de cada una de ellas:

Ley 8, título XXI: «De la sucesión ab intestato en bienes raíces y muebles». Otrosí, dijeron: Que habían de Fuero, uso, y costumbre, y establecían

¹³ MARICHALAR Y MANRIQUE, *Historia de los Fueros...*, cit., p. 298).

¹⁴ CHALBAUD rechaza abiertamente lo que considera una intromisión de los principios romanos en el Derecho vizcaíno: «el criterio individualista del derecho romano que estudia y considera las legítimas y los derechos sucesorios de las personas individuales, de tal manera que se ha infiltrado en los juriscultos, que no pueden considerar la sucesión relativamente a la vida de familia que une, y sólo la ven como derecho exclusivista del individuo que separa» (*La troncalidad...*, cit., p. 58).

¹⁵ Afirma al respecto AREITIO Y MENDIOLEA: «Las leyes civiles del Fuero obedecen y están subordinadas a principios fundamentales en el desenvolvimiento de la vida jurídica familiar en Vizcaya, que todo lo supedita a la conservación de la casería» (en la introducción a la edición del Fuero Nuevo de la Diputación: *El Fuero, Privilegios y Franquezas, y Libertades del Muy Noble y Muy Leal Señorío de Vizcaya*, Bilbao, 1950, p. 21).

por Ley, que si algún hombre, o mujer muriese sin hacer testamento, ni otra postrimera voluntad, y dejare hijos legítimos, o descendientes, aquellos hereden todos sus bienes por su grado y orden: y a falta de los hijos y descendientes, le sucedan, y sean herederos los ascendientes por su grado, y orden (es a saber) en los bienes raíces, los de aquella línea de donde dependen los tales bienes raíces o tronco: y a falta de ascendientes los parientes mas profincos, o cercanos de la línea de donde dependen los tales bienes raíces, y si el tal difunto dejare bienes raíces, que hubo heredado, o adquirido de parte del padre, hereden los parientes de aquella línea por su orden y grado, aunque viva la madre, y si hubiere bienes raíces, que haya heredado de partes de la madre, los parientes de parte de la madre, en siguiente los hereden por su orden, y grado, sin parte del padre, si vivo fuere; y si fuere muerto, sin parte de los parientes, de parte del padre, aunque sean mas cercanos en deudo, o sangre. Pero en los bienes muebles le sucedan todos los parientes del padre, y de la madre, igualmente por su orden y grado, no habiendo ascendientes; y si los parientes de parte del padre, fueren mas que los de partes de la madre, o en contrario; en tal caso, los de partes del padre, hereden la mitad, y los de la madre la otra mitad. Salvo, si en su vida hubiera hecho el tal difunto, manda o donación de los tales bienes muebles, a alguno de los de sus parientes, o a otro extraño; y habiendo ascendientes, los ascendientes, por su orden hereden todos los bienes muebles, y semovientes, que el tal muerto dejare, que en cualquier manera los haya habido y adquirido.

Al introducirse la legítima en Vizcaya, esta institución queda mediatizada por el principio de troncalidad, que se aplica en toda clase de transmisiones. El causante queda sometido a diversas limitaciones en función de quiénes sean sus herederos forzosos: el que tiene descendientes y ascendientes goza de libertad de disposición sobre el quinto de sus bienes, siempre que ese quinto sea mueble. Por el contrario, el que sólo tiene parientes colaterales puede disponer de todo lo mueble en favor de extraños. Y ambos han de reservar incólumes los bienes raíces. El Fuero Nuevo concibe la troncalidad, siempre, en relación con determinados bienes procedentes de un tronco familiar¹⁶. En aplicación de las reglas del apartamiento, dentro de cada grupo de parientes el testador puede excluir a todos menos a uno o repartir los bienes del modo que prefiera, pues los herederos sólo pueden exigir

¹⁶ En este sentido, concluye un colaborador de la revista *Euskal-erría*: «hasta el ascendiente, hasta el padre o la madre, para heredar bienes raíces del hijo, tienen que ser tronqueros. Un pariente tronquero, un pariente lejano acaso, pero de la línea de donde dependen los tales bienes raíces, excluye al padre o a la madre de los bienes de su hijo» (S.P., «La troncalidad en Bizcaya», en Revista *Euskal-erría*, tomo XXIV, San Sebastián, 1891, p. 26).

que los bienes no se repartan fuera del grupo de personas llamadas por la ley. No se admite, y por tanto queda sin regulación —contrariamente a lo que ocurre en el Derecho civil común—, el supuesto de concurrencia de herederos de diversas clases, ya que la existencia de parientes comprendidos en un grupo priva en realidad del carácter de herederos forzosos a los comprendidos en el grupo o grupos sucesivos¹⁷. La institución troncal no admite gravámenes en los bienes, salvo que se establezcan en favor de otros parientes tronqueros¹⁸. Finalmente, se entiende que el régimen de troncalidad afecta no sólo a los habitantes de la tierra llana sino también a cualquier vecino de las villas de Vizcaya, siempre que sea propietario de alguna raíz sita en el infanzonado.

Ley 15, título XX: «Que los vecinos de las villas, que tuvieren bienes en la Tierra Llana, guarden el Fuero en disponer de ellas». Otrósí, dijeron: Que habían de Fuero y establecían por Ley, porque acaece, que algún vecino de las villas de Vizcaya entre otras tierras, y heredades, que tiene sitas en el juzgado de la tal villa, de donde es, tiene, y posee otras tierras, y heredades, sitas en el juzgado y Tierra Llana, y así troncales: y acaece, que el tal suele disponer de las tales tierras troncales por sí, o a vueltas con las otras heredades de la tal villa, ahora en vida, ahora en muerte: y ponen duda, si de los tales bienes troncales ha de disponer, según que de los otros, que no son troncales. Por ende, dijeron: Que ordenaban, y ordenaron, que el tal vecino de villa, do los bienes (según ley del Reino) son partibles; que toda la raíz, que tuviere en la Tierra Llana, y juzgado de Vizcaya, sea de la condición, y calidad, privilegio, y Fuero, que la otra raíz, que poseen los vizcaínos de la Tierra Llana troncal, y tal, que en vida, y en muerte pueda disponer de ello, como podía disponer el vizcaíno, vecino de la Tierra Llana: y sean admitidos para la tal raíz los tronqueros profincos, como, y según se admiten a los bienes, que poseen, venden y mandan los vizcaínos, vecinos de la Tierra Llana.

El nacimiento de la figura jurídica de la legítima, atribuido al Fuero Nuevo, se produce desde el momento en que toda la porción hereditaria que exceda del quinto, muebles e inmuebles, empieza a considerarse, por disposición de este texto legal, cuota reservada a determinadas

¹⁷ Cfr. ASTORQUI, *Introducción al Derecho civil de Vizcaya y Alava*, Bilbao, 1964, p. 110.

¹⁸ Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1896 sanciona: «los bienes troncales constitutivos de una legítima en favor de aquellos parientes no pueden ser gravados, y menos dejados en usufructo, que equivale a la transmisión temporal del dominio útil, a la mujer ni a nadie que no sea pariente próximo tronquero».

personas en razón de su parentesco con el causante¹⁹. La principal confluencia entre la legítima y la troncalidad se produce respecto a los ascendientes, que heredan por razón de parentesco en defecto de los descendientes, pero sólo pueden recibir bienes procedentes de su línea familiar. Por el contrario, los descendientes heredan en todo caso, sean troncales o no los bienes que integran el patrimonio relicto, y los colaterales sólo son herederos, en defecto de los dos grupos anteriores, cuando el causante tiene bienes troncales de su línea familiar.

Ley 14, Título XX: «En qué manera se puede disponer de los bienes muebles, y raíces, y tronqueros habiendo hijos, y no los habiendo». Otrosí, dijeron: Que habian de Fuero, uso y costumbre, y establecían por Ley, que cualquier hombre, o mujer que hubiere bienes muebles, así vacas, o bueyes, u otros cualesquier ganados, y ropas de lino, o lana, u oro, o plata, y otros cualesquier bienes muebles, en caso que tenga hijos, o descendientes, o ascendientes legítimos, pueda mandar, y disponer de todo lo tal, hasta el quinto de todos sus bienes muebles, y raíces, y no más; y a falta de los tales descendientes, y ascendientes legítimos, pueda disponer de todo lo mueble a su voluntad, reservando la raíz para los profincos tronqueros: con que si deudas hubiere, y bienes muebles el que tal raíz tuviere; de lo mueble se paguen las deudas y no de la raíz.

No toda la doctrina comparte esta interpretación de las fuentes históricas, manteniéndose abierta la discusión sobre los límites que separan la legítima de la troncalidad en el Fuero Nuevo. Según el parecer de Angulo Laguna, la legítima se impone en Vizcaya por delante de la institución troncal, de manera que, respecto a los descendientes y ascendientes, basta el criterio del parentesco para fundamentar su derecho a ser tenidos en cuenta por el causante: «tratándose de parientes en línea recta, falta la clave de toda idea de troncalidad, puesto que no hay ese tronco común, sino que el uno procede del otro. Los descendientes son herederos forzosos, son los llamados en primer término, siempre y en todo caso, ¿qué problema se resuelve ó que fin se consigue, ó que trascendencia práctica resulta al afirmar que los descendientes son herederos forzosos por ser tronqueros y no por ser simplemente descendientes? ¿es que se necesita en este punto afirmar nuevamente el principio troncal, porque de no hacerlo así existe el peligro de que salgan

¹⁹ SÁNCHEZ DE LA TORRE llega a afirmar que en Vizcaya, siempre que el testador no ejercite la prerrogativa legal sobre el quinto, toda la herencia puede entenderse como legítima de los descendientes y ascendientes, (cfr. «Régimen jurídico de la legítima vizcaína», en *Estudios Deusto*, 1958, p. 413).

los bienes de la familia?»²⁰. En la tesis contraria cabe mencionar a Solano y Polanco, que considera a los hijos, en todo caso, como parientes tronqueros, hasta el punto de que «la raíz comprada a extraño por una persona que tenga hijos se convierte en raíz troncal y no puede ser mandada a persona extraña»²¹.

En mi opinión, legítima y troncalidad coinciden en su condición de límite o freno a la libertad de testar. Ahora bien, se distinguen con claridad en función de los diversos grupos de parientes llamados a suceder. En relación con los descendientes, es claro que el Fuero Nuevo establece un derecho de legítima, declarando su condición de herederos forzosos al margen de la naturaleza de los bienes que integren el patrimonio relicto. Por otro lado, este deseo de protección a los miembros de la familia, y especialmente a los hijos, no es extraño al Derecho de Vizcaya²², y encuentra en la legítima castellana una institución adecuada, siempre que pueda hacerse compatible con la aportación que salvaguarda la libertad del testador y proporciona un medio para lograr la indivisión de la propiedad rural. No puede decirse lo mismo cuando no hay descendientes y surge la obligación del causante de reservar sus bienes raíces en favor de los ascendientes, ni mucho menos respecto a la limitación legal de disponer, favorable a los parientes colaterales. En apoyo de esta tesis, hay que mencionar también la disposición del Fuero Nuevo, heredada de su precedente el Fuero de 1452, que se ocupa de la sucesión de los bienes raíces comprados a persona ajena a la familia:

Ley 16, título XX: «Que la raíz comprada sea de la misma condición que ha heredado». Otrosi dijeron: que habían por Fuero y establecían por Ley, que toda raíz, que hombre, o mujer compraren, o hayan comprado en su vida, que lo tal no sea habido, ni contado por mueble para lo enajenar, ni disponer a voluntad: antes sea habido, y contado

²⁰ *Derecho Privado de Vizcaya*, Madrid, 1903, pp. 134 y 135. En relación con los colaterales, este autor llega a afirmar que son los únicos parientes tronqueros contemplados por el Fuero Nuevo (cfr. *ab. cit.*, p. 152). ANGULO se apoya, a su vez, en el parecer de HORMAE-CHE (*Leyes civiles de Vizcaya*, Bilbao, 1891, pp. 107 y 111).

²¹ *Estudios jurídicos...*, cit., p. 36. Véase también ANSUATEGUI, «Ley 16, título XX, del Fuero de Bizcaya» en revista *Euskal-erría*, tomo XXIV, San Sebastián, 1891, p. 91.

²² Con palabras de SOLANO: «a nuestro juicio el Fuero de Bizcaya es pura y simplemente familiar. No mira nunca el Fuero al interés individual de los bascos como personas, sino únicamente al mayor provecho de la familia, nervio y alma de la sociedad euskalduna. Por ello si el jefe familiar adquiere una propiedad, no la adquiere para él. La adquiere para sus hijos y descendientes los cuales al recibir la vida de su progenitor, reciben juntamente con el derecho a mantener esa vida que no han pedido, el nombre de la propiedad, la denominación del caserío, y el dominio de éste el que ha de ser el continuador» (*Estudios jurídicos...*, cit., p. 39).

por raíz, como si los hubiese habido de patrimonio, y abolengo: y no pueda ser dado ni mandado a extraño, salvo al heredero, y profinco, que de derecho conforme a este Fuero lo debe heredar, según que los otros bienes raíces, que hubiere.

Con la misma finalidad que el Fuero Viejo, la ley 16, título XX instituye una especie de legítima en favor de los descendientes y ascendientes, eliminando la costumbre ancestral de equiparar las raíces compradas a los bienes muebles para ejercer sobre ellas una total libertad de disposición. La equiparación de las raíces compradas a las heredadas no lleva consigo una ampliación de la troncalidad en favor de los parientes colaterales del comprador, los cuales, obviamente, no pueden pertenecer al mismo tronco del que provienen los inmuebles comprados. Los colaterales no pueden heredar por derecho propio si no son tronqueros. De este modo, el comprador de inmuebles queda obligado solamente respecto a sus descendientes o, en su defecto, respecto a los ascendientes. Si no hay descendientes ni ascendientes puede disponer libremente de los bienes raíces comprados a extraños, porque la limitación a la libertad de disponer en estos supuestos no se fundamenta en la troncalidad sino en el parentesco²³. Es claro que se trata de limitaciones sucesorias distintas²⁴.

Por otro lado, desde la aparición de la legítima en el Fuero Nuevo, el tradicional quinto *pro ánima* se ensambla con el quinto de libre disposición de origen castellano. Así pues, la ley 18 del título XX completa lo expresado en la ley 14 del mismo título en relación con la libertad de disposición del testador:

Ley 18, título XX: «A quien, y de qué bienes se puede hacer donación, o manda». Otrosí dijeron: Que habían de Fuero, uso o costumbre

²³ Afirma JADO Y VENTADES: «la ley 16, título XX evita que la raíz comprada pueda ser considerada como mueble para poder disponer de ella con perjuicio de los legitimarios aún en cuanto a ese quinto, pues toda raíz, sea comprada a pariente o a extraño, sea heredada, ha de pasar intacta a los herederos» (*Derecho civil de Vizcaya*, Bilbao, 1900, p. 337).

²⁴ Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1868 recuerda cómo, aunque no haya descendientes ni ascendientes legítimos, no por ello hay libertad de disposición sobre los bienes raíces que correspondan a los parientes profincos tronqueros, esto es, a los parientes más cercanos de la línea de donde los expresados bienes proceden: «considerando que con arreglo a estos principios, la donación de que se trata no ha podido válidamente comprender los bienes raíces troncales que constituían la herencia paterna y materna de la donante, pues ni concurre en el donatario la indispensable cualidad de ser profinco tronquero, toda vez que no procede de la línea de donde aquellos bienes dimanar, ni por esta causa podría tampoco heredarlos, según el fuero, en concurrencia con otro ponente que tiene la cualidad requerida».

y establecían por Ley, que hombre alguno, ni mujer no pueda hacer donación, ni otra manda, o disposición a extraño, habiendo descendientes, o ascendientes legítimos, o parientes profincos de travesía del tronco dentro del cuarto grado de bienes raíces algunos. Pero de lo mueble pueda disponer a su voluntad, como quisiere: con que habiendo descendientes o ascendientes legítimos, no exceda del quinto de sus bienes. Y que de la raíz pueda disponer, hasta el quinto por su alma, aunque haya los tales herederos legítimos, o profincos²⁵.

Respecto a la naturaleza jurídica de la legítima vizcaína, el Fuero Nuevo sanciona su carácter colectivo, que se confirma con el mecanismo de la aportación. El testador conserva la potestad de determinar el *quantum* objetivo que recibirá cada legitimario:

Ley 11, título XX: «Cómo los padres pueden dejar su hacienda a uno de sus hijos, apartando a los otros con alguna tierra»: Otrósí, dijeron: Que habían de Fuero, uso y costumbre, y establecían por Ley, que cualquier hombre, o mujer, que hubiere hijos de legítimo matrimonio, pueda dar, así en vida, como en el artículo de la muerte a uno de sus hijos, o hijas legítimas, o a nieto, y descendiente de su hijo, o hija legítima, que haya sido fallecido, todos sus bienes muebles y raíces, apartando con algún tanto de tierra, poco o mucho a los otros hijos, o hijas, y descendientes, aunque sean de legítimo matrimonio²⁶.

Finalmente, la ley 7 del título XXI es una norma referida a los apartados; pretende evitar la imposición de gravámenes sobre la «tierra de apartación» recibida en lugar de la legítima foral. El Fuero trata de salir al paso de una costumbre que había empezado a tomar cuerpo, en virtud de la cual los testadores vinculaban no sólo los bienes recibidos

²⁵ Véase también la Ley 5 del título XXI. Respecto a la jurisprudencia confróntese la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1862, y la del Juzgado de Durango de 26 de marzo de 1877, en la que se establece lo siguiente: «considerando que del estudio de esta ley (la ley catorce del título XX) y sus concordantes, la décimo octava del mismo título, la quinta y décima del XXI, revela claramente su espíritu, que no es otro sino que el testador puede disponer con perjuicio de dichos herederos y a favor de extraños el importe del quinto de toda su hacienda, computando en ella todos sus bienes muebles y raíces y nada más. Considerando que dicha interpretación que es la más natural con la letra de dicha ley, se armoniza con el principio de troncalidad, puesto que dejando íntegro el principio de que no pueden transmitirse ni ser objeto de mandas los bienes raíces —ni aun en beneficio del alma siempre que haya mobiliario con que cubrir y responder del quinto— resuelve la aparente contradicción que parece existir entre las dos partes de que se compone la ley y con lo que preceptúa la décimo octava».

²⁶ Véase también la Ley 6 del título XXI.

por los apartados sino también los bienes de los herederos designados como legitimarios²⁷:

Ley 7, título XXI: «En qué caso se puede imponer gravamen a los hijos». Otrosí, dijeron: Que porque los padres, y otros que disponían de sus bienes y herencia, así en vida como en muerte (allende de la tierra raíz con que apartaban a los otros hijos, y profincos, y los excluían de sus bienes, legítima y herencia) muchas veces daban y mandaban a los tales hijos, y profincos, apartados alguna suma de maravedís, o otros cualesquier bienes, con algún gravamen, que en los tales maravedís, y bienes, los padres, o disponientes ponían a los tales apartados, y muchas veces se dudaba, si el dicho gravamen se podía poner, porque parecía que los tales bienes, y maravedís sucedían en lugar de la legítima, en la cual no ha lugar gravamen, y se seguían pleitos sobre ello: y por quitar las dichas dudas, y evitar dichos pleitos, dijeron: Que habían de Fuero y establecían por Ley, que los padres u otros cualesquier disponientes en vida, o en muerte, no puedan poner en perjuicio de la legítima, y de lo que se debe a aquellos en quien la tal disposición se hace gravamen alguno, vínculo, sumisión ni restitución en aquella tierra raíz con que hacen la dicha apartación, y exclusión porque la tal tierra de apartación, sucede en lugar de la legítima, y de los bienes debidos y si lo pusieren, no valga, y sea como si no lo hubieran puesto. Pero si los tales padres, u otros cualesquier disponientes en vida, o en muerte (allende de la tierra de la tal apartación) dieren, donaren, o mandaren a los tales hijos, o hijas, o profincos, u otros cualesquiera, alguna suma de maravedís en cuanta quier cantidad que sea, u otros cualesquier bienes muebles, raíces, semovientes, derechos y acciones aunque sea para dote, o donación, proternuncias, o arras de los tales hijos, o hijas, o descendientes, o profincos, u otros cualesquiera apartados valga, y haya lugar cualquier vínculo, sumisión, restitución u otro cualquier gravamen, y disposición, que los tales padres, o disponientes en vida, o en muerte pusieren, y dispusieren en los dichos maravedís, y bienes dados, o dejados, allende la tierra raíz de la tal apartación.

A partir de esta disposición, surgen discrepancias entre la doctrina sobre la posibilidad de que el Fuero Nuevo esté prohibiendo también las limitaciones o gravámenes impuestos por el testador al heredero principal. Algunos entienden que si lo único que un heredero vizcaíno puede exigir a su causante es la cuota de aportación, en buena lógica, el testador podrá gravar todo lo que exceda de dicha porción debida. Sin embargo, es lo cierto que de la expresión literal de la ley 7 puede deducirse lo contrario. No resulta muy acorde con el espíritu del Fuero, a mi

²⁷ Sobre el origen histórico de esta costumbre, veáse SÁNCHEZ DE LA TORRE, «Variabilidad...», cit., pp. 132-135.

juicio, entender que la legítima pueda ser objeto de gravamen. Las leyes del Fuero pretenden evitar la desmembración de los bienes familiares, precisamente por eso se permite dar toda la herencia a un solo heredero apartando a los demás. Pero si el testador tuviese albedrío para gravar la porción del heredero escogido, por ejemplo con un fideicomiso en favor de otros herederos, los nuevos llamados, al adquirir los bienes, tendrían que dividirlos entre sí, con lo que se estaría contradiciendo un principio básico del Derecho vizcaíno. Por otra parte, la admisión de gravámenes sobre la legítima del heredero principal, significa facultar al testador para poder, incluso, desheredarle. Así pues, considero más atinado entender que la porción de herencia recibida por el heredero escogido constituye, en el Fuero Nuevo, una legítima tan inviolable como lo es la tierra raíz recibida por los herederos apartados de la herencia.

Como conclusión de este período histórico, cabe establecer que, si bien la legítima configurada en el Fuero Nuevo de 1526 proviene del Derecho de Castilla, no es equiparable a la legítima y a la mejora castellana, pues se mueve dentro de unas coordenadas diversas²⁸.

El período histórico que abarca desde el siglo XVI al XIX se caracteriza por la ausencia de nuevas fuentes legales de Derecho civil vizcaíno, de manera que hasta la publicación de la Compilación de 1959 no existe derecho escrito en el que se refleje la evolución de las instituciones. El siglo XVI suele describirse como la fase de apogeo del Derecho de Vizcaya, con un gran respeto por parte de la Monarquía castellana hacia su régimen civil. Junto al Fuero Nuevo, rige la costumbre en toda su amplitud, al menos hasta la época de la Novísima Recopilación. El Derecho de Castilla está vigente con carácter principal en las villas y supletorio en la tierra llana, según lo establece la Ley 3 del título XXXVI del Fuero.

²⁸ Así, SÁNCHEZ DE LA TORRE previene contra la pretensión de algunos juristas castellanos de equiparar ambos ordenamientos: «es interesante examinar si a veces no sucede que el influjo mutuo entre diversos sistemas jurídicos coexistentes, unos al lado o entre otros, es más aparente que real, pudiendo dar a primera vista una apariencia que no venga refrendada por la realidad básica (...). En efecto, el sistema legitimario castellano tiende a permitir al testador toda la libertad que no llegue a dañar gravemente los intereses de la familia. Por el contrario, el sistema legitimario vizcaíno aspira precisamente a robustecer primordialmente el patrimonio entendiendo que toda libertad del testador ha de emplearse mientras pretenda lograr esa finalidad específica. Por tanto, el margen de liberalidad ha de ser empleado, no en la disyunción familiares-extraños, sino en la elección entre uno, o unos pocos familiares, y el resto de los mismos» (cfr. «Régimen jurídico...», cit., pp. 418 y 420). Vienen a cuento sobre esta cuestión unas expresivas palabras del Tribunal Supremo (sentencia de 13 de diciembre de 1919): «marcándose además una extraña y notable diferencia de principios en dos cuerpos legales, como el derecho foral y el Código civil, que desde su origen primario fueron y son conocidamente incompatibles».

En el siglo XVIII comienzan los movimientos centralistas y con ellos la decadencia del Derecho de Vizcaya. Todo el sistema foral queda pendiente de las vicisitudes políticas, y ya no se considera un derecho originario de estas regiones sino un privilegio, una concesión que el rey puede dar y quitar. Felipe V confirma los Fueros del Señorío de Vizcaya con la fórmula estricta «Fueros, Franquezas y Libertades» cuidando de no conceder sino lo escrito en el Fuero, con el fin de anular la eficacia de la costumbre. A pesar de todo, es en esta época cuando algunas zonas, sometidas en principio al Derecho castellano, logran acogerse al Fuero civil del Señorío²⁹.

Finalmente, en el siglo XIX, la derrota del carlismo supone la pérdida total de la capacidad legislativa del Señorío de Vizcaya, así como la supresión de los órganos judiciales forales (Ley de 25 de octubre de 1839 y Decreto de 29 de octubre de 1841). Se abre así un largo período de petrificación de las instituciones civiles propias; comienzan a regir, en algunos aspectos, las leyes civiles generales previas a la promulgación del Código civil³⁰. No obstante, en 1880, la determinación de respetar los derechos forales que anuncia el Decreto de 2 de febrero produce un cierto resurgimiento de los regímenes forales, con la aparición de las Memorias sobre las instituciones civiles que deben conservarse en estas regiones.

La Memoria de Vizcaya, elaborada por D. Manuel de Lecanda, es breve y sucinta. El letrado por el territorio vasco en la Comisión general de codificación señala, en líneas generales, cuál es la esencia del régimen sucesorio vizcaíno: «la ley 11 de este título XX es, en mi opinión, una de las más importantes del Fuero de Vizcaya; en ella se establece

²⁹ Así ocurre con el valle de Llodio, el cual, aunque nunca había dejado de regirse por el Fuero del Señorío, mantiene una situación ambigua desde su admisión en el Concejo de Hermandades de Alava en 1491. También solicitan convertirse en territorios aforados para «todos los contratos *inter vivos*, *causa mortis*, y pleitos que se pudieran ofrecer», dos anteiglesias de la jurisdicción de Bermeo: San Pelayo de Baquío y Albóniga, en el año 1734. Las Juntas conceden las leyes del Fuero a las anteiglesias «en los testamentos, codicilos, donaciones, poderes y en otros cualesquiera instrumentos, contratos y disposiciones *inter vivos* o *causa mortis*, determinándose por ella los pleitos y causas, que sobre los dichos contratos y disposiciones, se pudieron ofrecer: guardándose en los demás, la disposición del Derecho Real, en cuanto a los otros pleitos y causas civiles y criminales que ocurrieren entre los vecinos y moradores de dichas anteiglesias» (FAIREN GUILLEN, «El fuero del señorío de Vizcaya en lo civil durante los siglos XVIII y XIX», separata de la *RGLJ*, marzo de 1946, p. 12). Estas alteraciones en cuanto a los territorios vizcaínos sometidos al Fuero, se prolongarán hasta la segunda mitad del siglo XIX, por causa de agregaciones y querellas, sobre todo de carácter económico, entre las diversas comarcas.

³⁰ Estas leyes generales producen, en opinión de FAIREN, «unas a corto plazo y otras por causa de su interpretación en los tribunales, transformaciones de importancia en el Derecho civil del Señorío» («El fuero...», cit., p. 19).

que todo hombre o mujer que tenga hijos ó hijas legítimos, ó nietos ó descendientes de hijos que hayan fallecido, pueda dar o dejar a uno de ellos todos sus bienes apartando a los otros con algún tanto de tierra, mucho o poco, y esto mismo se observe con los hijos naturales, no habiendo hijos ó descendientes legítimos. Es también de capital importancia en el régimen foral la ley 18, en cuanto prescribe que no se pueden dar ni mandar a extraños bienes raíces algunos, habiendo descendientes o ascendientes legítimos o parientes colaterales del tronco, dentro del cuarto grado»³¹. Uno de los resultados de esta presencia vizcaína en la elaboración del Código civil es el tercer párrafo al artículo 10, contenido en la segunda edición de este Texto legal, a cuyo tenor «los vizcaínos, aunque residan en villas, seguirán sometidos, en cuanto a los bienes que posean en la Tierra Llana, a la ley 15, título 20 del Fuero de Vizcaya»³².

Tras la promulgación del Código civil, da comienzo el proceso de elaboración del Apéndice de Derecho civil de Vizcaya y Alava, que ha de regir junto al Código en dichas provincias. En primer lugar, es redactado en 1900 un proyecto de Apéndice por la Comisión de codificación de Vizcaya³³. El proyecto se imprime, y se solicitan informes a las Diputaciones provinciales y al Colegio de Abogados, los cuales, aunque con un importante retraso, logran publicar un segundo proyecto en el que introducen algunas modificaciones³⁴. En este punto, se opta por detener la elaboración del Apéndice en razón del *status* en que se va a colocar al Derecho foral con una legislación de este tipo: como a cola del Derecho común recogido en el Código civil. Así pues, el Apéndice del

³¹ LECANDA Y MENDIETA, *Derecho civil vigente en Vizcaya precedido de la Memoria sobre las Instituciones Civiles de aquél país*, Madrid, 1888, pp. 12 y 13.

³² Precepto de interpretación contradictoria por el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros, en cuanto que aborda la complicada cuestión del ámbito de aplicación de la troncalidad dentro de Vizcaya. Cfr., entre otras, STS de 27 de enero de 1913 y RDGRN de 4 de julio de 1911.

³³ De este modo planteaba el trabajo a realizar, el señor presidente de la Comisión especial de Codificación de Vizcaya: «es más modesta la misión que se nos encomienda, pero no es menos importante, porque se refiere a la organización de la familia y derecho de propiedad. Por eso espero de todos los señores que me escuchan su mayor entusiasmo en el estudio que vamos a hacer de las leyes civiles del Fuero, para proponer cuáles deben conservarse y cuáles no» (Sesión de 15 de mayo de 1899, en el libro de *Actas de las Sesiones celebradas por la Comisión especial de Codificación de Vizcaya*, Bilbao, 1902, p. 11).

³⁴ El Proyecto de Apéndice del Colegio de Abogados ve la luz el 15 de noviembre de 1928, bajo la influencia de dos importantes reuniones de juristas: el I Congreso de Estudios Vascos y del Derecho Foral, de 1918, y el I Congreso de Abogados españoles de San Sebastián, de 1917. Véase al respecto ARTOLA, «Primer Congreso de Abogados españoles. El Derecho foral», en *Euskalerraren Alde*, 1917, pp. 465-474; 499-504; 556-566 y 603-607.

Derecho civil de Vizcaya no llega a ser derecho vigente y, sin embargo, constituye un precedente importante de la Compilación de 1959 y, de algún modo, también de la Ley civil foral de 1992.

En cuanto a su contenido, no puede entenderse como un texto representativo de la tradición jurídica vizcaína³⁵. La troncalidad se defiende, en gran medida, con el único fin de destacar las diferencias entre el Derecho de Vizcaya y el Código civil. Así pues, según se narra en las Actas, la Comisión de Codificación adoptó el siguiente criterio en la cuestión del carácter troncal de la raíz comprada: «se acordó aceptar la opinión de los que sostenían que la raíz comprada era troncal cuando concurrían los mismos requisitos por el Fuero exigidos para que fuese troncal la raíz heredada, o sea, cuando la compra se hacía a parientes tronqueros, que es la doctrina sancionada por el Tribunal Supremo en sentencias de 23 de febrero de 1866 y 27 de diciembre de 1895»³⁶.

Respecto al quinto de libre disposición: «se acuerda conservar íntegramente las disposiciones de esta ley, aclarando lo referente al quinto, en el sentido de que para computarlo se tendrá en cuenta el importe total de todos los bienes, pero sólo se pagará con lo mueble y raíz no troncal, y por consiguiente, que cuando estos bienes no llegaren a cubrir el quinto, el exceso se entenderá inoficioso y quedará sin efecto. Las deudas se pagarán con lo mueble y raíz no troncal, y sólo cuando estos bienes no basten se echará mano de la raíz troncal para pagarlas»³⁷.

³⁵ VICARIO DE LA PEÑA critica duramente este trabajo: «la Comisión que fue como acabamos de decir sumisa en extremo a la letra del Fuero, en cambio se olvidó en absoluto del derecho consuetudinario, vigente como el escrito, por virtud del precepto del artículo 12 del Código civil y tan absoluto y completo fue su olvido, que ni siquiera mencionó la costumbre en uno de sus artículos, no trata en ninguno de ellos de las instituciones consuetudinarias que tienen profundo arraigo en el pueblo vascongado regulando sus relaciones de familia, el régimen de su propiedad, las sucesiones y los contratos, sirviendo de complemento, aclaración y modificación del derecho escrito» («Observaciones al Proyecto de Apéndice del Código civil para Vizcaya y Alava», dentro del libro *Derecho consuetudinario...*, cit., p. 362). CELAYA IBARRA comparte totalmente esta opinión, cfr. *Derecho foral y autonómico vasco*, tomo I, Bilbao, 1984, p. 43.

³⁶ Sesión de 9 de octubre de 1899, *Actas de las Sesiones...*, cit., pp. 55-56.

³⁷ *Ob. cit.* ANGULO LAGUNA tacha de excesiva esta preeminencia que se otorga al principio de troncalidad, que no es, a su juicio, la institución cardinal en el Fuero de Vizcaya. El artículo 54 del proyecto «no atiende las razonables indicaciones que la ciencia recomienda; no moderniza sus leyes, reconociendo en los testadores la facultad de disponer libremente de una parte de su patrimonio cuando todos los bienes que deje sean troncales» (*Derecho privado...*, cit., p. 90). En su opinión, la Comisión de Codificación de Vizcaya, al redactar el proyecto de Apéndice al Código civil, se inclina por el criterio de CHALBAUD y mantiene una concepción amplia de la troncalidad (cfr. *Derecho Privado...*, cit., p. 134).

En tercer lugar, quedan determinadas, acaso con excesiva amplitud, las consecuencias del carácter territorial del régimen troncal: «al examinar la ley 15 del título XX, la Comisión se había limitado a declarar, que a juicio de la misma, en derecho constituído sólo los vizcaínos aunque fuesen vecinos de villa venían sometidos a esta ley del Fuero; pero teniendo en consideración que los bienes raíces se rigen por la ley del territorio, se acordó que aquélla fuese obligatoria para todo el que poseyere bienes raíces en todo el territorio foral, cualquiera que fuese la nacionalidad o vecindad del poseedor, siempre y cuando éste tuviese parientes de la propia línea de donde procediese el bien»³⁸.

La novedad más destacada en el Proyecto de Apéndice es la introducción de un derecho legitimario en favor del cónyuge viudo, mediante la transcripción del artículo 837 del Código civil recién estrenado, aunque sólo para el supuesto de inexistencia de bienes troncales: «cuando todos los bienes sean de libre disposición, el cónyuge viudo tendrá derecho al usufructo de la mitad»³⁹.

La Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya y Alava es aprobada por Ley de 30 de julio de 1959, y se define como un código foral moderado, con reducción de instituciones propias⁴⁰. Sin embargo, en

³⁸ Sesión de 17 de octubre de 1899, *Actas de las Sesiones...*, cit., pp. 108 y 114. En el segundo proyecto de Apéndice, de 1928, redactado por el Colegio de Abogados, vuelve a reducirse el ámbito de aplicación de la troncalidad, que sólo debe ser guardado por los vizcaínos, tanto los aforados como los sometidos al régimen civil común.

³⁹ Cfr. artículo 43 del proyecto de Apéndice, *Actas de las Sesiones...*, cit., p. 202. Al respecto, señala VICARIO DE LA PEÑA que este artículo 43 previsto para la sucesión testada choca con lo establecido en el mismo proyecto para la intestada, en concreto en el artículo 67,3 del mismo: «pues mientras el primero de dichos artículos concede en la sucesión testada al viudo, en concepto de legítima el derecho de usufructo de la mitad de todos los bienes no troncales o de libre disposición, no existiendo ascendientes, el párrafo tercero del segundo de los artículos mencionados, no respeta ese derecho legitimario, y llama a falta de ascendientes, inmediatamente a los colaterales legítimos. Conveniente sería que este punto se aclarara afirmando si tratándose de la sucesión *ab intestato* de un esposo sin hijos ni ascendientes, su cónyuge supérstite conservará el derecho de usufructo de la mitad que le otorga el artículo 43 en la sucesión testada» (*Derecho consuetudinario...*, cit., p. 380). La Comisión hizo caso omiso, atinadamente a mi juicio, de esta observación, pues parece claro que no hay colisión entre estos dos preceptos, porque el usufructo del cónyuge es compatible con la nuda propiedad de los bienes otorgada a los colaterales por mandato del artículo 67.

⁴⁰ Es la primera ley foral que se promulga tras el Congreso Nacional de Juristas celebrado en Zaragoza en 1946. Según reza la Exposición de motivos de la propia Compilación, «la idea que preside esta obra es la de llegar a través de una ordenada y sistemática compilación de la tradición jurídica y del conocimiento, certeza y comunicación de los diferentes derechos hispánicos, al estudio y redacción de un Código civil general en el que se acojan y mantengan todas las instituciones vivas y vigentes en el pueblo español» (en CELAYA IBARRA, Introducción y notas al *Derecho civil foral de Vizcaya y Alava*, Bilbao, 1976, p. 35).

materia de troncalidad sigue un criterio amplio y cataloga como parientes tronqueros a los descendientes, confundiendo así la sucesión forzosa derivada exclusivamente del parentesco, con la vinculación familiar de los bienes inmuebles sitos en el infanzonado.

artículo 7: son parientes tronqueros: primero, en la línea descendente, todos los hijos legítimos, los legitimados por subsiguiente matrimonio y demás descendientes legítimos. A falta de éstos, los hijos naturales y los legitimados por concesión del Jefe de Estado y los descendientes legítimos de unos y otros, respecto del padre o madre que los haya reconocido.

Segundo, en la ascendente, los ascendientes legítimos de la línea paterna o materna de donde proceda la raíz de que se trate.

Tercero, también lo serán sin perjuicio de la reserva que se establece en el artículo 36 de esta ley, el padre o madre supervivientes respecto de los bienes comprados o ganados, constante el matrimonio de aquéllos y heredados del cónyuge premuerto por los hijos de ambos habidos en el matrimonio.

Cuarto, en la colateral, los parientes legítimos que lo sean por la línea paterna o materna de donde proceda la raíz de que se trate⁴¹.

artículo 9: tienen la consideración de troncales: primero, con relación a la línea descendente, todos los bienes raíces sitos en el Infanzonado, lo mismo los heredados que los comprados, aunque hubieren sido adquiridos de extraños. Segundo, con relación a las líneas ascendente y colateral, todos los bienes raíces sitos en el Infanzonado que hayan pertenecido al tronco común del heredero y del causante de la herencia, incluso los que este último hubiere adquirido de parientes tronqueros. En su caso, las palabras heredero y causante se sustituirán por las de comprador y vendedor. Tercero, los adquiridos por permuta de bienes troncales con otros que no lo sean, radicantes en el Infanzonado.

artículo 10: los vizcaínos, aunque residan en territorio distinto del foral de Vizcaya, si hubiere parientes tronqueros, sólo podrán disponer a título gratuito *inter vivos o mortis causa* de los bienes troncales en favor de aquellos⁴².

⁴¹ Concluye CELAYA IBARRA: «en Vizcaya se consideran tronqueros a los descendientes en todas las circunstancias. Esta conclusión podía resultar oscura en el Fuero de 1452 y aún dudosa en el de 1526, habiéndose suscitado sobre el tema una fuerte polémica doctrinal; pero es tajante en la Compilación que desde su artículo 7 y en todos los sucesivos establece claramente el carácter de tronqueros de los hijos y descendientes» («Propiedad troncal...», cit., p. 78).

⁴² El legislador foral justifica estas disposiciones: «el derecho vizcaíno, verdadero estatuto de derecho agrario, es una anticipación a las novísimas tendencias de ordenación jurídica del agro español mediante una concentración patrimonial y familiar y al servicio de esa única preocupación, el derecho especial de Vizcaya es un instrumento de tan sorprendente perfección técnica en el armónico equilibrio de sus instituciones, que, aun con todo su arcaico sabor, puede servir de modelo al legislador actual» (Exposición de Motivos de la Ley 30 de julio de 1959 sobre Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya y Alava).

El régimen legitimario queda recogido en los artículos 21 y siguientes. Señala la existencia de una sucesión forzosa en favor de determinadas personas especialmente protegidas por la Ley.

artículo 21: la legítima o herencia forzosa se halla constituida por los cuatro quintos de la totalidad de los bienes del testador. El quinto restante es de libre disposición.

artículo 22: la herencia forzosa se defiende por el siguiente orden: primero, a los hijos y descendientes legítimos con derecho de representación a favor de su descendencia legítima. Segundo, a los hijos naturales reconocidos y a los legitimados por concesión del Jefe del Estado, con derecho de representación a favor de su descendencia legítima. Tercero, a los padres y ascendientes legítimos. Cuarto, a los colaterales tronqueros, respecto de los bienes troncales de su propia línea. A falta de estos herederos forzosos, todos los bienes, troncales o no, serán de libre disposición.

La troncalidad limita la libertad de disposición del causante en favor de los mismos sujetos denominados herederos forzosos en la regulación de la legítima, aunque sólo lo hace en relación a los bienes troncales de la herencia y siempre que los parientes del causante tengan respecto a ellos el carácter de tronqueros. Así pues, la legítima de los descendientes y, en su defecto, de los ascendientes, abarcará las cuatro quintas partes de todos los bienes del causante solamente cuando los bienes troncales no excedan de dichas cuatro quintas partes. En caso contrario, la legítima consistirá en las cuatro quintas partes más la porción en que los bienes troncales excedan del mencionado límite⁴³. Cuando los legitimarios son los parientes colaterales, su derecho se halla circunscrito a los bienes troncales de la propia línea, que pueden ser más o menos de las cuatro quintas partes del caudal hereditario. El testador que sólo tiene estos legitimarios puede disponer libremente de todos los bienes que no sean troncales, así como de los bienes troncales que pertenezcan a la otra línea familiar respecto a la que no tenga parientes colaterales. Ello aunque dicha porción libre sea de una cuantía superior a la quinta parte del patrimonio relicto.

Ante esta regulación cabe plantearse si los colaterales pueden ser llamados con razón legitimarios, ya que su «legítima» no es más que una repetición de la norma troncal contenida en el artículo 7, apartado 4

⁴³ Concluye ASTORQUI: «los bienes de naturaleza troncal siempre constituyen legítima, sea en favor de unos herederos forzosos, sea en favor de otros y, por tanto, no pueden ser en ningún caso, bienes de libre disposición» (*Introducción al Derecho civil...*, cit., p. 111). La preeminencia de la troncalidad se manifiesta además en la dicción del artículo 28 de la Compilación, que considera inoficiosos, en todo caso, los actos de disposición de los bienes troncales que forman parte del quinto de libre disposición.

de la Compilación. Por otra parte, el artículo 24 y concordantes determinan que los descendientes heredan los bienes troncales sin distinción de líneas, es decir, sin la exigencia de que el descendiente pertenezca a la línea familiar de la que procede dicho inmueble: ¿no se está planteando, por tanto, una sucesión exclusivamente basada en el principio de consanguinidad?, ¿por qué se denomina «tronquero» a un sujeto que es puramente legitimario? Finalmente, los ascendientes son herederos forzosos también de los bienes no troncales; señala el artículo 25 que corresponderán la mitad de esta clase de bienes a los ascendientes de la línea paterna y la otra mitad a los de la línea materna, excluyendo, dentro de cada línea, el pariente más próximo al más remoto: ¿puede entenderse, entonces, que estamos ante un régimen de troncalidad?

artículo 24: los ascendientes tronqueros de cada una de las líneas heredarán, si los bienes fueran troncales, los que procedan de la suya respectiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el n.º 3, del artículo 7. Si en alguna de ambas líneas no hubiera ascendientes tronqueros, heredarán los bienes troncales los colaterales tronqueros de ella por orden de proximidad de grado.

artículo 25: los padres y ascendientes legítimos heredarán los bienes que no sean troncales por mitad entre ambas líneas, sea cual fuere la proximidad de grado en una u otra. Si en alguna de ellas no los hubiere, heredarán los de la otra línea.

En mi opinión, este planteamiento de la sucesión forzosa en la Compilación de Vizcaya, resultado de un curioso ensamblaje entre la troncalidad y la legítima, genera numerosas confusiones respecto a la naturaleza jurídica de ambas instituciones, al tiempo que dificulta enormemente su aplicación en la práctica. Junto a ello, el legislador opta por la introducción de un derecho de legítima en favor del cónyuge viudo, lo cual se aleja por completo de la tradición histórica patria y complica aún más la cuestión de los sujetos beneficiados por cada una de estas limitaciones a la libertad de disponer.

La legítima del cónyuge viudo constituye una innovación de la Compilación de 1959, que ya se apuntaba en el proyecto de Apéndice al Código civil. Consiste en un derecho de usufructo sobre la mitad de los bienes de libre disposición, los cuales pueden ascender, como máximo, a una quinta parte de todo el patrimonio hereditario. ¿O se está refiriendo el legislador a la mitad de los bienes no troncales que se hallan en la herencia? Los bienes troncales no pueden dejarse en usufructo al viudo o viuda del testador, ni ser objeto de ningún gravamen, pues esto supondría una reducción del derecho que corresponde al pariente tronquero. Por ello, si la herencia no cuenta con bienes libres de dicha vinculación familiar, el viudo no podrá obtener su derecho de legítima.

artículo 26: el cónyuge viudo tendrá el usufructo de la mitad de los bienes de libre disposición cuando no concurra con hijos o descendientes legítimos.

En cuanto al tratamiento de la apartación en la Compilación de 1959, institución de gran tradición histórica en la región que separa diametralmente la legítima vizcaína de la castellana, aparece bastante evolucionada en esta ley foral⁴⁴:

artículo 23: el testador podrá distribuir libremente la herencia forzosa entre los herederos comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior o elegir a uno solo de ellos apartando a los demás. Los comprendidos en los números 1.º, 2.º, y 3.º de dicho artículo podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de su herencia. El apartamiento de los comprendidos en el número 4.º podrá ser expreso o tácito, considerándose tácitamente apartados aquellos a cuyo favor no se haga institución.

En la Compilación, igual que en el Fuero Nuevo, el apartamiento puede ser ejercitado por el causante dentro de cada grupo de herederos forzosos. Cuando se trata de descendientes y ascendientes debe hacerse expresamente, si bien ya no se considera necesario el empleo de una fórmula determinada para ello. Esta supresión de la fórmula, que había sido introducida como obligatoria por la fuerza de la costumbre⁴⁵, introduce cierta inseguridad jurídica ante los supuestos en los que el testador omite a algún descendiente sin manifestar claramente su voluntad de apartarlo. Parece que ha de entenderse, entonces, que se trata de la preterición del heredero omitido. Además, con la fórmula desaparece también la obligación de dotar a los apartados con *algo de tierra*, ya no es necesaria ninguna aportación económica, mucho menos en bienes raíces, para poder apartar a algunos legitimarios. El apartamiento puede ser tácito cuando recae sobre los parientes colaterales tronqueros, lo cual a mi juicio constituye un dato reseñable, pues parece indicar que el legislador no considera a estos sujetos verdaderos legitimarios, de suerte que la no institución de los mismos nunca puede catalogarse como preterición.

⁴⁴ Con palabras de ESJAVIERRÍA: «la Compilación del Derecho civil de Vizcaya y Alava ha introducido en la regulación del apartamiento alteraciones de tal alcance que bien puede afirmarse que constituye un *jus novum*» («El apartamiento en el Fuero...», cit., p. 448).

⁴⁵ Los apartados eran separados de la herencia con «un palmo de tierra, un árbol, una teja, y un real de vellón».

Por último, concluye la Compilación el capítulo dedicado a la legítima señalando que, tanto para el pago de las deudas de la herencia como para el legado en favor del alma, ha de acudir en primer lugar a los bienes muebles y a los bienes no troncales, y sólo en el supuesto de que resulten insuficientes, a los bienes troncales. En este aspecto el legislador vuelve a la línea tradicional proveniente del Fuero Nuevo, desechando la solución planteada en el Proyecto de Apéndice al Código civil sobre la imposibilidad de emplear bienes troncales, a falta de bienes no troncales, para el pago de dicho legado. En cualquier caso, estas normas deberían ubicarse, a mi juicio, no en el capítulo dedicado a la legítima sino en el de la troncalidad, a la que hacen directa referencia.

Hasta aquí la evolución histórica de la legítima, en continuo cruce con la troncalidad desde la Edad Media hasta la Compilación de 1959. Falta analizar a continuación el periodo comprendido entre dicha Compilación y 1992, para abordar el estudio de la institución tal y como ha quedado configurada en la vigente Ley de Derecho civil foral. En este sentido, cabe reseñar dos importantes fenómenos legislativos a nivel nacional, que provocan un notable resurgimiento de la actividad legislativa en todas las regiones forales durante el último tercio del siglo XX, a saber, la reforma del Título Preliminar del Código civil de 1974, y la promulgación de la Constitución española de 1978.

La reforma del Título Preliminar del Código civil se traduce, en lo que se refiere al fenómeno foral, en la sustitución del artículo 12 Cc de 1889 por el actual apartado 2.º del artículo 13 Cc, y en las soluciones previstas por el legislador ante los posibles conflictos interregionales⁴⁶. La expresión *pleno respeto a los derechos especiales o forales* contenida en el reformado artículo 13 del Código civil restituye a estos ordenamientos la categoría o importancia que les restaba el sistema anterior, en el que las normas forales quedaban integradas, a modo de Apéndices, dentro del Código general. Así como en el texto de 1889 las legislaciones forales constituían un problema no resuelto, a partir del nuevo Título Preliminar son consideradas, simplemente, una cuestión fáctica, una premisa inalterable en el panorama jurídico-civil español. Además, la reforma suprime el apartado tercero del artículo 10 del Código civil, que contenía una normativa especial sobre la observancia del régimen de

⁴⁶ Cfr. la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la Modificación del Título Preliminar del Código civil, y el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código civil. Entre la doctrina, veáse CASTÁN VÁZQUEZ, «Notas para la historia de la reforma del Título Preliminar del Código civil», *DJ*, 1974, pp. 1.137-1.157; ARECHEDERRA ARANZADI, «Los sistemas legitimarios ante el Derecho interregional», *RDP*, 1976, pp. 503-515.

troncalidad en la provincia de Vizcaya, lo cual se traduce en el resurgimiento de la polémica doctrinal y jurisprudencial sobre el particular.

Por su parte, la Constitución de 1978 regula el sistema de coexistencia de los diversos ordenamientos jurídico-privados vigentes en nuestro país. La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas se realiza de manera tal, que las llamadas regiones forales son consideradas aptas para la *conservación, modificación y desarrollo* de su Derecho propio, según establece el artículo 149,1,8.º de la Constitución. Como resultado de este proceso, iniciado con la reforma del Código civil, hoy día todas las regiones forales cuentan con modernas Compilaciones, que contienen y sistematizan sus instituciones peculiares⁴⁷.

En este contexto, la doctrina foral vizcaína comienza a denunciar la necesidad de modernizar los postulados de la Compilación de 1959, organizando numerosos congresos y reuniones de juristas en los que se señalan los criterios que deben orientar la reforma⁴⁸. Se habla de la necesidad de un análisis profundo de las fuentes históricas oportunamente combinado

⁴⁷ Cfr. la Ley 3/1985 de 21 de mayo, de las Cortes de Aragón, sobre la Compilación del Derecho civil de Aragón; la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación del Derecho civil foral o Fuero Nuevo de Navarra; la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho civil de Cataluña; la Ley 8/1990 de 28 de junio del Parlamento de las Islas Baleares, de Compilación del Derecho civil de Baleares, y Decreto Legislativo 79/1990 de 6 de septiembre, del Gobierno Balear, por el que se aprueba el Texto refundido de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares; y la Ley 4/1995, de 24 de Mayo, del Parlamento de Galicia, de Derecho civil de Galicia. Algunas de estas modernas compilaciones forales han sido fiscalizadas por el Tribunal Constitucional, en virtud de diversas impugnaciones por parte del Gobierno central: cfr. SSTC 28-IX-1992; 12-III-1993; 26-V-1993; 8-VII-1993. Entre la doctrina, véase DURÁN RIVACOBA, *Hacia un nuevo sistema del Derecho foral y su relación con el Derecho civil común*, Madrid, 1993, pp. 17-84; *Derecho Interregional*, Madrid, 1996.

⁴⁸ Casi todos estos encuentros de juristas han sido posteriormente recogidos en sendas publicaciones que facilitan enormemente el estudio de esta etapa del Derecho civil de Vizcaya. Cfr., por ejemplo, *Semana de Derecho Foral*, Bilbao, 1982; *Primer Congreso de Derecho vasco: la actualización del Derecho civil*, Oñati, 1983; *II Congreso Mundial Vasco*, Oñati, 1988; *Actualización del Derecho civil vizcaíno*, VI Jornadas Vizcaya ante el siglo XXI, Bilbao, 1988; *Jornadas de Derecho Privado vasco*, San Sebastián, 1990, *Jornadas internacionales sobre Instituciones Civiles Vascas*, Bilbao, 1991; *II Congreso de la Abogacía Vasca*, Vitoria, 1991. Las palabras de presentación de la Semana de Derecho Foral celebrada entre Bilbao y Guernica los días 30-XI y 1-XII de 1979 resumen las aspiraciones de los juristas vascos durante aquellos años: «los organizadores de esta Semana consideran las instituciones forales con una visión dinámica, en modo alguno como residuos petrificados del pasado. Urge conocerlas, pero ante todo, urge extraer de ellas los elementos válidos que mantienen aún su vigencia en un mundo nuevo y cambiante (...) la Sección de Vizcaya y Alava, del Instituto Español de Derecho Foral, va a hacer un primer esfuerzo para analizar las instituciones civiles forales con la vista puesta en su futura reforma que el Estatuto de Autonomía permite abordar desde una perspectiva plenamente vasca» (*Semana de Derecho...*, cit., p. 9).

con el conocimiento de la realidad social del momento, se trata de elaborar un cuerpo de Derecho privado moderno, que resuelva, entre otras, la problemática cuestión del dualismo legislativo dentro de Vizcaya, manteniéndose siempre bajo la inspiración de una serie de principios básicos como son el sentido social del Derecho vizcaíno, la protección a la familia, y el reconocimiento y respeto a la dignidad de la persona⁴⁹.

Algunos juristas critican la extensión de la troncalidad a los descendientes, que genera una confusión entre el concepto de *sucesión troncal* y de *familia troncal*. Se propone configurar la troncalidad como elemento de un Derecho agrario moderno, reconduciendo su aplicación a este ámbito⁵⁰. Sin embargo, otros autores defienden su protagonismo y extensión dentro del Derecho civil de Vizcaya⁵¹.

Respecto a la legítima propiamente dicha, se entiende como una necesidad urgente la reforma de las disposiciones relativas a los derechos sucesorios del cónyuge viudo, que en la Compilación son escasísimos y, en caso de concurrencia con hijos o descendientes, prácticamente nulos⁵². También se defiende la necesidad de poner remedio a los abusos a que puede dar lugar el apartamiento, proponiéndose el reconocimiento del derecho de alimentos en favor de los hijos, al modo en que se prevé en la Compilación de Aragón⁵³.

Bajo este impulso de la doctrina y en el ejercicio de las competencias que le otorga la Constitución, el Parlamento Vasco constituye, durante el año 1983, la Comisión Especial de Conservación, Modificación

⁴⁹ Al respecto, llega a afirmar CELAYA IBARRA: «contra la opinión de algunos foralistas, el centro de la actividad jurídica no se puede poner en el caserío, ni en la familia o el patrimonio familiar, sino que debe girar alrededor de la persona humana» («La reforma de la Compilación de Derecho civil de Vizcaya y Alava», en *Semana de Derecho...*, cit., p. 54).

⁵⁰ Cfr. DELGADO ECHEVARRÍA, «Propiedad troncal y patrimonio familiar», en *Jornadas Internacionales...*, cit., p. 55. Este autor considera como un rasgo específico de la troncalidad vizcaína su extensión a los descendientes: «es un hecho que los foralistas vizcaínos tienden a ver bajo la idea de troncalidad el fenómeno de la transmisión del caserío del padre a uno solo de los hijos, en lugar de bajo el prisma de la libertad de disposición *inter vivos o mortis causa* entre los hijos» (ob. cit., p. 52).

⁵¹ Afirma CELAYA IBARRA: «la troncalidad es un elemento importante en la legislación foral, aunque no el único. Debe incluirse en el marco total de las leyes civiles de Vizcaya, en el que las diversas instituciones están perfectamente ensambladas. Si la troncalidad marca alguna peculiaridad especial es la de destacar el carácter familiar, no individualista, de la propiedad. Su desarrollo en tiempos modernos puede resultar difícil, pero es evidente que sin la familia foral vasca no existiría el pueblo vasco como hoy lo conocemos» («Propiedad troncal y patrimonio familiar. La troncalidad en Bizkaia», en *Jornadas internacionales...*, cit., p. 79)

⁵² Cfr. RAMS ALBESA, «Libertad civil, libertad de testar», en *Jornadas Internacionales...*, cit., p. 126.

⁵³ Cfr. CANO MORENO, «Problemas de la troncalidad», en *Actualización del Derecho civil vizcaíno, VI Jornadas Vizcaya ante el siglo XXI*, Bilbao, 1988, pp. 277-288.

y Desarrollo del Derecho civil, que inaugura el proceso de reforma de la Compilación de 1959. Dicha Comisión es sustituida por otra en 1989, con la participación de miembros de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, y del Colegio Notarial de Bilbao, que proceden a la redacción de un Proyecto de reforma del entonces vigente sistema jurídico foral. En 1991, la Excelentísima Diputación Foral de Vizcaya aprueba el Texto de Proposición de ley que habrá de ser presentado ante el Parlamento Vasco por la Junta General de Vizcaya.

En cuanto al contenido de dicha Proposición de ley, cabe destacar en primer lugar la Exposición de motivos, que recuerda cómo «la legislación foral estuvo vigente en su plenitud hasta la Compilación de 1959, que en muchos aspectos la recortó y limitó (...) la ley no toma como punto de referencia la Compilación de 1959, sino los textos forales de 1452 y de 1526, y también la costumbre y la jurisprudencia que completaron e integraron sus normas con anterioridad a 1959 (...). Ha parecido obligado acomodar estas disposiciones a los tiempos actuales, introduciendo en algún caso disposiciones imprescindibles para completar el sistema sobre una base de justicia social, como ocurre en la aplicación que se hace de los derechos del viudo o el reconocimiento del derecho de alimentos»⁵⁴.

Desde esta perspectiva, se proclama la plena vigencia de la troncalidad, si bien habrá de acomodarse a las exigencias de la vida actual. Lo mismo ocurre con la sucesión forzosa, que pretende reformarse del siguiente modo: se reduce la cuota legitimaria de los ascendientes, se incrementan los derechos del cónyuge viudo, se simplifican las formalidades del apartamiento, se regula el derecho de alimentos de los descendientes sin hacer distinción entre las clases de filiación y, finalmente, se introducen normas para el cálculo de la legítima, y la computación y colación de donaciones.

art. 54: los sucesores forzosos podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de su sucesión.

art. 56: la legítima de los ascendientes se halla constituida por la mitad de todos los bienes del testador. El quinto restante es de libre disposición, si hay bienes no troncales suficientes para cubrirlo.

art. 58: el cónyuge viudo tendrá el usufructo de la mitad de todos los bienes del causante, si concurriere con descendientes o ascendientes. En defecto de los ascendientes o descendientes, tendrá el usufructo de los dos tercios de todos los bienes.

⁵⁴ «Tramitación en el Parlamento Vasco. Actualización del Derecho civil de Vizcaya y Alava» en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 1994, p. 145.

art. 61: el testador podrá legar a su cónyuge el usufructo universal de sus bienes.

art. 66: los descendientes del causante que se encuentren en situación legal de pedir alimentos podrán reclamarlos de los sucesores del mismo, cuando no haya persona obligada a prestarlos de acuerdo con la legislación civil general. Los sucesores prestarán alimentos en proporción a los bienes que cada uno hubiere recibido, y no vendrán obligados más allá de lo que alcance su valor.

En cuanto al ámbito de aplicación de la ley, la Proposición de ley pretende salir al paso del criterio restrictivo empleado por la jurisprudencia del momento, especialmente en materia de troncalidad⁵⁵. Tras seguir todos los trámites del procedimiento ordinario acordado por la Mesa del Parlamento Vasco, esta Proposición de ley llega a convertirse en la Ley de Derecho civil foral del País Vasco promulgada el 1 de julio de 1992. Durante este proceso de elaboración no se introduce ninguna modificación en el régimen legitimario plasmado en la Proposición, ya que ésta queda aprobada por unanimidad, al igual que el Dictamen formulado posteriormente por la Comisión Especial de Derecho Civil Foral y Especial.

III. Ley de Derecho civil foral de 1992: conservación del principio de troncalidad y su incidencia en la sucesión forzosa

Ya he mencionado cómo, durante los trabajos de elaboración de la normativa civil vigente, se cuestionó si era conveniente mantener el principio de troncalidad o prescindir de él, y hasta qué punto debía

⁵⁵ Sirvan como ejemplo, para no entrar en esta problemática cuestión, los considerandos de estas dos sentencias del Tribunal Supremo: Sentencia 11 de octubre de 1960: «La discrepancia entre las sentencias que se apoyan en la legislación antigua, que sólo atienden al elemento real de la situación de las fincas y la doctrina de los tratadistas modernos que requiere para que se de el carácter de troncales a los bienes la concurrencia de dos requisitos: el real de la ubicación de los bienes en tierra de Infanzonazgo y el personal de que su propietario o causante de la, digo su transmisión sea aforado, y faltando uno de éstos, ya no tienen las fincas ese carácter especial». Sentencia de 30 de noviembre de 1977: «la jurisprudencia de esta Sala, al profundizar en el estudio de la verdadera naturaleza de la reserva troncal ha llenado un vacío de la legislación foral y ha determinado que, si la supervivencia de dicha institución se debe al deseo de que permanezca unida la explotación directa familiar de determinados bienes que tradicionalmente le pertenecieron, esta finalidad se frustra desde el momento en que dichos bienes vengán a parar, por rescate (caso de la saca) o por herencia forzosa a quien ha perdido vecindad foral por no residir en territorio aforado y que por tanto, no pueden explotar el patrimonio familiar directamente». Véase, por contraste, la sentencia de 27 de enero de 1913, comentada en nota anterior.

permitirse su incidencia en todas las instituciones jurídicas del Derecho vizcaíno. La Comisión optó por su conservación habida cuenta del profundo arraigo de la troncalidad en nuestro derecho⁵⁶. Como consecuencia, se hizo necesario articular, en el ámbito sucesorio, la coexistencia del régimen troncal y el legitimario, que se traduce en la vigencia de dos límites a la libertad del testador, el que se deriva del sistema de legítimas y el que se deriva del principio de troncalidad.

Es bien conocido que el concepto tradicional de la troncalidad en el Derecho sucesorio, en cuanto la considera aplicable únicamente a la sucesión intestada de quien muere sin descendientes⁵⁷, no es válido para definir esta institución en Vizcaya, ya que aquí la troncalidad opera para la sucesión intestada y para la testada y, por supuesto, afectando no sólo a los ascendientes sino también a los descendientes⁵⁸. Es decir, si el planteamiento tradicional es troncalidad-ascendientes (bienes que vuelven a su raíz) y, por otro lado, libertad de testar-heredero único, en la Ley civil de Vizcaya estos dos principios se funden. En la troncalidad vizcaína se suma la doble circunstancia del carácter de los bienes y del parentesco, y ello provoca su entrelazamiento con la legítima. La troncalidad es la vinculación de la raíz vizcaína a la familia vizcaína. Los bienes troncales son bienes familiares y no pueden quedar, en ningún caso, a la libre disposición del individuo que ostenta la propiedad sobre los mismos. Aunque se le reconozca un disfrute de los bienes con plenitud de dominio, no está entre sus facultades la de sacarlos de la familia sin el asentimiento de sus parientes.

Ahora bien, esto no puede interpretarse como un principio absoluto. Tal y como señala la jurisprudencia reciente del Tribunal Superior de Justicia, «la troncalidad como institución básica del derecho foral

⁵⁶ Afirma el notario y profesor URRUTIA BADIOLA: «la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, respetuosa con la troncalidad y con posibles evoluciones posteriores, ha considerado a la troncalidad como algo digno de defensa y sustento, y en esta perspectiva ha perfeccionado su regulación técnica-jurídica, introduciendo en lo troncal una serie de criterios moderadores de consecuencias excesivas derivadas del mismo que la realidad social de hoy en día no admite» («Ambito territorial y personal de aplicación del Fuero Civil de Bizkaia. La troncalidad y sus efectos en las enajenaciones inter vivos de los bienes troncales: la saca foral», en *El Derecho Foral Vasco tras la reforma de 1992. Jornadas organizadas por el Ilustre Colegio Notarial de Bilbao*, Pamplona, 1996, p. 47).

⁵⁷ Cfr. BRAGA DA CRUZ, *O direito de troncalidade e o regime juridico do patrimonio familiar*, Braga, 1941, p. 19.

⁵⁸ Cfr. CHALBAUD, *La troncalidad...*, cit, p. 38. Existen, no obstante, como ya he comentado, otros autores vizcaínos que defienden un concepto restringido de la troncalidad, cfr. por ejemplo ANGULO LAGUNA, *Derecho Privado...*, cit., pp. 134 y ss.

vizcaíno, es de naturaleza compleja y está informando toda la estructura de éste, debiendo ser entendida e interpretada en la conjunción armónica de sus diversas instituciones. En su manifestación más directa consiste en la adscripción de determinados bienes raíces a la familia, para la que han recibido la condición de troncales, siendo esa vinculación no un fin en sí misma, sino un medio encaminado a obtener la mayor estabilidad económica de la familia troncal, por lo que la conservación del bien raíz en el patrimonio familiar, a través de su titular individual, no constituye una imposición legal para el pariente tronquero sino una libre determinación de éste»⁵⁹. Por tanto, la troncalidad no anula el principio de libertad civil sino que se armoniza con él, generando, no un derecho para los parientes tronqueros a recibir *ope legis* determinados bienes de la herencia, sino un límite o freno para la libertad de disponer del propietario de los bienes.

La distinción entre la limitación troncal y la limitación derivada de las legítimas viene señalada, a mi juicio, en tres aspectos. En primer lugar, la ley de 1992 resalta el carácter territorial de la troncalidad en razón de su vinculación a determinados bienes: *el parentesco troncal se determina siempre con relación a un bien raíz sito en el Infanzonado o Tierra Llana* (art. 18 LDCFPV), mientras que la legítima impone al testador una limitación que afecta a todo tipo de bienes, porque su razón de ser es el parentesco entre el causante y los legitimarios. En este sentido, se trata de una figura más amplia, si bien, en la práctica, ante la presencia de bienes troncales en el patrimonio relicto, la limitación por causa de legítima ve reducido su objeto a aquellos bienes que no estén afectados por el principio de troncalidad.

Una segunda diferencia entre legítima y troncalidad se concretaría en el régimen aplicable a las disposiciones testamentarias contrarias a ellas. Así es, la transgresión de las limitaciones troncales tiene como efecto la nulidad de las disposiciones contrarias: *los actos de disposición de bienes troncales realizados a título gratuito, inter vivos o mortis causa, a favor de extraños o parientes que no pertenezcan a la línea preferente de quien transmite, serán nulos de pleno derecho* (art. 24 LDCFPV). Los expresos e inequívocos términos empleados por el legislador no dejan lugar a dudas sobre este punto, aunque sí cabe plantearse la conveniencia de la solución legislativa adoptada, habida cuenta de que genera una situación de preponderancia del principio troncal acaso no conciliable con un planteamiento actual y, por ello, moderado, de dicha institución jurídica. Además, el principio de libertad civil

⁵⁹ STSJPV 11-IX-1992.

consagrado en el artículo 4 LDCFPV, y el carácter dispositivo de las normas civiles, junto a lo establecido en el artículo 17 LDCFPV, conducen a una interpretación diversa del artículo 24 LDCFPV. En efecto, el artículo 17 constituye una norma de protección familiar: *la propiedad de los bienes raíces es troncal. A través de la troncalidad se protege el carácter familiar del patrimonio. En virtud de la troncalidad, el titular de los bienes raíces solamente puede disponer de los mismos respetando los derechos de los parientes tronqueros*. No contiene una prohibición absoluta de disponer de los bienes troncales fuera del ámbito familiar, sino de hacerlo sin respetar el derecho de los parientes tronqueros, es decir, sin solicitar su consentimiento. Así pues, la lectura correcta del artículo 24 LDCFPV lleva a entender que el negocio jurídico realizado en contra de las limitaciones troncales tiene el carácter de negocio claudicante, no de negocio inexistente o nulo de pleno derecho, y puede ser sanado o confirmado *a posteriori* mediante el consentimiento de los parientes tronqueros afectados por el mismo.

Por contraste, la Ley Civil Foral de 1992 no se preocupa de regular la sanción que habrá de aplicarse a las disposiciones que infrinjan o lesionen el sistema legitimario de Vizcaya. Habrá que sostener, por tanto, con la más segura doctrina⁶⁰, que ante este vacío legal es necesario acudir a las reglas de inoficiosidad previstas en el Derecho común. Así pues, las disposiciones testamentarias que no respeten las legítimas tendrán plena eficacia jurídica, a menos que los legitimarios perjudicados ejerciten la *actio inofficiosi testamenti* o, en su defecto, la acción para reclamar el suplemento, la acción de reducción de legados o la de donaciones⁶¹. En definitiva, esta cuestión no puede considerarse como una verdadera diferencia entre el régimen jurídico de la troncalidad y el de la legítima.

En tercer lugar, es preciso distinguir la troncalidad y la legítima atendiendo a los sujetos o personas en cuyo círculo ha de recaer la designación testamentaria: las limitaciones troncales se aplican en beneficio de los parientes tronqueros, coincidan o no con los legitimarios. Las limitaciones del sistema de legítimas, en beneficio de los herederos forzosos. El Derecho vizcaíno considera, simultáneamente, parientes tronqueros y herederos forzosos a los descendientes y a los ascendientes; sin embargo, es claro que su derecho hereditario es distinto cuando

⁶⁰ Cfr. ARRIOLA ARANA, «La sucesión forzosa en la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho civil foral del País Vasco», en *El Derecho foral vasco...*, cit., p. 228.

⁶¹ Sobre la naturaleza y efectos de estas acciones, véase por todos LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil*, tomo V, Barcelona, 1993, pp. 421 y ss.

proviene de una u otra limitación sucesoria. Por su parte, los colaterales ostentan la condición de parientes tronqueros exclusivamente, en defecto de descendientes y ascendientes y siempre que haya bienes troncales provenientes de su línea familiar⁶². Finalmente, el cónyuge viudo queda configurado —y ésta es la gran novedad legislativa de la Ley de 1992— como verdadero legitimario, con derecho al usufructo de una porción de la herencia.

El resultado de esta doble normativa troncal y legitimaria, es que los descendientes tienen derecho a una legítima *rerum* —todos los bienes troncales—, en cuanto son siempre parientes tronqueros de sus progenitores, y a una legítima *pars bonorum* —hasta cubrir los cuatro quintos de los bienes del testador—, en razón de su relación de parentesco con el causante: *tienen la consideración de troncales, con relación a la línea descendente, todos los bienes raíces sitos en el infanzonado, cualquiera que fuese el título de su adquisición, aunque hubiesen sido adquiridos de extraños* (art. 22,1 LDCFPV). *La legítima de los descendientes se halla constituida por los cuatro quintos de la totalidad de los bienes del testador. El quinto restante es de libre disposición si hay bienes no troncales suficientes para cubrirlo* (art. 55 LDCFPV). Los ascendientes, por su parte, pueden recibir una legítima *rerum* —todos los bienes troncales de su línea familiar— y una legítima *pars bonorum* —la mitad de los bienes del testador—: *tienen la consideración de troncales, con relación a las líneas ascendente y colateral, todos los bienes raíces sitos en el infanzonado que hayan pertenecido al tronco común del sucesor y del causante de la sucesión, incluso los que este último hubiese adquirido de extraños*

⁶² En relación con los derechos troncales de los colaterales, existe abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, la sentencia de 28 de junio de 1862 se plantea desde qué grado pueden considerarse extraños a los parientes del causante. La de 25 de abril de 1868 recuerda que, aunque no haya descendientes ni ascendientes legítimos, no por ello hay libertad de disposición sobre los bienes raíces, ya que éstos corresponden a los parientes profincos tronqueros. Cfr. también las sentencias de 18-VI-1896 y 11-XI-1902 que contienen doctrina contradictoria, pues la primera limita el derecho troncal de los parientes colaterales en la sucesión *ab intestato* aplicando las normas del Código civil como derecho supletorio, y la segunda sostiene que este derecho no debe limitarse en ningún caso, aunque los colaterales sean de grado muy remoto: «considerando que si bien la ley 18, tít. 20 del Fuero de Vizcaya autoriza al propietario de bienes raíces para disponer de ellos por donación o manda en favor de extraños, no habiendo descendientes legítimos, ascendientes ni parientes propincuos de travesía del tronco dentro del cuarto grado, esto no significa que para los efectos de la sucesión *ab intestato*, regulada en la ley 8 del título 21, deba limitarse el llamamiento de los colaterales...», porque en la referida ley 8 se establece un orden absoluto de sucesión sobre la base del derecho troncal, sin determinación de grados y sin hacer distinción alguna entre ellos».

(art. 22,2 LDCFPV)⁶³. *La legítima de los ascendientes se halla constituida por la mitad de todos los bienes del testador. La otra mitad es de libre disposición siempre que no sean troncales* (art. 56 LCFPV). Además, determina el art. 57 LCFPV que esta mitad de la herencia que les corresponde por legítima en defecto de descendientes, la cobrarán de los bienes troncales que procedan de su línea familiar.

El sistema adoptado por el legislador foral al admitir la yuxtaposición de la sucesión forzosa y la troncal, consiste en defender la unidad de la sucesión y la integración complementadora de ambas instituciones. En contra, hemos visto como la tradición histórica del Derecho vizcaíno no era muy clara en este punto, y parecía optar en ocasiones por el sistema de separación de masas sucesorias, de manera que la masa de bienes troncales sólo quedaba gravada por las limitaciones de esta clase y, sobre el conjunto de bienes no troncales de la herencia, se aplicaba el sistema de legítimas. En la Ley civil vigente la unidad de sucesión se hace posible por la aplicación de dos criterios fundamentales: primero, la prioridad de las limitaciones troncales sobre las legitimarias y, al mismo tiempo, la necesidad de aplicar las reglas troncales de manera que produzcan la mínima lesión posible al sistema de legítimas. Así, se entiende que el derecho de los tronqueros prevalece sobre los vínculos de consanguinidad, pero esta preferencia, una vez respetada, debe causar el menor perjuicio posible a los legitimarios. Arriola resume los motivos que impulsaron a la Comisión Especial de Conservación, Modificación y Desarrollo del Derecho civil foral a preferir la unidad de la sucesión sobre la separación de masas: «de una parte se pensaba que si es una la personalidad, una debe ser la herencia. Además, el sistema de separación de masas conduce a soluciones totalmente injustas en el caso de personas, como por ejemplo, los vizcaínos de Villa, que sólo parcialmente están sujetas al Derecho foral; era difícil compaginar una separación de masas entre la troncalidad y los diversos sistemas legitimarios; finalmente, también fue decisivo que el sistema de unidad de sucesión era el que mejor resolvía los casos de concurrencia de sucesores tronqueros con otros que no lo son, especialmente el cónyuge viudo»⁶⁴.

Sin embargo, el principio de unidad de la sucesión con prioridad de la troncalidad no es siempre fácil de aplicar. Así, es habitual la

⁶³ Cabe plantearse, en este punto, si es posible que un bien adquirido de extraño pueda integrar el tronco común del comprador causante de la sucesión y sus parientes en la línea ascendente y colateral. Véase en el apartado anterior lo establecido al respecto en el Derecho histórico de Vizcaya.

⁶⁴ ARRIOLA ARANA, «La sucesión forzosa...», cit., p. 221.

coexistencia, en una sola delación sucesoria, del régimen troncal vizcaíno con el sistema legitimario del Código civil, pues muchos vizcaínos de villa, sometidos al Derecho común, son propietarios de bienes raíces sitos en el infanzonado y deben someterse, por tanto, respecto a dichos bienes, al régimen troncal. También puede ocurrir que sean personas de otras vecindades civiles, que fueron originariamente vizcaínos, quienes posean bienes en la Tierra Llana, ampliándose entonces el supuesto de coexistencia del régimen troncal de Vizcaya con cualquiera de los Derechos civiles vigentes en España, no sólo con el del Código civil.

Por referirme al caso más repetido, en el supuesto de un testador de vecindad civil común que, teniendo descendientes o ascendientes, deba observar el principio de troncalidad para transmitir sus bienes raíces, cabe entender que debe hacerlo siguiendo las pautas del Código civil y, por tanto, dividiendo dichos bienes troncales en partes iguales entre los parientes tronqueros de la línea preferente, ya que el reparto igualitario constituye una norma básica en el sistema legitimario de Derecho común. Por el contrario, puede entenderse que, si las normas troncales de Derecho vizcaíno permiten al testador apartar y excluir a todos los parientes tronqueros de la misma línea excepto a uno, el testador no aforado puede hacerlo, de manera que el principio de unidad de sucesión sólo le exige que la porción de legítima estricta correspondiente a los herederos tronqueros no designados, se cubra con el patrimonio no troncal. Esta parece ser la solución del artículo 25 LDCFPV: *quienes no sean vizcaínos aforados gozarán de libertad para disponer a título gratuito, de los bienes en favor de cualquiera de los parientes tronqueros de línea preferente, pero el beneficiario de los mismos no podrá tener participación en los bienes no troncales, mientras con ellos no esté cubierta la legítima estricta de los demás legitimarios*⁶⁵.

A mi juicio, resulta insuficiente la propuesta del legislador, pues no es extraño que los bienes troncales constituyan el valor patrimonial más alto del patrimonio hereditario, en cuyo caso el causante no podrá cubrir el derecho legitimario de todos sus herederos forzosos, mucho menos conforme a la regla de la división en partes iguales. Vallet de

⁶⁵ Señala ARRIOLA ARANA: «en relación con los bienes troncales tienen igual libertad de testar que los vizcaínos aforados. Es decir, pueden disponer de ellos a favor de uno o algunos de sus hijos, en su integridad. Pero por respeto al propio sistema legitimario del causante que ya no es vizcaíno aforado, el beneficiario no podrá tener participación en los demás bienes mientras no esté cubierta la legítima estricta de los demás legitimarios» («La sucesión forzosa...» cit., p. 254).

Goytisolo ha sostenido que, en estos supuestos, debe ser el pariente tronquero que ha recibido el exceso quien cubra con dinero las legítimas de los demás herederos forzosos⁶⁶, aunque yo no veo la manera de obligarle a dicho cumplimiento. Entiendo que no se han resuelto aún satisfactoriamente este tipo de conflictos entre el régimen sucesorio vizcaíno y las demás legislaciones civiles, y dudo mucho que, en la práctica actual, prevalezcan las normas troncales vizcaínas en una sucesión sometida al régimen del Código civil.

Otra cosa es que la troncalidad se superponga a la legítima en una sucesión sometida por completo al régimen civil de Vizcaya. Puede ocurrir, por ejemplo, que los llamamientos troncales disminuyan considerablemente la cuantía de la porción hereditaria repartible entre los legitimarios, o que el heredero forzoso que sea, a la vez, pariente tronquero deba recibir su legítima, necesariamente, en bienes troncales provenientes de su línea familiar. También es frecuente la necesidad de compatibilizar los derechos troncales de los parientes colaterales, y el derecho a la mitad de la herencia en concepto de legítima favorable a los ascendientes no tronqueros. El artículo 57, 2 LDCFPV determina que *lo que se adjudique a los colaterales por este concepto no reducirá la parte de libre disposición del testador*.

Así pues, y en contra de la solución adoptada hasta el momento⁶⁷, la porción de herencia que constituye la legítima de los ascendientes no tronqueros soporta el gravamen de la troncalidad y queda reducida al remanente de lo que abarquen los bienes troncales que proceden de la línea familiar de los colaterales.

⁶⁶ Cfr. VALLET DE GOYTISOLO «La legítima en el Derecho foral de Vizcaya», en *Estudios Deusto*, 1993, p. 220.

⁶⁷ La sentencia de 1 de diciembre de 1923 muestra cómo el Tribunal Supremo optaba antes de la promulgación de la Ley por otorgar la prioridad a la legítima del ascendiente no tronquero frente a los derechos de los colaterales tronqueros: «la legítima en la línea recta, ascendente o descendente, la constituyen los cuatro quintos del total caudal hereditario, de donde se infiere, además, que a los parientes en línea recta corresponde esa legítima antes que por razón de troncalidad de parentesco, por el vínculo que la sangre establece entre los mismos, consideración más humana, de un orden muy superior, tratándose de la sucesión entre ascendientes y descendientes, a la simplemente derivada de la calificación legal que los bienes tengan por razón de su procedencia, y que está más en consonancia con lo que constituye la esencia intrínseca de la familia». La sentencia hace referencia a la mencionada ley 14, del título 20 del Fuero Nuevo, y también al proyecto de Apéndice foral, criticando las contradicciones que presenta en materia de troncalidad y legítima: «evidentemente arguye la inaplicación del principio de troncalidad en la sucesión testamentaria en la línea recta ascendente, pues de ser aplicable resultaría ociosa e innecesaria la reserva en cuanto a los bienes troncales, ya que éstos, por su condición, no podrían pasar al ascendiente no tronquero».

En cualquier caso, estas consecuencias, por mucho que condicionen el reparto del patrimonio entre los herederos, no afectan a los principios rectores que informan la institución legitimaria vizcaína, pues ésta, desde su origen, fue concebida por el legislador al servicio de la propiedad familiar. Se trata de una legítima integrada en el sistema vizcaíno como cauce para delimitar el ejercicio de la libertad de testar dentro del grupo familiar, confluyente con el principio de troncalidad, no en contraposición con éste.

IV. Configuración actual de la legítima vizcaína

Concluyo este breve estudio con un análisis individualizado de la legítima vizcaína actual, desligada —siquiera sea por un momento— de la troncalidad. El legislador foral apostó en 1992 por la conservación y el asentamiento de la institución legitimaria en el sistema sucesorio vizcaíno. Es necesario ahora realizar una breve exégesis de la normativa vigente, para delimitar así la naturaleza y características propias de la legítima de Vizcaya, que la singularizan dentro del panorama de los sistemas legitimarios vigentes hoy día en España.

Por lo que respecta a su naturaleza jurídica, he calificado la legítima vizcaína en el apartado anterior como una *pars bonorum* desde la perspectiva de su contenido, y como un límite o freno a la libertad del testador en su aspecto funcional⁶⁸. Puede definirse, además, como una legítima colectiva, en cuanto no existe un derecho individual de cada uno de los legitimarios a recibir una porción de la herencia, sino sólo una expectativa global que se consolidará en beneficio de uno o varios legitimarios según la voluntad del testador.

La condición de *pars bonorum* o cuota del haber hereditario de que goza esta legítima colectiva, viene señalada en la Ley civil de 1992 tanto para los descendientes y ascendientes como para el cónyuge viudo: *cuatro quintos de la totalidad de los bienes del testador; la mitad de todos los bienes del testador; el usufructo de la mitad o de dos tercios de todos los bienes del causante* (arts. 55, 56, y 58 LDCFPV). Esto lleva consigo la posibilidad del testador de repartir la porción hereditaria, no sólo desigualmente, sino también por cualquier título, *inter vivos* o *mortis causa*, y asignar la universalidad de la herencia, o sólo una parte alícuota, o bienes concretos, ya que el legitimario designado no

⁶⁸ Sigo en este punto la doctrina de VALLET DE GOYTISOLO. Cfr. «La legítima en el Derecho foral...», cit., p. 213.

tiene por qué ser instituido heredero, aunque sí debe recibir su porción de la herencia *in natura*.

En segundo lugar, la legítima se integra dentro de una concepción negativa por su función como límite o freno a la libertad de disponer del testador. Dicho planteamiento es acorde con el principio de libertad civil que la Ley de 1992 reconoce como base del Derecho vizcaíno. La legítima sirve para circunscribir la libertad de testar dentro del ámbito familiar, de manera que los parientes del causante puedan reclamar contra éste si pretendiera deferir toda la herencia en favor de un extraño. Contra esta doctrina mayoritaria en Vizcaya⁶⁹, De los Mozos ha pretendido defender el carácter de verdadera sucesión forzosa que ostenta esta legítima dentro de la herencia del causante⁷⁰. Equipara el Derecho vizcaíno al francés y al italiano, y en cierto modo a la legítima de Derecho común, en cuanto el Código civil también califica a los legitimarios como *herederos forzosos*. A mi juicio esta postura es insostenible, habida cuenta de que tanto el Derecho civil común como el vizcaíno permiten la atribución de la legítima por herencia, legado, donación o asignación de cuota, siendo lo más frecuente en Vizcaya el recurso a la institución de heredero o a la transmisión *inter vivos* en escritura pública de donación o en capitulaciones matrimoniales.

En tercer lugar, la legítima vizcaína queda mediatizada completamente por su carácter colectivo. Las prerrogativas atribuibles a los legitimarios de Derecho común sólo son aplicables en Vizcaya a aquél o aquellos parientes del causante elegidos por él para heredarle, ya que los legitimarios apartados de la herencia nada pueden reclamar. La legítima colectiva implica una expectativa global que corresponde en potencia a todos los llamados a ella, pero que sólo se consolida en favor de uno o varios, según la voluntad del causante. Así pues, más que a la del Código civil es equiparable a la legítima aragonesa, que consiste en una cuota de dos tercios favorable sólo a los descendientes y colectiva,

⁶⁹ Véase por todos ARRIOLA ARANA, «La sucesión forzosa...», cit., p. 219.

⁷⁰ Así, afirma lo siguiente: «no se trata propiamente de una “legítima” sino más bien de una “reserva”. De esta manera, los derechos legitimarios se configuran como una “sucesión forzosa” en la propia sucesión del causante por lo que se refiere a Vizcaya, afectando a la indisponibilidad de los bienes que se encuentran reservados en favor de los sucesores forzosos, hijos y descendientes y, en su defecto, padres y ascendientes, y que se extiende a los “cuatro quintos” de la totalidad de los bienes del causante, en el caso de suceder los hijos y descendientes, y únicamente a la “mitad de los bienes” cuando se trate de los ascendientes» («La legítima en el Derecho civil de Cataluña y en los Derechos Forales de Vizcaya y Alava, después de las últimas reformas», en *RDP*, 1993, pp. 894 y 895).

es decir, con libertad de distribución para el causante del modo que estime más adecuado⁷¹.

En Vizcaya, Esjavierría ha pretendido defender la existencia de una verdadera legítima individual para cada uno de los parientes del causante⁷², pero esta opinión doctrinal choca frontalmente con la realidad irrefutable de que, tanto en tiempos pasados como en nuestros días, muchos legitimarios vizcaínos, herederos forzosos por disposición de la ley, ven reducido su derecho a una cantidad puramente simbólica del patrimonio relicto, una legítima puramente formal que sólo implica la obligación del causante de tenerles en cuenta en sus disposiciones de última voluntad⁷³. Por tanto, los legitimarios vizcaínos no gozan *a priori*, por el mero hecho de su parentesco, de capacidad para instar el juicio de testamentaría o la acción de suplemento de legítima, no pueden

⁷¹ La Sentencia de 13 de diciembre de 1919 recoge unas expresivas palabras del Supremo en relación con las legítimas vizcaína y común: «marcándose además una extraña y notable diferencia de principios en dos cuerpos legales, como el derecho foral y el Código civil, que desde su origen primario fueron y son conocidamente incompatibles».

Respecto al Derecho civil de Aragón, el principio informador de su régimen legitimario es, como en Vizcaya, la libertad civil del causante, que, según la dicción del artículo 119 de su Compilación, puede distribuir la legítima *igual o desigualmente, entre todos o varios descendientes, o bien atribuirla a uno sólo*, y que se complementa con el principio de protección a la familia, único ámbito dentro del cual cabe ejercitar dicha libertad sucesoria. En recientes reuniones de juristas aragoneses se ha llegado a proponer la reforma de la legislación propia, para favorecer el tráfico jurídico y potenciar aún más la libertad de testar. Tales reformas conducirían a una alteración de la naturaleza jurídica de la legítima, de modo que fuera conceptualizada ya no como *pars bonorum*, sino como *pars valoris*, es decir, un mero derecho de crédito del legitimario elegido (cfr. *Actas de los cuartos encuentros del foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 1995, p. 118). No todos comparten esta opinión; véase, por ejemplo, la opinión de RAMS ALBESA: «Libertad civil, libertad de testar», en *Jornadas Internacionales...*, cit., p. 125.

⁷² Afirma este autor: «alguna vez se ha dicho con excesiva ligereza, que en Vizcaya no hay legítima individual; pero la mejor prueba de que esta suposición es gratuita la tenemos en la ley 22, título XXXIV del propio Fuero, que concede la facultad de desheredar. Si la legítima individual no existiese, tal desheredación no sería factible, pues sería completamente superfluo el conceder aquella facultad, no habiendo una legítima individual concreta, ya que sin ésta no se concibe la desheredación» (ESJAVIERRÍA, «El apartamiento en el Fuero y en la Compilación del Derecho civil de Vizcaya», en *Estudios Deusto*, Bilbao, 1959, p. 402).

⁷³ En este sentido, es más atinada la opinión de AREITIO Y MENDIOLEA: «la libertad del padre o de la madre de adjudicar íntegramente o distribuir su fortuna entre sus hijos, es absoluta, puesto que no tiene otra limitación (más nominal que real) que la que le impone la legítima foral de los otros descendientes, que se reduce a una fórmula de apartamiento, sin otra razón de ser, que la de evitar la preterición y dar a conocer de una manera que no deje lugar a la menor duda, la voluntad del testador» (*El Fuero, Privilegios...*, cit., p. 42).

dirigirse contra el heredero determinando la afección de los bienes de la herencia al pago de su derecho⁷⁴. Sólo hay un supuesto en el que se puede afirmar con verdad que existe un derecho individual para los herederos forzosos: cuando hay una sola persona en el grupo de los llamados por la ley a percibir la legítima. Así, por ejemplo, cuando el causante tiene un único hijo no puede apartarlo de la herencia, debe atribuirle los cuatro quintos de legítima en todo caso, a menos que el descendiente incurra en justa causa de desheredación. Sólo en este supuesto es cabalmente aplicable la tesis de Esjavierría, que acabo de transcribir⁷⁵.

La libertad de elección de heredero de que goza el testador vizcaíno se articula a través de la institución conocida como *apartamiento*. El causante puede *distribuir libremente los bienes que integran la sucesión forzosa entre los sucesores (...) o elegir a uno solo de ellos, apartando a los demás, e incluso preferir al de grado más remoto frente al de grado más próximo* (art. 54, 1 LDCFPV). La nueva legislación civil de Vizcaya se mantiene, por tanto, dentro de la más estricta tradición histórica⁷⁶. Por otra parte, se diferencia del régimen civil de Navarra porque exige que se designe como heredero a uno de los legitimarios, el apartamiento sólo puede ejercitarse dentro de cada línea⁷⁷. La voluntad del testador es plenamente ley de la sucesión, la cuantía de la legítima vizcaína puede ser sumamente variable para cada heredero forzoso, desde una cantidad simbólica —la *legítima foral*⁷⁸—, hasta la totalidad de la herencia. El fundamento práctico del apartamiento es la indivisión de las propiedades rurales, de manera que no se impone la conservación íntegra del caserío en una sola mano,

⁷⁴ Concluye atinadamente LACRUZ BERDEJO: «el descendiente es un mero acreedor, y precisamente por el importe asignado por el causante: no por la ley, que no fija ningún derecho individual material salvo en su caso los alimentos, y menos mediante una cuota» («La defensa de la legítima material en la Compilación aragonesa», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, tomo II, Pamplona, 1969, p. 299).

⁷⁵ Cfr., al respecto, los argumentos que emplea SÁNCHEZ DE LA TORRE, «Variabilidad e intangibilidad de la legítima vizcaína», en *Estudios de Deusto*, 1958, p. 116.

⁷⁶ Una de las sentencias más antiguas en materia de Derecho civil de Vizcaya sancionaba ya esta doctrina: «si bien es cierto que no existe en Vizcaya libertad absoluta de testar también lo es que no hay propiamente herederos forzosos, ni por consiguiente legítimas determinadas y uniformes, puesto que el padre puede en vida y en artículo de la muerte distribuir su hacienda entre sus hijos o preferir al que le plazca, apartando con algún tanto de tierra, poco o mucho, a los otros hijos o hijas o descendientes, aunque sean de legítimo matrimonio» (STS 2-VII-1885).

⁷⁷ Véase, por contraste, la ley 149 del Fuero Nuevo de Navarra, que establece la más absoluta libertad de disposición para el causante.

⁷⁸ Cfr. respecto a esta terminología, STS 16-III-1865.

pero se proporciona el medio para lograrlo si el testador lo estima conveniente.

Es una cuestión discutida por la doctrina si el apartamiento vizcaíno puede equipararse a la desheredación del Código civil. La jurisprudencia parece dar la razón a quienes entienden que la semejanza es casi absoluta, sin más diferencia que la ausencia de causa en el apartamiento⁷⁹. Sin embargo, otros autores, a los que me sumo, consideran que el apartamiento vizcaíno tiene una naturaleza propia y peculiar⁸⁰. La pretensión de equiparar apartamiento y desheredación obedece, en el fondo, a una interpretación de la legítima vizcaína en clave de Derecho común y no dentro de las coordenadas del Derecho vizcaíno, con lo que se produce un alejamiento de su verdadera condición.

En efecto, la finalidad perseguida por ambas instituciones jurídicas es diversa; a pesar de que sus consecuencias prácticas se aproximen bastante⁸¹, la mención del causante a los apartados tiene la signi-

⁷⁹ Cfr. ASTORQUI, *Introducción al Derecho...*, cit., p. 113, que fundamenta su tesis en la doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1927: «considerando que apartado de la herencia D. Enrique por la facultad foral, no impugnada, equivalente a la desheredación castellana, sin más diferencia que la de que el Fuero no exige causa, aparte de esa insignificancia del real y porción de tierra, que sólo demuestran que no se tuvo en olvido al hijo apartado». Del mismo modo, con ocasión de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1994 —un caso de fraude de ley protagonizado por un matrimonio que pretendía adquirir la vecindad civil vizcaína para desheredar a sus legitimarios sin causa justificada—, afirma TORRES GARCÍA, que el apartamiento vizcaíno se equipara a la desheredación del Código civil, pero a diferencia de ésta no responde a justa causa y tampoco precisa que se exprese su existencia (cfr. «STS 5-IV-1994», *CCJC*, 1994, pp. 789-800). Veáse, por fin, ARRIOLA ARANA, que establece lo siguiente: «a partir de la Compilación, en que el apartamiento no exige ni fórmula especial ni designación concreta de la persona y más aún, en el texto actual, en el que para tal exclusión es suficiente que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de su sucesión, parece que hay que concluir que se equiparan el apartamiento y la desheredación sin causa o, lo que es lo mismo, el que aparta, deshereda» («La sucesión forzosa...», cit., p. 267).

⁸⁰ Cfr. GARCÍA ROYO, *Foralidad Civil de las Provincias Vascongadas*, Vitoria, 1952, p. 12, y ESJAVIERRÍA, «El apartamiento en el Fuero...», cit., p. 408.

⁸¹ Lo cual no siempre ocurre, y así, en el supuesto de hecho de la Sentencia mencionada por Astorqui, la testadora había apartado a su hijo precisamente para protegerle: se trataba de evitar que los acreedores del hijo pudieran dirigirse contra lo recibido por él en concepto de legítima. La testadora ideó un hábil mecanismo para proveer a las necesidades materiales de su hijo apartado: «propósito notorio de que, por las circunstancias especiales en que se encontrara D. Enrique y que nadie mejor que sus padres podían juzgar, aquél bajo ningún pretexto pudiera tener intervención de ninguna clase en la testamentaría ni adquirir derechos transmisibles, de grado o por fuerza, sino sólo, a lo sumo, lo que fuese indispensable para la vida y fines limitados por la testadora, si lo necesitara, con cuya provisión de la causahabiente, dueña de los bienes, no transmitía a su hijo nada sujeto a numeración de cantidad ni embargable por sus acreedores personales, que no lo eran de la testadora».

ficación jurídica necesaria para que éstos no puedan ser equiparados, en ningún caso, a los familiares desheredados del Derecho común⁸². De hecho, cuando el causante quiere separar de la herencia a su heredero único o a todos los que integran el grupo de herederos forzosos, necesita recurrir a la institución de la desheredación, ya que el apartamiento supone una elección del heredero dentro del ámbito familiar, no una exclusión arbitraria de los legitimarios, ni un modo de sancionar conductas ingratas⁸³. En cuanto a las diferencias técnicas entre ambas figuras jurídicas, el apartamiento puede ordenarse fuera del testamento, y no excluye la posibilidad de que el apartado sea sucesor *ab intestato*, o conserve su condición de pariente tronquero a todos los efectos.

Otro de los requisitos del apartamiento es que debe ser expreso: es una formalidad a través de la cual el causante pone de manifiesto que ha tenido en cuenta a todos los posibles herederos y que, conscientemente, ha señalado a uno determinado⁸⁴. Sólo los colaterales, y en relación con sus derechos de troncalidad, pueden ser apartados tácitamente⁸⁵. Sin embargo, no cabe entender que el apartamiento expreso constituya un requisito para la validez de la institución sucesoria. Su ausencia es interpretada por el legislador foral como un supuesto de preterición errónea, que no conlleva la anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial sino que, en el caso de los descendientes, pone en marcha el mecanismo de la representación, *los descendientes de otro descendiente no apartado representan a éste en la sucesión del ascendiente*, y en los demás supuestos atribuye al legitimario preterido la facultad de exigir *una cuota igual a la del sucesor de igual grado menos favorecido* (artículo 54, 3 LDCFPV).

⁸² Con palabras, quizá algo retóricas pero expresivas, de SOLANO Y POLANCO: «¿cuál ha sido el objeto de la especial institución del apartamiento?, ¿no ha sido el deseo de la ley de que los demás herederos forzosos, hijos, ascendientes o tronqueros, puedan decir ante todos: si no quedo yo con los bienes de abuelengo, no es por causa de indignidad, sino que la causa ha sido el mayor afecto, la mayor aptitud del instituido, lo cual, nada de bochornoso para mí tiene, ni nada de mortificante para mi dignidad significa?» (*Estudios jurídicos...*, cit., p. 254).

⁸³ Sobre este punto, afirma VALLET DE GOYTISOLO: «dado que la libertad de disponer en Vizcaya se concreta sólo dentro de cada grupo de herederos forzosos, es muy cierto que para privar de la herencia al único, o a todos los herederos, de uno de los grupos, si hubieran incurrido en ingratitud, no le puede caber al causante otro recurso sino el de utilizar la desheredación, regulada por el Derecho común» (*Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*, vol. I, Madrid, 1974, p. 725).

⁸⁴ Explica ARRIOLA ARANA que «en el Derecho Foral de Vizcaya no cabe la preterición intencional, ésta equivale al apartamiento» («La sucesión forzosa...», cit., p. 243).

⁸⁵ Cfr. artículo 57,2 LDCFPV.

Por tanto, se protege al legitimario que ha sido involuntariamente olvidado pero dejando a salvo siempre lo establecido en el testamento o pacto sucesorio, y así, el preterido que no tenga descendientes de ulterior grado que puedan representarle, sólo podrá exigir la legítima simbólica de los que sí han sido apartados de modo expreso, pues éstos son los que menos reciben y a ellos debe asimilarse según la dicción de la ley⁸⁶. Por otra parte, cuando la falta de apartamiento expreso se produce en una donación realizada por el causante en favor de su heredero forzoso, la sanción prevista en el artículo 62 LDCFPV consiste en su colacionabilidad.

Por último, que el apartamiento sea expreso no implica la necesidad de una fórmula determinada para plasmarlo: *los sucesores forzosos podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de su sucesión* (art. 54, 2 LDCFPV)⁸⁷. Tampoco exige lo que la doctrina denominaba *cuota de apartación*⁸⁸. Hoy día no hay obligación legal de pagar al legitimario apartado, y mucho menos con un tipo determinado de bienes, aunque lo cierto es que, frecuentemente, en la práctica, se recurre a la donación como medio de apartamiento, y así queda previsto en el artículo 62,3 LDCFV.

⁸⁶ Concluye VALLET que el «verdadero problema queda circunscrito al supuesto de que ninguno haya sido apartado o de que, excepto el designado, no exista otro sucesor que debiera haberlo sido» («La legítima en el Derecho foral...», cit., p. 213).

⁸⁷ La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 16 de mayo de 1908, señalaba ya que el apartamiento de los legitimados, siendo una privación arbitraria de la legítima, no requería especiales formalidades para su validez, para facilitar así el ejercicio de la libertad de testar. Esta interpretación fue tomando cuerpo hasta culminar en el artículo 22 de la Compilación de 1959, que fue copiado después en la vigente Ley de Derecho civil foral. Y afirma VALLET DE GOYTISOLO: «el apartamiento, que es el segundo requisito formal, que acompaña a la elección de sucesor entre los demás integrantes de su mismo grupo de descendientes, ascendientes o colaterales tronqueros, viene siendo objeto de una progresiva desformulación» («La legítima en Derecho foral...», cit., p. 212).

En Aragón, la Compilación actual llega a excluir la necesidad de mencionar a los legitimarios que, no siendo instituidos como beneficiarios de la legítima, lo fueron ya en vida del causante (cfr. art. 120,1 Compilación del Derecho civil foral de Aragón).

⁸⁸ Señalaba ESJAVIERRÍA que esta cuota de aportación debía consistir necesariamente en *algún tanto de tierra*, de manera que había preterición en los supuestos en que se legaba alguna cantidad en metálico a los hijos apartados habiendo bienes raíces en la herencia: «la legítima del Fuero no consiste en la fórmula de un real de vellón, un palmo de tierra y una teja. La legítima del Fuero consiste en el apartamiento con algún tanto de tierra, poco o mucho, pero de algún tanto de tierra. El Fuero no habla para nada de muebles, ni de metálico, ni de árboles, ni de tejas. Si se les deja otra cosa de naturaleza distinta, existirá preterición absoluta, y la institución de heredero será nula» («El apartamiento en el Fuero...», cit., p. 430).

Algunos autores califican la institución del apartamiento como demasiado drástica, máxime teniendo en cuenta que el quinto de libre disposición puede llegar a no existir por la incidencia de la troncalidad en el reparto de la legítima⁸⁹. En efecto, puede sostenerse que el régimen civil de Vizcaya se haya más próximo a la libertad de testar que al sistema legitimario de origen romano: la legítima sólo se dirige, en este ordenamiento civil, a la conservación de la propiedad en el seno de la familia, una vez dentro de este ámbito el causante tiene plena libertad de disposición⁹⁰.

Como una consecuencia ineludible de su naturaleza jurídica, la cuestión de la protección a la legítima se entiende en Vizcaya como la defensa de la cuota material colectiva que la ley atribuye a los familiares del causante, nunca como la protección a un derecho individual que no ostentan los legitimarios⁹¹. Así pues, los cuatro quintos del total de bienes del causante con vecindad foral vizcaína no pueden ser objeto de lesión cualitativa o cuantitativa antes de su transmisión a los herederos forzosos: el causante sólo puede imponer *sustitución o gravamen que exceda de la parte de libre disposición, en favor de alguno de los sucesores forzosos* (art. 60 LDCFPV). Del mismo modo que en la Compilación de 1959, la Ley de 1992 sólo prohíbe las sustituciones y gravámenes olvidando, a diferencia del artículo 813 Cc, la prohibición de establecer condiciones. No obstante, entiende la doctrina hay que considerar gravamen, en sentido amplio, cualquier limitación que reduzca el derecho del heredero, porque el propósito del legislador es mantener la integridad de la legítima,

⁸⁹ Así, LUNA SERRANO llegó a proponer, cuando la Ley del Derecho civil de Vizcaya de 1992 aún estaba en fase de elaboración, una fórmula legislativa que permitiera conjugar «la atribución no igualitaria de la cuota legitimaria de los cuatro quintos del patrimonio relicto con la de la ordenación de la liquidación en dinero de la cuota legitimaria reservada, en la cuantía libremente acordada por el testador a cada uno de los herederos forzosos, al modo en que ello se previene en el artículo 1056,2 del Código civil» («Proyecciones de la libertad de testar» en *Jornadas Internacionales...*, cit., p. 133).

⁹⁰ Es significativo que una de las primeras sentencias civiles del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la de 31 de octubre de 1990, se refiera en estos términos a la libertad de testar vizcaína: «un principio absoluto, rotundo y concreto: la libertad del testador para distribuir la herencia forzosa entre los herederos o la de elegir a uno solo de ellos apartando a los demás». Sobre esta cuestión se pronuncian también las SSTSJVP 10-X-1990 y 12-XI-1990.

⁹¹ El planteamiento de la intangibilidad legitimaria en Vizcaya puede considerarse análogo al del régimen aragonés en cuanto ambos se derivan de un sistema de legítima colectiva, aunque la legislación vizcaína carece de un desarrollo legislativo equiparable al de Aragón. La característica más relevante en Vizcaya es que esta protección se otorga paralelamente a los legitimarios y a los parientes tronqueros.

que también queda desnaturalizada si se imponen condiciones que la limiten⁹².

En cuanto a los beneficiarios de la sucesión forzosa, son legitimarios *los hijos, incluso los adoptivos, y demás descendientes, y, en su defecto, los padres y demás ascendientes* (art. 53 LDCFPV). Estos sujetos constituyen como una primera categoría de legitimarios con derecho a recibir una porción de la herencia en propiedad⁹³, frente al cónyuge viudo, que tiene derecho únicamente al usufructo de una porción del patrimonio hereditario⁹⁴.

⁹² Cfr. CELAYA IBARRA, «Comentario al artículo 60 LDCFPV», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXVI, Madrid, 1997, p. 260.

La sentencia de 27 de mayo de 1961 explica el significado, en la práctica, de esta protección a la legítima colectiva de Vizcaya: «por lo que respecta al gravamen de la legítima, es un problema que no puede esclarecerse sin resolver el concepto y contenido de la legítima foral vizcaína, la cual está constituida en realidad, cuando se trata de casos como el que es objeto del pleito, por la integridad de la herencia, salvo el quinto de que puede disponer el testador en ciertas condiciones, en favor de todos aquellos a quienes se la reconoce, pero con la facultad de designar heredero a uno o varios de los hijos o descendientes apartando a los demás; es decir, la legítima que en último término, igual que en el Código civil, la constituyen aquellos bienes de que el testador no puede disponer libremente, en Vizcaya corresponde en potencia a todos los llamados a ella, es una expectativa colectiva de la que son privados por voluntad del testador, en favor de uno o varios, reduciendo a los demás a una formal participación sin verdadero contenido económico, incluso un centímetro cuadrado, una robada de tierra, expresa algún foralista, y claro que esa porción o cuota de apartamiento no puede estar sujeta a ninguna limitación, a ningún gravamen y así lo establece taxativamente la ley 7 del Título XXI del Fuero, de aplicación al caso, pero sí admite, y esto es muy importante a los efectos que a continuación se asientan, que en lo que excede incluso tratándose de un bien raíz, establece que *valga y haya lugar cualquier vínculo, restitución y otro cualquier gravamen, y disposición que los tales padres o disponentes en vida o en muerte padieren...*; lo que sí permite para los separados no puede estimarse negado en buenos principios lógicos e interpretativos, respecto al heredero que se lleva la mayor parte de los bienes, cuando no la totalidad, mientras no aparezca lesionada la mínima parte de que el testador no podía disponer y cuando el gravamen se impone en beneficio de los demás legitimados».

⁹³ En este punto la innovación más destacada de la Ley de 1992 es la equiparación de los hijos adoptivos a los descendientes por naturaleza. La plena equiparación sucesoria de todos los vínculos de filiación había sido ya establecida por la Ley del Parlamento Vasco 6/1988, de 18 de marzo, de acuerdo con la Constitución y como resultado, al mismo tiempo, de una evolución social que encontraba reflejo en la jurisprudencia. Cfr. SSTS 3-II-1898 y 30-XI-77.

⁹⁴ La legítima viudal aparece íntimamente relacionada, en el Derecho vizcaíno, con el régimen económico matrimonial. Véase sobre la comunicación foral el libro de MARTÍN OSANTE, *El régimen económico matrimonial en el Derecho vizcaíno. La comunicación foral de bienes*, Madrid, 1996. Existe otra tesis doctoral, actualmente en vías de publicación, de obligada consulta en el estudio de la legítima viudal: MARTÍNEZ DE BEDOYA, *Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el Derecho civil de Vizcaya*, Bilbao, 1997.

Los legitimarios han de ser capaces para heredar en el momento de recibir su legítima, lo cual no se produce necesariamente al tiempo del fallecimiento del causante, ya que el ordenamiento vizcaíno permite al testador nombrar un comisario con las mismas facultades que al causante corresponden, incluida la designación de heredero o herederos dentro del grupo de legitimarios llamados por la ley. Así pues, el momento para apreciar la capacidad de los legitimarios puede ser en determinados supuestos el del ejercicio del poder testatorio⁹⁵.

La cuantía de la legítima debe ser tratada por separado respecto a cada grupo de parientes legitimarios, aunque en todo caso queda mediatizada por la troncalidad, y ha de enmarcarse dentro del carácter global de la legítima vizcaína. Los descendientes tienen derecho a percibir *cuatro quintos de la totalidad de los bienes del testador. El quinto restante es de libre disposición si hay bienes no troncales suficientes para cubrirlo* (art. 55 LDCFPV). De esta manera, su legítima puede verse incrementada si los bienes troncales abarcan más de los cuatro quintos del patrimonio relicto. Junto a ello, la regulación de la porción de libre disposición en sustitución del antiguo *legado pro ánima* constituye una novedad legislativa destinada a favorecer, a mi juicio de modo excesivo, el principio de troncalidad. En gravamen de los bienes troncales, mientras que el nuevo texto suprime esta especialidad y sólo permite que la parte de libre disposición —aunque se disponga de ella como legado en favor del alma— alcance el quinto de la herencia si existen bienes no troncales suficientes para cubrirlo.

La designación de un único heredero entre los llamados por la ley suele producirse, de manera especial, cuando los beneficiarios de la legítima son los descendientes. En este sentido, cabe plantearse si es necesario que estos legitimarios renuncien a sus derechos sucesorios para facilitar el nombramiento del heredero único. Al igual que en Navarra, en los territorios forales del País Vasco el pacto sucesorio de *non succedendo* por el que un legitimario renuncia a su legítima futura se muestra carente de contenido material, porque dicho renunciante no goza realmente de ningún derecho o expectativa individual de la que desprenderse por anticipado. El pacto de institución por el que se instituye como sucesor único a uno de los descendientes no precisa, para desplegar todos sus efectos, ser complementado por un pacto abdicativo del legitimario, sino más bien por un acto de apartamiento de los no elegidos para suceder, realizado por el mismo instituyente.

⁹⁵ Cfr. ARRIOLA ARANA, «La sucesión forzosa...», cit., pp. 238-240.

En relación con el apartamiento de los descendientes, constituye un avance importante de la Ley de 1992 respecto al derecho histórico la posibilidad, contemplada en el artículo 54 LDCFPV, de separar de la herencia a un descendiente de grado más próximo en favor de otro de grado más remoto. La doctrina ya había criticado duramente la prohibición del Fuero Nuevo entendiéndola como una restricción absurda de la libertad de testar⁹⁶; hoy día, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 de noviembre de 1990 confirma el principio general de libertad de disposición testatoria en la línea descendente.

En segundo lugar, cabe destacar también el derecho de alimentos previsto en la Ley foral en favor de los descendientes del causante que se encuentren en situación legal de pedirlos: *podrán reclamarlos de los sucesores del mismo, cuando no haya persona obligada a prestarlos de acuerdo con la legislación civil general. Los sucesores prestarán alimentos en proporción a los bienes que cada uno hubiere recibido, y no vendrán obligados más allá de lo que alcance su valor* (art. 66 LDCFPV). El derecho de alimentos constituye, en este contexto, un intento de paliar la posible injusticia que conlleva la arbitrariedad en el reparto de la legítima global, al modo en que ya se había resuelto en el Derecho civil aragonés⁹⁷. Los alimentantes o deudores son los sucesores del causante *en proporción a los bienes recibidos*, lo cual significa que se trata de una obligación con sujeto deudor plural, mancomunada simple, porque lo que paga cada heredero se determina en función de lo que ha recibido del causante. Ello teniendo en cuenta que en Vizcaya no hay heredero sino *sucesor en bienes* (art. 27 LDCFPV), luego no

⁹⁶ Véase el artículo de LEZÓN, «¿Puede ser nombrado heredero único el nieto viviendo su padre?», en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, 1975, pp. 1.011 y ss.; ARRIOLA ARANA, «La institución testamentaria de descendientes de grado ulterior en el derecho vizcaíno», en la *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, Bilbao, 1987, pp. 47-85.

⁹⁷ GARCÍA AMIGO, en relación con el Derecho aragonés, considera que si no hubiera distribución desigual de la herencia, no surgiría esta obligación alimentaria: «la obligación de alimentos nace sólo por razón de la herencia de una persona y la utilización de la facultad que le reconoce el sistema legitimario aragonés; ello condiciona toda la obligación alimentaria: su existencia, su cuantía, los alimentos y los alimentistas» («Comentarios al artículo 121 de la Compilación de Aragón», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXIV, vol. 2, Madrid, 1988, p. 27). Por otro lado, la dicción del artículo 109 de la Compilación aragonesa facilita la comprensión del sentido que tiene la protección a los descendientes menos favorecidos, en el contexto de las tradiciones forales: *los hermanos solteros del heredero único que permanezcan en la casa, trabajando, en tanto pudieren, a beneficio de ella, tendrán derecho a recibir asistencia y a ser dotados al haber y poder de la casa*. Cfr. STS 21-XII-1990, entre la escasa jurisprudencia sobre la materia.

existe el concepto de herencia como una unidad que responde de las deudas del causante. Así, no sólo el deber de alimentos en favor de los parientes menos favorecidos sino, en general, la responsabilidad por cualquier deuda afecta al designado sucesor en función de los bienes recibidos, sólo es responsable respecto a los débitos que recaen sobre la masa patrimonial en la que ha sido instituido.

La legítima de los ascendientes alcanza la mitad de los bienes de la herencia, lo cual supone una importante reducción con respecto a los cuatro quintos que regulaba la Compilación de 1959. Además, existen otros factores que pueden alterar la porción legitimaria de los ascendientes: la troncalidad, en el supuesto de ascendientes no tronqueros que concurren con colaterales tronqueros⁹⁸, y la reversión de bienes, prevista en los artículos 91 y 92 LDCFPV. La doctrina vizcaína entiende que, así como en el Derecho común los bienes sujetos a reversión en virtud del artículo 812 Cc se hallan fuera de la legítima y suponen una ampliación del sistema legitimario de los ascendientes, no puede ocurrir lo mismo en el Derecho civil de Vizcaya por varios motivos. En primer lugar, la imputación de los bienes revertidos a la legítima de los ascendientes constituye la solución que más se ajusta al principio de libertad civil, porque amplía la parte de libre disposición. En segundo lugar, así parece exigirlo el carácter colectivo de la legítima vizcaína y, sobre todo, la equiparación al sistema de computación a la legítima de los bienes troncales⁹⁹.

Por último, en lo que respecta al cónyuge viudo, el artículo 58 LDCFPV le asigna *el usufructo de la mitad de todos los bienes del causante, si concurriere con descendientes o ascendientes o*, en su defecto, *el usufructo de dos tercios de todos los bienes*, a menos que el causante decida otorgarle un legado de usufructo universal. Es una cuestión controvertida desde siempre en Vizcaya si el viudo debe considerarse heredero forzoso o no, fundamentalmente debido a la estrecha relación que existe entre los derechos sucesorios viduales y los que se derivan del régimen económico matrimonial. En efecto, hasta la promulgación de la Ley de Derecho civil de 1992 no se reconocían derechos legitimarios al viudo, que quedaba compensado con su participación de la mitad de todos los bienes comunicados, cualquiera que fuera su origen. Sin embargo, esta solución sólo cubría el supuesto de disolución del matrimonio por muerte dejando descendencia, resultando

⁹⁸ Me he referido ya a este supuesto, contemplado en el párrafo segundo del artículo 57 LDCFPV, en el apartado anterior.

⁹⁹ Cfr. ARRIOLA ARANA, «La sucesión forzosa...», cit., p. 251.

a todas luces insuficiente para la protección de los derechos viuales en nuestros días¹⁰⁰. La reforma de 1992 ha optado por un sistema genérico de legítimas en usufructo conforme a una serie de principios que el legislador sistematiza en los artículos 58 a 61 LDCFPV. Sin embargo, el artículo 53 LDCFPV sigue sin incluir al cónyuge superviviente entre las personas con derecho a la sucesión forzosa. Parece que el legislador ha preferido esquivar el término de *heredero forzoso* al referirse al viudo, señalando así una diferencia entre éste y los descendientes y ascendientes que tienen derecho a una cuota hereditaria en propiedad. En cualquier caso, resulta evidente que el usufructo viual constituye una limitación para la libertad de disponer del testador y, en ese sentido, responde plenamente al concepto de legítima.

Sobre la regulación actual del usufructo viual cabe destacar las normas sobre imputación del mismo. Se observa cierto contraste entre la preocupación del legislador foral por salvaguardar, en la medida en que resulta posible, los bienes troncales y la omisión de toda norma de imputación del usufructo a la legítima de los descendientes o de los ascendientes del cónyuge premuerto. Así pues, se impone al testador que el usufructo viual no recaiga sobre bienes troncales si existen bienes no troncales para cubrirlo, se establece un sistema de imputación proporcional entre ambas líneas del causante para el supuesto en que el usufructo tenga que afectar a la propiedad troncal y, finalmente, se concede a los parientes tronqueros el derecho de conmutación del usufructo por un capital en efectivo, para conservar de esta manera la plena propiedad de los bienes troncales. Por contraste, el legislador no ha regulado las normas de imputación del usufructo sobre la parte libre o sobre la porción legítima correspondiente a los descendientes o a los ascendientes del causante, lo cual genera una situación de indefensión de los legitimarios que no se corresponde con la naturaleza de su derecho hereditario. Cabe entender que el testador tiene libertad, una vez excluidos los bienes troncales, de señalar a qué porción ha de imputarse la cuota usufructuaria de su cónyuge y, en el supuesto de que no lo hiciera, el principio de protección de la intangibilidad de la legítima nos

¹⁰⁰ Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 15 de octubre de 1990, inmediatamente anterior a la promulgación de la Ley, ratificaba la no inclusión de los derechos de viudedad dentro del concepto de legítima foral. Se trataba de la pretensión de un viudo sin hijos frente a su suegra, para que se determinara su legítima en la herencia de su difunta esposa, según las reglas de la Compilación del Derecho civil de Vizcaya: «Llegado este momento ha de establecerse que conforme a la Compilación y en concreto a su artículo 21, la legítima o herencia forzosa corresponde a la madre de la causante y está constituida por los cuatro quintos de la totalidad de los bienes del testador».

llevaría a sostener que debe recaer, en primer lugar, sobre la cuota de libre disposición¹⁰¹.

V. Conclusión

Procede ahora poner de manifiesto unas breves consideraciones que se derivan de todo lo expuesto en este trabajo y que constituyen, básicamente, la conclusión de mi análisis sobre las relaciones entre el principio de troncalidad y la institución legitimaria en el seno del sistema sucesorio vizcaíno. Muchas cuestiones han quedado apenas esbozadas, esperando un estudio más profundo y extenso de otros juristas que confirme o desmienta lo que a continuación pretendo sostener.

En primer lugar, entiendo que la legítima vizcaína, a pesar de su origen histórico, no responde, propiamente, a los cánones del Derecho romano ni es, por tanto, equiparable a la legítima regulada en el Código civil. Por el contrario, debe ser analizada siempre como una figura propia del Derecho vizcaíno, en el contexto de los principios que informan este ordenamiento civil. La generalizada teoría que entiende la legítima, por haber sido introducida durante la Edad Media y por influencia del Derecho castellano, como una institución ajena a la tradición vizcaína en contraposición con el principio de troncalidad, ha quedado obsoleta. La institución legitimaria ha cuajado en el Derecho vizcaíno, porque la protección a todos los parientes del causante se ha vivido en este territorio desde antiguo. Vizcaya incorpora a su Derecho la institución de la legítima, no para dividir la propiedad en partes iguales dificultando la conservación del caserío, sino como un medio para proteger los derechos sucesorios nacidos exclusivamente del parentesco. La legítima que entra en Vizcaya a través del Fuero Nuevo de 1526 proviene del Derecho de Castilla pero no es equiparable a la legítima y a la mejora castellana, pues se mueve dentro de unas coordenadas diversas. De hecho, por el modo en que se desenvuelve esta figura jurídica dentro del sistema sucesorio vizcaíno, cabe sostener que el régimen civil de Vizcaya se halla más próximo a la libertad de testar que al sistema legitimario de origen romano.

En segundo lugar, legítima y troncalidad confluyen dentro del sistema sucesorio vizcaíno configurándolo de una manera propia y peculiar, exclusiva de este territorio. No debe plantearse, por tanto, una relación de jerarquía entre ambas figuras a la hora de su aplicación al fenómeno

¹⁰¹ En contra de esta postura, véase ARRIOLA ARANA, «La sucesión forzosa», cit., p. 258.

sucesorio, sino buscar su integración en el contexto de los principios que informan el Derecho sucesorio de Vizcaya. Legítima y troncalidad coinciden en su condición de límite o freno a la libertad de testar, pero se distinguen nítidamente en función de dos factores: primero, el carácter territorial de la troncalidad, su esencial vinculación a determinados bienes. El parentesco troncal se determina siempre con relación a un bien raíz sito en el Infanzonado o Tierra Llana, mientras que la legítima impone al testador una limitación que afecta a todo tipo de bienes, porque su razón de ser es el parentesco entre el causante y los legitimarios. Además, se distinguen con claridad en función de los diversos grupos de parientes llamados a suceder. En favor de los descendientes existe un claro derecho de legítima, al margen de la naturaleza de los bienes que integren el patrimonio relicto, compatible, eso sí, con la aportación que salvaguarda la libertad del testador y proporciona un medio para lograr la indivisión de la propiedad rural. No puede decirse lo mismo cuando no hay descendientes y surge la obligación del causante de reservar sus bienes raíces en favor de los ascendientes, ni mucho menos respecto a la limitación legal de disponer favorable a los parientes colaterales. En los ascendientes se produce una clara confluencia de legítima y troncalidad, pues la ley ordena que se cubra su legítima con los bienes troncales procedentes de su línea familiar, mientras que los descendientes pueden ser cabalmente definidos como legitimarios y los colaterales sólo como posibles parientes tronqueros si se cumplen los requisitos necesarios para ello. Finalmente, el viudo también ostenta, desde la Compilación de 1959, un derecho de legítima de características muy especiales que, en la legislación vigente, se procura armonizar con el respeto a las normas de troncalidad.

Una última conclusión referida a la Ley de Derecho civil foral del País Vasco de julio de 1992 se concreta en señalar que debe todavía ser perfeccionada en cuanto al modo en que articula la yuxtaposición de la sucesión forzosa y la troncal con el fin de obtener, realmente, la unidad de la sucesión y la integración complementadora de ambas instituciones. Esta complementariedad no es siempre fácil de llevar a la práctica, sobre todo en los supuestos, bastante frecuentes en Vizcaya, en que el fenómeno sucesorio debe ser ordenado simultáneamente por la ley civil vizcaína y por otra ley civil vigente en España, mayoritariamente por el Código civil. Es misión del legislador foral prever soluciones claras para éstos y otros supuestos conflictivos que puedan presentarse en la aplicación conjunta de la legítima y la troncalidad vizcaínas.

**LOS BUDDENBROOK Y
EL ESPIRITU DEL CAPITALISMO.
Afinidades electivas entre Thomas Mann y Max Weber**

Fernando Bayón Martín

*For what is Antichrist but those
Who against Sinners Heaven close
With Irons bars, in Virtuous State,
And Rhadamanthus at the Gate?*

(William Blake)¹

Introducción

El novelista francés Gustav Flaubert, que con ascética reciedumbre había ofrecido toda su vida al *ídolo nihilista de la litterature*, hizo cierto día una visita a una familia amiga de su sobrina la señora Commanville. Integraban la familia el feliz matrimonio y sus encantadores hijos. De regreso, el autor de *Madame Bovary* se mostró especialmente pensativo. Indudablemente, aquella visita de cortesía había removido su interior. Mientras bordeaba el Sena en compañía de su sobrina, volvía una y otra vez en su conversación sobre la vida natural, sana, serena, honesta y respetable que acababa de observar: *Ils sont dans le vrai!*, repetía, y esta frase, *semejante a una negación de sí mismo, en la boca del maestro que se había ejercitado en mortificar y en asesinar su vida, que había hecho de ello un deber para el artista*², era una cita favorita de Franz Kafka.

El recuerdo de esta anécdota y su remite al escritor de Praga corresponden a Thomas Mann, quien, en un breve ensayo dedicado a la novela *El castillo* y con la mayor economía de medios, introduce al lector en una de las más delicadas visiones del hecho creativo: el arte como expresión ética de la vida. Bajo la mirada que Mann proyecta sobre

* Este trabajo ha sido realizado con la ayuda de una beca del Ministerio de Educación y Cultura.

¹ *Pues, ¿qué es el Anticristo sino aquellos/ que cierran el Cielo al Pecador,/ Virtuosa-mente, con barras de Hierro,/ Y Radamante en los Portales?* BLAKE, William, «The Everlasting Gospel», en *Antología bilingüe*, Madrid, Alianza, 1987, p. 208.

² MANN, Thomas, «Franz Kafka y “El Castillo”», en *El artista y la sociedad*, Madrid, Guadarrama, 1975, p. 242.

Kafka, la estética y la ética, dos reinos puestos en relación de modo reduccionista por aquellos irreductibles de uno cualquiera de los dos «bandos», se avienen a un mutuo pero desgarrador entendimiento. Vivir en Dios, en la verdad, actuar justamente, vivir *al abrigo*, no ha dejado de ser la secreta aspiración en el corazón de algunos de los artistas más destacados de este siglo desencantado que parecería promover en sus almas más creativas la efusiva solidaridad con un tiempo de libertad sin coacciones religiosas ni morales. En cambio, la inquietud religiosa ha embargado la libre fluencia de la subjetividad creadora. Acaso podría probarse que este embargo ha sido el rudimento espiritual de los más altos logros artísticos del siglo XX, que son, por lo demás, los que han penetrado más lúcidamente el tiempo que los vio nacer.

Esta inquietud y desgarrar apuntan como a una de sus causas principales a la comprensión de la creación literaria como *trabajo, aspiración única, vocación*. El joven Kafka recordaba en el albor de la Primera Guerra Mundial cómo aquel *vivir en Dios y actuar con justicia* se revestía con un tinte de accesoriidad ante la fuerza inexpugnable que le inclinaba a representar *el sueño de mi vida interior. A menudo me siento preso de un asombro triste, pero tranquilo, al constatar mi indiferencia, como consecuencia de mi vocación literaria, no tengo interés alguno por otra cosa y, en consecuencia, tengo el corazón seco*³. No se está aquí formulando simplemente una nueva versión de la oposición, masivamente atribuida también a la obra de Mann, entre arte y vida, sino algo más sustancial y, desde la perspectiva de este trabajo, mucho más interesante: aquí se expresa el artista a través de una cualificación nueva del término *vocación*. Esta no constituye una mera opción vital sino un símbolo ético.

La cualificación simbólica del término *vocación* va a ser decisiva para nuestras intenciones. La pasión por el arte supone un alejamiento de Dios. Y esta lejanía genera desazón. Ahora bien, el signo de esta desazón es inequívocamente religioso: la respuesta del literato a su *vocación* genera una profunda remoción interior. Lo que nos dice Thomas Mann al respecto de Franz Kafka es que es posible comprender simbólicamente la pasión en que se sustancia la *vocación* del novelista, la misma pasión que le hace mostrarse indiferente ante el resto de estímulos humanos. Es posible ver ahí un símbolo ético: *El arte no es necesariamente el producto, el sentido y la meta de la negación orgiaca y ascética de la vida, como en Flaubert. Puede ser una*

³ Citado por MANN en *Ibid.*, pp. 242-243.

*expresión ética de la vida misma y lo que esté en juego no ser la obra, sino la vida*⁴.

El hecho creador se resiste a ser explicado por la aplicación mera de la recurrente oposición arte/vida: el carácter éticamente simbólico de la pasión artística entendida como respuesta personal a una vocación impersonal consigue trasladar el terreno de juego del arte desde el ámbito de sus productos materiales hasta el reino de la vida. De este modo, la vida deja de ser un simple medio de alcanzar un ideal de perfección estética. El trabajo, racional, regular, organizado, se convierte en símbolo ético de la vida, *su meta* —sigue diciendo Mann— *no es una perfección objetiva cualquiera, sino la conciencia subjetiva de haber actuado lo mejor posible y de haber empleado su existencia juiciosamente en otra obra, humana, de valor equivalente*. La inexpugnable inclinación hacia el trabajo, la apasionada dedicación, ¿pueden acaso revelar un sustrato religioso en la vocación del literato? Sería arriesgado comprometer en la respuesta a la generalidad de los destinos literarios. En atención al caso de Kafka, Thomas Mann esgrime argumentos decisivos para responder afirmativamente: en esa dedicación diaria, en ese trabajo, Kafka no halla únicamente un medio, obviamente necesario, para la perfección de su arte, el acabamiento real de su talento y la plasmación efectiva de su ideal estético; en esa inclinación hacia el trabajo, desgarradora en ocasiones, el autor de *América* encuentra una justificación. Únicamente en el trabajo conoce la vida de Franz Kafka una *mejora*.

La introducción de ideas tales *como justificación y mejora* en un discurso referido al quehacer artístico descubre sorprendentes afinidades entre este ámbito de intervención humana y el ámbito de la vivencia religiosa. Efectivamente, encontrar una *justificación* para mi vida significa *derivarla de* un valor que no estoy en condiciones de discutir. Y aquello frente a lo cual me siento incapaz de crítica es lo que puedo denominar como *sagrado*. Hallar una *justificación* a algo del orden terreno, máxime si se trata de una vida, es remitirlo a un orden *sagrado* que lo autentifique. Este remite implica una mediación, es decir, el descubrimiento de un vínculo entre uno y otro orden. Si nuestra pregunta por la *justificación* afectara al conjunto de relaciones que constituyen las instituciones sociales podríamos proponer —como hicieron los románticos alemanes— que dicho vínculo es el *mito*. Efectivamente, uno de los rendimientos de los relatos míticos, cuando éstos son algo vivo, tiene que ver con ese desplazamiento de algo desde el mundo natural o

⁴ *Ibidem*, p. 243.

humano hasta la esfera de lo sagrado. El relato mítico cobra tal fuerza vinculante y normativa en la medida en que ese algo del orden mundano que por mediación suya es desplazado hasta la esfera sagrada es *fundado* a través de ese desplazamiento⁵. Aquí, sin embargo, la pregunta por la *justificación* afecta al conjunto de relaciones que constituyen la identidad personal en la medida en que esas relaciones se entienden como respuesta a una *vocación*: *Me he puesto a escribir después de varios días —dice una vez Kafka— ¡Ojalá dure! Mi vida encuentra una justificación. Puedo de nuevo dialogar conmigo mismo y no poner más la vista en un vacío absoluto. Únicamente de esta forma he podido conocer una mejora*⁶. El interés del concepto *vocación* estriba en desplazar el centro de gravedad del arte desde la idea objetiva de perfección hacia la conciencia subjetiva de justificación. Esto significa entrar en el reino del sentido, no ya intelectual, sino moral, del arte. Como nos dice Mann en su ensayo, da igual que el autor de *El castillo* haya empleado la palabra *mejora* en vez de *salvación*, aunque el sentido religioso de aquel *poder dialogar conmigo mismo y no poner más la vista en un vacío absoluto* por medio del trabajo hubiera sido aún más sensible.

Es el trabajo, entendido bajo la influencia tutelar de la idea de *vocación*, lo que sirve de vínculo y mediación entre el orden de la vida y la esfera del valor. Es el trabajo lo que autentifica una vida de poeta y revela el sustrato íntimamente religioso de su inexpugnable inclinación creativa. Mann recuerda la cita de Goethe: «Uno no se sustrae al mundo más fácilmente que por el arte y no se vincula al mundo más fácilmente que por el arte.» Nos proponemos analizar este balanceo entre alejamiento de la verdad y elevación a la verdad, este vivir en Dios a la sombra de Dios, e investigar la profundidad simbólica de la idea del *Bien* a través de un estudio de la obra de Mann que hace centro en uno de sus personajes: Hanno Buddenbrook, el protagonista final de *Los Buddenbrook*, la primera gran novela del autor. El arco temporal que separa al postrer representante de los Buddenbrook de sus ascendientes fundadores de la saga será estudiado aquí a la luz de algunos motivos de la filosofía de Max Weber que esta novela articula de modo muy personal al tiempo que extrañamente fiel (aunque en honor a la formación,

⁵ Para el análisis del concepto de justificación como uno de los rendimientos principales de los relatos míticos según la filosofía del romanticismo alemán, véase Frank, MANFRED, *Kaltes Herz, Unendliche Fahrt, Neue Mythologie*, Suhrkamp, Frankfurt, 1989. Véase *Nueva Mitología*, traducción incluida en ORTIZ-OSÉS, A., y LANCEROS, P., directores, *Diccionario de Hermenéutica*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1997, pp. 578-86. También su libro: *Der Kommende Gott*, Suhrkamp, Frankfurt, 1982.

⁶ MANN, Thomas, *supra*, p. 243.

pretensiones, método de trabajo, y, sobre todo, a los logros de Mann sería ilegítimo, y extravagante, querer dar a entender que éste se propuso hacer de una sola de sus novelas una relectura o reelaboración de las tesis defendidas por Weber). Nos fijaremos particularmente en el concepto de *vocación* desarrollado en sus dos conferencias, *Politik als Beruf* (Política como vocación) y *Wissenschaft als Beruf*⁷ (Ciencia como vocación), y en el concepto de *ascesis*, profusamente analizado a raíz de sus investigaciones acerca de la religiosidad protestante y que le ocupa en su obra más conocida *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*.

Como en el caso de Franz Kafka, Thomas Mann plantea el problema de la vocación al respecto de cada uno de los miembros de la estirpe Buddenbrook y lo hace con profundos y demoledores intereses dramáticos. Pero bajo estos intereses operan indisimuladamente otros que, sin contravenir los anteriores, antes al contrario reforzándolos, fundándolos, pueden interpretarse como afines a la investigación weberiana acerca de los dos motivos citados. Es indudable que una mirada pronta dirigida hacia los dos pensadores traería a primer plano una cierta contradicción: si el término *desencantamiento* (*Entzauberung*) ha hecho fortuna en los más variados foros de debate sociocultural ello es debido a la penetración y justedad de las investigaciones que sobre el tema realizó Max Weber, algunas de las cuales comportan el sello de lo definitivo; si, por su parte, cuestionáramos a cualquier conocedor de los avatares

⁷ WEBER, Max, «Wissenschaft als Beruf 1917/1919, Politik als Beruf 1919», en *Max Weber Gesamt Ausgabe*, Abteilung I: Schriften und Reden, vol. 17 (Wolfgang J. Mommsen y Wolfgang Schluchter, editores, en colaboración con Birgitt Morgenbrod), Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1992. En la nota número 50 de la página 14 de este volumen encontramos una referencia directa a Thomas Mann, que recogemos a continuación: *A la contraposición, tan usual en la época, entre cultura alemana y civilización occidental, entre el espíritu (Seele) alemán y el intelecto (Intelekt) occidental, entre la gravedad (Tiefe) alemana y la ligereza (Oberflächlichkeit) occidental, entre la música y la (vacua) literatura, a esta distinción le ha proporcionado posteriormente Thomas Mann una expresión clásica*. La nota nos recuerda además cómo las *Consideraciones de un apolítico*, antes de aparecer íntegras en 1918, fueron publicadas fragmentariamente desde dos años antes en diversos periódicos y revistas, entre ellos, las *Münchener Neuesten Nachrichten*, un medio de publicación igualmente apreciado por Max Weber. Las afinidades entre Mann y Weber encuentran un curioso terreno de manifestación en aquel punto de sus respectivas obras en que se reflejan las tensas relaciones intelectuales en el interior de sus propias familias: Thomas Mann incluyó a su hermano Heinrich bajo la categoría de *Literatos de Civilización*, y aún se puede sospechar que la expresión fuera creada *ad hoc* para responder intelectualmente a su hermano por su panegírica actitud frente a la república francesa, Max Weber, por su parte, arbitró el concepto de *Erlebnisliteraten* (*Literatos de la vivencia*) para mentar a su hermano Alfred, sobre el que volvemos en la siguiente nota.

literarios del siglo XX acerca de la relevancia del término *encantamiento*, raro sería que el nombre de Thomas Mann no saliera a la palestra y su *Zauberberg* (*Montaña encantada*) no sirviera como ejemplo. Esto lo descubriría cualquier mirada mínimamente avisada y podría funcionar como punto de partida legítimo para cualquier investigación sobre ambos autores. El científico-profeta del desencantamiento y el literatomo del encantamiento, coetáneos, herederos de un mismo pasado sociocultural y protagonistas en el agitado mundo de la creación artística y científica alemana de las dos primeras décadas del siglo, trabajaron en las mismas fechas (*Los Buddenbrook* y *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* se publicaron ambos en 1901), en ocasiones sobre motivos idénticos y casi siempre animados por un mismo impulso teórico, ahora que empleando cada cual herramientas de investigación y medios de expresión nítidamente diferenciados. Es evidente que las diferencias entre ambos pensadores quedarían pobremente explicadas si las refiriésemos exclusivamente a lo metodológico y no es menos verdad que ambos se cuidaron, con cierto escrúpulo intelectual, en conservarse *en paralelo* frente al otro, salvando cortésmente las distancias hasta en el terreno de lo personal⁸.

⁸ De hecho, sus escasos encuentros personales tienen lugar en relajadas reuniones mundanas, por ejemplo, a los cafés en la celebración de la boda de Eva y Klaus Hauptmann, el 9 de noviembre de 1919, o, también de sobremesa, en la reunión del 28 de diciembre del mismo año en casa del Consejero de Justicia Max Bernstein, en que, departiendo acerca de temas diversos, Weber polemizó brillantemente contra las tesis de Oswald Spengler. Es especialmente relevante la entrada del diario de Thomas Mann con fecha de 21-1-1920. En ella Mann da cuenta de una noticia que le llega a través de su hija Erika: Max Weber ha hablado contra Arco en la universidad de Munich, siendo abucheado escandalosamente por los alumnos. Se requirió incluso la presencia del rector. *La convicción nacional-antirevolucionaria de los estudiantes me conforta profundamente*, dice Thomas Mann al oír la noticia. Téngase en cuenta que el polémico trasfondo de este «desencuentro» entre Mann y Weber lo constituye la figura del Conde Anton de Arco auf Valley (1897-1945), teniente de la reserva, miembro de la hermandad Katholische Bayerische Studenten (estudiantes bávaros católicos), que disparó el 21.2.1919, en plena calle, al primer ministro (*Ministerpräsident*) Kurt Eisner (activista en consejos de trabajadores, Eisner fue quien estableció las bases para el establecimiento de la república del estado libre de Baviera el 8-11-1918, también ejerció como escritor, crítico teatral, etc.), cuando éste iba camino de la sesión de apertura del recién electo parlamento regional, con la intención precisamente de presentar su dimisión ante una cámara en la que su partido, el Partido Socialdemócrata Independiente, sólo había conseguido 3 de los 180 escaños en las elecciones de enero de ese mismo año. Las palabras escritas en el diario de Mann con fecha de 22-6-20 son también sintomáticas de la frialdad y distancia que mediaron entre Mann y Max Weber: al aire de una reseña de una reunión entre amigos, escribe Mann, *Charla en torno al libro de M. sobre Bismarck y «Fiorenza», sobre el profesar Max Weber, muerto muy joven. Buen vino, un gran Mosela, chispeante*. Curiosamente, la relación con el hermano de Max Weber, Alfred, fue más estrecha. Alfred Weber (1868-1958), fue profesor en Heidelberg desde 1907, donde

De todos modos este trabajo no persigue un estudio comparativo de Weber y Mann. Y tampoco es nuestra intención polemizar acerca de la supuesta *Buddenbrookización* del primero⁹ o la posible *Weberización* de la novela del segundo sino seguir el destino literario del personaje de Hanno Buddenbrook a la luz de una hipótesis que remite a motivos fundamentales en la investigación weberiana. La hipótesis, inevitablemente ramificada en otras de menor alcance, podría resumirse del modo siguiente: entenderemos por **vocación** un modo de ascetismo orientado a la **justificación** de la existencia y dirigido a la constitución y modelado de un nuevo **yo** que se moviliza en orden a un valor último¹⁰; la obra de Thomas Mann pone en escena un relevo del ámbito de intervención humana sujeto a la vocación: éste se desplaza de la esfera del tráfico comercial a la esfera del arte, y, sustantivamente, de la música.

Thomas Mann le conoció personalmente en 1921. Alfred fue el autor de obras que Mann cita a menudo en sus diarios, aunque le merecieran juicios dispares, entre ellas: *Die Krise des modernen Staatsgedankens, Kulturgeschichte als Kulturosoziologie, Abschied von der bisherigen Geschichte y Religion und Kultur*. Como dato anecdótico diremos también que la relación entre los Weber y los Mann continuó en la siguiente generación. Efectivamente, Max Weber-Schäfer, estudiante de física en los primeros treinta, era hijo del matrimonio formado por un arquitecto caído en la primera Guerra Mundial y la hermana de Max y Alfred Weber. El joven Max fue adoptado por su homónimo, y tío, Max Weber. Pues bien, el hijo de Thomas Mann, Golo, contó siempre al sobrino protegido de Weber entre sus más íntimas amistades *Heidelbergensis*. Véanse MANN, Thomas, *Tagebücher*, Frankfurt am Main, S. Fischer, 1977-95, sobre Max Weber, especialmente el vol. *Tagebücher 1918-1921*, Frankfurt am Main, Fischer, 1979, pp. 57, 259, 317, 352, 370, 448.

⁹ Tesis que defendió Georg Lukács, dejándose seducir quizás por la literalidad de algunos pasajes de las *Consideraciones de un apolítico*, en especial éste que aquí se recoge: *Atribuyo alguna importancia a la constatación de que he sentido e inventado completamente por iniciativa propia, sin lectura alguna, por comprensión directa, la idea de que el hombre de trabajo capitalista moderno, el «bourgeois» con su «idea ascética» del deber profesional, es una criatura de la ética protestante, del puritanismo y del calvinismo, y sólo a posteriori, poco tiempo atrás, he advertido que esa misma idea había sido simultáneamente pensada y expresada por pensadores eruditos. Max Weber en Heidelberg, y tras él Ernst Troeltsch, trataron acerca de «la ética protestante y el espíritu del capitalismo», y esta idea se halla llevada a su mayor expresión en la obra «Der Bourgeois», de Werner Sombart, aparecida en 1913, la cual interpreta al empresario capitalista como síntesis del héroe, del comerciante y del burgués. Tiene razón en sumo grado, cosa que se desprende del hecho de que yo había plasmado su teoría doce años antes de que él la formulase, en mi carácter de novelista; ello suponiendo que la figura de Thomas Buddenbrook, la encarnación anticipatoria de su hipótesis, no haya tenido influencia alguna sobre el pensamiento de Sombart.* Ver MANN, Thomas, *Consideraciones de un apolítico*, Barcelona, Grijalbo, 1978, pp. 164-65.

¹⁰ Esta definición está inspirada en la obra de GOLDMAN, Harvey, *Max Weber and Thomas Mann. Calling and the Shaping of the Self*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles-Londres, 1988. Se trata de una referencia indiscutible para el tema que nos ocupa, por lo que volveremos sobre ella a lo largo de nuestro trabajo. En adelante citada como GOLDMAN, número de página.

Hanno Buddenbrook representa la fase primordial de ese relevo, de igual manera que Adrián Leverkühn habrá de encarnar medio siglo más tarde su fase terminal. La existencia del primero supone el anuncio de la definitiva transfiguración de la esfera profesional en que se manifiesta la vocación, transfiguración operada por el debilitamiento progresivo de la respuesta personal de sus antecesores a la vocación comercial que les interpelaba (por este motivo, la figura de Hanno será la protagonista de nuestro discurso, pero de un modo descentrado ya que el estudio de la personalidad de sus ancestros y, principalmente, de la de su padre el senador Thomas Buddenbrook, nos aportará tanto o más sobre el último varón de la familia que el tratamiento directo de su papel en la novela). Ocurre, sin embargo, que la inclinación musical del joven Hanno es aún antes el síntoma postrero de la ineluctable agonía de la saga de los Buddenbrook que una sólida predisposición a responder personal y adecuadamente a la vocación de la música. La muerte del adolescente contraviene exactamente la idea religiosa del sacrificio: en lugar de ofrecer su vida en reconocimiento de un Dios, su desaparición certifica que la estirpe que lo alumbró se ha alejado sin remedio de la divinidad.

Adrián Leverkühn es el representante terminal de aquel relevo. Su camino no contempla retorno posible: él habrá de responder a la vocación musical bajo las diabólicas condiciones que implica su calidad de moderno Fausto. El personaje de Leverkühn nos habrá de ocupar, sin embargo, en un trabajo posterior pues excede con mucho los límites del presente una investigación que intente mostrar cómo aquellas condiciones (propias de los manejos de un Mefistófeles al que ya no concierne la optimista concepción goethiana de la Providencia) revelan profundas concomitancias entre el destino de Leverkühn y la experiencia ética apoyada en los fundamentos religiosos que animaban a la ascesis profesional protestante, tal como es estudiada por Weber en sus diversas manifestaciones. Concomitancias que, sin embargo, habrán de ser interpretadas casi siempre «en negativo», sensibles como son a un tiempo, el siglo XX, profundamente desespiritualizado, en el que el desenvolvimiento profesional se ha descargado de cualquier interés ultraterreno de salvación, y del que también podría decirse que tiene el *corazón seco*.

I. HANNO BUDDENBROOK

Lübeck, lugar de nacimiento de Thomas Mann, localización sin nombre en la novela *Los Buddenbrook*, fue una de esas ciudades norteyuropeas sede de las virtudes ascéticas de una burguesía dedicada al lucro racional. La saga de *Los Buddenbrook* explota literariamente el

modelado específicamente urbano de las virtudes y su constitución característicamente burguesa en el seno del desenvolvimiento profesional. El siglo de los Buddenbrook es el XIX pero, aunque el tiempo narrado (*Erzählte Zeit*)¹¹ alcance desde 1835 (comienzo de la narración) hasta 1877 (muerte del joven Hanno), sus raíces temporales hay que buscarlas en la segunda mitad del siglo XVIII, concretamente en 1768, año en que la firma comercial de la familia fue fundada por el padre del viejo Johann Buddenbrook. Sin embargo, no está de más atender a la genealogía, escrupulosamente delineada en el diario familiar, que refería mucho más atrás, hasta el siglo XVI, tiempo en que echó a andar la estirpe de los Buddenbrook. Resulta difícil creer que la ancestral indicación acerca del origen no obedezca más que a la casualidad: *a fines del siglo XVI, un Buddenbrook, el primero que registran las crónicas...* No puede ser casualidad que aquel siglo fuera el de la expansión transoceánica del comercio, el tiempo en que el grano comenzó a importarse a gran escala desde el Báltico hasta los Países Bajos y, desde allí, al resto de Europa, en que las asociaciones temporales como forma de organización primordial entre comerciantes dejaron expedito el camino a las grandes empresas creadas por el Estado pero poseídas y gestionadas por manos privadas, el siglo en que la Liga Hanseática comenzó a tambalearse debido a las crecientes fricciones con Inglaterra y se «dispuso» a sobrevivir a duras penas dos hechos traumáticos inminentes: la Guerra de los Treinta Años y la sensible merma en sus potencias al quedar exclusivamente formada por las ciudades de Lübeck, Bremen y Hamburgo. El siglo del primer Buddenbrook es, también y sobre todo, el siglo de Lutero y de Calvino. El siglo de la reforma protestante.

No sería descabellado afirmar que el siglo XVI es el telón de fondo histórico contra el que se recortan en última instancia las acciones y los pensamientos de todos los protagonistas de la saga. Mann se cuida de no desviar la atención del lector hacia ese contexto remoto y se limita a dar en una pincelada muy leve lo que bien pudiera interpretarse como el terreno en que crece la raíz más profunda de la conciencia religiosa y profesional de todos sus personajes. De todas formas, el lector de *Los Buddenbrook* tiene al ultimar la novela la sensación de que el universo temporal recorrido por su imaginación es más vasto de lo que le indica la literalidad de las fechas a que se sujeta la acción novelesca. ¿De 1835

¹¹ La distinción entre *Erzählzeit* (tiempo narrativo) y *erzählte Zeit* (tiempo narrado) es imprescindible para cualquier hermenéutica literaria. El control sobre los rendimientos dramáticos y filosóficos del empleo literario de esta distinción es una de las estrategias de que se vale Mann, con plena consciencia acerca de los medios y vasta penetración de sus fines posibles, para sostener su monumental edificio novelesco.

a 1877?: el lector duda entre remitir esa sensación de cósmica vastedad temporal ya a la *fatalidad*, a cuya luz extraordinaria son expuestos, con un dramático sentido de la acumulación, sucesos que, bien mirados, son perfectamente ordinarios, ya al poder *mitificador* de la narrativa de Mann, poder por el cual la travesía vital de las cuatro generaciones protagonistas de la novela cobra el espesor temporal propio de los relatos míticos no obstante la ineludible contextualización histórica del relato y la inalienable densidad psicológica de cada uno de los personajes.

Los Buddenbrook provoca en el lector un vértigo que es efecto específico de la ficción artística: el trastorno del sentido del equilibrio temporal. El impacto que genera el decurso familiar no es traducible recurriendo a la fraseología de la común experiencia y sabiduría del tiempo ni puede ser vertido a la misma conciencia temporal que nos sirve para discriminar entre hechos según la lógica causa/efecto. *Los Buddenbrook* tiene mucho de *Cosmogonía* porque es literatura preocupada del nacimiento y, sobre todo, evolución de un universo familiar y socio-cultural. Sin embargo, difícilmente podrá interpretarse la novela como un *mito del origen*. El tiempo que transcurre desde aquel remoto siglo XVI hasta 1835, fecha en que la narración principia, se constituye en un pasado relativamente manso y amable, en todo caso escasamente problemático, frente al que la memoria de los Buddenbrook del XIX reacciona con naturalidad paulino-luterana: *así es lo que así hubo de ser*.

En cambio, estas cuatro décadas, objeto de atención de la diégesis, convulsionan los recuerdos, polemizan con un pasado erigido en juez mudo. Son cuatro décadas en que la personalidad de alguno de los miembros principales de la saga se abisma, como veremos, ante el peso de lo ordinario: incapaz de arrostrarlo siente cómo la confusión, el abatimiento, la duda, y una dolorosa entrega a la contemplación ocupan el lugar en que debían mandar la lucidez, la bienandanza, la claridad y el confortador impulso a la acción.

Los Buddenbrook es en realidad un moderno mito escatológico, sensible al ineluctable avance de las fuerzas oscuras, la novela es un relato de la entrada de la muerte en el mundo. Cuando la muerte desvía el curso preestablecido de los acontecimientos y liquida las expectativas de vida futura sembrando duda e inestabilidad, entonces, la muerte no concierne ya naturalmente al tiempo de la estirpe sino para darla fin absolutamente. Los mitos del fin del mundo, productos habituales de tradiciones urbanas, cuentan cómo la muerte finalmente se resiste a dejarse enrasar con el orden burgués, cómo rehúye todo afán de ordenación y asimilación ritual: ya no puntúa el trasiego generacional ni consagra traspaso ninguno de bienes y poderes sino que supone la intervención de un ser divino moral que destruye su propia creación.

La muerte entra en el mundo llamada por un accidente, por el olvido de una enseñanza que instruía decisivamente acerca del orden humano o por el exceso de los límites del conocimiento. Todos estos motivos están presentes en *Los Buddenbrook*. Ahora bien, están imbricados con el motivo central de la *vocación*. Estudiaremos a continuación cómo el *mito del fin* se articula a partir de las diferentes respuestas personales que las sucesivas generaciones dan a la *vocación* comercial y de qué manera Mann asocia la entrada de la muerte con la irrupción de la música en aquel universo extraño hasta entonces a tales veleidades artísticas. En realidad se trata de algo más que de una simple asociación. El joven Hanno, último varón de la estirpe, es el postrer protagonista del *mito del fin* y, por ello, el personaje cuya muerte cobra un mayor espesor simbólico. Su inclinación artística hacia la música, hija de la ascendencia femenina sobre su persona, refleja el quebranto de una voluntad huidiza incapaz de forjarse una personalidad bajo el sello de una *vocación*. En la música la muerte se anuncia aniquilando el tiempo de la saga: el desplazamiento de la esfera profesional a que interpela la *vocación* desde el ámbito comercial hasta el ámbito artístico se queda a las puertas de su realización, como un proceso abierto e inconcluso. La *metamorfosis de la vocación* se anuncia; pero su anuncio es insuficiente para detener el exterminio, antes al contrario, le allana el camino. Hanno es un ser imposible de ganar para la vida de los negocios, tampoco posee, en cambio, la fuerza que le faculta para responder personalmente a la *vocación* del arte musical. Su vida es un ofrecimiento a ese *mito del fin del mundo* para que éste pueda representar la ceremonia de clausura de uno de los ciclos de la vida: el que tenía por centro el apellido Buddenbrook. Examinemos todo este proceso con detalle.

Los Buddenbrook y el espíritu del capitalismo: tres precisiones en torno a la afinidad entre los Buddenbrook y la investigación Weberiana

Es fácil comunicar los universos de Thomas Mann y Max Weber por medio de dos palabras clave: *capitalismo* y *protestantismo*. Hay otras que alcanzan más lejos (propongo, por ejemplo, *vocación*, *desencantamiento*, *secularización*, *contienda de los dioses*, *demonio*... sobre alguna de las cuales volveremos en este trabajo); pero quizás ninguna de ellas aviva tan inmediatamente los resortes de la comparación: el título *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* anuncia con claridad meridiana cuáles son los intereses de Weber, intereses a los que

Los Buddenbrook consagra la figura del *bourgeois*, el moderno hombre de negocios cuya vida se ordena racionalmente al servicio del deber profesional. La novela de Mann enseña cómo se puede hablar de *ascesis* sólo en la medida en que aquel ordenamiento responde con la *propia vida* del individuo a la *vocación* del trabajo comercial. Aquí reside la semilla ética del nuevo *espíritu del capitalismo* que se asocia a la reforma protestante.

Sin embargo, esta vía de acceso a Weber desde *Los Buddenbrook* —y viceversa— dista mucho de estar libre de obstáculos y polémicas. Cuando el análisis del concepto *espíritu del capitalismo* se erige en guía de la comparación entre ambos autores, las mistificaciones amenazan cada página. Lo mismo podría decirse al respecto de la interpretación de aquel *espíritu* como criatura de determinadas sectas reformadas. Acerca de estos impulsos comparativos, en ocasiones ciegos, conviene hacer algunas precisiones.

a) Max Weber no afirma en ningún caso que el *espíritu del capitalismo* sea criatura de ciertas vivencias éticas propias de determinada religiosidad protestante. En realidad no adquiere más compromisos que los derivados de investigar de qué modo y hasta qué punto determinadas experiencias éticas asociadas a diversas manifestaciones del protestantismo ascético influyeron en la constitución de un tal *espíritu del capitalismo* y demostraron una *afinidad electiva*¹² con un nuevo modelo de desenvolvimiento profesional enfrentado al tradicionalismo (precapitalista en un sentido netamente capitalista)¹³.

¹² La expresión técnicamente más ajustada a esta afinidad entre protestantismo/espíritu del capitalismo sería la de *isomorfismo estructural*.

¹³ Este matiz es en ocasiones olvidado por algunos intérpretes que, bien con intenciones críticas, bien con ánimo panegírico, imputan a Weber un compromiso mayor del que él tan nítidamente asume. Estas palabras polemizan a partes iguales con la interpretación marxista de la Reforma protestante y con la comprensión exclusivamente ética del capitalismo: *Para ello conviene emanciparse de aquella concepción que pretendería explicar la Reforma como debida a una «necesidad de la evolución histórica», deduciéndola de determinadas transformaciones de orden económico. (...) Pero no menos absurdo sería defender la tesis doctrinaria según la cual el «espíritu capitalista» (...) sólo habría podido nacer por influencia de la Reforma, con lo que el capitalismo sería un producto de la misma. En primer término, hay formas importantes de economía capitalista que son notoriamente anteriores a la reforma, y ya este hecho desmiente aquella tesis. Lo que es menester señalar es si y hasta qué punto han participado influencias religiosas en los matices y la expansión cuantitativa de aquel «espíritu» sobre el mundo y qué aspectos concretos de la civilización capitalista se deben a ellas.* WEBER, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Barcelona, Península, 1995, pp. 106-7. El subrayado es nuestro. (En adelante citado como EP, número de página).

b) Al intentar comunicar a Mann y Weber resulta peligroso leer acríticamente *Los Buddenbrook* y hacer de ella pasto favorable a las discriminaciones del Weber de *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Es cierto que en ambas obras se investiga un relevo en la mentalidad que anima el desempeño profesional. En *Los Buddenbrook* ese relevo se nos da temporalmente a lo largo de distintas etapas, aunque es más fructífero su estudio por *escenas*: existe un relevo que afecta interiormente a la saga de los Buddenbrook y está escenificado por el salto de dos generaciones, desde el patriarca Johann hasta el senador Thomas Buddenbrook. Las palabras que el cónsul, padre de éste e hijo de aquél, dirige a su futuro sucesor ponen sobre el tapete todas sus dudas e inseguridades ante ese relevo en el interior de la razón social *Johann Buddenbrook*:

«Refiriéndome a tus planes comerciales para el futuro, hijo mío, me alegran por el vivo interés que revelan, aunque no coinciden con mi modo de ver. Partes del principio de que la exportación de los productos naturales del radio de tu ciudad natal, (...) deben constituir el más firme de los negocios de tu tierra y opinas que te puedes dedicar a ello sin contar las operaciones en depósito. En una época en que la competencia en esta rama de negocio era todavía mínima (y ha crecido considerablemente), también la puse en práctica como un experimento, (...) pero me convencí del peligroso carácter que representaban las operaciones de exportación y a causa de ello renuncié a mis proyectos en lo sucesivo, y desde entonces vengo ateniéndome al consejo que nos ha legado nuestro predecesor, el fundador de la casa: “Hijo mío, atiende con ánimo a los negocios durante el día, pero no hagas más que aquéllos que no puedan quitarte el sueño por la noche”. Este lema es el que pienso seguir hasta el último día de mi vida, si bien tenga uno dudas, alguna vez, a la vista de gentes que, sin seguir estos principios, progresan, al menos en apariencia, más que nosotros.»¹⁴

Estas últimas palabras remiten a la otra escena en que acontece el relevo de mentalidad profesional: externamente a la saga Buddenbrook, entre ésta y los Hagenström. Un auténtico y desgarrador relevo de bienes y poderes simbolizado por el traspaso del *domus*, la gran mansión que erigiera Thomas Buddenbrook para certificar su patriciado. De hecho, los Hagenström son los representantes de esa burguesía rampante que a finales del siglo XIX se conducía en el mundo de los negocios a fuerza de golpes de astucia y considerable falta de escrúpulos. La emergencia de esta clase plebeya remozada por medio del dinero es interpretada en el universo de *Los Buddenbrook* como evidencia del irrefrenable proceso

¹⁴ MANN, Thomas, *Los Buddenbrook*, Barcelona, Plaza y Janés, 1996, pp. 183-84. (En adelante BUDD. y número de página).

de desespiritualización que convierte el mundo de los negocios en campo propicio para el aniquilamiento de toda prima ultraterrena de salvación. El *auri sacra fames* (anterior, de hecho, a la implantación del modelo económico capitalista) era ahora nueva y descaradamente vivificada por la inmoderación de la actividad profesional. «Desancorar» la organización del trabajo, arrancar del universo ético aquel impulso que llevaba a hacer del *enriquecimiento* una *profesión...* eso es lo que las últimas generaciones de Buddenbrook veían con ambiguos sentimientos: les dolía sospechar siquiera que los Hagenström pudieran estar haciendo justicia a los nuevos tiempos mejor que ellos mismos *precisamente* en aquella ciudad y en aquel ámbito sociocultural.

c) El relevo de «mentalidad profesional» en *Los Buddenbrook* puede ser enunciado con estas o parecidas palabras. Las consideraciones que realiza Max Weber acerca de la ética protestante arrojan sobre la novela de Mann una luz que descubre, sin embargo, ciertas ambigüedades que marcan las distancias entre la consistencia argumental del sociólogo y la hilaza dramática del poeta. Weber persigue aquella mentalidad de la que nació, como fenómeno de masas, el *espíritu* específicamente moderno del capitalismo¹⁵. Su discurso enfrenta este *espíritu* con el tradicionalismo económico. Tradicionalista es aquella mentalidad económica que se guía por el siguiente principio: *ganar lo necesario para seguir viviendo, pura y simplemente, como siempre se ha vivido*. Efectivamente, el nuevo *espíritu* descubre en tal criterio un obstáculo difícil de salvar. Lo que Weber observa con tino es cómo determinada fe religiosa predispone la más favorable coyuntura para la superación de la parsimonia y conservadurismo tradicionalista: cuando la capacidad de concentración del pensamiento se aúna con la actitud rigurosamente fundamental de sentirse *obligado al trabajo*¹⁶, cuando se da un estrecho maridaje entre el cálculo de la ganancia, un austero dominio de sí mismo y una moderación que acrecienta la capacidad de rendimiento en el trabajo, entonces, *es prácticamente posible la consideración del trabajo como fin en sí como «profesión» que es lo que el capitalismo exige*¹⁷.

Resulta tentador aplicar este conflicto entre *tradicionalismo/espíritu del capitalismo* a aquel relevo de que se ocupa *Los Buddenbrook*. Sin embargo, hay que ser escrupulosos con la historia. *Los Buddenbrook* presenta en un estado muy avanzado, *terminal* estaríamos por decir, aquel proceso de la historia económica específicamente occidental que

¹⁵ Ver EP, 56 ss.

¹⁶ Cotéjese esta relación de condiciones favorables al *espíritu del capitalismo* con EP, 62.

¹⁷ *Ibidem*.

llevó al éxito el nuevo *espíritu del capitalismo*. Recordemos que la saga de los Buddenbrook concluye, narrativa y «físicamente», el año 1877. Reviste, por lo tanto, mayor trascendencia de la que aparenta la siguiente cita de *La ética protestante...*

«(...) por lo general, en los albores de la nueva época, no fueron única ni siquiera preponderantemente los empresarios capitalistas del patriciado comercial, sino más bien las capas más audaces de la clase media industrial las representantes de aquella mentalidad que llamamos “espíritu del capitalismo”. Y en el siglo XIX (*el siglo de los Buddenbrook*), sus representantes clásicos no son los nobles gentlemen de Liverpool o de Hamburgo (*ciudad hermana de Lübeck*, y *de la no nombrada de la novela de Mann*) con el patrimonio comercial heredado de sus antepasados, sino los parvenus de Manchester, de Renania y de Westfalia, procedentes de las más modestas capas sociales. Pero ya en el siglo XVI (*el siglo del primer Buddenbrook*) ocurría lo propio: las nuevas industrias entonces nacidas fueron creadas por los parvenus.»¹⁸

Efectivamente, lo que interesa averiguar es hasta qué punto el desenvolvimiento profesional de las diferentes generaciones de Buddenbrooks permite discriminar entre **forma de empresa capitalista** y **espíritu capitalista**. Es evidente que la actividad económica de la firma *Johann Buddenbrook* sólo puede ser ejercida bajo la **forma** de empresa capitalista, pero, ¿el **espíritu** que anima su dirección ha abandonado completamente la parsimonia tradicionalista? Aquel sastre de Rostock, que, como arrojado ancestro, es mentado a lo largo de la novela por alguno de sus modernos epígonos, puede ser considerado como uno de esos *parvenus* de que habla Weber. Los Buddenbrook protagonistas de la novela son patricios del siglo XIX, nobles *gentlemen*, miembros de la aristocracia del capital, que, frente al empuje de la nueva burguesía sin escrúpulos, arribista y *desencantada*, representada por los Hagenström, se sienten igual de desplazados que se debieron de sentir los nobles feudales, aristócratas de la tierra y de la sangre, ante el arrojado de aquel primer Buddenbrook del siglo XVI.

Es cierto que el lema que grabó el anciano Buddenbrook en el frontispicio del diario generacional: *atiende con ánimo a los negocios durante el día, pero no hagas más que aquellos que no puedan quitarte el sueño por la noche*, es fácilmente interpretable como signo del conservadurismo latente en la actividad económica de la saga. Sin embargo, esto no basta para tachar de tradicionalista a aquella actividad. En realidad, se incurriría

¹⁸ EP, pp. 64-65.

en un error si se quisiera interpretar el conflicto Buddenbrook/Hagenström como ejemplo del derrumbe de la vieja guardia tradicionalista ante el empuje de las nuevas fuerzas económicas animadas por el *espíritu del capitalismo*. Thomas Mann dibuja un mapa económico algo más denso y complejo. Johann Buddenbrook, el miembro más anciano de la familia de entre los que aparecen en la novela encarna, de hecho, y con inusitado vigor, el nuevo *espíritu del capitalismo*. El encarna esas cualidades éticas que son específicas del nuevo *espíritu*: no se trata de una *forma* de organización empresarial, sino de un *ethos*; no tiene que ver con la osadía y la falta de escrúpulos sino con un sentido del riesgo en realidad cercano a la perseverancia; no es propio de naturalezas aventureras antes bien sobrias, moderadas, prudentes. Todo esto significa entrega plena y devota a unos principios *rígidamente burgueses*¹⁹.

Mann y Weber son sensibles a un mismo proceso de decadencia, sus talentos no se ordenan con tanta fuerza e inspiración al análisis de la implosión o derrumbe de la parsimonia tradicionalista como al estudio del desgarrador proceso que supuso el declive, la secularización y el desencantamiento de aquel espíritu que libró batalla contra el conservadurismo económico. De hecho, el cabeza de familia de los Hagenström dista de ser el *tipo ideal* de empresario capitalista que Weber dibujó al trazo en este pasaje de su obra *La ética protestante...*

«los que van a parar al puerto de la riqueza fideicomisaria y de la nobleza otorgada, con hijos cuya conducta en la Universidad o en el Ejército trata de hacer olvidar su origen, como frecuentemente ha ocurrido en tantas familias de advenedizos del capitalismo alemán, constituyen un producto epigonal de decadencia. El “tipo ideal” de empresario capitalista (...) nada tiene que ver con este tipo vulgar o afinado de richón. Aquél, aborrece la ostentación, el lujo inútil y el goce consciente de su poder; le repugna aceptar los signos externos del respeto social de que disfruta, porque le son incómodos. Su comportamiento presenta más bien rasgos ascéticos (...). Y, sobre todo, no es raro sino muy frecuente, hallar en él un grado de modestia mucho más sincera que la reserva tan prudentemente recomendada por Benjamín Franklin. “Nada” de su riqueza lo tiene para su persona; sólo posee el sentimiento irracional de “cumplir bienamente en su profesión”.»

Olvidémosnos, si se quiere, de establecer nítidas diferencias entre Buddenbrook y Hagenström por lo que se refiere a la aceptación de los signos externos del respeto social de que disfrutaban. También los Buddenbrook se

¹⁹ Ver EP, pp. 69-70.

desviven por promover a uno de sus miembros entre la oligarquía senatorial de la ciudad y confían en que el reclutamiento plutocrático de las capas políticamente dirigentes de su ciudad les favorezca personalmente²⁰. Es evidente que no se trata tan sólo de que el acceso a la clase políticamente dominante les permita utilizar su dominación política para sus intereses económicos privados, hay también algo acaso más importante para ellos: en la medida en que los protagonistas de *Los Buddenbrook* interpretan la vida política como reflejo del estatuto socioeconómico, están cifrando todas sus esperanzas de supervivencia en su incorporación a la plutocracia ciudadana. No quieren reconocer que lo que políticamente fue una vez reflejo adecuado de su poder económico, un día se convierte en un espejismo, en el brillo de una estrella ya extinta. El poder político se transforma en una ilusión incapaz de sustituir a la influencia del dinero.

Sin duda, la aceptación de los signos externos de respetabilidad social tiene mucho que ver con la idea de *legitimidad del capital*. Aquí las diferencias entre uno y otro origen, entre uno y otro *ethos*, se afinan. En términos particularmente relevantes se dirige Thomas Buddenbrook a su hermana Tony (muy interesantemente caracterizada como una mujer de la que se podría decir que era de una grosera altivez si no se condujera en realidad en atención a una conciencia de clase desenvuelta en un patológico infantilismo femenino: ha pagado, desgracia tras desgracia, con su propia vida el importe afectivo del declive de la familia pero se niega a ver en ello señal indicativa de nada que no sea una irritante amenaza de advenedizos; ella es la auténtica protagonista femenina de la novela y contrapunto neurótico de la moderación y discreción, aun en sus acepciones más hipócritas, que rige el universo masculino) se dirige a su hermana, decimos, en estos términos acerca del interés de los Hagenström por su nueva y espléndida mansión:

«Han ido encumbrándose, la familia crece, se han emparentado con los Möllendorf, y en prestigio y riquezas están al nivel de los primeros. Pero les falta algo, algo exterior, algo de que han venido careciendo hasta el presente, supliéndolo a fuerza de aplomo y despreocupación... Les falta la consagración histórica, la legítima, por decirlo así... Ahora parece que le han tomado gusto y quieren procurársela; por ello empiezan adquiriendo una casa como ésta...»

Y sigue con unas palabras que afectan directamente a nuestros intereses y dan con la clave de aquel encantamiento o consagración que

²⁰ Véase la citada conferencia *Política como vocación*, traducida en WEBER, Max, *El político y el científico*, Madrid, Alianza, 1996, pp. 98-9.

media entre el orden económico de actividad material y el orden ético de salvación espiritual:

«¡Oh, puedes estar tranquila, el cónsul (*en referencia al señor Hagenström*) procurará conservar aquí todo lo posible, no derribar nada; incluso dejará sobre la puerta el **Dominus Providebit**, a pesar de que, en justicia, es preciso reconocer que no ha sido el Señor, sino él sólo quien ha llevado a la razón social “Strunck & Hagenström” a sus actuales alturas...!»

En este caso la caprichosa altivez de Tony, su desfachatado escrupulo de casta más que de clase, es más sensible al curso del destino familiar: poner el *domus* en otras manos, y precisamente en *aquéllas*, no es ninguna *extraña ironía de la suerte*, como dice Thomas; se trata de que *los Buddenbrook han fracasado definitivamente y se retiran, mientras los Hagenström ocupan su lugar a son de bombo y platillos*. Y lo que se retira es, en realidad aquella moderación y fortaleza de ánimo con que se revistió el fundador de la firma *Johann Buddenbrook*, acosada y debilitada por mil fantasmas interiores. Los Hagenström no suponen una amenaza mayor que la pérdida de consistencia moral, el progresivo ensimismamiento y el sucesivo abandono a un talante contemplativo y reflexivo de que hacen gala los epígonos de la saga de los Buddenbrook. Todo ello, además, en el tiempo (fines del siglo XIX) en que se había cortado definitivamente el cordón umbilical que unía hasta entonces el comportamiento práctico «crematístico» y una determinada «concepción unitaria del mundo», es decir, la época en que el capitalismo empezó a funcionar como una fuerza ciega que no necesitaba de asideros religiosos para imponerse.

Es verdad que la misma fortuna de la saga había sido fruto de ese proceso que convirtió al capitalismo en una fuerza profesional emancipada de las viejas formas de constitución político-económica y religiosa derribadas por el Estado moderno; pero no es menos cierto que para la formación del *espíritu del capitalismo* que tuvo en el anciano Johann Buddenbrook uno de sus ejemplos revestía una importancia sustancialmente menor el impulso constante de sus representantes hacia su propio enriquecimiento que el hecho de que tal enriquecimiento fuese integrado en la categoría de *profesión*. Esta *obligación* funcionó como *base ética* de la conducta del empresario moderno. Y en la medida en que la conducta se obligaba a ese *ethos* no podemos hablar de una emancipación religiosa del capitalismo (a menos que se confundan *emancipación religiosa* y *emancipación eclesial*), no por lo menos en el sentido en que sí podemos hacerlo al respecto de individuos como el cónsul

Hagenström cuya conducta parece convulsionada por todos los tics económicos de la desespiritualización *post-moderna*.

Los Buddenbrook y Lutero

Lo que distingue la trayectoria de los Buddenbrook de la carrera profesional de los Hagenström es la misma distinción que cabría hacer entre los conceptos de *destino* y *avatar*. Si hemos puesto algún empeño en recorrer estas diferencias ha sido para revelar cómo, para los Buddenbrook, detrás de la manifestación de una actividad económica capitalista operaba un sentimiento irracional de obligación a una profesión, pues la racionalidad de las formas de vida y pensamiento propias de la saga capitalista se desenvuelve en una abnegación hacia el trabajo profesional que, desde el punto de vista del *interés eudemonístico*²¹, revela un elemento irracional. Lo que analiza Weber y explota con tan demoleedor sentido dramático Mann es precisamente esta cara oculta del término *profesión*. Ambos trabajan como genealogistas del concepto *profesión* y hallan en la raíz de la palabra misma una pista decisiva: *es evidente que en la palabra alemana «profesión» (Beruf), como quizá más claramente aún en la inglesa calling, hay cuando menos una reminiscencia religiosa: la idea de una misión impuesta por Dios*²².

Se puede afirmar que la revelación de un sentido nuevo para el concepto de *profesión* fue hija de la Reforma. Lo cual nos vuelve a situar en el siglo XVI: con él nace una estimación inédita del trabajo cotidiano en el mundo. Como dice Weber, *lo propio y específico de la Reforma, en contraste con la concepción católica, es el haber acentuado el matiz ético y aumentado la prima religiosa concedida al trabajo en el mundo, racionalizado en «profesión»*²³. No podemos entrar aquí a debatir al detalle las aportaciones personales de Lutero pero, en la medida en que el universo moral de *Los Buddenbrook* está impregnado de Luteranismo, explícitamente en sus protagonistas femeninos, que, al fin y a la postre, son quienes conservan ritualmente la llama de la fe en el interior del *domus*, sí conviene destacar cómo fue precisamente la valoración ética de la vida profesional una de las aportaciones decisivas de la Reforma en general y de Lutero en particular.

No nos interesa tanto analizar las vacilaciones primeras de Lutero, su fuerte anclaje en el escolasticismo, su posterior revalorización del

²¹ Ver EP, p. 80.

²² *Ibid.*, p. 81.

²³ *Ibid.*, p. 96.

trabajo profesional en el mundo o el afianzamiento de la idea de que el desempeño de una determinada profesión constituye como un mandamiento que Dios dirige a cada cual, *obligándole* a perseverar en la situación en que se halla colocado por la divina providencia. Para el análisis de *Los Buddenbrooks*, y, en especial, para comprender ese gran arco del tiempo que vence en la figura de Hanno, es fuente de polémica la acentuación luterana del elemento providencial que lleva a derivar directamente el orden objetivo histórico, en que se encuentra por designio divino el individuo, de la voluntad de Dios. Como indica Weber, esta acentuación del carácter providencialista de la existencia histórica conduce irremisiblemente a una concepción de tipo tradicionalista análoga a la idea del *destino*: cada cual, vendría a defenderse, ha de sostenerse en su profesión y en el estado en que se halla pues tal es la voluntad de Dios. Voluntad, además, expresada de una vez y para siempre:

«resulta así que el tradicionalismo económico, que al principio es resultado de la indiferencia paulina, es fruto más tarde de la creencia cada vez más fuerte en la predestinación, que identifica la obediencia incondicional a los preceptos divinos y la incondicional resignación con el puesto en que cada cual se encuentra situado en el mundo. Lutero, pues, no llegó a basar en principios realmente nuevos o verdaderamente fundamentales su vinculación del trabajo profesional con las ideas religiosas.»²⁴

Si el concepto de profesión conservó todavía en Lutero un carácter tradicionalista en tanto en cuanto *profesión* era aquello que el hombre ha de aceptar pues la providencia se lo envía, algo ante lo que hay que *allanarse*, y si el universo moral de *Los Buddenbrooks* participa del luteranismo, la pregunta que convendría hacer es en qué medida la conducta económica de la saga está animada por este protestantismo misional²⁵.

²⁴ EP, p. 99.

²⁵ En un estudio que resulta de gran utilidad para nuestros intereses, Michael Walzer analiza la idea puritana de *convenio* relacionándola con las dificultades que asaltaron a la mentalidad religiosa reformada a la hora de responder pertinentemente a la *vocación* (*Calling*): a la «llamada» divina no se puede responder mediante una actitud de pasiva y pía aquiescencia; la *in-vocación* insta a que **los hombres se pongan a sí mismos en servicio** (*Men must make themselves «serviceable»*). Es decir, como nos recuerda Walzer, la idea puritana del convenio se cifra precisamente en el recíproco entendimiento entre la intención (*Willfulness*) divina y la activa complacencia (*Willingness*) humana. Conforme a nuestra hipótesis de trabajo, la confrontación de las cuatro generaciones de Buddenbrook con la idea puritana del *convenio* resulta mucho más estimulante y significativa que una interpretación de sus sucesivas y diferenciadas respuestas a la vocación comercial bajo la luz del *allanamiento* luterano. Véase WALZER, Michael, *The revolution of the saints. A study in the origins of radical politics*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1965, p. 167.

Efectivamente, lo que nos interesa no es examinar la religiosidad de la familia, ni siquiera entrar a valorar sus manifestaciones internas como paradójicos síntomas de la pérdida de la fortaleza operativa y eficiencia práctica (no en vano todas sus manifestaciones rituales —ceremonias, reuniones y oraciones— son conducidas por los miembros femeninos de la estirpe, e incluso la novela comienza con la joven Tony recitando a trancas y barrancas el catecismo mientras su abuelo ríe de buena gana sus errores), lo que nos interesa es destacar lo que había de nuevo en el Luteranismo por lo que concierne al orden ético: la desaparición de los específicos deberes ascéticos *allende* los deberes a cumplir en el mundo.

Esta comprensión *inmanente* de la ascesis y su remite al orden económico de intervención humana por medio de la idea de *profesión*, nos sirve como punto de partida para nuestro análisis de la *vocación*. Por lo que respecta a *Los Buddenbrooks*, no conviene comprometer las bases psicológicas que animan el desenvolvimiento económico de las distintas generaciones de la familia con las concepciones más ortodoxas de la iglesia luterana, pues, como demostró Max Weber, sus concepciones despreciaban la tendencia a la autodisciplina ascética por ver en ella una santificación de las obras, y distaron mucho, en todo caso, de promover los cimientos firmes de una ética racional de la profesión tal y como podemos hallarla en *Los Buddenbrook*. Con esto queremos decir que, aunque el universo religioso de la novela está histórica y culturalmente impregnado de protestantismo (*Odio el catolicismo y ya sabéis que no lo disimulo...* dice Tony, tras una de sus amargas excursiones matrimoniales a Munich), no es Lutero la figura que representa el ascendiente espiritual de la saga.

*Era, innegablemente, una respetable y conspicua personalidad local, cuyo prestigio se debía ante todo a la tolerancia y al liberalismo de su carácter, virtudes nuevas que le ensalzaban a los ojos de muchos y le daban gran autoridad. El modo hábil y despreocupado en que ganaba el dinero y lo gastaba, era muy distinto de aquel delicado, paciente y regulado por inmutables principios tradicionales que seguían sus conciudadanos negociantes*²⁶, se dice acerca del cónsul Hagenström en *Los Buddenbrook*, y esto supone discriminar en el interior del edificio de la ficción entre tradición sociocultural y tradicionalismo económico. Supone aceptar la hipótesis de que la forma de organización profesional efectivamente animada

²⁶ BUDD., p. 417.

por el nuevo espíritu del capitalismo no sólo se determina *socialmente* ante la historia sino que se constituye también en una *cultura*. Y este proceso de determinación sociocultural del espíritu del capitalismo permite hablar a Mann de una *tradicción económica* allende el *tradicionalismo económico* tal y como lo hemos definido en este trabajo. Es la *tradicción económica comprendida en un sentido propiamente cultural* y no el *tradicionalismo económico* lo que convulsiona la efervescencia de las nuevas virtudes de Hagenström. El anciano Johann Buddenbrook se había conducido ya con una liberalidad de talante y un relajamiento religioso que hacían de él uno de aquellos despreocupados epígonos de la ilustración que habían de reconducir todas sus fuerzas hacia la esfera de la *profesión*. Y si los designios del dios providente no se auscultaban tras cada uno de las empresas mundanas, sí pesaba sobre ellas un cierto carácter misional y, sobre todo, una fuerte valoración ética en la medida en que de ellas se hacía depender la justificación de la propia vida. Fue este impulso el que se agotó a las puertas del nacimiento de Hanno Buddenbrook.

Los Buddenbrook y el concepto de «Beruf»

Ya hemos observado cómo en *Los Buddenbrook* la palabra alemana *Beruf* está a la base de toda relación personal hacia el trabajo y cómo esta relación cimienta los procesos de identificación individual y cultural. Esto basta para desmarcar el universo de la novela de Mann de los conceptos al uso en las sociedades industrializadas contemporáneas, en las que el término *Beruf* se agota en el significado próximo de *profesión: ocupación, oficio...* Mann evoca, en cambio, las raíces subterráneas de la palabra y articula el complejo entramado de *Los Buddenbrook* en atención a las esencias religiosas de la palabra *Beruf* como *innovación, llamada, nombramiento, designación...* La consecuencia directa de esta búsqueda de las raíces religiosas del término podemos encontrarla en un modelo de *personalidad* que polemiza directamente con aquél que la juventud alemana de las dos primeras décadas del siglo XX pretendía forjarse al amor del menudeo de *vivencias* que afectarían directa y novedosamente al decurso existencial de cada sujeto. Frente a este modelo prolífico y disperso que hacía centro en la palabra *vivencia (Erlebnis)*, Mann y Weber proponen otro bien distinto: para ambos, los procesos de forjamiento de una identidad personal, confrontados a una crisis de sentido social y cultural, sólo pueden constituirse

por medio de la **dominación del Yo** y su **movilización o puesta en servicio**²⁷.

Como nos recuerda Harvey Goldman, la obra de Thomas Mann nos permite avanzar en la investigación del problema del estatuto del arte y de la identidad del artista si consideramos como una preocupación capital del autor no sólo el estudio de sus problemáticas relaciones respectivas con la vida sino la apropiación del concepto de vocación²⁸. Thomas Mann esgrime el concepto de *vocación* como argumento de legitimación y fortificación del *Yo* del artista y cifra en el análisis de tal concepto todas sus esperanzas de crítica y de respuesta al ineluctable proceso de descomposición de un cierto sector de la burguesía alemana de la época que se rindió, exhausta y estéril, ante la naturaleza soldadesca de la *vocación*.

En nuestro análisis de *Los Buddenbrook* quisiéramos mostrar cómo el cese de la *vocación* mundana de una estirpe familiar burguesa favorece el afloramiento de una nueva sensibilidad, cómo en esta novela el arte es el fruto de un colapso y la música hija de una pérdida; cese, colapso y pérdida que, en la medida en que afectan radicalmente a la interpretación del mundo y de sí mismo, impiden que sus efectos artísticos adquieran otra naturaleza que la de síntoma o castigo, frustrando, como si se tratara de una condena, sus posibilidades de constituirse en una alternativa de vida. El brote de un alma artística sólo puede ser interpretado en *Los Buddenbrook* en la vecindad de este colapso de la *vocación* que afecta interiormente al mundo de una familia de *Erwerbsmenschen* (comerciantes).

Rainer Maria Rilke, a quien Mann siempre agradeció su favorable acogida de la novela, destaca el que *Los Buddenbrook muestre la vida calma e inconsciente de una generación anterior y la precipitación nerviosa y autoexploratoria de sus descendientes...* Para el autor de

²⁷ También en este punto la obra de Michael Walzer resulta de gran ayuda: de manera esclarecedora investiga las virtudes auto-afirmativas que la religiosidad protestante asociaba al desempeño sistemático del trabajo. Los santos se distinguían del común de los mortales precisamente por su diligencia profesional: *their industry revealed their saintliness* (su trabajo revelaba su santidad). Efectivamente, se contemplaba aquí una sistemática e inflexible estrategia de **dominación del Yo** de la que se derivaban sustanciosos réditos sociales en forma de legitimación personal y, lo que era aún más importante, comunitaria: *La vieja teoría católica de las buenas obras fue aquí transformada en la teoría protestante de la buena obra: la diferencia estriba no sólo en la cuestión de la eficacia sino, muy significativamente, en la cuestión de la naturaleza de la actividad requerida*, nos dice Walzer y sus palabras alumbran la idea de personalidad que estaban ensayando Mann y Weber en sus respectivas obras. WALZER, Michael, *Opus Cit.*, p. 211.

²⁸ GOLDMAN, pp. 4-5.

«Elegías de Duino» gran parte del interés de la obra de Mann radica en que *es mostrado con particular agudeza cómo la decadencia de la familia se manifiesta sobre todo en el hecho de que sus miembros individuales hayan cambiado la dirección de sus vidas: ya no resulta natural para ellos vivir... de cara al mundo exterior; es decir, la tendencia a la introversión se hace cada vez más evidente*²⁹. Y, efectivamente, las palabras de Rilke se compadecen muy bien con aquel proceso de que también nos habla Mann en su ensayo *Lübeck como forma de vida espiritual*: el proceso de descomposición del burguesismo o «desburguesificación» (*Entbürgerlichung*), que es también el proceso de pérdida biológica de la eficiencia (*Enttüchtung*) por medio de la *diferenciación* y el afloramiento de una *sensibilidad* enfermiza y paralizadora³⁰.

Con todo, el terreno sobre el que se desliza el desgarramiento de la saga tiene en *Los Buddenbrook* un carácter eminentemente religioso. Aquí reside, creemos, la fuerza con que impacta en el lector la novela y, también, su íntima comunión espiritual con Max Weber. El mismo ánimo entre profético y diagnóstico que late en las desoladas últimas páginas de *La ética protestante...* vibra también en *Los Buddenbrook*. Thomas Mann levanta acta del tránsito desde el escepticismo neoilustrado que bullía desenvueltamente en el comportamiento del anciano Johann Buddenbrook hasta el fanatismo beato de su hijo, y de éste a una nueva forma de escepticismo que ya ha dejado de ser reconfortante y nutricional, la del senador Thomas Buddenbrook quien, huyendo igualmente de la *beatería* del uno y de la *cómoda superficialidad* del otro, *habíase contestado históricamente a las incógnitas planteadas por la inmortalidad, diciéndose que había vivido en sus progenitores y que seguiría viviendo en sus sucesores. Tal concepción no sólo estaba de acuerdo con su idea de familia, con su conciencia patricia y su tradicional piedad, sino que se apoyaba asimismo en su actividad, en su ambición y en todo el programa de su vida.* Pero confrontado a la reali-

²⁹ RILKE, Rainer Maria, «Thomas Mann's Buddenbrooks», en HATFIELD, Henry, edit., *Thomas Mann. A Collection of Critical Essays*, Englewood Cliffs N.J., Prentice-Hall, 1964, pp. 8-9.

³⁰ Véase el ensayo «Lübeck als geistige Lebensform» en MANN, Thomas, *Essays, Band 3: Ein Appell an die Vernunft 1926-1933*, Fischer, Frankfurt am Main, 1994, pp. 16-38. El discurso de Mann en esta conferencia ante sus «conciudadanos» vuelve una y otra vez sobre *Los Buddenbrook*. En realidad la descripción de los puntos principales de todo este proceso de «desburguesificación» la pone Mann en boca de un lector de su novela: *Cuán a menudo, por ejemplo en Suiza, en Holanda, en Dinamarca, he oído exclamar a gente joven: «este proceso de desburguesificación, de pérdida biológica de la eficiencia por medio de la diferenciación y la hipertrofia de la sensibilidad... exactamente como nos ocurrió a nosotros».* Ver *supra*, p. 24.

dad de su inminente aniquilación, Thomas, el padre de Hanno, no encuentra consuelo ni arrimo en este historicismo de corte biológico: *Y, no obstante, ahora, bajo la próxima y segura pupila de la muerte, todo este sistema histórico se desvanecía, reduciéndose a la nada, y era incapaz de proporcionarle una sola hora de calma y de prepararle para el fin...*³¹

El anciano Johann Buddenbrook

El abuelo de Thomas, el anciano Johann Buddenbrook, fue un deísta librepensador; acaso admitiera, sí, un Dios como autor de la naturaleza, pero en modo alguno la revelación y el culto externo y cualquier otro criterio sobrenatural del que se quisiera hacer depender la razón individual³². Rfe, como dijimos, la transmisión del catecismo luterano de padres a hijos como si se tratara de superchería, y, en un pasaje especialmente esclarecedor, se enfrenta a su hijo por la forma como pretende remozar un descuidado jardín de su propiedad:

- «¡Por Dios, papá! Disfruto mucho en verano, paseando entre aquellas malezas, y para mí perderían su encanto, si tan bella y libre naturaleza se viera, lastimosamente, arreglada con simetría...»
- «Pero cuando la libre naturaleza me pertenece, creo que tengo perfecto derecho a disponer de ella a mi antojo.»³³

Se trata de uno de tantos pasajes en que la impronta del carácter del anciano Buddenbrook se hace notar contundentemente en sus palabras: frente al modelo mesopotámico de jardín como paraíso, es decir, como espacio simbólico en el que cohabitan los principios de la vida y de la muerte, el talante renacentista del patriarca parece convenir mucho mejor con la idea del jardín griego donde el elemento arquitectónico domina a la naturaleza virgen, salvaje. Y, efectivamente, el viejo Buddenbrook parece haberse forjado el carácter al amor de aquella racionalidad helena que proponía al *hombre como medida de todas las cosas*, y, más cerca-namente, a la sombra de las conquistas de la Ilustración. Quisiera ver emancipados los esfuerzos cotidianos de las presiones sobrenaturales y

³¹ BUDD., pp. 648-49.

³² Para la exposición de la respuesta personal de cada una de las generaciones de Buddenbrook a la vocación comercial tendremos en consideración el trabajo citado de Harvey Goldman, sobre todo GOLDMAN, pp. 65-85.

³³ *Ibid.*, p. 31.

aún la educación de los jóvenes de toda mistificación científica que obstaculizara una sana disponibilidad hacia el trabajo.

El Cónsul Johann Buddenbrook

Homónimo de su padre, el cónsul Johann Buddenbrook había heredado de él un fuerte sentido del desempeño profesional, comprometiéndose su vida al éxito de la empresa familiar. No obstante, en comparación con la mundana desenvoltura de su antecesor³⁴, las cualidades que le movían en el comercio distaban de ser acendradas: aquella *pureza* burguesa, aquel *inmaculado* impulso hacia la acción se teñían ahora de fanático amor por el Salvador. La historia del linaje de los Buddenbrook se convierte con la figura del Cónsul Johann en la historia de una regresión espiritual. Más allá de los motivos que le llevan a defender tenazmente la unión fronteriza germana, el constitucionalismo francés y cualquier otra medida económica o política que favorezca la prosperidad de la vida práctica, su ánimo empresarial está marcado por la intimación de la idea escatológica de *salvación* en la idea terrena de *profesión*.

Es precisamente éste el personaje en que antes saltan a la vista las concomitancias con el ascetismo puritano del siglo xvii que describió Weber. En este sentido Harvey Goldman apunta certeramente hacia aquel proceso de regresión que mencionábamos cuando afirma que *en él se hace nítidamente visible la santificación del trabajo y del deber, que señala el renacimiento de una mirada pre-ilustrada*³⁵. La mirada que proyecta el Cónsul Johann hacia el universo económico a que su vida se obliga no es la de quien ve en él la expresión que se compone bien con sus talentos o descubre la ocupación que conviene a sus inclinaciones «naturales». El comercio se convierte en el ámbito en que se hace efectiva la *vocación* en un sentido Calvinista: una interpelación u obligación que excede los límites y querencias de la naturaleza individual. La conciencia profesional del Cónsul Johann se constituye a partir de criterios que a su antecesor bien podrían parecerle sobrenaturales.

La *vocación* del Cónsul reviste un sentido ultramundano. Mann destaca no tanto lo que la *vocación* tiene de fuerza impelente hacia el trabajo

³⁴ Una comparación detallada de las diferentes actitudes del anciano Johann y su hijo el Cónsul puede encontrarse en: NACHMAN, L.D. y BRAVERMAN, A.S., «Thomas Mann's Buddenbrooks: Bourgeois Society and the inner Life», en *Germanic Review*, 45, 1970, pp. 201-25.

³⁵ GOLDMAN, p. 66.

como su condición de fuente para la disciplina del *Yo*. Para Johann Buddenbrook hijo, la *vocación* es la fuente de aquella fe que le lleva a interpretar todos sus éxitos como expresión de la voluntad divina. Esta fe, sin embargo, no es interpretada en *Los Buddenbrook* como principio fortificador de la acción humana. Es la misma fe que, conforme se van sucediendo los fracasos —algunos con auténtico escarnio del honor familiar, como el primer matrimonio de su hija Tony con el sospechoso y desalmado señor Grünlich, deseoso exclusivamente de satisfacer a sus acreedores con la dote de la hija del Cónsul Buddenbrook y condenado finalmente a la bancarrota—, conforme el germen de la incertidumbre ha inoculado la salud de la saga, convierte la hidalga mansión de la familia en centro de peregrinación de la espiritualidad *tanto luterana como reformista*, y favorece que sea considerada como *seguro y hospitalario puerto para toda misión, interior o exterior*³⁶. Este «oscurecimiento» beato del ambiente hasta entonces luminoso del *domus* irrita a la nueva generación de la casa y si bien la discreción de Thomas le impide expresarse abiertamente al respecto, el temperamento provocativo y descarado de Tony no puede reprimirse.

El piadoso Cónsul querría hacer depender de la voluntad divina incluso aquellos hechos que sólo encuentran explicación en las confabulaciones de gentes inescrupulosas. Se resiste a creer que tras el fracaso del primer matrimonio de su hija exista una escarnecedora conspiración, matrimonio que, por otra parte, él promovió en atención a riguroso cálculo económico y a favor del cual empleó el argumento de la responsabilidad de cada miembro ante la historia de la familia como chantaje emocional frente a las volubilidades de su hija. *Ha sido la voluntad de Dios*, se dice cuando, acorralado, le presentan las pruebas de la existencia de la conspiración.

Este fatalismo, cuando pierde incluso su condición de bálsamo para la conciencia, se destapa como un síntoma de la involución de la saga. Y, sin duda, esta versión fatalista de la *ascesis* puritana es la clave del personaje del Cónsul: no afirma en modo alguno que la inclinación perseverante hacia el trabajo y la inversión racional de energías en la empresa de que se trate puedan ni deban ser sustituidas *mágicamente* por la confianza en el favor de los designios divinos; pero sí cree que la mano invisible de Dios se esconde tras cada comportamiento individual. No hay, por ello, que relajar los hábitos o relativizar la importancia del recto esfuerzo personal. Desde luego que confía en un sistema de castigos y recompensas *en esta vida* proporcionado a las virtudes

³⁶ BUDD., p. 251.

profesionales de cada cual, confianza que es uno de los pilares del burguesismo y que podríamos denominar como *fe en la racionalidad ética del mundo*. Simplemente está persuadido de que tanto la presencia como la ausencia de esta rectitud profesional *coinciden* necesariamente con la voluntad divina. Así lo expone en presencia de su antecesor a raíz del progresivo declive y ulterior desaparición de la familia Ratenkamp, anterior propietaria de la mansión con cuya inauguración a cargo de los Buddenbrook se abre la novela. La ruina de la familia Ratenkamp se debió, según se cuenta, a una insensata y descabellada asociación financiera. Comprobemos cuál es la interpretación del Cónsul Buddenbrook:

- «Cedió a una especie de presión que me parece comprensible... ¿Qué es lo que le obligó a asociarse con Geelmaack, que tenía un capital irrisorio y una muy discutida reputación? A mi juicio, debió de sentir la necesidad de descargar en alguien una parte de su tremenda responsabilidad, pues presentía que se iba inevitablemente a pique... La casa había terminado su misión. La vieja familia había “pasé”...» (...)
- «¿Así, su opinión señor Cónsul (...) (interviene, muy significativamente, un pastor protestante) es que, aun sin la intervención de Geelmaack y su descabellado modo de proceder, las cosas hubieran tenido el desenlace que tuvieron?»
- «Tanto como eso, no (...). Lo que creo es que Dietrich Ratenkamp tenía que unirse, necesaria y fatalmente, con Geelmaack, a fin de que pudiera cumplirse el destino... Obró bajo la presión de una inexorable fatalidad... Estoy persuadido de que conocía perfectamente todos los enredos de su socio y de que no ignoraba la situación de la casa. Pero el hombre se encontraba paralizado...»³⁷

El Cónsul es demasiado sensible al destino del malhadado y anuente señor Ratenkamp como para no estar él también contaminado por la misma parálisis que llevó a aquél, según su interpretación, a consentir con su propio declive. En las palabras de Johann hijo se espeja su propio destino y, sobre todo, el de Thomas Buddenbrook, su sucesor. Son palabras que, en este momento inaugural de la saga, adquieren el espesor de un arquetipo, es decir, delinean misteriosamente un modelo o pauta primordial en que se reflejará el decurso del linaje de los Buddenbrook: el destino no hará sino retornarlos al punto en que aquella otra estirpe que les antecedió en la posesión del *domus* se extinguió.

³⁷ BUDD., pp. 22-23.

El senador Thomas Buddenbrook

El proceso de descomposición de la familia entendido como desactivación ética de la *vocación* culmina en la figura de Thomas Buddenbrook, el padre de Hanno. De hecho, la existencia de este último no adquiere un sentido moral sino por confrontación con la realidad y las exigencias paternas. Mann consigue con el personaje de Thomas un acabado retrato de personalidad bifronte: entre lo que aparenta y lo que siente, entre lo que siente y lo que exige... hay una distancia tal que cualquier intento de salvarla le consume las fuerzas. Es verdad que nos es presentado como candidato *ad hoc* para satisfacer el *tipo ideal* de varón Buddenbrook y también es cierto que pronto asimila el credo familiar: *afán de trabajar, de vencer, de llegar; la avidez de subyugar a la felicidad...* todos estos sentimientos delataban, cuando menos inicialmente, la contundencia con que sabría responder a la *vocación* comercial.

Pronto arraigó en él la conciencia de la renuncia y la lucidez necesaria para percatarse de la proximidad de ésta al sentido del deber. Habiéndose entendido con una humilde florista de su ciudad, se compromete con una mujer de *su posición*, Gerda Arnoldsen, mujer distante y de frío carácter que desempeña un papel capital en la trama: ella introduce la música en el universo de los Buddenbrook.

Pero el personaje de Thomas, sin duda el más matizado y complejo de la novela, se sostiene de continuo sobre un equilibrio precario, hasta el esperpéntico derrumbamiento final. Algunos de los pasajes más intensos de *Los Buddenbrook* están dedicados a confrontar directa o indirectamente su persona con la de su hermano Christian, el díscolo vástago de los Buddenbrook, caracterizado a la manera de un *Bufón* o *Joker*³⁸ que se convierte a lo largo de la trama en algo más que en el desazonador contrapunto al hieratismo y respetabilidad del Senador Thomas Buddenbrook. Frívolo, bufonesco e indócil, Christian carcome la virtud de la familia; su mera existencia le resulta tanto más inasimilable a Thomas cuanto más consciente es, secretamente, de que aquel *Joker* inconstante encarna todo lo que él mismo oculta a sí y a los demás. Un *alter ego* que, recurriendo a un mito de

³⁸ Y cuyo diseño caracterológico se conviene muy bien con el de la figura mitológica del *Trickster*, hasta el punto de hacernos sospechar que Thomas Mann pudiera haberlo tomado como *modelo* para su Christian. Posteriormente a la publicación de *Los Buddenbrook*, Radin, Jung y Kerenyi dedicaron un ensayo a este personaje mitológico: locuacidad e intrusión, indiscreción y egotismo, indocilidad y corrosividad, son algunos de los rasgos que hermanan a Christian Buddenbrook y al *Trickster*.

creación literaria, podríamos definir como un Mr. Hyde transplantado desde las brumas victorianas a la conciencia profesional hanseática, un elemento verdaderamente perturbador de la *ascesis* protestante. Veamos en qué reside precisamente esta corrosividad ética:

«Le falta algo, eso que podríamos llamar equilibrio, el equilibrio personal (dice Thomas a su hermana Tony al respecto de Christian), por una parte, no es capaz de disimular las desmañadas ingenuidades de otras personas..., no sabe paliarlas, pierde completamente los estribos... En cambio, por otra, suele perderlos también en el sentido de que se mete en las charlas más desagradables, revelando sus intimidades más recónditas. A veces se complace en cosas excesivamente lúgubres. (...) ¡Oh, todo se reduce a que Christian se ocupa con exceso de sí mismo, de los procesos de su propio yo! (...) Lucha con las palabras como si se esforzase en expresar algo prodigiosamente distinguido, misterioso, original. Una cosa quiero decirte (...) Yo también he reflexionado algunas veces sobre esa inquieta, frívola y curiosa carrera (se refiere al Teatro, a la carrera de actor, lo cual no dejará de tener su importancia, como veremos) porque, lo mismo que él, he sentido cierta atracción hacia ella. Pero he observado que le vuelve a uno desquiciado, incapaz e inconsciente..., y para mí el equilibrio es lo principal.»

Y, a continuación de esta velada confesión, reveladora de las íntimas amenazas que acechaban su *vocacional* disponibilidad hacia el comercio, discrimina Thomas entre la *expansibilidad* propia del artista y la *contención* burguesa. Lo más relevante es que discrimina una de otra en virtud del criterio de *justificación*, es decir, decide acerca de la pertinencia de una u otra cualidad en función de si están o no *derivadas* de un valor principal: la profesión interpretada como *vocación*:

«Siempre habrá hombres en quienes esté justificado ese interés, ese espíritu de observación; poetas capaces de expresar con acierto y belleza esa íntima existencia suya e inflamar con ello el mundo de los sentimientos de los demás. Pero nosotros no somos más que comerciantes, chiquilla, y el estudio de nuestras reacciones íntimas no tendrá interés para nadie. En último caso podemos admitir que los sonidos de una orquesta nos causan un placer considerable y que incluso, alguna vez no sabemos por qué no queremos tragar... Pero más no, ¡hemos de ser positivos, qué diablos, y hacer algo útil, como lo hicieron nuestros padres y abuelos...»³⁹

³⁹ BUDD., pp. 276-77.

La claridad de ideas que exhibe Thomas está, en realidad, asediada por aquella corrosión ética que le repugna en su hermano. Sus palabras son presas de la misma tensión que atenaza sus esfuerzos profesionales: tensión entre la despejada conciencia del deber y el afloramiento de una sensibilidad impertinente e inclasificable. Lo uno le lleva a reconocer efectivamente la *vocación* comercial como la *suya*; lo otro a una incontenible introspección que consume sus energías. Ambos procesos se resuelven finalmente en la necesidad de *aparentar*, necesidad que, en la medida en que se convierte en el eje de su vida, acentúa aún más su asfixia interior y lo aboca a un final patético.

La fuente del éxito de su abuelo había sido aquella razón ilustrada y escéptica en que se apoyó su acuidad en los negocios, su fe en la disciplina interior y el despejo con que obraba. Su padre, en cambio, derivó su fortuna de la voluntad divina, subrayando el carácter misional de su *vocación*; su piadoso fatalismo no le exoneró en ningún caso de reconocer en el esfuerzo y la probidad profesional un indispensable valor ético. Thomas, sin la pragmática exuberancia del anciano Buddenbrook y falto de la confianza puritana en los designios ultramundanos, se refugia en el *Yo*: es un *Yo* sobrio, disciplinado, quien ha de responder a la *vocación* burguesa para el comercio. La fortuna mundana es fruto de la dominación del *alma*, el éxito es el resultado de la contención del *alma* dentro de los límites que establece la condición de *elegido*. Los peligros y acechanzas que minan la respuesta personal a la *vocación* no provienen del mundo exterior sino de *uno mismo*. Son sus propios fantasmas quienes asedian la fortaleza del *yo*. La incertidumbre acerca de la propia condición de *elegido* es ya un elemento debilitador de las energías necesarias para arrostrar dicha condición.

Lo que Mann está investigando a través del personaje del senador Thomas no son sólo las claves éticas del éxito profesional en un marco cultural protestante sino, tal y como vimos al principio del trabajo, las posibilidades de edificar un moderno mito escatológico a partir de la idea de *vocación*. La viabilidad de tal empresa en el interior de una ficción novelesca pasa por el establecimiento de una nueva relación entre el *mundo exterior* y el *mundo interior*. La fortuna en los negocios no renueva el vigor de quien los acomete ni el éxito mundano, exterior y tangible, refuerza la disciplina interior. Para Thomas, la relación entre lo *exterior/interior* es más bien la inversa: no son los acontecimientos externos los que determinan tal o cual respuesta interior sino que es ésta la que determina el sentido del acontecer exterior. Esta interpretación está presidida en el caso del senador Thomas Buddenbrook por el

sino fatal de los *mitos del fin*, es decir, está impregnada por el anuncio de la entrada de la muerte en el mundo:

«¿Qué es el éxito? Una fuerza, una prudencia y una aptitud enigmática, indefinible...; la conciencia de imprimir un impulso al movimiento de la vida con la propia personalidad...; la fe en la docilidad de la vida a nuestros mandatos... La felicidad y el éxito en nosotros y debemos sujetarlos fuertemente, con tesón. En cuanto aquí dentro empieza a aflojarse algo, a soltarse, a fatigarse, ya todo a nuestro alrededor se resiste, se rebela, se sustrae a nuestra influencia... Y entonces se marcha fracaso tras fracaso, y el hombre está vencido. (..) Sé que con frecuencia las señales de la felicidad externa y perceptible, los indicios del encubramiento, aparecen cuando en realidad todo camina ya hacia su ocaso. Estos signos exteriores necesitan tiempo para manifestarse, del mismo modo que la luz de muchas estrellas del firmamento aparece en el instante en que no sabemos exactamente si al divisarlas es cuando empiezan a extinguirse o tal vez se han extinguido ya, mientras siguen brillando...»⁴⁰

Lo que da tanta fuerza a la idea de *vocación* en *Los Buddenbrook* es, precisamente, esta nueva relación entre lo *interior/exterior*. Es el *Yo* quien se «apropia» del mundo: domina el mundo dominándose. En la medida en que esta disciplina interior ceda, el caos se irá apoderando del mundo. Un *yo* disperso y de voluntad huidiza habrá de responder ante un mundo devenido en un rosario de estímulos indescifrables. Dar a la *vocación* el sentido de *justificación* vital significa tanto como hacer de cada *yo* una *cosmogonía*. ¿Qué ocurre cuando ese *yo*, asediado por mil preguntas, cede definitivamente desactivándose su impulso? Sencillamente, que el *mapa* o la *representación* del mundo exterior que había sido capaz de configurar se hace ininteligible: sus «accidentes» no remiten ya a una unidad que les dé sentido, apareciendo como fragmentos de un mundo extinto o como borrosos reclamos de una realidad esquiua, sustraída a la influencia moderadora de la personalidad. Desde esta perspectiva, el senador Thomas Buddenbrook es portador de la misma semilla de confusión y parálisis que brotó en el albor de la postmodernidad.

Mann traduce muy acertadamente todo este fenómeno en términos temporales. Ya puso en boca de su personaje un bello símil (acaso los deslumbradores signos externos de su fortuna no sean sino la luz de una estrella muerta o que inicia, quizás, su desintegración en el

⁴⁰ BUDD., p. 438.

momento en que más claramente se divisa su luz...); y le concede también la posibilidad de verter a la línea del tiempo este *espejismo* en que se ha convertido su encumbramiento social. Mann trabaja con dos formas temporales de cuyo desajuste obtiene el narrador jugosos réditos dramáticos: la primera forma responde al curso de la vida del personaje, es un *tiempo biográfico* encarnado por un movimiento de cuya continuidad se encarga la adición de los más variados hechos y circunstancias. Pero la sujeción a esta forma temporal no es suficiente para el novelista. La ficción está obligada a reconocer un *sentido* en cada uno de los hechos y circunstancias que la constituyen. Para dar cuenta de ese *sentido* —cuya interpretación será la que genere una u otra emoción, una u otra inteligencia, en el lector— el narrador ha de trabajar con otra forma temporal: el *tiempo interior*. Este tiempo no informa ya acerca de si tal o cual hecho ha tenido o no lugar, ni de cuáles fueron las circunstancias bajo las que se produjo; propiamente hablando, no nos informa de nada.

El movimiento en que se encarna corre subterráneamente a la línea de la biografía. Es un tiempo subterráneo. Como tal, puede adquirir compromisos diversos con el tiempo de la superficie. En su relativa autonomía, este *tiempo interior* traduce los *hechos* de la ficción por *ideas*. En calidad de tales, los hechos se liberan de las servidumbres de las circunstancias, excediendo los límites de una vida: el tiempo interior no da noticia de algo, lo relaciona con algo de lo que, quizás, no tenemos aún noticia; no entera al lector enunciativamente de tal o cual acción sino que lo hace sensible al diálogo que se esconde tras cada enunciado.

Conforme a la lógica pregunta-respuesta el lector puede lanzar hipótesis acerca del futuro del sentido de la trama o puede retrotraerse en el tiempo descubriendo presagios donde sólo había, aparentemente, afirmaciones. Cuando la ficción articula este *tiempo interior* insta al lector a desempeñar un papel eminentemente creativo: le insta a circular libremente por el interior del tiempo de la ficción. Le exige, en otras palabras, atender al poder metaforizador del texto, a cómo transporta éste el sentido de la voz narrativa presente hacia un sentido figurado en virtud de ciertas relaciones o parecidos ocultos hasta entonces. El senador Buddenbrook es sensible a este desdoblamiento de las formas del tiempo cuando, en el pasaje transcrito, traduce su *encumbramiento social* por la idea de la *muerte*. La apoteosis del éxito es un hecho que afecta al *tiempo biográfico*. La novela da cuenta de este hecho con escrupuloso sentido de la linealidad biográfica. Pero cuando Thomas Buddenbrook transfigura los hechos en presagios, es el *tiempo interior* el que está funcionando. El *tiempo interior* arranca lo virtual del fondo

de lo real. Sólo desde él se puede ver un anuncio de la muerte en medio del esplendor.

El senador Thomas Buddenbrook es consciente de este desdoblamiento de las formas temporales en la medida en que experimenta íntimamente su desajuste. Las manifestaciones exteriores del éxito, que tan favorablemente afectan a su *tiempo biográfico*, no se compadecen en absoluto con las energías de que es capaz de disponer a la hora de responder *interiormente* a su *vocación*. Puede que su *tiempo interior* esté también *passé*, que se encuentre realmente agotado y se esté alimentando externamente de un tiempo prestado por una muerte que se complace malévolamente en regalarle esquivos fulgores. Esta pérdida del *tiempo exterior* en tanto en cuanto sustraído al poder modelador del *yo* revela la condición ilusiva de toda la realidad. Condición que alcanza también a la persona del Senador, como veremos.

Sin duda, las lecturas tempranas de Mann influyeron decisivamente en su interpretación del concepto de *decadencia*: Paul Bourget y sus *Essais de Psychologie contemporaine* están a la base de alguna de las consideraciones del escritor sobre su *decadente* personaje⁴¹. Bourget intentó en su obra dar cuenta de la *terrible palabra (decadencia)*, concediendo que lleva en sí el signo de una grave crisis, pero proponiendo a su través valores artísticos en general, y literarios en particular, que le son específicos. No podemos entrar a discutir las propuestas de Bourget; tan sólo quisiéramos destacar algunas de sus ideas por lo que respecta al comentado desdoblamiento del tiempo *exterior/interior*. Efectivamente, Thomas Buddenbrook tiene mucho de aquellos *decadentes* que hicieron de su propia alma la materia de su arte; la abundancia de sensaciones delicadas y la exquisitez de los sentimientos más extraños les convirtieron, dice Bourget, en *virtuosos, estériles pero refinados, de placeres y tristezas...* Esto, con ser problemático, puede resultar en cierta medida estimulante como un arte para tiempos de crisis; pero que un burgués que debe responder con despejo y vigor a la *vocación* del comercio se vea reflejado en tal *virtuosismo*, supone tanto como reconocer que su personalidad está marcada por el signo de la *fêlure* (tara).

Thomas Buddenbrook se abandona a sus fantasmas, no se resiste a la autoexploración, se abisma en la contemplación inmoderada del *yo* y

⁴¹ BOURGET, Paul, *Essais de psychologie contemporaine*, París, Plon, 1883, ed. revisada 1899. Ver I, pp. 18-25. Thomas Mann leyó a Bourget en fecha tan temprana como 1895, antes incluso de que comenzara a familiarizarse con Nietzsche. Mann refiere de estas lecturas en sus cartas a Otto Grautoff e Ida Boy-Ed: MANN, Thomas, *Briefe 1894-1901 y Briefe 1903-1928*, Frankfurt am Main, S. Fischer, pp. 30 y 62 respectivamente.

sus misterios... La literalidad del término «introspección» hace justicia a su actitud: *mirar adentro*. Lo que interesa a Mann es revelar cómo esta actitud introspectiva mina las energías que habrían de encauzarse hacia la vida comercial, carcomiendo toda su espontaneidad. Bourget estudió los posibles efectos de esta hipertrofia de la vida de la *consciencia* y situó entre ellos el *dédoublement de la Psyche* (desdoblamiento de la psique). Este *desdoblamiento* se comprueba en el senador: una sola *psique* desdoblada en su obligación de pensar y actuar, de un lado, y en su tendencia hacia la observación y el juicio, de otro. Este *dédoublement* es afín a aquel proceso de desencantamiento de la realidad que trajo consigo el imperio de la razón técnico-instrumental. Sin embargo, Thomas Mann no asume, en este sentido, mayores compromisos que los derivados del análisis de la progresiva automatización de la conducta externa del senador Buddenbrook. Cada vez más, aquella lejana inclinación hacia el mundo del teatro, que ya admitiera en los tiempos en que mostraba una respuesta más contundente y espontánea a su *vocación*, se va desembozando como lo que era en realidad: el germen malsano de la pérdida del *equilibrio*. La principal estrategia a que recurre Thomas Buddenbrook para compensar en su conducta externa la confiscación de la animosidad profesional a cargo de su enfermiza propensión a la autoexploración es el cultivo de las *apariencias*. En una palabra, el Senador adquiere la condición de *actor*.

«La vida de Thomas Buddenbrook no venía a ser sino la de un actor, pero la de un actor condenado a representar siempre, hasta en los más mínimos detalles, un solo y único papel que, salvo en contadas y brevísimas horas de soledad y laxitud, pone a contribución todas las energías y las devora... La absoluta carencia de un interés único, apasionado, que le absorbiera por completo, que uniera la pobreza y la desolación de su *yo* —desolación tan intensa que se hacía sensible sin cesar, como una bochornosa pesadumbre indefinida— con una interna noción del deber y una tenaz resolución de representar a toda costa, de vencer por todos los medios su postración y conservar los **dehors**, cada palabra, cada gesto, la más mínima de sus públicas acciones, en fatigosa y agotadora comedia.»⁴²

El lector familiarizado con la obra de Mann quizás asocie esta *agotadora comedia* del senador Buddenbrook con aquel remozamiento cosmético a que se entregara Gustav von Aschenbach al final de *La muerte en Venecia*. Como héroe *doliente* Thomas Buddenbrook asume rasgos

⁴² BUDD., p. 613.

que Mann llevará a su culminación en la figura de Aschenbach⁴³. Al igual que Thomas Buddenbrook, Gustav von Aschenbach (literalmente, *arroyo de ceniza*) pugna por ocultar ante el mundo que su disciplina interior se tambalea. Ambos erigen una mentira en el centro de sus vidas:

⁴³ Véase MANN, Thomas, *La muerte en Venecia*, Barcelona, Edhasa, 1984, pp. 108 y ss. Dentro del capítulo *Mann and the Prisonhouse of the personality*, Harvey Goldman dedica una atención especial a la figura de Gustav von Aschenbach, estableciendo un fructífero diálogo entre su respuesta a la *vocación* y aquella que demostrara el personaje de Tonio Kröger en la novela homónima. No podemos entrar aquí a valorar las conclusiones a que llega Goldman, en todo caso están entre lo más estimulante de su trabajo. Véase GOLDMAN, pp. 168-208. El mismo autor estudia particularizadamente el personaje de Tonio Kröger bajo el título de *The Artist with a Bourgeois Identity: Tonio Kröger*. GOLDMAN, pp. 85-108. Aunque nuestro propósito es poner en relación, exclusivamente, el universo ético de *Los Buddenbrook* con el de Max Weber por medio de las ideas de *vocación* y *ascesis*, sí creemos conveniente apuntar, en cambio, que hablar de una posible relación entre las figuras de **Thomas Buddenbrook** (1901) y **Gustav von Aschenbach** (1912) obliga a dar cuenta de una serie de inflexiones en el tratamiento del concepto de *vocación* cuyas etapas intermedias están representadas por: **Tonio Kröger** (1903), **Schiller**, protagonista sin nombre del relato *Schwere Stunde* (Hora difícil, 1905, aunque publicado tardíamente, en 1921) y **Klaus Heinrich**, el héroe de *Königliche Höheit* (Alteza Real, 1909). En el personaje de Tonio Kröger ensaya Mann una posible conciliación entre la respuesta a la *vocación* artística y el orden de vida burgués: *Admiro a los orgullosos y fríos que se aventuran por las sendas de la belleza grande* —concluye Tonio al final de la obra—, *la belleza demoníaca, y menosprecian al «hombre»... pero no los envidio. Pues si algo es capaz de transformar al literato (Literat) en poeta (Dichter), es este amor mío, tan burgués (Bürgerliebe), por todo lo humano, vivo y normal*. MANN, Thomas, *Tonio Kröger*, Barcelona, Edhasa, 1994, p. 197. Con la introducción de la personalidad de Schiller en el relato *Hora difícil*, Mann aporta un matiz nuevo a su visión del concepto de *vocación*: *el sufrimiento redime todo, todo lo santifica*, parece ser la consigna del poeta. La personalidad del artista no se cimienta sobre las diversas realidades de su vida: aislamiento, crítico distanciamiento, etc. Es el *sufrimiento* del artista bajo estas circunstancias lo que le *justifica* ante sí y ante los demás: *El dolor... ¡Cómo le inflamaba el pecho la palabra! (...) El talento mismo, ¿no era dolor? (...) Egotista es todo lo extraordinario en la medida en que sufre. Queréis acaso miraros, dice, ¡vosotros que carecéis de una misión (Sendungslosen), vosotros que lo tenéis todo mucho más fácil sobre la tierra! Y la ambición dice: ¿ha de ser mi sufrimiento en vano? ¡Me ha de engrandecer!* MANN, Thomas, *Frühe Erzählungen* en *Gesammelte Werke in Einzelbänden*, Frankfurter Ausgabe, Peter de Mendelssohn, editor, Frankfurt am Main, S. Fischer, 1981, pp. 380-81. Schiller es el poeta sentimental revestido con los atributos del artista moderno: esclavo de una hipertrofia del elemento crítico de su consciencia, lucha contra la pérdida del vibrante sentido de la comunicación, de la ingenua expansibilidad y, finalmente, exhausto y presa de cierto rencor excluyente (*vosotros que carecéis de una misión*), cree encontrar en el *sufrimiento* la ley moral, la fuente de su fe en el arte y la vida... una experiencia trágica que deviene en una religión trágica. Aunque con cierta reserva, podríamos afirmar que el Schiller de *Schwere Stunde* es el Thomas Buddenbrook del arte. La reserva consiste en que Schiller reconoce un valor último y supremo por el que auto-inmolar-se, como si se tratase de un caballero trágico para quien el *sufrimiento* es la patente de la nobleza. De nobleza se ocupa también Mann en su novela *Königliche Höheit*. Para el príncipe de *Alteza Real* la *representación de su papel*, presentarse ante el mundo bajo una for-

cuando el *placer* de desempeñar un papel desaparece, sólo queda la *máscara*. La máscara sirve a Buddenbrook y Aschenbach para perseverar en sus obligaciones representativas, el uno ante el senado de su ciudad, el otro ante el mundo de las letras; pero cada vez se hace más grave la artificialidad de su condición de *elegidos*. Por lo que se refiere a Thomas, se puede decir que se halla atrampado en una penosa *performance* que le impide controlar el mundo exterior con la fuerza de una voluntad movilizada en la *vocación*⁴⁴.

Ha desaparecido el impulso racionalizador en que habría de sustanciarse la respuesta a la *vocación*. La consecuencia más importante

ma idealizada, supone la clave de su auto-aceptación. En *Alteza Real*, Mann analiza la vida de la realeza como una existencia puramente *formal*, una existencia supra-objetiva: la vida de Klaus Heinrich carece del espesor de la vida cotidiana. La *vocación* para la *representación* es no sólo la fuente del sentido de la vida del príncipe sino también una suerte de «coraza» que blindará sus respuestas ante el mundo: *Vos vinisteis al mundo para aparentar* —le dice Imma, en quien Klaus Heinrich ha depositado sus esperanzas de redención y casándose con la cual espera el príncipe «ingresar» en la vida— y, *ahora, de repente, ¿debería creer cuando decís que en Vos hay también algo sincero?* (...) *He observado a menudo que Vos habláis y manifestáis una opinión, pero lo mismo podríais manifestar otra, ya que, en realidad, Vos no poseéis ninguna opinión ni creencia en absoluto, y nada os preocupa excepto vuestra condición de Príncipe. Decís en ocasiones, que vuestro trabajo (Beruf en el original) no es fácil, pero, puesto que me habéis dado motivo para ello, quiero haceros observar que os sería mucho más fácil si Vos tuviérais una opinión y una convicción, Príncipe —ésta es «mi» opinión y «mi» convicción. ¿Cómo podría confiar nadie en Vos? No, no es precisamente confianza lo que Vos inspiráis, sino frialdad y embarazo, y aunque me esforzara en acercarme a Vos, esa especie de embarazo y torpeza me lo impediría.* MANN, Thomas, «Königliche Höheit» en *Gesammelte Werke in Einzelbänden*, Frankfurter Ausgabe, Frankfurt am Main, S. Fischer, 1984, pp. 306-7 y 309-10.

⁴⁴ Goldman insiste en el carácter **cultural** de la *vocación*, trabajando constantemente a partir de la dualidad **naturaleza / cultura**: Thomas no ha «nacido» para la vida en que ha de desenvolverse, nos dice Goldman, sino que ha sido «invocado» a ella (*Called*). La *vocación* no es acorde a su *naturaleza* sino que es un producto de la *cultura*. Nosotros nos abstenemos de realizar esta discriminación, que nos resulta especialmente problemática. Aquello que se mienta bajo el término **naturaleza** es, en ocasiones, más fácilmente interpretable como *temperamento*; pero aún adquiriendo mayores compromisos, el carácter cultural de la *vocación* es tan evidente en el patriarca Johann Buddenbrock como en su débil epígono, el senador Thomas. Aceptar que alguien «ha nacido para...» es tanto como desvirtuar el calado ético de su *vocación*: responder a una *vocación* supone adquirir una serie de compromisos éticos específicos ordenados a la configuración racional de la propia existencia en atención a un yo moderador. Haciendo justicia a esta definición la *naturaleza* en modo alguno es un «dato absoluto», lo «dado al hombre en nacimiento», sino el fruto de una configuración ética, un elemento plástico que ha de determinarse interiormente bajo el influjo de una **vocación** o **llamada** que es, en realidad, no una burda exhortación exterior sino una auténtica **cultura** del yo. Puede que uno se exprese con mayor propiedad cuando, al referirse a Thomas como ejemplo de personalidad en la que sólo queda la huella de la *vocación*, la hueca forma sin la encarnadura interior, diga que es la *naturaleza*, no la *cultura*, quien se ha vaciado de contenido.

de esta pérdida es la ausencia de *justificación* no sólo para cada uno de sus actos sino para el conjunto de su existencia. Esta no se *deriva de...* un valor último que la autentifique sino que se abisma inquiriendo los problemas más abstrusos, en todo caso, aquéllos ante los que su inteligencia está más desprotegida. La estirpe de los Buddenbrook había forjado a lo largo de sus generaciones una idea de *profesión* afín al concepto puritano de *vocación*, idea cuya íntima naturaleza consistía precisamente en el desarrollo de un *Ethos* militar. Con el personaje de Thomas, la novela da cuenta no tanto del caso de un *soldado cristiano* sin guerra en que medir sus fuerzas, como del de un confuso *caballero cristiano* en medio de una guerra cuyo propósito no se le alcanza. Sin duda este hecho le lleva a entablar polémicas relaciones con sus raíces cristianas: el pietismo de su antecesor no conviene en absoluto a su espíritu, y, aunque ha flirteado en su juventud con el catolicismo, es incapaz de reconocerse en él: *es lo cierto que estaba imbuido de un grave protestantismo, profundo y severo hasta el remordimiento y vivo hasta la pasión*, se nos informa en la novela, para continuar lanzando invectivas contra el sentido externamente confortador del catolicismo: *¡No, ante el Altísimo, y en el último momento, no existe ningún auxilio externo, no hay mediación, ni absolución, ni engaño, ni consuelo!*⁴⁵. En esto Thomas Buddenbrook es fiel hasta la desesperación a la concepción, común a todas las ramificaciones de la *ascesis* protestante, de una distancia insalvable entre el orden humano y la divinidad. Es precisamente el reconocimiento de una tal distancia lo que promueve la metodización de la vida en la *profesión* y fortifica a la personalidad en la *vocación*. Efectivamente, la fuerte devaluación de la importancia de los sacramentos en la religiosidad reformada es proporcional a los celos que mostraron ante sus mágicas virtudes: *Sólo por sí mismo y con las propias fuerzas era preciso poner manos a la obra y, antes de que fuese demasiado tarde, desenmarañar el enigma: prepararse o marcharse desesperado...*⁴⁶. Sin recurrir a lo que se cree que son espurias intercesiones, Thomas Buddenbrook es sensible hasta sus más desesperadas consecuencias a la especificidad ética de la *ascesis* protestante: valerse por sí mismo, de la fuerza moderadora de la propia personalidad, a la hora de arrostrar los misterios fundamentales del destino individual. Y, sin embargo, el senador porta la semilla del desencantamiento en la medida en que ve segarse a sus pies el terreno en que habría de cultivarse su *yo*. El *encantamiento* de una vida no es cosa de magias sacramentales

⁴⁵ BUDD., p. 649.

⁴⁶ *Ibid.*

ni intercesiones divinas; aun reconociendo que la distancia que media entre el hombre y la divinidad es insalvable, la *ascesis* protestante se proponía como alternativa de vida en que poder fabricarse la certeza de la propia bienaventuranza, dotando a cada intervención humana en la esfera del trabajo de una prima psicológica de salvación que la convertiría en parte imprescindible de un plan racional de autojustificación. En esto consistía el *encantamiento* de la personalidad en la *vocación*. Retraer la descomposición de todo este proceso es lo que hace de *Los Buddenbrook* una novela del **desencantamiento**.

Sobre la muerte y su relación con la indestructibilidad de nuestro ser en sí

El capítulo V de la décima parte de la novela nos presenta a un Thomas Buddenbrook fatigado de la contemplación de su propio vacío: «*debo pensar*» se decía casi en voz alta. «*Debo ordenarlo todo, antes de que sea demasiado tarde...*»⁴⁷. El, el jefe de la razón social «Johann Buddenbrook», se entrega durante horas a la lectura de un olvidado volumen de metafísica, devorando sus páginas en una suerte de éxtasis. Era, nos cuenta el narrador, la satisfacción incomparable de asistir al espectáculo de un cerebro superior en el ejercicio de adueñarse la vida entera... *esa cosa tan fuerte, tan cruel, tan grotesca*. Se trataba de la complacencia del *doliente que, frente al hielo y a la dureza de la vida, mantuvo siempre oculta sus penas y sus remordimientos y que de pronto obtiene, de mano de un grande, de un sabio, el derecho fundamental y solemne de sufrir a la faz del mundo, de este «mejor de los mundos posibles» del que se demostró, con gracioso sarcasmo, que es el peor de todos los imaginables*⁴⁸. El sabio de cuya mano se atreve el senador Buddenbrook a extrañas exploraciones es Arthur Schopenhauer. El volumen que tiene entre manos pertenece a *El mundo como voluntad y representación*. Y el capítulo en que se detiene con especial afección es el intitolado *Sobre la muerte y su relación con la indestructibilidad de nuestro ser en sí*⁴⁹.

En este punto *Los Buddenbrook* adquiere la densidad que habrían de adquirir, por ejemplo, *La montaña mágica* en su capítulo «Nieve», o

⁴⁷ BUDD., p. 650.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ SCHOPENHAUER, Arthur, «Über den Tod und sein Verhältnis zur Unzerstörbarkeit unsers Wesens an sich», en *Die Welt als Wille und Vorstellung*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt, 1961, vol. II, pp. 590-651.

Carlota en Weimar con el despertar de Goethe, en el capítulo VII. La narración da cuenta de una visión, de una ensoñación, de una situación cognoscitivamente pura; pura en la medida en que no admite ninguna reacción proporcionada. Tras habersele entregado, todo ingresa nuevamente en el orden que ella se encargó de perturbar. Se trata de una situación a la que, propiamente, no se le pueden encontrar causas de las que podría haberse derivado lógicamente. Por otra parte, no resulta posible descubrir nada que haya tenido lugar posteriormente por su virtud. Efectivamente, tras haber abandonado el volumen de Schopenhauer, el senador Buddenbrook siente una opresión casi insoportable sobre su cerebro burgués: *¿Qué será esto? (...) ¿Qué me ha ocurrido? ¿Qué he oído? ¿Qué se me ha dicho, a mí, Thomas Buddenbrook, consejero de esta ciudad...? (...) ¿Iba dirigido a mí? ¿Puedo soportarlo?*⁵⁰ Incapaz de asimilar el significado profundo de aquellas páginas, reacio a enrasarlas con el orden burgués al que se deben sus cotidianas exigencias, y, al mismo tiempo, urgido por sus propios demonios a desentrañar el sentido de la lectura, el senador se entrega al sueño... Es precisamente en ese duermevela de la consciencia, en el interregno entre el tiempo de la vigilia y la suspensión temporal propia de las fantasías nocturnas, cuando le adviene la visión⁵¹, *como si el muro de la noche se abriese, descubriendo un panorama inconmensurablemente profundo y eterno, lleno de luz.*

Anteriormente citábamos cómo Thomas Buddenbrook se respondía históricamente a los interrogantes de la perdurabilidad tras la muerte. Esta respuesta se apoyaba en su confianza en la perpetuación del honor de la estirpe en una línea sucesoria a la que no se atrevía a poner término. Ahora, definitivamente minada esta confianza, ni siquiera participa de la fe en las manifestaciones históricamente inmanentes de la inmortalidad. De la mano de Schopenhauer accede, sin embargo, a un estadio superior en la interpretación de la inmortalidad. El poder destructor de la muerte se trueca en potencia liberadora: *era el penosísimo regreso de un camino errado, la rectificación de un grave error, la liberación de*

⁵⁰ BUDD., p. 651.

⁵¹ Mann participa aquí del mismo interés que ha mostrado la novela moderna hacia este estado de duermevela de la consciencia como medio privilegiado para hacer justicia a toda la verdad de lo humano. La vaga fluencia de la mente, el entreverado de lo tangible y lo imaginario, la desinhibición moral, la concurrencia del presente y el pasado, el desprendimiento de la realidad inmediata, la dilatación de las facultades perceptivas, la investigación de las posibilidades del lenguaje... todo esto, que permite formulaciones muy diversas, fue perseguido por autores como Mann, en el capítulo *Nieve* de la *Montaña mágica*; Broch, en su *Muerte de Virgilio*; Joyce, en su *Ulises* —sobre todo en el cap. 18, correspondiente al monólogo de Molly Bloom— y en el *Finnegans Wake*, entre otros.

*toda clase de obstáculos y barreras, la reparación de una lamentable desgracia*⁵². El sentido de estas palabras sólo puede alcanzarse si lo relacionamos con la idea de *personalidad* que se edifica a partir de la *ascesis* profesional protestante y bajo la obligación de responder individualmente a una *vocación* impersonal. Sólo en la proximidad de la concepción reformada de *profesión* puede medirse el impacto de esta visión en el espíritu del senador. En la visión nocturna la «personalidad» e «individualidad» no se le aparecen como centros que galvanizan una serie de cualidades éticas específicas del espíritu del trabajo capitalista sino como obstáculos torpes, pertinaces y viciosos que le impiden transformarse, con la muerte, en otra cosa mejor. Yendo un paso más allá del larvado platonismo inherente a todas las concepciones cristianas, en virtud del cual se asocia al *cuero* la imagen de la *cárcel* (del alma), aquí es la *personalidad* edificada en la respuesta a una *vocación* la que se interpreta como una *prisión*: la prisión de la personalidad en la vocación. ¿Acaso hay algo más anti-burgués y perturbador para una conciencia construida al amor de la *ascesis* profesional protestante que reconocer que lleva en sí *el germen, la semilla, la posibilidad de todas las capacidades, de todas las actividades del mundo...* y lanzarse acto seguido a cuestionarse: *¿Dónde podría estar si no estuviese aquí? ¿Quién, qué, cómo podría ser yo sin ser este yo, si esta mi persona no me excluyese y mi conciencia no me separase de todo aquello que no es yo*⁵³.

Mann confronta aquí a la figura del senador Buddenbrook con el límite máximo de su conciencia, forzándola, no por casualidad en un ambiente de semi-inconsciencia, a arrostrar la máxima alteridad. Si la personalidad de su hijo Hanno es aún más débil, más angustiada y vacilante que la suya propia... ¿qué es en realidad para el senador un hijo? El no descansar en su hijo al morir, se dice en este duermevela, no se perpetuará en una personalidad que, como la de Hanno, se encuentra ya desde la infancia sustraída al poder benéfico y moderador de la *vocación*; tras la muerte él estará *en todos aquellos que dijeron, dicen y dirán: Yo; y más que en ninguno, en aquél que lo diga con más entereza, con más aplomo, con más alegría...* En ese espíritu puro, fornido, sereno y cruel que crece en algún lugar del mundo, se perpetuará cuando la agencia liberadora de la muerte le haya rescatado de la mísera ilusión *de que yo no soy tan él como yo*.

Aparte los innegables ecos Nietzscheanos que trufan la iluminación nocturna del senador, Mann enfrenta aquí *el principio individuationis*

⁵² BUDD., p. 652

⁵³ *Ibid.*, pp. 652-53.

(principio de individuación), sin el cual la ascesis burguesa consistente en el desenvolvimiento ético de una serie de compromisos profesionales carecería de su sentido altamente personalizado, con aquella conunciación mística del *yo* que impediría remitir a una *personalidad* diferenciada éxito ninguno. La aniquilación del **yo** burgués y su liberación de la prisión de la *personalidad*, se proponen como imágenes de una fe alternativa al enfermizo declive de ese mismo **yo** atrapado en la *vocación* profesional: la cósmica expansibilidad *post-mortem* del *yo* se opone a su patética desintegración en *esta* vida.

Algunas consideraciones temporales acerca del proceso de descomposición de la personalidad

A lo largo de toda su obra Mann se preocupó de constituir la realidad temporal de cada personaje, de cada escenografía y cada situación dramática como si se tratara del afloramiento de un tiempo oculto y más profundo al que normalmente se refiere con el nombre de *eterno presente*. Esta doble articulación del tiempo le permite dotar a la realidad histórica retratada en la diégesis novelesca del espesor de la realidad mítica: *a través de* las contingencias temporales de una trama que, normalmente, está escrupulosamente contextualizada desde el punto de vista histórico (el ejemplo más claro es el *Doktor Faustus*, en el que el narrador nos va proporcionando de primera mano datos acerca de su contexto histórico), se expresa el tiempo originario del mito. No podemos entrar aquí en el análisis de las estrategias de que se sirve Mann para conseguirlo, aunque sí conviene insistir en que esta doble articulación no supone en modo alguno trabajar con los objetos narrados (con los hechos dramáticos) como si fueran las *formas sensibles* o las *referencias* de un tiempo codificado⁵⁴ a partir de compromisos comunicativos

⁵⁴ Los códigos, como sistemas de signos y reglas que permiten formular y comprender un mensaje, son siempre definiciones socioculturales. El concepto de tiempo no escapa, lógicamente, a ellos. Y es cierto que, de hecho, los acontecimientos dramáticos de la ficción pueden ser tomados como las manifestaciones sensibles de determinados códigos temporales que los «moldearan». Sería posible establecer un catálogo de «signos» temporales propio de las ficciones literarias, pero sólo a cambio de que se considerara a la realidad temporal de los fenómenos, hechos y objetos de la ficción como representación de la realidad temporal de los fenómenos, hechos y objetos de la naturaleza, o, mejor dicho, como representación de la interpretación socioculturalmente codificada de la realidad temporal de los fenómenos naturales. Lo que reclama Mann es un código temporal originario, que establezca las condiciones de derecho, y no sólo de hecho, bajo las que el tiempo articulado en la ficción literaria es real en sí mismo y no sólo de modo representativo o analógico. Para

previos que funcionaría como la estructura, o, más plásticamente, como el «molde» de aquéllas. Los hechos dramáticos de la ficción no ilustran analógicamente ni representan como simples signos un código temporal instituido con independencia y anterioridad a la ficción sino que son manifestaciones del tiempo real, tan legítimamente real como el tiempo de cualquier otro hecho de cualquier otro orden de realidad. No están hechos *a semejanza de* manifestaciones reales del tiempo en virtud de un previo código sociocultural (los avatares del amor, la generación familiar, el avance de una enfermedad, etc., son interpretados en todas las sociedades y culturas conforme a códigos temporales muy diversos, códigos que hacen de estos fenómenos algo temporalmente comprensible y comunicable: se discrimina tópicamente sus secuencias, sus «pasos», inflexiones o etapas, etc.). Los acontecimientos dramáticos de la ficción son tiempo real expresado imaginariamente. No hay tiempo «imaginario» en la literatura de Mann, su literatura es una articulación creativa de un tiempo real. Articular el tiempo, máxime cuando media originalidad, significa cualificarlo: dotarlo de atributos o cualidades que provoquen su *presencia* ante la inteligencia y lo retornen al orden de lo *visible*. Lo que emociona al lector en *Los Buddenbrock* es el tiempo, el tiempo que *curra* inexorable, el tiempo percibido *en sí mismo* precisamente gracias a hallarse *fuera de sí*, articulado en una ficción... *Los Buddenbrock* es una cualificación imaginaria de tiempo real, al igual que lo es *La montaña mágica* o *José y sus hermanos*, tan real como pueda serlo la cualificación del tiempo por medio del golpeo

ello, los hechos dramáticos han de dejar de ser interpretados como signos temporales. Desde el punto de vista temporal no son signos en absoluto. Son tiempo por sí mismos, no por la influencia moldeadora de códigos socioculturales. Es su modulación en el interior de la ficción lo que habilitará al lector para establecer diálogos con fenómenos históricos concretos. Y no sólo al lector. También el autor puede instituir estos diálogos en el interior de la ficción en virtud de la doble articulación del tiempo: por una parte, el tiempo de la ficción cambia **como un todo**, en continua modulación y, por otra, cambia la relación **entre los objetos** dramáticos que, envueltos en el movimiento total, disfrutan de su tiempo particular. Así, por ejemplo, la vida de Hanno Buddenbrook tiene su tiempo particular, que muda y se extingue con una consistencia dramática interna, que le es específica; pero, a la vez, su tiempo está envuelto por el tiempo total de la ficción, involucrándose en la modulación tonal del tiempo de la ficción. De igual forma que de la vida de un personaje, podríamos hablar de las posibilidades de la doble articulación del tiempo al respecto de una escenografía: la segunda Guerra Mundial en el *Doktor Faustus*, por ejemplo. El análisis de este caso habría de llevarnos demasiado lejos: la modulación de la novela entendida como un todo se inspira temporalmente en un acontecimiento dramático particular incluido en ella. Aquí el tiempo de la ficción no envuelve simplemente al acontecimiento de la guerra, con su propia consistencia secuencial, sino que se inspira en él a la hora de modular sus tonos, de vertebrar el movimiento único del tiempo del *Doktor Faustus* como un todo.

de una raqueta en un partido de tenis o el *apianamento* de una nota en la interpretación de una aria musical, aunque, eso sí, diametralmente distinta a éstas.

Las cualificaciones ficcionales del tiempo real se sostienen sobre una estructura profunda, un código temporal originario en el sentido de «originante»: el tiempo del mito, recurrente, cíclico, eterno... el *nunc stans*, el *eterno presente*, lo denomina Mann. Pues bien, no existe una novela en toda la carrera del autor de Lübeck en que la mediación de este tiempo (del que los personajes no pueden hablar directamente, sólo con vaguedad y al amor de la ensoñación, la semi-inconsciencia o el duermevela...), en que el afloramiento de esta estructura profunda del tiempo, en medio de una situación cognoscitiva pura como es la visión nocturna de Thomas Buddenbrook, suponga una presencia tan desasosegante y desestabilizadora no ya para el personaje, que, a la postre, será incapaz de asimilar la verdad de la iluminación, sino para el decurso mismo de la novela: el *eterno presente* es en *Los Buddenbrook* el símbolo de la aniquilación. En un medio tan poco solícito a este tipo de formulaciones metafísicas como es el ascetismo burgués, la *eternidad* se convierte en la imagen misma de la exterminación:

«Las mentirosas formas mentales del espacio, del tiempo y aun de la historia —los afanes por la perduración de la fama en el tiempo, a través de las personas de los descendientes, el temor de una total disolución y descomposición histórica—, eran cosas de las cuales se emancipaba su espíritu y dejaban de constituir un obstáculo para comprender la eternidad. Nada empezaba y nada terminaba. Existía solamente un **eterno presente**, y aquella fuerza en él que, con amor tan doloroso y dulce, impulsivo y apasionado, amaba la vida, de la cual su persona no era otra cosa que una imperfecta expresión, aquella fuerza sabría hallar siempre la puerta de acceso a **ese presente**.»⁵⁵

No cabe aquí la valoración neutra de las ideas de Schopenhauer. La ascesis racional protestante y la idea de profesión construida por mediación suya no es independiente de las *mentirosas formas mentales del espacio, del tiempo* y mucho menos de la *historia*. La ascesis racional necesita de la historia concreta. Su compromiso con la historia pasa indefectiblemente por la perpetuación del nombre en la persona de los descendientes. Y el temor a una *total disolución y descomposición histórica* forma parte natural de su patrimonio de miedos. No puede ser de otra manera, del mismo modo que las confusas y destempladas cavilaciones

⁵⁵ BUDD., p. 654.

nocturnas del senador Buddenbrook no pueden pasar por encima de la influencia moderadora de la *vocación*, que, como una **cultura** del yo, no admite alternativas sino en su propio terreno. Pero Hanno Buddenbrook, su descendiente, un espíritu musical, no podrá responder *vocacionalmente* a su inclinación artística. El es la víctima definitiva de los flirteos de su antecesor con la perturbadora y anti-burguesa, es decir, anti-ascética, idea de *eterno presente*.

La introducción de la música en el mundo de los Buddenbrook

Gerda, la esposa del senador Buddenbrook, guarda las distancias con su familia política a lo largo de todo el relato. De hecho, esta reserva consiste en la fijación de unos límites entre sí misma y las preocupaciones de la familia. Y el medio privilegiado para tal demarcación es la música, su pericia con el violín. Podría decirse que es Gerda quien sustrae al joven Hanno del benéfico y ordenado curso comercial de la familia si, en realidad, tal curso no estuviera ya estancado en algún punto de la genealogía del muchacho. Es cierto que la ascendencia femenina es decisiva para orientarlo hacia la música, pero ello no deja de obedecer también, y en cierta medida, a un compromiso diegético del escritor Thomas Mann: la influencia materna hace dramáticamente verosímil lo que, en aquel ambiente extraño al arte, hubiera supuesto una extravagancia. La importancia de la figura de Gerda estriba en la repercusión de su influjo en un medio social que no reconoce a la música como objeto legítimo de *vocación* en el varón. Acercarse al personaje de Hanno Buddenbrook no puede reducirse a tratar del componente *femenino* del arte o de la maternal sustracción del hijo a la vida de los negocios. En realidad es inadecuado remitir el destino de Hanno a la influencia de una persona, pues su destino lo tiene cobrado en no menor medida que tenían cobrada la *fêlure* los Rougon-Macquart de Zola. Hablar de Hanno es hablar de sus orígenes. Insertarlo en el putrescente curso de la *vocación* profesional de la estirpe. Según esta perspectiva, que es a la que nos hemos sometido en este trabajo, la influencia femenina es decisiva en la medida en que dota al enfrentamiento final del epígono de los Buddenbrook con el pasado comercial de la saga de un cariz ético específico. Con Hanno, las reprimidas y atormentadoras inclinaciones del senador tienen nombre y apellidos: el arte, la música. *Sintió de nuevo el daño que causa la belleza* —se nos dice de Hanno, después de que éste, invitado por su madre, haya asistido a una representación de *Lohengrin*— y *hasta qué punto la pasión aniquila el valor y las aptitudes tan nece-*

sarias en la vida ordinaria⁵⁶. Hanno Buddenbrook no necesitará *representar* ante nadie lo que no tiene fuerzas para *ser*, sabe bien a qué se debe el saqueo de sus aptitudes y su ánimo para la vida, y conoce su nombre: la belleza, la pasión artística. No tendrá que convertirse en un actor (un actor de sí mismo) como su padre, ni se preguntará en una zozobra del pensamiento. *¿Qué será esto? ¿Qué me ha ocurrido? ¿Qué se me ha dicho?* El mal de Hanno Buddenbrook es más grave. El «sabe» **qué es esto, qué le ha ocurrido, qué le ha sido dicho**. Ni siquiera se plantea, como su progenitor, si puede o no soportarlo. El senador abandonó sus flirteos con la *verdad*, sustrayéndose a ella, entre acobardado e indolente, para ingresar en el orden de la apariencia del que se veía definitivamente esclavo. Hanno es, en cambio, una de las más poderosas imágenes literarias de la muerte de entre las numerosas que pueblan la obra de Mann. Harvey Goldman lo llama «el protoartista». Y, efectivamente, Hanno no es uno de esos *Joker* a los que, aun sin faltarles el talento, carecen del *Willen zum Werk* (la voluntad de trabajar). Hanno carece no de la energía suficiente para *trabajar* sino de la energía necesaria para *vivir*.

No quiero la suerte; me hace daño, le dice a su único amigo, Kai. Realmente Hanno no sabría qué hacer con ella. El no representa al rebelde héroe novelesco que se subleva contra las imposiciones de la tradición de las que se hace portavoz un tiránico medio familiar. Nada más alejado de *Los Buddenbrook*. Hanno es incapaz de afirmarse levantisco frente a herencia ninguna, antes bien él es el fruto de una negación profesional. Si en su padre sólo quedaba la *huella* de la *vocación*, siendo cubierto el vacío ético por medio de grandes dosis de agotadora simulación y meticuloso cultivo de la apariencia, en el hijo hasta la *huella* se ha borrado y sólo queda el terreno yermo que debió ser hollado por la *vocación*. La frase que mejor define a Hanno la pronuncia él mismo: *No puedo querer*⁵⁷. Si al senador le costaba horribles esfuerzos arrostrar la mínima contingencia *profesional*, a su hijo es

⁵⁶ BUDD., p. 698.

⁵⁷ No se puede ilustrar mejor la completa desactivación a cargo del personaje de Hanno de la idea puritana del *convenio* (es decir, de la activa disposición o *puesta en servicio* humana ante la *vocación* divina), máxime si, tal como afirma Michael Walzer, recordamos que *el puritanismo fue en cierto sentido la religión de los sociológicamente competentes, de aquellos que habían sido invocados (Called)*. WALZER, Michael, *opus cit.*, p. 218. En el caso de que el joven Hanno tuviera alguna garantía de supervivencia se alinearía sin duda, ante la mirada de la conciencia religiosa puritana, con toda aquella humanidad que se resistía a convertirse en sujeto de control y disciplina, seres peligrosos (pícaros, mendigos, nobles *gentlemen*, frailes y criados...) por el mero hecho de vivir extramuros del mundo vocacional. *Ibidem*, p. 216.

cualquier accidente de la *vida* lo que le reduce las fuerzas infundiéndole un miedo pánico. La quiebra de la personalidad en la respuesta a una *vocación* se extrapola ahora a la quiebra de toda una estirpe cobrada en la persona de alguien incapaz de *querer* nada, y, por lo tanto, incapaz de *querer* una *personalidad* construida por medio del perseverante cultivo de una serie de cualidades éticas específicas en el marco de la ascesis profesional protestante. La «inflación» de la debilidad adquiere con el decurso de la saga proporciones cósmicas al afectar radicalmente a la relación de la estirpe de los Buddenbrook con el mundo, con la totalidad del mundo (totalidad presente en su concepto de *vocación*). Esta cósmica inflación del quebranto y la debilidad se compadece perfectamente con la condición escatológica del relato, al mismo tiempo que garantiza, de modo devastador, la clausura del circuito ético *entre profesión y vida*.

No podemos dudar de la condición de *elegido* de Hanno Buddenbrook —*pero tocaré, no puedo contenerme, aunque el hacerlo me empeore*—. No obstante, como al respecto de todo *elegido*, no es tan importante que el medio en que se desenvuelve no conforte sus propósitos y se muestre opaco a sus intereses cuanto que la fuerza de su iniciativa sea capaz de «confortar» al medio, es decir, de autentificarlo o justificarlo. Sin embargo, frente al universo en descomposición de los Buddenbrook, ni Hanno puede legítimamente establecer cuáles son sus propósitos —*¿Con mi música, Kai? No haré nada con ella*—, ni la música aparece revestida del vigor justificativo del que hasta entonces disfrutaba la *vocación* comercial.

Podríamos decir que el final de la estirpe de los Buddenbrook es un terreno propicio para el estudio caracterológico de la figura del *artista*. La tangencialidad de sus inclinaciones respecto a las cotidianas exigencias le permite librar batalla contra sus propios *demonios*, o seguirlos cautelosamente, a cambio de desguarnecer su personalidad ante los más nimios avatares de la vida e infundirle una insalvable nostalgia de aquella vida *al abrigo* que recordaba Flaubert. Sin embargo, reducir el papel de la música en *Los Buddenbrook* a estos o a semejantes cometidos descriptivos supone atribuir al joven Hanno una condición de «artista» que no se merece, además de un empobrecimiento de las virtudes simbólicas de la música. Precisamente *Los Buddenbrook* es la única novela de Thomas Mann en que el arte queda sin decir todo lo que podría y debería decir. A Tonio Kröger se le permite conciliar la expansibilidad propia del artista con la vida recta y ordenada característica del burguesismo, a Gustav von Aschenbach le arrebatada de este mundo de sombras la presencia numinosa de una *idea*, la de la *belleza*, en el sentido platónico del término, pero esto ocurre después de que su carrera

esté bien afianzada en el universo de las letras; es evidente que a Adrian Leverkühn se le otorga la posibilidad de decir todo lo que se puede decir musicalmente en *su* tiempo, sin escatimar (o, mejor dicho, con una presencia decisiva de ellos) los lados más negros de lo decible... y no cabe duda de que el pícaro Félix Krull consume su arte prodigiosamente. En *Los Buddenbrook*, no. Y esto es así no tanto por la debilidad constitutiva de Hanno Buddenbrook como por el vaciamiento ético del concepto de *vocación* que afecta a esta saga religiosamente exhausta, incapaz de primar con la esperanza de la salvación acción profesional alguna. Lo primero habría de llevarnos a disquisiciones psicológicas que no vienen al caso en este trabajo; lo segundo nos permite afirmar que la presencia de la música en la novela certifica que los Buddenbrook se han quedado sin Dios a que servir.

Lo decisivo en el personaje de Hanno es que su relación con la música no es una respuesta personal a una vocación impersonal sino una extenuativa reacción morbosa frente al desencanto. *Desde que murió mi padre* —le confiesa a su amigo Kai—, *tanto el señor Stephan Kistenmaker como el pastor Pringsheim no dejan un solo día de preguntarme qué es lo que quiero ser. ¡Pues no lo sé! No puedo contestarles. No deseo ser nada. Me da miedo todo.* La inclinación de Hanno hacia la música es un esfuerzo anheloso de olvido y, no obstante, tiene mucho de éxtasis que embarga su alma del sentimiento de desolación. Las páginas que coronan el capítulo segundo de la undécima parte de la novela, un magnífico capítulo que relata un día en la vida del muchacho, recogen a Hanno Buddenbrook frente al piano⁵⁸, disponiéndose a interpretar una sencilla melodía que, por medio de diversos juegos moduladores y fantásticas variaciones temáticas, adquiere una densidad musical

⁵⁸ Acerca del intrínseco burguesismo de este instrumento véase WEBER, Max, «Los fundamentos racionales y sociológicos de la música», en *Economía y Sociedad (Esbozo de sociología comprensiva)*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1983, pp. 1118-1183: *Porque, pese a toda su esencia musical, el piano es un instrumento doméstico esencialmente burgués. En efecto, del mismo modo que el órgano requiere para el despliegue de sus posibilidades el local gigantesco, el piano necesita un local de proporciones moderadamente grandes. Todos los éxitos de ejecución de los grandes pianistas modernos no cambian en nada el hecho de que, al tocar solo en la gran sala de conciertos, el instrumento se compara involuntariamente con la orquesta y se encuentra, naturalmente, demasiado liviano. De ahí que los portadores de la cultura pianística sean los pueblos nórdicos, cuya vida, aunque sólo sea por razones de clima, se centra alrededor del «hogar», en contraste con el Sur. Debido a que en éste, por motivos de clima y de historia, el culto del hogar se ha ido perdiendo, el piano, inventado allí, no se propagó a pesar de ello tan rápidamente entre los italianos, según ya vimos, como entre nosotros (los alemanes), ni ha conseguido allí hasta hoy la posición de un «mueble» burgués en la misma extensión que entre nosotros se considera como natural desde ya hace mucho tiempo. Ver supra, p. 1183.*

insospechada. La estrategia narrativa de Mann recuerda sorprendentemente en este punto a aquella con que, en nombre de Serenus Zeitblom, habría de acercarse casi medio siglo más tarde al universo creativo de Adrian Leverkühn. La página parece realmente extraída del *Doktor Faustus*. Su intensidad elegíaca, la penetración y agudeza dramáticas de los comentarios del narrador sobre el «músico», sientan un curioso precedente para la *vida del compositor alemán Adrián Leverkühn narrada por un amigo*. La interpretación de Hanno es un auténtico *Lamento*, el infructuoso cultivo de un talento en un terreno yermo; el cosmos de los Buddenbrook se ha extinguido y la pasión musical de Hanno no puede restituírle una sola de sus piezas. La pulsación de cada nota al piano facilita la entrada de la muerte en el mundo de la saga.

«Había algo brutal y loco, de ascético y religioso, en el fanático culto de aquella **nada**, de aquel pequeño fragmento de melodía, pequeñísimo, pueril.. Y un placer morboso, también, en la inmensidad e insaciabilidad con que era gozado y sublimado. Tenía mucho de cínica desesperación; era un deseo de placer, un afán de ocaso, un anhelo de muerte, pero aspirado en una postrera dulzura, gustada hasta la extenuación... Y, al fin, más allá de aquel caos sublime sonó un prolongado y suave arpeggio en modo mayor que, ganando un medio tono, pasó al menor y en él se disolvió, expirando en medio de melancólica inquietud...»⁵⁹

Hará falta *algo* para que la música se atreva a decir lo suyo y propio a este tiempo climatérico. Thomas Mann aguardará hasta el *Doktor Faustus* para dar nombre a ese *algo* mediante el expediente de introducir la idea del *pacto con el diablo*. En *Los Buddenbrook* sólo queda, sin embargo, la dudosa esperanza en un *más allá* que pueda acoger a aquéllos que, como Hanno Buddenbrook, no pudieron forjarse en *este mundo* una personalidad al amor de una vocación. Su incapacidad para racionalizar el camino de la vida y someterlo ascéticamente al imperio de un destino (musical, en el caso de Hanno) representó la *falta* que trajo la muerte al mundo. La muerte definitiva, la que habría de exterminar a la estirpe comerciante de los Buddenbrook y es la fuerza victoriosa en los mitos escatológicos.

⁵⁹ BUDD., p. 738.

CONCEPTO Y NATURALEZA DEL TESTAMENTO

José Manuel Fernández Hierro

1. Concepto

El testamento es la institución clave del derecho sucesorio: ciertamente la sucesión puede regularse por la ley y el testamento también tendrá que respetar los límites legales, pero como institución propia del derecho civil, y concretamente del derecho de sucesiones, la que resalta es la del testamento.

Una definición clásica es la de ULPIANO¹ según la cual *testamentum es mentis nostrae iusta contestatio, in id sollemniter factum ut post mortem nostram valeat*. Se ha señalado que tanto la definición de MODESTINO como la de ULPIANO, queriendo abarcar la heterogeneidad de disposiciones que el testamento puede contener son imprecisas², olvidándose, por ejemplo de algo tan esencial como la institución de heredero, y en definitiva se ha dicho el testamento romano es «el acto unilateral y personalísimo, solemne y revocable en el que se contiene necesariamente la institución de uno o varios herederos y puede ordenarse además otras disposiciones para que todas tengan efecto después de la muerte del testador»³.

El derecho romano admitió diversas formas de testamentos, las cuales fueron evolucionando a lo largo de la historia: en el antiguo *ius civile* se admitía el testamento *calatis comitiis*, el testamento *in procintu* y el *per aes et libram*; el primero ante los comicios, el segundo ante el pueblo reunido en unidades militares, y el tercero, que es el que sobrevivió de los tres, con el rito de la balanza y el metal similar al existente para crear obligaciones o transmitir el dominio⁴.

¹ Regl., 1.

² ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, Madrid 1954, tomo 1, p. 997.

³ ARIAS RAMOS, obra citada, p. 998.

⁴ D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona 1986, p. 329.

El derecho justinianeo cambió las formas del testamento en dos grupos, denominados testamento privado y testamento público.

El primero podía ser oral o escrito pero siempre exigía siete testigos voluntarios y capaces y la unidad de acto: en el escrito además del texto del testamento y de la firma del testador si era ológrafo, se necesitaba la *subscriptio* de cada testigo.

En cambio el testamento público era efectuado ante una determinada autoridad: que podía ser la judicial o municipal si se trataba del *testamentum apud acta conditum* y los archivos imperiales si se trataba del *testamentum principii oblata*; todo ello sin contar con determinadas formas especiales de testar como podían ser el testamento en tiempo de epidemia y el testamento del analfabeto o el testamento militar.

En la Edad Media la institución de la primogenitura cobra más trascendencia, ligada al concepto del feudalismo y a la necesidad de mantener el feudo, siendo la primogenitura, como señala SÁNCHEZ ROMÁN⁵, la poderosa palanca de la sucesión feudal para conseguir la transformación de la aristocracia de funcionarios en nobleza de nacimiento.

Otra característica del derecho medieval es el principio de la prioridad masculinidad, al menos en la situación legítima.

Pero las ideas anejas al feudalismo propiamente dicho continúan en la época de la monarquía absoluta por medio de las vinculaciones, mayorazgo y por los fidecomisos de primogenitura, Mayorazgo y señoríos, que se extendieron fuera del ámbito nobiliario, puesto que personas enriquecidas querían precisamente lograr su acceso a la nobleza por medio, o con la ayuda de tales vinculaciones.

En cualquier caso hay que recalcar que Las Partidas recogen, como es sabido los criterios del derecho romano y por eso admiten fundamentalmente los criterios del derecho romano y no los derechos germánicos que se habían introducido en los fueros municipales.

Todo ello acabó con la Revolución Francesa que volvió al régimen igualitario del derecho romano basado en los principios de sucesión por parte de los hijos sin prioridad en atención a los conceptos de masculinidad ni de primogenitura. El Código de Napoleón se basó en tales principios, abriendo además la sucesión a los hijos naturales.

Pero en cuanto al testamento, se tenía el temor de que el abrir la mano a una amplia libertad de testar volviera a dar paso a la instauración por

⁵ *Estudios de Derecho Civil*, tomo 6.º, vol. 1.º, p. 146. Aunque el propio autor reconoce más adelante (*Ibidem*, p. 163) que tanto el ordenamiento de las Cortes de Nájera como el Fuero Viejo de Castilla señalan, de manera acorde con numerosos fueros municipales, la sucesión forzosa de los hijos por partes iguales sin diferencia entre ellos por edad ni sexo, con la excepción del derecho del primogénito a las armas y caballo de su padre.

tal vía de los principios de primogenitura y mayorazgo, por lo cual se establecieron una serie de limitaciones a la facultad de testar.

El artículo 667 del Código Civil señala que el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento.

Se ha criticado por la doctrina el aludido precepto, señalando que un código no tiene por qué contener una definición del testamento, pero la definición contenida en nuestro ordenamiento jurídico no es ni mucho menos única: también la tienen el artículo 587 del Código Italiano⁶, el artículo 2.179.1.º del Código Portugués⁷ y el artículo 1.295 del Mexicano⁸, como el artículo 895 del Código Francés⁹, o el § 552 del Código Austríaco, entre otros, si bien no la contienen algunos modernos como el suizo¹⁰.

Independientemente de la procedencia o no de que un código contenga una definición (apunta acertadamente ALBALADEJO¹¹) que nada cambiaría si el artículo no existiera) es cierto que la definición que el Código Civil español recoge es imperfecta por varios motivos —no alude a la institución de heredero, ni a las disposiciones no patrimoniales

⁶ Testamento. Il testamento è un atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse.

Y de acuerdo con el antiguo Código Italiano, el testamento es un acto unilateral, solemne y revocable, mediante el que alguno, según las reglas establecidas por la Ley, dispone para después que haya cesado de vivir de todo o parte de su patrimonio en favor de una o más personas.

⁷ Diz-se testamento o acto unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles.

⁸ Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte.

⁹ Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens et qui'il peut révoquer.

¹⁰ Si bien el artículo 481 del Código Civil Suizo (en parecido sentido el 1.939 del B.G.B.) señala:

«1. Les dispositions par testament ou pacte successoral peuvent comprendre tout ou partie du patrimoine, dans les limites de la quotité disponible.

2. Les biens dont le défunt n'a point disposé passent à ses héritiers légaux».

Y previamente el artículo 467 del Código Suizo indica que:

«Toute personne capable de discernement et âgée de 18 ans révolus a la faculté de disposer de ses biens par testament, dans les limites et selon les formes établies par la loi».

También en Inglaterra la Wills Act, 1837, s. 3, señala:

«All real Estate and all personal estate which he shall be entitled to, either at law or in equity at the time of his death, and which, if not so... disposed of, would devolve upon the heir-at-law or the customary heir of him, or if he became entitled by descent of his ancestor, or upon his executor or administrator».

¹¹ «Comentarios a los artículos 657 a 693 del Código Civil» en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Editorial Edersa, Madrid 1990, p. 97.

recogidas en el testamento, por ejemplo— pero admitidas éstas también hay que reconocer, a favor de la definición legal tan criticada (se ha dicho por SÁNCHEZ ROMÁN que el artículo 667 no es completo, ni exacto, ni útil) su claridad y simplicidad superior a la mayoría de las definiciones más científicas que la doctrina ha elaborado.

Según JORDANO BAREA¹² hay tres concepciones fundamentales del testamento: 1) en sentido formal; 2) en sentido sustancial y amplio; 3) y en sentido sustancial y estricto.

Y sigue señalando que según la primera concepción «el testamento no es un negocio jurídico, sino una simple forma documental acta para acoger en sí la múltiple variedad de los negocios a causa de muerte, admitido por el Ordenamiento. Más que un determinado contenido, lo que caracteriza al testamento es una forma».

En sentido sustancial y amplio se concibe el testamento, según el mismo autor, como un negocio negocial a causa de muerte, carácter general y contenido variable, patrimonial y no patrimonial.

Y finalmente, en el tercero de los sentidos, sustancial y estricto es, para JORDANO BAREA, el cual el negocio jurídico unilateral y no recepticio, mortis causa típico por el cual se dispone el patrimonio para el tiempo posterior a la muerte.

Sigue señalando que en nuestro derecho el testamento es «el negocio jurídico unilateral, unipersonal, personalísimo, no recepticio, formal o solemne, normalmente gratuito que opera una institución de heredero legado».

Para TRAVIASAS¹³ el testamento es el medio de que se sirve el causante para regular su sucesión hereditaria. Y señala que con este término se designa tanto la voluntad del causante como el documento que contiene su declaración de voluntad.

Según ROYO MARTÍNEZ¹⁴ el testamento «es un negocio jurídico unilateral, formal o solemne, personalísimo e irrevocable, por el que una persona dicta disposiciones, especialmente patrimoniales para después de su muerte».

ALBALADEJO ha definido al testamento¹⁵ como el negocio solemne o formal por el que unilateralmente una persona sola (carácter unipersonal) establece ella misma (carácter personalísimo) para después de su

¹² *Comentarios al Código Civil*, publicado por el Ministerio de Justicia y dirigido por Cándido PAZ: ARES RODRÍGUEZ, RODRIGO BERCOVITZ, DÍEZ PICAZO, y Salvador CORDECH, tomo I, p. 1678.

¹³ «El testamento», en *Revista de Derecho Privado*, 1935, p. 99.

¹⁴ *Derecho sucesorio mortis causa*, Sevilla 1951, p. 72.

¹⁵ Obra citada, p. 101.

muerte las disposiciones (patrimoniales o no) que le competía pudiendo siempre revocarlas.

Ahora bien, tales características no pueden admitirse sin discusión o contradicción, y atendiendo a todo ello podíamos decir con carácter de más generalidad que el testamento es el acto por el que una (o varias en los supuestos que la ley admite), persona establece las disposiciones que desee para después de su muerte, disposiciones que siempre podrá revocarlas cumpliendo los trámites legales.

El Tribunal Supremo tras señalar que el artículo 667 del Código Civil es «un artículo genérico definidor y mejor aún conceptualmente limitador» pero nada más¹⁶, y que el testamento es esencialmente un acto dispositivo de bienes o derechos que se disponen para después de la muerte del causante y concluye señalando que siempre es necesario la esencia de la disposición «mortis causa» en sus palabras¹⁷: siendo de resaltar la diferenciación que ha efectuado el Tribunal Supremo entre la declaración de voluntad sería destinada a producir efectos jurídicos del testamento y los meros consejos del testador que no son vinculantes, ratificando que la forma es esencial al acto testamentario¹⁸.

Y en cuanto a la definición de testamento el Tribunal Supremo, ha entendido que «es un acto o negocio jurídico solemne, en principio, unilateral y esencialmente revocable, otorgado por persona capaz con la intención seriamente declarada de producir, para después de la muerte de su autor, consecuencias eficaces en derecho, y, por ello, es obvio que las admoniciones, ruegos o consejos, no elevados por el de *de cuius* al rango de normas de la delación hereditaria y de obligado acatamiento para los herederos, no producen acciones viables en justicia en orden a su estricta ejecución, ya que de otro modo se equipararía el mero deseo de índole sentimental o efectivo con las disposiciones testamentarias en sentido propio¹⁹».

Se ha polemizado sobre la naturaleza patrimonial o no del contenido del testamento.

Así en cuanto a la posibilidad de que las resoluciones no patrimoniales puedan consignarse en un testamento mantiene JORDANO BAREA²⁰:

«1) Pertencen a la sustancia de éste; o 2) constituyen, más bien, un acto secundario: a) adjunto al testamento; o b) asimilado a él por razón de estar sometido a los mismos requisitos de forma. Pero el TS no se

¹⁶ S. 2 de junio de 1987, Ar. 4204.

¹⁷ S. 8 de julio de 1940, Ar. 689.

¹⁸ S. 10 de julio de 1944, Ar. 911.

¹⁹ S. 24 de noviembre de 1958, Ar. 3.800.

²⁰ Obra citada, p. 1679.

pronuncia expresamente en uno u otro sentido, aunque parece mostrar inclinación hacia la solución 2. Por nuestra parte, nos decidimos resueltamente hacia esa misma solución, en la variante sub b). Acoger la solución 1 implicaría seguir una concepción ecléctica del testamento, cifrada en combinar o conciliar las dos concepciones del mismo en sentido sustancial, amplio y estricto, tal como hace CICU.»

Precisamente CICU²¹ hace referencia a los esfuerzos de la doctrina para comprender dentro del testamento los actos que no fueron de disposición de bienes bajo el imperio del restrictivo Código italiano de 1865, y que se debía entender como testamento cualquier disposición de acto de última voluntad, a semejanza de las disposiciones patrimoniales, aunque —continúa— no es fácil admitir que la voluntad privada pueda constituir toda clase de relaciones jurídicas después de la muerte, con independencia de su contenido no patrimonial²²; y pone el ejemplo del testador que dispone que su perro sea mantenido a la manera que lo hacía él, y señala que para que esa determinación tenga tutela jurídica es menester que haya alguna persona obligada a la manutención y otra persona que tenga contra esta acción por incumplimiento, y concluye que la forma de conseguirlo sería un modus o condición resolutoria a cargo del heredero legatario, ya que de otra forma tal deseo de contenido no patrimonial no tendría sanción por parte del derecho.

Señala ALBALADEJO²³ cómo la doctrina se encuentra dividida de quienes de acuerdo con la letra del código no es de esencia al testamento la disposición de bienes, aun cuando casi todo testamento lo contenga, y que, por tanto, no es necesario que los actos de última voluntad que contengan disposición de bienes, bastando la voluntad de establecer regulación mortis causa, aunque sea relativa a otros extremos, siempre que sea expresada con las formalidades exigidas por la Ley; y la otra postura en la que, no aceptando lo anterior, se admite que en nuestro ordenamiento jurídico²⁴ para

²¹ Obra citada, pp. 11 y ss.

²² CICU, *El Testamento*, Madrid 1959, p. 18.

²³ Obra citada, p. 98.

²⁴ En cuanto a otros ordenamientos el Código Civil italiano indica en el artículo 587-2:

«Le disposizioni di carattere non patrimoniale, che la legge consente siano contenute in un testamento, hanno efficacia, se contenute in un atto che ha la forma del testamento, anche se manchino disposizioni di carattere patrimoniale.»

De acuerdo con el artículo 3.607 del Código argentino el testamento es un acto por el que una persona dispone «del todo o parte de sus bienes».

También el artículo 2.179-2.º del Civil portugués señala:

«As disposições de carácter não patrimonial que a lei permite inserir no testamento são válidas se fizerem parte de um acto revestido de forma testamentária, ainda que nele não figurem disposições de carácter patrimonial.»

disposiciones que se hagan en testamento, no se exige la disposición de bienes.

Como puede verse, ambas posturas son, en el fondo, coincidentes; pero en mi opinión una interpretación literal del artículo 667 del Código Civil nos llevaría a conclusión diferente de la mantenida por la doctrina. Ciertamente es un artículo atacado del que se ha dicho que no tiene ninguna finalidad, pero no obstante es un precepto del código y si de acuerdo con él, el testamento es un acto por el que se dispone de todos sus bienes o parte de ellos, no parece que con una interpretación literal del mismo al acto que no contenga disposiciones patrimoniales, aún cuando cumpla los demás requisitos que señala la ley para los testamentos, pueda calificarse de tal; pero con una interpretación más abierta, que estimo preferible, y atendiendo a las finalidades perseguidas, no se ve por qué la disposición que contenga sólo decisiones extrapatrimoniales no deba tener el carácter del testamento.

Ciertamente en la mayoría de los casos el testamento contendrá disposiciones de carácter económico y casi estará formado por ellas exclusivamente²⁵; pero puede tener otros contenidos como el de reconocimiento de hijo extramatrimonial (artículo 120-1.º del Código Civil) o la designación de tutor (artículo 234-3.º del Código Civil).

Notemos que en ambos casos se requiere que el reconocimiento o la designación sea efectuado en testamento o acto de última voluntad, y no se ve si nos encontramos con una persona que no quiere tomar ninguna medida sobre sus bienes (por no disponer de ellos o por no conformarse con la sucesión legítima) no pueda indicar el tutor que desea para sus hijos o reconocer a un hijo²⁶ extramatrimonial: tal prohibición, además de ser profundamente injusta, vedaría el principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución; con lo cual, en definitiva, estimo que a pesar de la literalidad del texto del artículo 667 cabe que el testamento contenga solamente disposiciones

²⁵ Los llamados testamentos literarios, o éticos, etc., no son testamento en el sentido jurídico de la palabra sino en la mayoría de los casos un resumen de la ideología o de la postura sustentadas por el autor del mismo.

²⁶ Incidentalmente cabe preguntarse si sería válido a los efectos del reconocimiento el testamento ológrafo o cualquier otro en que no intervenga fedatario público. La duda puede plantearse por la expresión final del inciso primero del artículo 120 cuando alude a otro documento público, que parece presuponer que los anteriores lo son, incluido el testamento, mientras que al aludir a éste no excluye ninguna clase o categoría.

En mi opinión no cabe hacer distinciones porque la ley no los efectúa y cualquier clase de testamento sería acto para el reconocimiento de un hijo.

de carácter no patrimonial, y el contenido del artículo 741 del Código Civil que admite el reconocimiento del hijo en testamento revocado refuerza esta tesis.

La postura del Tribunal Supremo no ha sido unívoca, ya que en algunos fallos ha sostenido que sin disposición de bienes no hay testamento²⁷.

Sin embargo, ulteriormente, el propio Tribunal Supremo ha entendido lo contrario²⁸:

«Que el segundo motivo, por el mismo cauce procesal que el anterior, alega la violación por la sentencia del artículo 133 en relación al 667 ambos del Código Civil, por entender el recurrente que no siendo en realidad testamento el que otorgó en 21 de enero de 1955 por no contener disposición de bienes para después de su muerte, ni ninguna otra mortis causa, pues se limita al reconocimiento del hijo, queda reducido a una auténtica manifestación de voluntad ante Notario pero que precisa para su efectividad la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y al no haberse hecho así carece de eficacia y validez jurídica: y como quiera que la jurisprudencia viene reconociendo como testamentos aquéllos en que expresada la voluntad de testar se determina el reconocimiento de un hijo natural o el nombramiento de tutor, etc.; parece evidente que el de referencia debe calificarse como tal con toda la fuerza que le concede el artículo 741 del Código y no puede prosperar el recurso.»

Tal postura jurisprudencial es absolutamente correcta, porque de no serlo así un hecho tan importante como el reconocimiento de un hijo se vería privado de efecto, con la trascendencia que ello conlleva.

Por todo ello el carácter patrimonial como exigencia del testamento entiendo que no puede ser predicable sin perjuicio de que suela ser el contenido habitual y normal del mismo.

2. Problemas previos

Como problemas previos, la existencia del testamento plantea una serie de problemas previos, relacionados con su propia existencia y su admisión, y ligado con lo anterior, pero de una forma tangencial.

²⁷ Ss. 6 de agosto de 1914 y 8 de julio de 1940, Ar. 689, la cual señala «el ser esencialmente el testamento un acto dispositivo de bienes o derechos».

²⁸ S. 22 de diciembre de 1964, Ar. 5.906.

1.º) *Admisión del testamento*

Como queda dicho, el testamento no tiene razón de ser en los regímenes sucesorios que sólo admiten la ley como forma de regulación de la herencia, no dando margen a la intervención de la voluntad, prácticamente inexistente, el testamento no tiene función de ser.

Pero hay que observar que incluso desde otra óptica se ha podido negar la validez o la necesidad del testamento, y es desde una óptica filosófica social, ya que si se adopta una teoría totalmente socialista la sucesión no tendría razón de ser, al no existir la propiedad privada.

MANRESA²⁹ ha mantenido que el testamento es una emanación del derecho de propiedad. Si negamos tal derecho la consecuencia lógica es que el testamento no tendría razón de ser.

Según COVIELLO³⁰ el testamento está basado en los instintos naturales del hombre que teniendo una propiedad quiere transmitirla como mejor le agrade, y continúa precisando que si se violaran tales derechos se violarían los instintos humanos si se le prohibiese al hombre disponer como mejor le plazca del fruto de sus trabajos y sus ahorros y que sólo los que niegan el derecho de propiedad individual pueden con fundamento negar el derecho de testar.

La misma tesis mantiene LOSANA³¹ que señala que no se puede admitir sin contradicción la propiedad privada sin reconocer el derecho de sucesión y de testamentifacción.

Habría que matizar las observaciones de la antigua doctrina ya que cuando ésta ha insistido en que el derecho de hacer testamento constituye un estímulo al ahorro y un consuelo para el ciudadano que sabe que sus bienes quedarán en poder de los suyos después de su fallecimiento, habría que atribuir tales cualidades más que al testamento al derecho de sucesión, puesto que lo habitual son las disposiciones legales o similares a éstas; y máxime cuando se piensa en que la familia directa será la beneficiaria de la herencia y ésta sería con pequeñas variantes quien habría de suceder, bien por vía hereditaria, bien con carácter legal e intestato.

Por eso señala CICU³² que la antigua doctrina hablaba de los fundamentos filosóficos y racionales del derecho de testar, pero sería más exacto buscar su fundamento jurídico; aunque sigue señalando que el fundamento del derecho de testar es la propiedad privada.

²⁹ *Comentarios al Código Civil Español*, tomo V, Madrid 1921, pp. 420 y ss.

³⁰ *Corso completo del Diritto delle successioni*, citado por TRAVIESAS en «El testamento», *Revista de Derecho Privado*, 1935, p. 98.

³¹ *Delle successioni testamentarie*, citado también por TRAVIESAS, obra citada, p. 98.

³² Obra citada, p. 5.

Pero se da la paradoja de que incluso en los regímenes que han propugnado una socialización total, y que han tratado de eliminar el derecho de propiedad no han llevado hasta sus últimas consecuencias tal postura negando el derecho de sucesión como parecería lógico: es más, podía ser más fácil luchar contra el derecho de propiedad atacando al derecho de sucesión que viceversa, aunque el sistema exigiera el paso de una generación (tiempo que históricamente es desdeñable). Sin embargo bien por entender que el negar totalmente el derecho de sucesión no sería aceptable para los ciudadanos, bien porque ello necesitaría consigo el transcurso de un lapso de tiempo, la realidad es que ni siquiera en el orden teórico ha habido una clara postura de oposición frontal al derecho de sucesión.

En estos momentos en que las doctrinas socioeconómicas imperantes en el mundo occidental son de un encendido —y excesivo— neoliberalismo, no parece chocante que el testamento no sea como tal impugnado doctrinalmente; lo que llama la atención es que a lo largo de la historia³³ el derecho de sucesión haya recibido menos críticas que el derecho de propiedad a pesar de que aquél es la forma clásica de acumulación de éste.

En cualquier caso el reconocimiento del derecho a la sucesión es un dato meta jurídico que se le impone al derecho.

Será la filosofía política del derecho la que la admita o lo rechace y el jurista debe trabajar a partir de los datos que se le ofrecen, aunque como queda dicho la tónica universal en la práctica legislativa es el de su admisión con mayores o menores recortes.

2.º) *Límites*

Admitiendo el derecho de sucesión, el problema queda en fijar los límites del mismo, ya que casi todos los ordenamientos jurídicos continentales admiten la existencia de las legítimas o parte de la herencia que forzosamente deben ir a parar a manos de determinados herederos (normalmente los descendientes, y en su caso el cónyuge).

Por ello, y partiendo de la legitimidad de la sucesión, cabe decir que la actitud del legislador frente al hecho testamentario puede ser triple:

a) Desconocer el principio de la admisibilidad del testamento prohibiéndolo totalmente como sucedió en los ordenamientos del Antiguo Oriente.

³³ La mayoría de los países de regímenes comunistas aceptaron el derecho de herencia y de testamento, así sucedió en el Código Civil de la extinta Unión Soviética que reguló la herencia (§ 416 y siguientes) y el testamento (§ 418). No obstante hay que reconocer que el Código Civil Soviético ponía unos topes a la cuantía de la sucesión.

b) Admitir la libertad de testar pero siempre que la misma esté dentro de determinados parámetros que la ley señala. Este camino intermedio es el que con mayor o menor rigor han seguido la mayoría de los ordenamientos actuales de tipo romano-germánico.

DERNBURG³⁴ señala que las disposiciones que en materia hereditaria contienen las distintas legislaciones es el promedio de los casos según el sentir nacional, aunque en algunos supuestos no corresponda a las particulares relaciones y necesidades individuales.

La vía para lograr este objetivo es doble: por una parte indicar unos herederos a los cuales hay que dejar forzosamente un mínimo que señala la legislación respectiva, y por otra, indicar que tales personas no podrán ser desheredadas sino por los casos que la propia legislación señala.

c) Reconocer la facultad de testar de manera omnímoda o casi pudiendo el testador dejar los bienes a quien estimara oportuno, como sucede en general en el derecho anglosajón.

El derecho inglés adopta el principio de la libertad de la disposición del testador, aunque de acuerdo con las modificaciones que a partir de 1938 introdujeron diversas leyes se faculta al tribunal para poder fijar unos límites, o para modificar el orden legal, cuando el testador no hizo una disposición testamentaria a favor del cónyuge supérstite o a favor de los hijos del testador.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico el Fuero de Ayala prevé una libertad absoluta de testar.

La admisión de una mayor o menor libertad de testar ha dependido fundamentalmente de la tradición jurídica de cada país o de cada sistema: normalmente la doctrina no ha polemizado sobre las ventajas de uno u otro sistema. Lo que es evidente es que la libertad de testar potencia el testamento y los deseos del testador, mientras que el sistema legal da más importancia a la protección de los familiares³⁵.

³⁴ *Das bürgerliche Recht*, citado por TRAVIESAS, obra citada, p. 98.

³⁵ Ciertamente cada opción tiene ventajas e inconvenientes, no se ve por qué, por ejemplo, un futbolista que ha obtenido un cuantioso patrimonio con la práctica del deporte, no pueda dejar la mayor parte de éste, a un sobrino con quien convivió y que le atendió en vez de a unos hijos que lo han abandonado y con los que no ha tenido ninguna relación desde hace muchos años, pero, cogiendo otro ejemplo no parece admisible que una elevada fortuna personal que se ha transmitido dentro de la familia durante generaciones pase, debido al capricho momentáneo y a la ofuscación del testador a una persona totalmente ajena a la familia. Como cualquier solución que se adopte ha de ser general es evidente que ambas tienen sus ventajas y sus inconvenientes, aunque tal vez la vía intermedia que dé trascendencia a la voluntad del testador, pero que le imponga unos ciertos límites, sea la más adecuada. A tal efecto cabe decir que el Código Civil es demasiado rígido con el tratamiento de las causas de desheredación.

3. Naturaleza jurídica

¿Cuál es la naturaleza jurídica del testamento?

Por algún sector doctrinal se ha tratado de negar el carácter de negocio del testamento alegando que no produce de entrada efecto alguno y que es algo interno o un mero proyecto³⁶, ya que no se hace nada más que para cuando se produzca el fallecimiento del causante que la complementa, y así ha colocado al testamento entre los negocios jurídicos unilaterales o imperfectos cuya actuación se complementa con la muerte del causante, siendo, para un sector doctrinal, *negotium imperfectum* en tanto que el causante viva sin producir ningún efecto jurídico.

JOSSERAND³⁷ señala que hasta la muerte del testador el testamento no es más que un mero proyecto que puede ser revocado *ad nutum* por el que lo ha otorgado; y DE BUEN³⁸ incide también en que el testamento es sólo un proyecto que alcanza el carácter definitivo el día de la muerte del testador.

Tales alegaciones son ciertas pero no obstante las mismas hay que señalar, como subraya PUIG PEÑA³⁹, que no puede decirse que la voluntad testamentaria sea interina o provisional, ya que cuando el testador emite una declaración formal de voluntad en el testamento lo hace con carácter definitivo y vinculante para después de su fallecimiento, lo cual no impide que con el transcurso del tiempo pueda cambiar de orientación y revocar el primer testamento.

KOHLER⁴⁰ señala que el causante es inmediatamente antes de hacer el testamento un *testatus* aunque no exista todavía una inmediata donación de herencia, de la misma manera que en la emisión de la ley existe un acto jurídico perfecto, aún cuando la ejecución de la misma sea aplazada.

En cualquier caso existen negocios jurídicos sometidos a término o condición que dependen para la producción de efectos de que transcurra un tiempo determinado o de que se dé determinada condición: y nadie sostiene que tales negocios no son perfectos y definitivos.

Finalmente no hay que olvidar que el testamento produce efectos que no son revocables como pudieran ser la revocación del testamento anterior o el reconocimiento de hijos.

³⁶ PUIG PEÑA. *Tratado de derecho civil español*, tomo V, volumen I, Madrid 1954, pp. 91 y ss.

³⁷ *Cours de droit civile*, tomo III, París 1930, p. 849.

³⁸ *Derecho Civil*, tomo II, Madrid 1932, p. 398.

³⁹ Obra citada, p. 92.

⁴⁰ *Ademtion der legate*, en *Zeitschrift de Grünhut*, VII, pp. 734 y 735. Citado por TRAVIASAS, obra citada, p. 101.

Por todo ello la doctrina actual se muestra prácticamente concorde en entender el carácter de negocio jurídico del testamento⁴¹; y también el Tribunal Supremo lo ha entendido así⁴²: tal conceptualización tiene la consecuencia lógica e importante de ser aplicable al testamento la doctrina general de los actos y negocios jurídicos⁴³.

La determinación del momento que el testamento se perfecciona es importante y concretamente la determinación de si se perfecciona en el momento de la emisión solemne de la declaración de voluntad del testador o en el de la muerte de éste⁴⁴.

El problema deriva de que, como apunta CICU⁴⁵, en la terminología corriente el negocio perfecto o la perfección existe cuando tiene todos sus elementos constitutivos y aparentemente al testamento le podía faltar uno, esto es, el del fallecimiento del testador porque hasta tal momento no produce efectos.

Pero como continúa el propio CICU la claridad la ofrece la comparación de la revocación del testamento —el escollo fundamental a su perfección porque si no, no habría diferencia entre el testamento y un negocio jurídico a término o condición—: otros negocios jurídicos también son revocables por el común acuerdo de los contratantes. Tal doctrina es aplicable al testamento con la única diferencia que se deriva de su naturaleza, esto es, que al ser un negocio jurídico unilateral no hará falta nada más que la voluntad del testador para revocarlo; y si no hay revocación el testamento será perfecto y producirá sus efectos *post*

⁴¹ ALBALADEJO, obra citada, p. 101; Díez PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid 1990, p. 352; KIPP en ENNECCERUS, *Tratado de Derecho Civil*, tomo V-Derecho de Sucesiones, p. 69; JORDANO BAREA, obra citada, p. 1679; LLEDÓ YAGÜE, *Derecho de Sucesiones*, Bilbao 1991, vol. II, primera parte, p. 267; y PUIG PEÑA, obra citada, pp. 91 y ss.

⁴² S. 24 de noviembre de 1958, Ar. 3.800 y 8 de julio de 1940, Ar. 689 la cual señala: «se desprende inequívocamente que se trata de un acto o negocio jurídico, que tiene como elemento esencial una declaración de voluntad, sujeta a todas las reglas generales concernientes a las manifestantes de voluntad con efectos jurídicos y que, ante todo y sobre todo, exige y presupone una voluntad expresada en forma suficientemente inteligible».

Observemos no obstante que el testamento no es una declaración de voluntad recepticia y que como señalan LA CRUZ BERDEJO y SÁNCHEZ REBULLIDA (*Derecho de sucesiones*, tomo I, Barcelona 1971, p. 352) el notario y los testigos, en su caso, reciben la declaración a los solos efectos documentación y testimonio.

⁴³ No obstante la doctrina (al menos la española) y la jurisprudencia no ha insistido bastante en este punto que es fundamental para la validez y existencia del testamento, cual es la de considerarle un negocio jurídico y serle aplicable los principios generales que rigen a éstos.

⁴⁴ Según PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, vol. II, Barcelona 1977, p. 8, tanto para CICU como para JORDANO «testamento y aceptación son dos negocios distintos y autónomos».

⁴⁵ Obra citada, p. 21.

mortem con independencia de las vicisitudes que en su estado mental, situación, etc., sufra el testador el resto de su vida.

En definitiva, y como concluye CICU⁴⁶, la muerte no es el elemento que perfecciona el testamento sino el que determina la producción de sus efectos jurídicos: ahora bien en cualquier caso la decisión de otorgar testamento debe ser una decisión firme, cumpliendo las formalidades legales y no un mero proyecto.

Por eso el Tribunal Supremo ha tratado de diferenciar los proyectos o esbozos de los verdaderos testamentos, insistiendo en que los que no son un acto definitivo, sino proyectos, en los que no conste claramente la voluntad de testar, no son testamento⁴⁷, precisando que:

«Que al ser esencialmente el testamento un acto dispositivo de bienes o derechos, no es verdadero testamento el acto que, aun presentando la forma externa de tal, pueda dudarse si constituye un simple esbozo o proyecto y no un acto definitivo, o en que el otorgante se limite a aconsejar o rogar respecto al destino de su patrimonio; sin que esto quiera decir que el carácter imperativo de las disposiciones haya de colegirse únicamente de la literalidad de las expresiones que se empleen. Segunda. Que siendo el testamento, acto por el que alguno dispone para después de su muerte, no valdrá como tal si no consta con claridad la intención de testar, esto es, de disponer para después de la muerte del declarante. Tercera. Que si bien, en síntesis, es indiferente el modo y términos con que el testador se exprese, siempre es necesario la esencia de la disposición “mortis causa” en sus palabras.»⁴⁸

En cuanto al carácter del testamento se ha discutido sobre si el mismo debe ser personalísimo; y dentro de nuestro ordenamiento jurídico parece debe entenderse así a tenor del artículo 670 del Código Civil que señala que el mismo es un acto personalísimo y que no puede dejarse su formación en todo ni en parte al arbitrio de terceros.

Eso significa que el testamento no solamente ha de reflejar la voluntad del testador sino además que no debe contener más voluntad que la suya⁴⁹.

De entrada hay que hacer constar que, según señala OSORIO SERRANO⁵⁰, es intrascendente indicar quién puede ser considerado como tercero a

⁴⁶ Obra citada, pp. 5 y ss.

⁴⁷ S. 30 de diciembre de 1958, Ar. 3.800.

⁴⁸ S. 8 de julio de 1940, Ar. 689.

⁴⁹ Véase CICU, obra citada, p. 24.

⁵⁰ «Comentario al artículo 670 del Código Civil» en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, vol. IX, citado, p. 132.

los efectos de lo que aquí se prohíbe, porque fuera cual fuese la persona designada sería tercero, dado que lo que el Código desea es resaltar y exigir el carácter personalísimo del testamento y todo lo que a él no se acomode será intervención de un tercero.

Ciertamente y como señala el propio OSORIO SERRANO ello no excluye la posibilidad de solicitar la ayuda material de otra persona en el momento de redactar el testamento, ni tampoco el consejo y asesoramiento previo.

Pero todo ello nada obsta a la imposibilidad legal de pedir a un tercero que haga o complete el testamento realizado en nombre del causante.

Por otro lado, señala OSORIO SERRANO⁵¹ que la prohibición legal se desdobra en dos, una relativa al momento de la formación del testamento en virtud de la cual no puede encomendar a otro la efectiva realización del testamento (párrafo 1.º) y otro relativa a la ejecución del mismo, una vez ya hecho, según la cual no puede dejarse al arbitrio de tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios (párrafo 2.º, todo ello con la misión de preservar el carácter personalísimo y unipersonalísimo —artículo 670-2.º— del testamento.

El Tribunal Supremo señala comentando el artículo 670 del Código Civil que:

«... desde el momento que el testamento es un acto personalísimo y que por tanto ni puede dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario, ni dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuanto sean instituidos nominalmente, según establece el artículo 670 del Código Civil, que evidentemente se vería vulnerado de autorizarse que un cónyuge alterase la voluntad testamentaria establecida por su cónyuge premuerto, dando por pagados, por entrega de bienes que el primero dice haber efectuado al causante de los demandantes reconvenidos, la herencia que del segundo les correspondía.»⁵²

Es de señalar que en nuestro ordenamiento jurídico, anterior al Código Civil, el testamento por comisario sufrió diversas vicisitudes, ya que inicialmente no estaba permitido ni por el derecho romano⁵³ ni por

⁵¹ Obra citada, p. 137.

⁵² S. 29 de febrero de 1992, Ar. 1.407.

⁵³ Digesto 28.5.32. indica

La institución de «los que quisiese Ticio» es viciosa porque se deja al arbitrio ajeno, ya que bien claramente dejaron establecido los antiguos que los derechos testamentarios deben valer por sí mismo y no depender del arbitrio ajeno. Se instituye válidamente heredero al que

las Partidas⁵⁴. Pero el derecho posterior a éstas lo admitió, aunque ulteriormente de nuevo fue prohibido por el Código Civil, aun cuando no así por las distintas compilaciones forales, ya que en Aragón se admite la llamada fiducia sucesoria⁵⁵, en Baleares se prevé el llamado heredero distribuidor⁵⁶, en Navarra las leyes 281 y siguientes regulan la institución de fiduciario comisario, y en Vizcaya la Ley 3/92 de 1 de junio del Parlamento Vasco, regula el testamento mancomunado o de hermandad⁵⁷ otorgado entre cónyuges, extendiéndolo incluso a los vizcaínos no aforados de acuerdo con el artículo 13 de la misma Ley.

En cuanto a la admisión o no del testamento por comisario las posturas han sido encontradas, habiéndose mantenido por la mayoría de la doctrina civilista próxima, cronológicamente, a la promulgación del Código Civil, lo acertado de la prohibición⁵⁸, y se ha sostenido que así se evita un actuar caprichoso y se disminuyen los pleitos y enfrentamientos. Por otro lado, otro sector doctrinal, particularmente foralista⁵⁹ ha mantenido la virtualidad de esta figura jurídica, que según él es acaso la más típica institución de derecho civil de Vizcaya⁶⁰, y ha sostenido que por el hecho de que algún comisario pueda hacer un uso indebido de los poderes, no se puede descalificar la institución. Ciertamente las actuaciones incorrectas de algún comisario no es argumento suficiente para prohibir esta figura jurídica, del mismo modo que el uso indebido que puedan hacer algunos tutores de sus facultades no son suficientes para eliminar la figura del tutor. Porque el que haya actuaciones caprichosas e inmotivadas por parte de algún comisario ni siquiera significa que no las pudiera haber incluso por parte del mismo testador: en definitiva dependerá de la cordura tanto del comi-

está en poder de los enemigos, porque retiene en suspenso, por derecho de postliminio, todos los derechos civiles, sin perderlos, y por tanto, si regresase del enemigo, podrá aceptar la herencia. También su esclavo puede ser válidamente instituido heredero, y, si el dueño regresase del enemigo, podrá mandarle que lleve a cabo la adición de la herencia, más si muriese en el cautiverio, puede adquirir la herencia por medio del esclavo el que fuese su heredero.

⁵⁴ Ley 11, título III, partida 6.^a: Como el testador debe nombrar por sí mismo a aquel que establece por heredero et non ponerlo en albedrio deotri: Declarar debe et nombrar el facedor del testamento por si mesmo el nombre de aquel que establece por heredero; ça si otorgare poder a otro que lo estableciese en su lugar non valdría ... et esto es porque el establecimiento del heredero et de las mandas non debe ser puesto el albedrio de otro.

⁵⁵ Arts. 114 y 115 de la Ley 15/67.

⁵⁶ Art. 18 del Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares.

⁵⁷ Arts. 49 y ss. de la Ley 3/92.

⁵⁸ MANRESA, obra citada, pp. 443 y ss. MUCIUS SCHEAEVOLA, *Código Civil*, tomo XII, Madrid 1896, p. 74.

⁵⁹ Así CELAYA IBARRA, *El testamento por comisario*, ADC 1972, pp. 746 y ss.

⁶⁰ CELAYA IBARRA, en «Comentarios a la compilación de Vizcaya y Alava» en *Comentario al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Madrid 1978, p. 152.

sario como del testador al elegirle, pero esa mayor cordura y sensatez son aplicables no solamente a la institución comentada, sino a otras muchas figuras jurídicas; señalando por último que, en muchos casos, dejar la decisión definitiva para un momento ulterior puede reportar claras ventajas.

En conclusión el poder testatorio, inválido en nuestro ordenamiento jurídico común y en otros, como queda expuesto, es admitido en numerosas ocasiones por los ordenamientos forales; y por tanto la no realización del testamento por medio de tercero, puede ser propugnada como característica del testamento otorgado en territorios de derecho común, pero no es válida en gran parte de los que están regidos por los distintos derechos forales.

En los territorios de derecho común el Tribunal Supremo ha sido tajante en mantener la imposibilidad de otorgar el testamento por medio de tercero:

«... el testamento es un acto personalísimo, que como de tal naturaleza no posibilita que se deje su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de mandatario, como tampoco que lleven éstos a cabo el nombramiento de herederos, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente, como consecuencia, según indica la sentencia de esta Sala de 20 mayo 1972 de haber recogido dicho artículo 670 el principio romano del carácter personalísimo del testamento, de larga y constante tradición en nuestro derecho, apenas alterado por el Fuero Real, que fue objeto de subsiguientes limitaciones hasta su definitiva derogación⁶¹.»

El Tribunal Supremo ha recordado que no puede dejarse la designación de legatarios al arbitrio de un tercero⁶² y que tampoco cabe el dejar a elección de éste, la designación de las porciones en que hayan de suceder los herederos⁶³ o incluso que no cabe que el testador facultara a su mujer para que realice en representación de la testamentaría todo aquello que crea conveniente e incluso anular un legado⁶⁴.

Pero la premisa de carácter imperativo que defiende el Código Civil nos lleva más lejos que la prohibición del testamento mancomunado que contiene el artículo 669; es más, en algunos casos podría decirse que la prohibición del artículo 670 puede extenderse a los testamentos mancomunados de forma que ellos sean también actos exclusivos de las dos personas que lo otorgan y de nada más que ellos. Y es que la

⁶¹ S. 30 de mayo de 1978, Ar. 1.953.

⁶² S. 26 de marzo de 1958, Ar. 2.511.

⁶³ S. 4 de febrero de 1975, Ar. 4.324.

⁶⁴ S. 31 de diciembre de 1931, Ar. 2.333.

vía del artículo 670 nos conduce por un camino difícil, ya que es complicado distinguir cuáles son los consejos legítimos que el testador pueda recibir, y no sólo en el aspecto jurídico, sino en el aspecto económico e incluso personal de juristas, técnicos o de familiares, de los supuestos en que la voluntad del testador es guiada por otra diferente que puede ser, en muchos o en algunos casos, interesada.

El artículo 670 del Código Civil prohíbe la intervención del tercero en la redacción del testamento de una forma clara, tajante y rotunda, ya que el párrafo segundo señala cómo no puede dejarse al arbitrio del tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando se han instituido nominalmente, con lo cual, recalca más que otros ordenamientos el carácter personal del testamento⁶⁵.

⁶⁵ Por ejemplo el artículo 2.182.º del Código Portugués manifiesta:

1. O testamento é acto pessoal, insusceptível de ser feito por meio de representante ou de ficar dependente do arbítrio de outrem, quer pelo que toca à instituição de herdeiros ou nomeação de legatários, quer pelo que respeita ao objecto da herança ou do legado, quer pelo que pertence ao cumprimento ou não cumprimento das suas disposições.

2. O testador pode, todavia, cometer a terceiro:

a) A repartição da herança ou do legado, quando institua ou nomeie uma generalidade de pessoas;

b) A nomeação do legatário de entre pessoas por aquele determinadas.

3. Nos casos previstos no número antecedente, qualquer interessado tem a faculdade de requerer ao tribunal a fixação de um prazo para a repartição da herança ou do legado ou nomeação do legatário, sob a saminção, no primeiro caso, de a repartição pertencer à pessoa designada para o efeito pelo tribunal e, no segundo, a distribuição do legado ser feita por igual pelas pessoas que o testador tenha determinado.

Como puede verse, el código portugués admite, al menos en parte, la intervención de un tercero en la designación de legatario, aun manteniendo el carácter personal del testamento.

En parecido sentido el artículo 631 del Código Civil italiano señala:

Disposizioni rimesse all'arbitrio del terzo. È nulla ogni disposizione testamentaria con la quale si fa dipendere dall'arbitrio di un terzo l'indicazione dell'erede o del legatario, ovvero la determinazione della quota di eredità.

Tuttavia è valida la disposizione a titolo particolare in favore di persona da scegliersi dall'onerato o da un terzo tra più persona determinate dal testatore o appartenenti a famiglie o categorie di persone da lui determinate, ed è pure valida la disposizione a titolo particolare a favore di uno tra più enti determinati del pari dal testatore. Se sono indicate più persone in modo alternativo e non è stabilito chi deve fare la scelta, questa si considera lasciata all'onerato.

Se l'onerato o il terzo non può o non vuole fare la scelta, questa è fatta con decreto dal presidente del tribunale del luogo in cui si è aperta la successione dopo avere assunto le opportune informazioni.

En cambio el artículo 3.619 del Código argentino es tajante en el carácter personalísimo del testamento:

Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador. Este no puede delegarlas ni dar poder a otro para testar, ni dejar ninguna de sus disposiciones al arbitrio de un tercero.

Lo que si cabe es que el testador confiara a un tercero, de acuerdo con el texto del artículo 671 del Código Civil la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como los parientes, a los pobres, o a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes deban aplicarse.

Tal normativa constituye una contravención a la prohibición general contenida en el artículo 670 y así se ha señalado por la doctrina⁶⁶. No obstante señala OSORIO SERRANO⁶⁷ que la distribución de cantidades a que alude el artículo 671 es lo mismo que la distribución de porciones y por tanto dicho precepto no hace nada más que ratificar la regla del artículo 670 que señala que no podrán dejarse al arbitrio de un tercero la designación de las personas en que hayan de suceder cuando se han instituido nominalmente; de donde concluye que, a sensu contrario, el Código Civil admite la indicación de las porciones en que hayan de suceder por parte de tercero cuando no sean instituidos nominalmente los herederos.

No obstante, lo que no parece justificable a priori es el por qué se tiene que prohibir al testador el que encomiende a otra persona la designación de los herederos, instituidos nominalmente, y se admite cuando los herederos no sean instituidos de tal forma. Podría pensarse que los instituidos de forma genérica como clases determinadas pueden ser instituciones de beneficencia o entidades análogas, con menor trascendencia habitualmente tanto en el porcentaje de la herencia como en la concreción de la entidad cualquiera. Pero razonando de tal forma se olvida qué clase de personas, según el propio Código señala, son los parientes, cuya determinación reviste una trascendencia excepcional; y que, además, tampoco es baladí determinar qué institución benéfica heredará. Por eso no me parece correcta la prohibición legal en un supuesto y no en otro; pero a pesar de ello el texto legal es claro al respecto.

La prohibición de intervención de un tercero en el testamento nada tiene que ver con la institución condicional de heredero que es admitida en los artículos 788 y, sobre todo en el 790 y siguientes del Código Civil.

El testamento es un acto de voluntad que regula la sucesión voluntaria y a tal voluntad hay que dar fundamentalmente valor ya que es la ley de la sucesión cuanto se trata de sucesión hereditaria, como ha resaltado el Tribunal Supremo:

⁶⁶ Por todos DÍEZ PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona 1957, pp. 160 y ss.

⁶⁷ Obra citada, p. 146.

«No conviene olvidar que de la materia sucesoria la voluntad testamentaria es soberana dentro de los límites de la legalidad y toda actividad judicial interpretativa ha de orientarse en la búsqueda y precisión de la voluntad real del causante, al tratarse de declaraciones no recepticias que se manifiestan en forma totalmente unilateral, por lo que no sucede, como en los negocios contractuales, que haya de tenerse en cuenta los intereses y voluntades de otras partes, que no son precisamente contrapartes testamentarias. Cuando como ocurre en este caso, la literalidad de la cláusula se presente suficientemente expresiva y diáfana, ha de estarse a la misma y así la Sala de Apelación observó con todo acierto dicha regla, sin necesidad de acudir a actividades exegéticas respecto a otras disposiciones, ni a los llamados medios de prueba extrínsecos (Sentencias de 11 diciembre 1991, 6 abril 1992 y 31 diciembre 1992, entre otras)⁶⁸.»

El Tribunal Supremo ha señalado con justeza la importancia del testamento como expresión de la voluntad del testador que debe ser la ley de la sucesión salvo los supuestos especiales en los que se infrinjan los límites legales.

En conclusión, el testamento es uno de los negocios jurídicos que aunque sean menos numerosos —una persona podrá hacer cientos en su vida pero sólo uno de ellos producirá efectos después de su fallecimiento⁶⁹— tiene más trascendencia por el carácter universal de la sucesión por referirse a todo el patrimonio del testador y por los efectos duraderos que puede producir.

⁶⁸ S. 1 de marzo de 1995, Ar. 1.769.

⁶⁹ Ciertamente podrá haber aspectos del testamento derogado que produzcan efectos, como pudiera ser el reconocimiento de hijo de acuerdo con el artículo 741 del Código Civil. La sentencia de 7 de mayo de 1990, Ar. 3.687 señala que:

«Superado un primitivo criterio rigorista de ineludible exigencia de que la voluntad del testador en el indicado sentido había de aparecer explícita y formalmente expresada en el testamento posterior, sin cuyo requisito en ningún caso podía pervivir total o parcialmente el anterior, el nuevo y más flexible criterio jurisprudencial, ya iniciado en las Sentencias de esta Sala de 22 marzo 1901, 17 junio 1915 y 11 diciembre 1929, y consolidado en la reciente de 1 febrero 1988, coincidente, además con el de la doctrina científica mayoritaria y con el que ya adoptó la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 12 setiembre 1947 y 18 diciembre 1951) es el de que la “voluntad” que se exige en el párrafo primero del artículo 739 del Código Civil para dejar subsistente un testamento anterior puede ser no sólo la explícita o expresa en tal sentido, sino también la que se deduzca del tenor de ambos testamentos cuando, aplicando las reglas de interpretación que establece el artículo 675 del mismo Cuerpo legal, aparezca evidente la intención del testador de mantener o conservar el testamento anterior, respecto del cual el posterior sea complementario, aclaratorio o simplemente modificativo».

**DIMENSIONES PSICOSOCIALES DE LA EDUCACION:
LA EDUCACION MULTICULTURAL Y
LA EDUCACION PERMANENTE
Dos cuestiones de relevante actualidad**

Antonio Gorri Goñi

I. Introducción

En un estudio anterior (A. Gorri, 1997d) hemos tratado de exponer la relación existente entre Educación y Política Social a través de una perspectiva histórica, comparada y axiológica.

En dicho análisis partíamos del hecho sociológico según el cual nos hallamos en un período de cambio de las sociedades industriales avanzadas hacia otro tipo de sociedad denominado postindustrial o postmoderno.

Considerábamos que entre las características de esta nueva sociedad se encuentra la de tomar su realidad histórica como punto de referencia para explicar su proceso evolutivo. Se cuentan, además, la de integrar su complejidad estructural en un marco internacional que exige una óptica comparada, y la de experimentar un cambio de actitudes y valores que enfatiza cada vez más el espíritu democrático.

En efecto, en respuesta a la primera característica de la nueva sociedad, observamos entonces que un rápido repaso de la historia de la Educación, desde las primeras culturas hasta nuestros días, nos confirma que la Educación es un fenómeno complejo y multidimensional solamente explicable desde la multiplicidad de factores evolutivos que subyacen a él mismo. Nos recuerda, al mismo tiempo, que todos los sistemas educativos actuales, al igual que sus políticas, son en gran medida producto de la historia y en cuanto tal consecuencia de una serie de sedimentaciones institucionales sucesivas. En tanto que proceso que surge y se desarrolla dentro de un contexto político, cultural y social, la perspectiva histórica orienta la direccionalidad de la Educación tanto del momento presente como de sus proyecciones de futuro.

La segunda característica de la nueva sociedad —su internacionalización/europeización— nos conducía de la perspectiva histórica de la

Educación a la óptica comparada de la misma. La progresiva interrelación entre los países hace, efectivamente, que las referencias mutuas en lo concerniente a las políticas educativas sea un suceso cada vez más habitual y necesario. De hecho —afirmábamos— no existe hoy nadie, ni entre los políticos de la Educación ni entre los que ejercen tareas educacionales de responsabilidad, que se permita prescindir de aquello que los demás países puedan aportar.

Para efectuar esta observación comparada nos remitíamos, por razones obvias, al contexto europeo. Dentro de él, seleccionamos tres países —Alemania, Francia e Inglaterra— siguiendo criterios de lógica representatividad. La referencia a estos tres países nos mostró que representan tres modelos significativos europeos de Política Educativa con unos condicionantes históricos determinados, unas particularidades socioeconómicas propias, y con una temática igualmente coincidente en muchos de sus aspectos. En todos ellos quedaba patente la dinámica y la tensión dialéctica entre Educación, Política y Sociedad. Sus muchas conquistas logradas y sus muchos objetivos por cumplir hablan, de forma global, de un balance evolutivo claramente positivo.

Las perspectivas anteriores —histórica y comparada— nos exigieron, desde la tercera característica de la nueva sociedad, interrogarnos sobre el concepto mismo de Educación. En nuestro análisis hallamos que uno de sus primeros principios, asumido por igual entre los ciudadanos de cualquier concepción ideológica, es que la Educación implica algo más que un contenido científico, técnico y tecnológico. Es, fundamentalmente, una cuestión de valores y actitudes que implica el desarrollo integral de los individuos y de los grupos. La referencia a numerosos congresos científicos, así como a las propias Ciencias de la Educación —Sociología, Filosofía y Psicología de la Educación— avalaban esta concepción axiológica. Como primera deducción encontramos que su propia naturaleza intrínseca implica una Educación en y para los valores democráticos. Estos, a su vez, apelan a valores concretos que han calado profundamente en nuestra sociedad. Entre ellos nos referimos con especial énfasis a la Educación para la Ecología y a la Educación Prosocial para la Cooperación.

Esta perspectiva histórica, comparada y axiológica de la Educación nos manifestaba, obviamente, la relevancia de dos dimensiones fundamentales como son la Educación y la Política Social. Ambas, estrechamente relacionadas entre sí, parecían ofrecer múltiples elementos para una intervención psicosocial.

Pero, evidentemente, esta visión inicial requería ser complementada por otras muchas cuestiones. Entre ellas, hemos seleccionado la

Educación Multicultural y la Educación Permanente por entender que constituyen dos dimensiones psicosociales de relevante actualidad.

La Educación Multicultural conlleva aspectos tan sugestivos para el debate como el ámbito de la inmigración, la educación antirracista y los diversos grupos sociales implicados en el concepto de la marginación. Entre éstos, la sociedad actual presta especial atención tanto a la mujer, la familia y el mundo rural como a las minusvalías físicas y psíquicas y a los sectores afectados por la temática de la drogadicción. A todos ellos les une la injusta situación de la desigualdad de oportunidades y la exclusión, parcial o total, de la educación.

La Educación Permanente, por su parte, trata de insertarse en la nueva concepción psicoevolutiva del ciclo vital y concierne de modo especial a la educación continuada al mundo de los adultos y tercera edad. Su perspectiva histórica y sus sólidos fundamentos filosóficos y psicosociales han hecho que los Organismos Educativos Internacionales hayan tomado conciencia de su importancia y la hayan asumido como una cuestión prioritaria. Los recientes programas europeos plantean, simultáneamente, numerosos retos para el próximo futuro.

II. La Educación Multicultural: Inmigración, Racismo y otros Grupos Sociales Marginados

Así pues, si la Educación Comparada desde los valores y para la democracia constituye uno de los conceptos básicos de la Política Social Educativa de la actualidad, podemos añadir ahora que la Educación Multicultural representa su segunda gran dimensión.

A tal respecto, es un hecho fácilmente constatable que en nuestras sociedades se refleja cada vez más un creciente pluralismo cultural que, a su vez, se traduce de forma palpable en un permanente discurso político-educativo.

El hecho social —nos ha explicado M.T. Aguado (1996, pp. 11 y ss.)— es que nos encontramos con unas diferencias étnicas y culturales que proceden tanto de la propia diversidad de los países como de las distintas emigraciones. La cuestión toma especial relieve cuando la presencia de aquellos sujetos o grupos que proceden de otras culturas comienza a dejarse notar, por su número o continuidad, en los distintos ámbitos de convivencia: laboral, lingüística, educativo, etc. Cuando, a juicio de algunos sectores, esta presencia supera un cierto límite de lo que ellos consideran como el umbral de la tolerancia o sienten que su cultura dominante puede verse amenazada, pueden originarse respuestas raciales más o menos veladas.

Como oposición a estas actitudes negativas surge, paralelamente, en las sociedades occidentales actuales una tendencia progresiva a aceptar y defender la diversidad cultural como un valor democrático frente a totalitarismos de orden político, social o cultural.

Desde la óptica de la política educativa la cuestión fundamental es cómo organizar, coordinar y dar sentido a las instituciones, costumbres y valores, a través de los cuales cada grupo social configura y expresa su modo de vida y genera su identidad cultural. La dificultad estriba en cómo estructurar y hacer comprensible una realidad siempre compleja y, lógicamente, multidimensional.

Los intentos por dar respuesta satisfactoria a esta relevante temática han sido y siguen siendo numerosos. Desde el punto de vista de los modelos que han tratado de explicar esta realidad social se encuentran principalmente los modelos denominados de déficit y los considerados como diferenciales. Los primeros, como indica su propia terminología, conciben las diferencias culturales como carencias en relación a una cultura centralizada. Los segundos, enfatizan el valor de la diversidad evitando las referencias comparativas con los patrones oficiales. Junto a ellos, existe el modelo diferencial culturalista. Su propuesta es que, sin perder de vista las similitudes y puntos de coincidencia entre individuos y grupos, las diferencias culturales deban ser asumidas como dimensiones definitorias del ser humano y, en consecuencia, sean consideradas como moduladoras de toda interacción educativa (Jiménez Fdez., C., 1990, 1995).

Las Ciencias de la Educación, y en concreto la Psicología, han tratado de ofrecer también a los políticos sociales su contribución a la comprensión de las diferencias culturales. Lo han hecho a través de diversas líneas de investigación representadas principalmente por la perspectiva transcultural en psicología social y por la escuela histórico-cultural en psicología educativa.

La psicología social transcultural trata de describir los procesos que se originan cuando personas de diversas culturas entran en contacto. Aborda tal explicación por medio de dos conceptos básicos: las fuerzas sociales y el contacto interpersonal transcultural. En ellos son elementos esenciales la flexibilidad de pensamiento, los recursos para afrontar situaciones diferentes, la tolerancia hacia la diversidad, etc. Son igualmente importantes las aportaciones de la psicología social cognitiva relativas tanto a las actitudes, atribuciones y creación de estereotipos como al concepto mismo de identidad cultural. La psicología educativa, por su parte, considera que la explicación principal se encuentra en el papel que la cultura juega en la formación y desarrollo de las funciones psíquicas. Lo efectúa a través de la interiorización de los instrumentos

culturales facilitados por los distintos agentes educativos y por los diversos contextos sociales (Río, P.; Alvarez, A. y Wertsch, J., 1995).

Para la Psicología, la Educación constituye un instrumento privilegiado para la modulación del cambio humano que requiere la diversidad cultural (March, M.X., 1995; VI Congreso de Psicología Social, 1997).

Como síntesis, la Dra. Aguado (1996, p. 54) nos ofrece una propuesta interesante de Educación Multicultural. La define como un enfoque educativo basado en el respeto y valoración de la diversidad cultural, dirigido a todos y cada uno de los miembros de la sociedad en su conjunto, que propone un modelo de intervención, formal e informal, holístico, integrado, configurador de todas las dimensiones del proceso educativo en orden a lograr la igualdad de oportunidades/resultados, la superación del racismo, la comunicación y competencia interculturales.

Desde un prisma más operativo, esta realidad multicultural se constata en diversas manifestaciones entre las que la inmigración, el racismo y los grupos sociales marginados constituyen algunas de las más representativas.

II.1. *Educación multicultural e inmigración*

En lo que respecta a la Inmigración, los datos son por sí solos significativos. Según el informe Ford del Parlamento europeo, la cifra de emigrantes hacia los años 90 podía situarse en torno a los 8,2 millones. En España la situación ha experimentado una evolución relevante en las dos últimas décadas, pasando de ser un país de emigración a recibir un importante número de inmigrantes procedentes principalmente de los países sudamericanos, del norte de Africa y del Este europeo (Col. IOE, 1994, pp. 30-35).

La respuesta de los Organismos Internacionales Europeos ha sido la consideración del fenómeno de la inmigración dentro del contexto más amplio de la realidad multicultural. En realidad, en el ámbito europeo diversos elementos han ido surgiendo como expresión de la misma. Entre ellos destacan, junto al asentamiento permanente de emigrantes, la transformación del mundo comunista, el resurgimiento de nacionalismos, los fundamentalismos ideológicos y regionalistas, los brotes de xenofobia, etc. Ello unido a la nueva identidad europea y las nuevas relaciones intercomunitarias así como a la conciencia de las minorías étnicas.

Hacia los años setenta, los Organismos Internacionales comenzaron ya a tomar conciencia de esta problemática y la CEE reconocía en años sucesivos (1994, 1996) que la diversidad cultural y lingüística se estaba convirtiendo y aceptando como la norma. Esta convivencia y, a veces,

confrontación de culturas diversas en las naciones de la Europa actual ha exigido progresivamente la formulación y puesta en marcha de medidas políticas y educativas encaminadas a establecer ideologías favorables a la diversidad cultural en y desde los ámbitos educativos y sociales.

En este contexto, la educación inter/multicultural es un término generalizado y positivamente asumido en y por Europa. Su concepto significa interacción, intercambio, ruptura con el aislacionismo, reciprocidad, solidaridad, así como reconocimiento y aceptación de los valores y modos de vida de otras culturas.

Los objetivos que las políticas sociales y educativas de la Comunidad Europea han ido trazándose pueden sintetizarse en: Garantizar la igualdad de oportunidades para todos, combatiendo la exclusión social y cultural y garantizando el futuro democrático. Promover, desde la educación escolar, la formación pacífica y democrática. Flexibilizar los sistemas de educación para adecuarse a las situaciones cada vez más complejas y multidimensionales. Estimular la transferencia de experiencias entre países y regiones afectados por la diversidad cultural. E incentivar la colaboración de las instituciones universitarias e investigadoras en educación, así como la cooperación fundamental de las ONGs (Campani, 1994, CEE, 1995).

En estas políticas europeas multiculturales se han constatado, no obstante, algunas deficiencias. Por una parte, se ha producido una falta de coordinación entre las declaraciones, las planificaciones y las acciones educativas como fruto de programas obsoletos. Por otra parte, se ha originado un discurso político ambiguo en el que se produce un vacío entre las intenciones y las posibilidades reales, entre las propuestas y los recursos facilitados.

De ahí que sea necesario reestablecer la conexión entre el discurso sobre modelos e ideologías con las consecuencias políticas y dedicar más recursos internacionales, nacionales y locales al fomento de la Educación Intercultural. Ello debería implicar el fomento y apoyo de/a proyectos de investigación así como de programas de formación que permitan la colaboración de investigadores y educadores de los diferentes sectores de la educación (Perotti, A., 1994, 9-17).

En el actual contexto europeo, por otra parte, existe un caso especial de la realidad multicultural que viene dado por la situación peculiar de los países del Este. A tal respecto la CEE, tras la etapa de radicalismos políticos, ha promovido diversos programas de educación intercultural para fomentar la comprensión y el diálogo entre grupos etnoculturales. Su objetivo es estudiar de forma sistemática e interdisciplinar los problemas de comunicación y resolución de conflictos entre comunidades. Pretende además ofrecer elementos para capacitar

suficientemente en la racionalización de interacciones culturales dentro de la perspectiva de valores universales (González Temprano, A.; Torres, E., 1993).

II.2. *Una educación antirracista y para la tolerancia*

Con relación a la segunda expresión multicultural a que nos hemos referido —el Racismo— es obvio que constituye una cuestión prioritaria dentro de la actual Política Social de la Educación.

Los Organismos Internacionales han tratado en las últimas décadas de frenar este fenómeno ofreciendo algunas orientaciones sólidas tanto ideológicas como políticas. La UNESCO declaraba ya en París en 1969 que toda doctrina de superioridad fundada sobre la diferenciación entre las razas, es científicamente falsa, moralmente condenable y socialmente injusta. El Informe del Consejo de las Comunidades Europeas confirmaba por su parte que una pedagogía intercultural no es una hibridación intelectual de los sujetos mediante una manipulación pedagógica, sino su enriquecimiento y su comprensión mutuos a través de aprendizajes basados en el fondo cultural de cada uno. El Consejo de Cooperación Cultural Europea afirma que el proyecto intercultural aspira a la generación de formas originales, nacidas de las culturas que se han puesto en contacto sin dejarse reducir a ninguna de ellas. Y la Dirección General de Ordenación Educativa de la Consejería de Educación y Ciencia (1995, pp. 10-18) corrobora que la educación en los valores del respeto, la tolerancia y solidaridad es el mayor instrumento para luchar por una sociedad más igualitaria y solidaria. Desde las Ciencias de la Educación, muchos han sido los intentos de explicar este fenómeno amplio y complejo. Entre las principales teorías ofrecidas en torno al racismo podemos citar tanto el planteamiento biologicista como el pensamiento antropológico. Dentro de éste, hallamos el particularismo histórico, el materialismo cultural, el difusionismo y el estructuralismo (Garcés, J.; Ródenas, A.; Sánchez, S. y Verdeguer, I., 1996, pp. 271-326).

De un modo más concreto, la Psicología ofrece a los responsables políticos una doble explicación. Parte, por un lado, del *proceso de categorización* según el cual agrupamos y segmentamos a las personas en distintas categorías. Se basa, por otra parte, en el *proceso de afectividad* en su doble vertiente de identificación con el grupo que le es similar y de rechazo al que le es diferente. Según este último, el racismo puede ser considerado como una modalidad de la relación entre grupos y de la teoría de *la identidad social* (Juidias J., 1995, pp. 81-95).

Desde este contexto, una perspectiva psicoeducativa correcta asume que el racismo es aprendido y, por tanto, puede ser desaprendido. Tal perspectiva psicoeducativa que trate de fundamentar y orientar la Política Social implica, junto a los prejuicios individuales, otras muchas dimensiones: individual (actitudes, expectativas); cultural (marcos de referencia, teorías de deprivación, estereotipos); interpersonal (conflictos); institucional (legal, procedimientos) y estructural (poder, división del trabajo).

Basada en esta óptica psicosocial, el proceso de aplicación de una Política Social antirracista supone adoptar una serie de medidas que afectan a todas las dimensiones del proyecto educativo. Entre ellas: un análisis psicosocial de las percepciones, actitudes y reacciones que permitan superar el racismo «aprendido». La utilización de todos los recursos disponibles: miembros y servicios de la comunidad, medios de comunicación así como experiencias precedentes. Y, la revisión de la imagen que se transmite de los diferentes grupos no culturales modificándola hacia posiciones de equidad.

Implica, asimismo: la renovación de las orientaciones y prácticas educativas tratando de no enfatizar exclusivamente la cultura oficial. Proporcionar oportunidades en todas las áreas para que los sujetos minoritarios puedan participar activa y positivamente. Y recurrir a miembros de los grupos minoritarios para promover las relaciones interpersonales. Exige, además, la identificación y resolución de forma inmediata de situaciones concretas de racismo sociocultural (Bristin, R.W. y Yoshuda, T., 1994).

Curiosamente, a pesar de la aparente reacción social contra el racismo y contra los prejuicios y la intolerancia, diversos estudios realizados desde hace unos años (Calvo Buezas, T., 1993) así como recientes noticias de los medios de comunicación, ponen de manifiesto que éstos no sólo no se han atenuado sino que se han incrementado en el ámbito educativo. Si bien estas actitudes son en gran medida reflejo de lo que la propia sociedad transmite, no deja de ser necesario promover actuaciones que contrarresten este clima de intolerancia y racismo más o menos explícitos. Como ejemplo de estas actuaciones que, sin duda requieren ser continuadas, son dignas de mencionarse las llevadas a cabo por los «Jóvenes contra la intolerancia» y el «Método para el desarrollo de la tolerancia» (Díaz-Aguado, Martínez Arias, Baraja, 1992). En el mismo contexto, se han ensayado actividades educativas para tratar de modificar las actitudes en torno al racismo y xenofobia.

En cualquier caso, consideramos que toda propuesta multicultural implica un enfoque educativo antirracista y para la tolerancia, puesto que éste es un componente esencial de toda Educación que aspire a desarrollarse y desarrollar una auténtica Política Social.

II.3. *Educación y otros grupos sociales marginados*

Respecto a la tercera expresión multicultural relativa a otros grupos sociales marginados es preciso matizar que incluye un amplio sector de población con características diversas. A todos ellos, sin embargo, les une la difícil realidad de encontrarse en una desigualdad de oportunidades para el acceso o la continuación al/en proceso educativo.

El Informe sociológico FOESSA (1994/1995) sobre la situación social en España, al describir estos grupos los divide en un triple apartado: Aquellos sujetos con pertenencia a un medio socioeconómico o sociocultural desfavorecido; personas con desventajas cuyo origen se halla en problemas personales de minusvalías físicas o psíquicas; y los subgrupos con especiales situaciones de riesgo o traumáticas (Doc. Social, 1995, p. 282).

Aunque, por razones de brevedad, posponemos el análisis matizado de este punto para nuevos trabajos, sin embargo queremos dejar constancia de él, dada su relevancia dentro de una Política global de la Educación.

En el primer subgrupo es preciso constatar la situación marginal en la que históricamente, y aún en la actualidad, se han hallado sectores como la mujer, la familia y el ámbito rural.

En lo que se refiere a la MUJER es un hecho sociológico fácilmente perceptible que todas las transformaciones socioeconómicas experimentadas en nuestro país a lo largo del último cuarto de siglo han enmarcado, propiciado, compuesto e impulsado el cambio de posición social de la mujer. Desde el punto de vista de las transformaciones educativas, es igualmente cierto que durante largo tiempo la mujer quedó injustamente discriminada en el acceso a los recursos culturales. Entre los factores que condicionaron la incorporación de la mujer al ámbito de la Educación en la etapa del desarrollo destacan: la dedicación preferente al hogar, la importante vinculación al cuidado de los hijos, y la falta de preparación previa. Como consecuencia, el perfil de los puestos de trabajo que ocupaban consistía mayoritariamente en empleos descualificados. En los últimos años se ha producido un notable cambio positivo tanto en la actividad global de las mujeres como en su presencia relativa en los diferentes sectores productivos y educativos, si bien quedan todavía cuestiones discriminatorias de carácter jurídico y laboral que convendría revisar urgentemente (Toharia, L., 1995, 315-342).

¿Cuál va a ser el futuro de las distintas dimensiones de la Educación en lo que respecta al género? ¿Cómo se repartirán las distintas actividades entre hombres y mujeres? ¿Las diferencias de género podrán

entenderse de forma distinta a lo que rige hoy? La respuesta es compleja y sin duda está sometida a alternativas múltiples. Pero, creemos que el consenso se acrecienta progresivamente respecto a muchas cuestiones. Parece, por ejemplo, existir un acuerdo cada vez más generalizado sobre la propuesta de la denominada coeducación reflexionada. Tal propuesta entiende que coeducar es tratar de transmitir, desde la infancia, el conocimiento de las diferencias reales entre hombres y mujeres y la necesidad de igualdad social. Parte, simultáneamente, de la aceptación del propio sexo y propicia una comunicación entre los sexos basada en el respeto mutuo (Núñez, T. y Loscertales, F., 1995, pp. 102-110). Del mismo modo, una gran mayoría de opiniones parecen coincidir en que en el futuro, como en la actualidad, la Educación va a tener un peso específico y decisivo en la direccionalidad que adopten las transformaciones que parecen vislumbrarse. Ello supondrá un cambio de mentalidad que significa fundamentalmente un cambio cultural y educativo (Comas, D., 1995).

Para ampliar y puntualizar esta temática en torno a la mujer, nos remitimos a anteriores trabajos (Gorri, A., 1994, 1996 1997b y c). En ellos describimos su perspectiva histórica revisamos diversas líneas de investigación político-educativas realizadas recientemente, y propugnamos junto a otros autores (Will Bom, 1994) una relación de género basada, simultáneamente, en la igualdad funcional de cargos y cargas y en la aceptación del valor positivo de la diversidad. Como en aquella ocasión nos preguntamos: ¿Seremos capaces —hombres y mujeres— de construir Políticas Sociales que orienten nuestros aspectos comunes y diferenciales hacia la comunicación y cooperación mutua o, por el contrario, nos serviremos de tales aspectos para repetir, una vez más, la historia de las discriminaciones educativas y sociales?

Con relación a la FAMILIA, es igualmente evidente que constituye un tema fundamental para la Política Social Educativa. A decir del excelente análisis del Profesor Julio Iglesias de Ussel (1994, pp. 415-547/1995, pp.133-166), la familia ha sido considerada siempre una institución esencial para los cambios políticos y sociales, sea para activarlos o para detenerlos. En España, tras el período de transición, la familia se convirtió en el espacio estratégico de la nueva realidad política y los cambios familiares se utilizaron como símbolo de la ruptura con el pasado. Con relación a sus perspectivas de futuro quedan muchos interrogantes por responder, pero lo que parece claro es que en los próximos años la familia será diferente a la actual. La fase histórica en que existía un modelo hegemónico de la familia se ha acabado. El aumento de flexibilidad y la existencia de un pluralismo público parecen ser las dos tendencias futuras sobre las que existen un mayor grado de consenso.

En cualquier caso, la familia sigue y seguirá siendo una correa de transmisión de las ideologías de una generación a otra. Es el espacio donde proliferan los valores y se regenera el tejido social, pero teniendo en cuenta que transmite tanto unos valores determinados como su ausencia.

El diálogo y discusión sobre la Familia está, por tanto, permanentemente abierto y afecta a todos los países sin excepción. En Estados Unidos se ha asistido, por ejemplo, de forma reciente a un interesante debate en torno tanto al esclarecimiento de las políticas educativas familiares como al compromiso familiar en diversos programas de expansión (Columbia University, 1996; Dike, M.M., 1996, pp. 46-47).

Son muchos y sugestivos los temas que giran alrededor de las relaciones socio-políticas entre Educación y familia. Entre ellos nos parecen de especial interés los relativos a: la equidad generacional como un problema educativo y de Política Social (Federighi, P., 1993); las relaciones familiares como soporte de la crisis social (Canals, J., 1993); una aproximación psicosocial a la Educación familiar (Larrañaga, E. y Yubero, S., 1994); y, la Educación personalizada en la familia (Medina y otros, 1996).

El MEDIO RURAL es, por su parte, otro de los sectores marginados histórica y socialmente con relación a los recursos de la Educación. No es de extrañar, por ello, que la propia federación internacional de trabajadores sociales se haya planteado insistentemente la mejora de las condiciones en las comunidades rurales, procurando desde la Educación una mayor calidad de vida (1994, pp. 93-98). Sentimiento que han compartido otros autores al destacar la necesidad de una intervención educativa desde los propios servicios sociales (Loma, M.C. y otros, 1994, pp. 73-80). En el mismo contexto se inserta la investigación llevada a cabo en Estados Unidos sobre las carencias educativas en las familias rurales afectadas por la pobreza y por sus consecuentes efectos psicosociales (Thurstone, L.P. y Navarrete, L., 1996).

El segundo subgrupo a que nos referíamos anteriormente acoge, por su parte, al amplio sector de las MINUSVALIAS tanto físicas como psíquicas. Nuestra opinión, coincidente, con la de J. Garcés y M.A. Martínez Román (1996, pp. 111-177), es que la persona con discapacidad tiene pleno derecho a una Educación que le permita desarrollar al máximo sus posibilidades, incluyendo el aprendizaje social y la preparación para una vida autónoma e integrada en la sociedad. Esta educación debe efectuarse, en la medida de lo posible, dentro del sistema escolar general, con una mayor flexibilidad y una atención individualizada y sólo en último lugar se recurrirá a los Centros de Educación Especial.

Esta última propuesta parece coincidir con el planteamiento expresado insistentemente en el ámbito de los Estados Unidos. «Why must inclusion be such a challenge?», se han preguntado al referirse al reto de la inclusión de las minusválías en el sistema y centros educativos normalizados (Thurnbull, A.P. and Turbiville, W.P., 1995, pp. 200-202). Desde este mismo contexto americano, se pretende analizar los argumentos que los profesionales expresan para la inclusión de los jóvenes minusválidos en la educación pública y en los programas educativos de base. Unos autores consideran necesario el análisis de las características psicológicas de los minusválidos para prever sus posteriores dificultades de integración en el sistema educativo regular (Peck, CH.A., 1995, pp. 197-199). Otros, creen igualmente relevante la planificación desde el compromiso, iniciativas y actitudes de la comunidad (Riches, V., 1996, pp. 71-88). Para algunos, incluso, es necesario incorporar al tema el propio impacto experiencial (Blalock, G., 1996, pp. 148-159). Para todos, en fin, es necesaria la discusión desde los servicios básicos y desde la práctica educativa (Polloway, E.A. and Others, 1996, pp. 3-12).

Las minusválías, en suma, exigen de la Política Social la aportación de un diagnóstico y tratamiento para intentar hasta donde sea posible su integración social (Ibáñez, P., 1990; e Ibáñez, P., y Alfonso, M., 1990).

En conexión con el tema, aunque considerado en un sentido general, la Política Educativa no puede olvidar tampoco las minusválías originadas por las DROGAS y por otras patologías de nuestro tiempo como el SIDA (Ibáñez, P. y Alfonso, M., 1990). En relación a esta última, los indicadores epidemiológicos actuales sobre la prevalencia del sida en nuestro país parecen justificar el esfuerzo de una amplia reflexión político-social y un cambio de estrategias y de mentalidad para contener el avance hasta ahora inexorable de la epidemia de nuestro siglo (Usieto, R. y Sarabia, B., 1994, pp. 13-22).

Nuestro tercer subgrupo hacía referencia a los grupos sociales MARGINADOS. En él pueden, a su vez, incluirse una amplia gama de situaciones de especial dificultad: población gitana, delincuencia juvenil, prostitución marginal, etc. Todos ellos se hallan en situación desfavorecida respecto a la cultura y a la Educación. En la población gitana es preciso constatar importantes progresos en la escolarización infantil, si bien se observa una distinta aceptación según las diversas Comunidades Autónomas. La delincuencia de menores y juvenil aparece en muchos casos muy vinculada con el fracaso escolar. Y, en cuanto a la prostitución marginal, en general se trata de personas que carecen de las necesidades básicas de aprendizaje y de una formación ocupacional que facilite, a su vez, su inserción laboral.

Pero, evidentemente, la situación de mayor gravedad afecta a aquellas personas que se ven inmersas en un estado de pobreza o/y de exclusión social (Menor, M., Sáez, F. y otros, 1997).

A este respecto, G. Rodríguez Cabrero (1994, pp. 1.411-1.549/1995, pp. 343-375) ha realizado un certero diagnóstico al establecer la relación entre las tres dimensiones: pobreza, Educación y exclusión social. En su opinión, se entiende por pobreza la falta de satisfacción de ciertas necesidades básicas o la carencia de ciertas capacidades que requieren el consumo mínimo de ciertos bienes, ya sea para conseguir estas capacidades o bien para participar en los procesos de interacción social. Significativamente, la tipología de la pobreza en España se puede concretar en hogares cuyo sustentador principal tiene escasa educación. Ciertamente, la pobreza está fuertemente condicionada por la educación. El 6% de los hogares pobres está sustentado por analfabetos o personas con estudios primarios. Durante los últimos años (1980-1992), la política de redistribución de la renta vía ingresos y, sobre todo, de gasto social, ha permitido una gestión de la desigualdad que ha sido capaz de contener los niveles de pobreza e incluso suavizar los efectos de la crisis sobre los grupos menos favorecidos. No ha podido, sin embargo, evitar que hayan emergido nuevas desigualdades sociales ni evitar la exclusión social de una parte de la población española.

En consecuencia, esta amplia realidad cultural que afecta a la inmigración, a los grupos étnicos y a otros grupos sociales marginados, exige de la Política Social Educativa una enérgica y rápida respuesta.

Desde una perspectiva general, es necesario establecer desde la Política Social Educativa medidas que apoyen la reflexión y la intervención en respuesta a cuestiones derivadas de la diversidad cultural en educación en sociedades desarrolladas que defienden ideales democráticos y sociales. Entre ellas, es preciso: Aportar conocimientos desde la creación intelectual que permitan anticipar situaciones y problemáticas; enriquecer las formas en que podemos percibir, experimentar y solucionar los problemas sociales compartiendo las diferencias culturales; apoyar y orientar a las personas de grupos culturales diversos para orientar y eliminar el prejuicio y la discriminación; y responder a necesidades de formación que exigen el desarrollo de habilidades comunicativas y de cooperación (Aguado, M.T., 1996, p. 17).

Desde un punto de vista más operativo, es preciso impulsar una política educativa que ejecute una serie de pasos sistemáticos. En primer lugar, elaborar una legislación que corrigiendo y perfeccionando la actual, responda a las exigencias legítimas de los diversos grupos culturales en una sociedad democrática y elimine la discriminación racial. En segundo lugar, utilizar a las propias comunidades de referen-

cia como recursos educativos, estimulando la participación de todos los sectores implicados en el establecimiento de criterios, objetivos, diseños y actuaciones concretas. En tercer lugar, utilizar desde el prisma psicopedagógico y psicosocial materiales significativos en función de los diversos contextos multiculturales, poniendo especial énfasis en los estilos cognitivos, de comunicación, motivacionales y de aprendizaje. En cuarto lugar, arbitrar recursos presupuestarios suficientes priorizando los objetivos de cooperación de la Educación Multicultural y promoviendo las redes de información (Cobo, J.M.: FOESSA. 1994, pp. 1.107-1.276; 1995, 273-313).

Desde la óptica europea, existen cuestiones específicas en las políticas educativas españolas que constituyen todavía asignaturas pendientes. Entre ellas, es preciso revisar el modelo a impulsar, completar el mapa cuantitativo y cualitativo de los diferentes grupos culturales existentes, coordinar las iniciativas propuestas, e impulsar decidida y definitivamente la apertura educativa a la realidad multicultural de Europa (Buxarrais, M. y Otros, 1994).

De este modo, la Política Educativa Multicultural cumplirá con su objetivo central de responder a los valores democráticos, reconocer la necesidad de colaboración y negociación como respuesta a la interdependencia de grupos y personas, y de materializar el ideal de la igualdad de oportunidades, la participación cívica y la justicia social (M.E.C., 1995; M.A.S., 1995).

III. La educación permanente: una temática prioritaria en/de la política social

Junto a la Educación desde los Valores y para la Democracia y junto a la Educación Multicultural, es evidente que la Educación Permanente constituye en nuestros días una cuestión esencial en y de la Política Social de la mayor parte de los Gobiernos Occidentales. Su debate se inserta en el contexto de la Educación para el Desarrollo y de sus nuevas tendencias, tal como ha quedado reflejado en recientes Congresos (Congresos y Gorri, A., 1997a, b y c).

Considerada psicopedagógicamente como un principio que comprende, unifica y organiza las distintas etapas y modelos de educación, emerge simultáneamente como fundamento de una cultura del desarrollo más solidario, sostenible y universal (Alvarez, V., 1995).

El concepto de Educación Permanente se integra en dos temáticas básicas. Por una parte, interacciona con la educación de adultos que, según la conferencia de Nairobi, designa la totalidad de los procesos

organizados en educación tanto formales como no formales e informales. Por otra parte se inserta, en cuanto dimensión específica, en la concepción global de la educación permanente propiamente dicha, la cual incide tanto en el desarrollo y reestructuración de los sistemas educativos actuales como en todas las posibilidades de formación existentes fuera de los mismos y de la concepción que ellos incluyen. (Quintana, J.M. y Sanz, F., 1995, p. 52).

Su concepto ofrece, sin duda, una sugestiva óptica multidimensional no exenta, sin embargo, de ciertos problemas metodológicos y analíticos. Entender la Educación Permanente supone, ante todo, delimitar su campo de acción lo cual requiere, de forma simultánea, no sólo la revisión de sus definiciones sino además el acotamiento de su temática así como el esclarecimiento de determinados aspectos procedimentales. Sus orientaciones investigadoras plantean, igualmente, ciertas contradicciones entre la investigación y la práctica y la elaboración de nuevas pautas parece apelar a la combinación de los enfoques empírico-racional e intuitivo (Apps, J.W., 1990, pp. 191-210).

Desde una perspectiva histórica, conviene recordar que es preciso llegar a comienzos del S. XIX para que los Estados, que asumen la organización y gestión de los sistemas escolares, se preocupen de hacer extensivos los beneficios de la escolarización a las etapas adultas. En España las iniciativas parten tanto de la Iglesia y sindicatos como de las propias universidades y de los partidos políticos. Desde la óptica estatal algunos hitos históricos estuvieron trazados por: la Ley Moyano de 1857 y su posterior creación del Ministerio de Instrucción Pública, la aportación de la II República en cuanto ampliación del concepto de Educación de Adultos, y las campañas de alfabetización y promoción cultural promovidas en la época de Franco (1950, 1963). Desde la iniciativa no estatal, debemos recordar como momentos más significativos la Extensión Universitaria (Oviedo) y la aparición, a principios del siglo XX, de las Universidades Populares.

En lo que se refiere a algunos países de nuestro entorno parece justo mencionar la tendencia francesa a orientar la Educación de Adultos en el marco de la Educación Permanente y de la formación continua de los trabajadores. Del mismo modo, parece oportuno destacar el alto protagonismo de la sociedad británica frente a iniciativas estatales y el papel atribuido por Alemania a la extensión cultural entre adultos, más allá de la mera alfabetización. A partir de la Segunda Guerra Mundial, la intervención de la UNESCO fue relevante. Su intento estuvo proyectado principalmente a la recuperación cultural del hombre-masa, producto de las aglomeraciones industriales urbanas. (Gómez R. de Castro, F., 1995, pp. 188-189).

Como consecuencia de este continuado interés por la Educación Permanente, puede afirmarse que ella ha gozado de unos sólidos fundamentos filosóficos y psicosociales que, históricamente y tal como hemos analizado en otro momento (Gorri, A., 1986, 1993), se iniciaron con las concepciones desarrollistas y racionalistas y prosiguieron con las aportaciones de Tyler, Freire y de la propia educación liberal.

Desde la óptica de los Organismos Internacionales de Educación, la intensa y progresiva atención prestada a la Educación Permanente enfatiza, igualmente, la importancia del tema. El Consejo de Europa, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), la Educación Permanente de Adultos en la UNESCO, así como la Organización de Estados Iberoamericanos para la educación, la ciencia y la cultura (EI), y las numerosas Organizaciones No Gubernamentales (ONGs), son un claro exponente de ello (Marín, R., 1995, pp. 201-248).

Desde el marco más específico de la Unión Europea la preocupación por la Educación Permanente ha sido, asimismo, una constante. Entre las Redes Europeas dedicadas a la Educación de Adultos pueden citarse la Oficina Europea de Educación de Adultos, la red de lucha contra el analfabetismo entre las que se cuentan CUFCO y ALPHA, y la red de formación profesional de Personas Adultas que implica al Fondo Social Europeo, al CEDEFOP y al Comité Consultivo de FP, entre otros.

La Unión Europea cuenta, de modo paralelo, con una serie de estructuras organizativas que subyacen a los distintos programas y proyectos educativos con personas adultas. Como sabemos, estas estructuras organizativas están centradas prioritariamente en el organigrama de las denominadas Direcciones Generales. Lógicamente, una de las direcciones generales más representativas para la Educación Permanente ha sido la Dirección V que, inicialmente, se denominó de «Asuntos Sociales, ocupación y educación», y posteriormente de «Empleo, relaciones laborales y asuntos sociales».

Los Programas Europeos sobre Educación Permanente, centrada en la Educación de Adultos, son también numerosos y relevantes. Entre los de mayor incidencia pueden enumerarse los Programas para la formación del mundo rural, los Programas educativos para la mujer adulta entre los que se encuentran la Red Iris y la iniciativa NOW, y los Programas para ayuda de colectivos minusválidos como el Helio II y Horizon. En el mismo contexto deben mencionarse los Programas educativos para jóvenes entre los que se hallan Petra y YES, los Programas de Formación Profesional como FORCE y EUROFORM, y los Programas para formación de nuevas tecnologías como EUROTECNEC y COMMET II.

Significativamente, los problemas que más preocupan a la óptica internacional son: el propio concepto de educación permanente, los sectores en los que se desarrolla y su coordinación, las estructuras económicas y administrativas que la mantienen, el estatuto de sus educadores, y algunas políticas de carácter específico. Como es lógico, el contexto histórico-social de cada país condiciona frecuentemente el tratamiento y aplicación de las diversas temáticas (Sanz, F., 1995, pp. 249-298).

Desde el punto de vista de los sujetos a los que se dirige la Educación Permanente, queda claro que los ciudadanos objeto de su orientación constituyen un amplio abanico, si bien en la actualidad su atención se centra preferentemente en el mundo de los adultos y se hace extensible al campo de la tercera edad (Moragas, R., 1991; Laforest, A., 1991).

A este respecto, nuestra opinión es que el punto de referencia esencial debe estar constituido por la consideración enfática y psicosocial de la singularidad de los mismos. En tal sentido, el estudio psicológico de las características peculiares de la persona adulta —cognitivas, motivacionales, emocionales y socioculturales— debe representar la pauta fundamental de/para la Educación Permanente. En ella la psicología del grupo aporta, paralelamente, una contribución relevante. Las teorías del aprendizaje como el conexionismo, el cognitivismo y el aprendizaje por asociación que estudian aspectos como la memoria, la transferencia o generalización, la ansiedad, la motivación para el logro, las expectativas, etc., constituyen un marco excelente para el aprendizaje educativo y social (Suárez, 1995).

Más concretamente, las concepciones psicológicas de la Inteligencia, tanto desde los planteamientos cognitivistas del pensamiento formal como desde los enfoques de la inteligencia fluida y cristalizada, ofrecen aportaciones de indudable interés para la intervención educativa en adultos. Factores que, obviamente deben considerarse de forma integrada junto a los aspectos de desarrollo personal y social de los sujetos adultos, y desde el contexto de una sociedad en constante innovación y de correlativas exigencias de adaptación. «Aprender a aprender» es el propósito inmediato que la E.P. se plantea en cuanto proyección cultural. A medio y largo plazo, ayudar al educando a descubrir el proyecto de su personalidad y el sentido de su propia vida individual y social es el objetivo que la misma E.P. se propone en cuanto educación integral (Gorri, A., 1990, 1994).

En lo que concierne a los objetivos y ámbito de la Educación Permanente, es comunmente admitido que desde una consideración global pretende ofrecer a sus miembros un entorno ambiental y ecológico más humano, tanto en el plano físico como psicológico y social. Desde una óptica más operativa, los ámbitos en los que se desarrolla la E.P. son,

ciertamente, muy diversos y dependen de la estructura y evolución progresiva de cada sociedad y comunidad.

Desde el ámbito de nuestras sociedades occidentales el futuro de la E.P. parece proyectarse, en un principio, hacia un triple ámbito. El ámbito personal, a través de la educación básica y compensatoria; el ámbito ciudadano, por medio del desarrollo popular, comunitario y socio-cultural; y, el ámbito laboral a través de la Formación profesional y ocupacional continua.

Junto a estos campos de intervención, la E.P. tiene, además, el reto de hacerse extensiva al amplio sector marginal que va desde el analfabetismo a los grupos étnicos (gitanos, inmigrantes, población reclusa...), y desde las desigualdades educativas propiamente dichas a las discriminaciones por razón de género, razas, culturas y/o estratos sociales. Como es obvio, la desigualdad en educación se traduce en la desigualdad de capacitación profesional y en la diferenciación ante el empleo. Las desigualdades en el desarrollo educativo se proyectan hacia los subsistemas de formación ocupacional y tal discriminación de los desfavorecidos en el sistema de enseñanza se reproduce interactivamente en los sistemas de comunicación. Desde el contexto de una sociedad actual del conocimiento y de la alta tecnología, de los grandes cambios y de las enormes posibilidades, resulta paradójico que extensos sectores de la población no disponen todavía del acceso a los recursos básicos de la evolución social. En su mayoría, éstos permanecen estabulizados en niveles mínimos de cultura, sin posibilidades de reciclaje y desarrollo (Jiménez, R., 1995, pp. 361 y ss).

La Educación Permanente conlleva asimismo una íntima vocación multicultural y comunitaria. Como hemos mencionado en el apartado anterior, por educación multicultural entendemos el conjunto de acciones encaminadas a promover la comprensión entre las diferentes culturas y a ayudar a los sujetos a dar respuesta adecuada a la situación cambiante en la que se ven inmersos (Aguado, M.T., 1996). Por desarrollo comunitario tratamos de expresar aquel proceso esencialmente educativo que, a su vez, se manifiesta como un instrumento de promoción humana. Dicho proceso aspira a la aparición de nuevas actitudes y comportamientos que, basándose en la participación personal y colectiva de la persona, tienden a su optimización y a la mejora de la calidad de vida de su comunidad. (Moreiras, M. y Rubio, R., 1995, pp. 403 y ss).

Existen, evidentemente, otras muchas cuestiones ligadas a la amplia y profunda temática de la Educación Permanente. La articulación de la educación en el mencionado proceso del desarrollo comunitario en el marco de los contextos territoriales, la organización de redes para la autonomía y la cooperación así como el impulso de valores promovi-

dos desde la animación sociocultural (Quintana, J.M. 1993) son algunas de ellas que, de forma sugestiva, se plantean como fértiles vías de investigación para un próximo futuro (Martín-Moreno, Q., 1996).

En cualquier caso, pensamos que las líneas generales esbozadas dentro de la limitación de nuestra exposición expresan, a modo de ejemplo, la riqueza y complejidad del campo de la Educación Permanente, al mismo tiempo que sugieren pautas de intervención psicosocial para el Desarrollo individual y grupal (Medina, A. y Domínguez, C. 1995). Y, ello desde el estado actual de nuestra sociedad moderna caracterizada, entre otros elementos, por el conocimiento y la información y, fundamentalmente, por el deseo intrínseco de una sociedad más igualitaria, más justa y más libre (Gómez de Castro y Otros, 1995).

IV. A modo de conclusión

En un anterior trabajo pretendimos exponer la relación entre Educación y Política Social a través de una perspectiva histórica, comparada y axiológica, tratando de extraer sus sugestivas implicaciones psicosociales.

En este nuevo análisis hemos querido completar esa visión inicial con el estudio de algunas dimensiones psicosociales de la educación. Entre ellas hemos seleccionado la temática en torno a la Educación Multicultural y Permanente por entender que ambas constituyen dos cuestiones de relevante actualidad.

La Educación Multicultural implica cuestiones psicoeducativas tan importantes como su proyección-exclusión a/en el campo de la inmigración, la educación antirracista y la atención a grupos sociales desfavorecidos. Entre éstos la mujer, el ámbito rural, las minusvalías o el área de la drogadicción, constituyen algunos de los más significativos.

La cuestión fundamental, ahora, es cómo orientar el discurso político-educativo hacia el pluralismo cultural integrando los valores, situaciones y formas de vida a través de los cuales cada grupo social expresa su propia identidad.

La Educación Permanente, por su parte, se inserta en el concepto psicoeducativo del Ciclo Vital y pretende extender la Educación a las etapas adulta y tercera edad. La atención prestada por la mayoría de los Gobiernos Occidentales y la corroboración expresada por recientes Congresos hacen de esta temática una cuestión prioritaria en/del marco educativo.

Desde el contexto europeo el interés prospectivo se dirige fundamentalmente hacia la definición del propio concepto de E.P. así como

hacia el análisis y la coordinación de los sectores en los que se desarrolla. Se replantea, simultáneamente, la organización de sus estructuras económicas y administrativas, la regulación del estatuto de sus educadores y el desarrollo de algunas políticas específicas.

Educación Multicultural y Educación Permanente, en suma, representan dos atractivos retos para la Comunidad Educativa. Desde una sociedad democrática comprometida con la Política Social, ambas exigen una rápida y decidida intervención psicosocial.

Referencias Bibliográficas

- AGUADO, M.T. (1996): *Educación Multicultural*. UNED. Madrid.
- ALVAREZ, V. (1995): *Orientación educativa*. EOS. Madrid.
- APPS, J.W. (1995): *Problemas de la educación permanente*. Paidós. Barcelona.
- BLALOCK, G. (1996): «Community transition teams as the foundation for transition services for youth with learning disabilities». *Journal of learning disabilities*, 29 (2), pp. 148-159. New Mexico U. US.
- BRISTIN, R.W. y YOSHUDA, T. (1994): *Intercultural Interactions: Models for cross-cultural training programs*. SAGE PUB. Calif.
- BUXARRAIS, M. y OTROS (1994): *Educación Intercultural*. R.S. MEC. Madrid.
- CALVO BUEZAS, T. (1993): *Igualdad de oportunidades, respetando las diferencias. Integración de las minorías, tolerancia en la mayoría y educación intercultural para todos*. CIDE. Univ. Complutense. Madrid.
- CALVO BUEZAS, T. (1993): «Minorías étnicas y educación». Ponencia III *Encuentro Internacional sobre Servicios Sociales La «Tolerancia»*. Fund. Bancaixa. Valencia.
- CAMPANI, G. y Otros (1994): «Overview of Intercultural Policies within the European Union». En, *European Journal of Intercultural Studies*, 5, 1, pp. 3-8.
- CANALS, J. (1993): «Relaciones Familiares y soporte en la crisis del desempleo». *Servicios Sociales y Política Social*, 31-32, pp. 45-61.
- COBO, J.M. (1994/1995): «Educación». En: *V Informe Sociológico sobre la Situación Social en España. Sociedad para todos en el año 2000*. Cap. 7, pp. 1.107-1.276 (Doc. Social, 101, octubre-diciembre, pp. 273-313).
- COLECTIVO IOE (1994): «Inmigración extranjera en España: características diferenciales en el contexto europeo». *Educación y Recursos Didácticos*, 51, pp. 30-35.
- COLUMBIA UNIVERSITY (1996): «Whither American Social Policy? Confronting the News Politics of child and Family Policy in the United States». *National Studies Research Program*. Columbia University School of Social Work. New York.
- COMAS, D. (1995): *Trabajo, género, cultura*. Icaria. Barcelona.
- CONGRESO INTERNACIONAL (I.º) (1997a): *Educación y Desarrollo: Nuevas Tendencias*. 17-21 marzo. Tenerife.
- CONGRESO MUNDIAL (XIV.º) (1997b): *Funciones Socio-Educativas en un mundo multicultural*. 11-14 junio. Brescia. Italia.

- CONGRESO NACIONAL (VI.º) (1997c): «Psicología Social, Educación y Postmodernismo». En, *VI Congreso Nacional de Psicología Social*. 29 setiembre-1 octubre. San Sebastián.
- CONGRESO DE INFAD (VIII.º) (1998): «Intervención psicológica en la adolescencia». UPNA. Pamplona.
- CONSEJO ESCOLAR DEL ESTADO (1995): *Informe sobre el sistema educativo: 1993-1994*. M.E.C.. Madrid.
- DÍAZ-AGUADO, M.J.; MARTÍNEZ ARIAS, R. y BARAJA, A. (1992): «Método para el desarrollo de la tolerancia». En, *Comunidad Escolar*, 15, 7.
- DIKE, M. M. (1996): «Parental involvement in Program Expansion». *NHSA Journal*. 15, 1, pp. 46-47. Win.
- DOCUMENTACIÓN SOCIAL (1997): *Políticas contra la exclusión social*. N.º 106. enero-marzo. Madrid.
- FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJADORES SOCIALES (AA.VV.) (1994). «Mejora de condiciones en las comunidades rurales». *Servicios Sociales y Política Social*, 33, pp. 93-98.
- FEDERIGHI, P. (1993): «Gestión social y control de los procesos educativos y sociales». *Educación y Sociedad*. 12, pp. 61-79.
- FUNDACIÓN FOESSA (1994): *Informe sociológico sobre la situación social de España. Sociedad para todos en el año 2000*. Madrid.
- GARCÉS, J. y MARTÍNEZ ROMÁN, M.A. (drs.) (1996): *Bienestar Social y necesidades especiales*. Tirant lo Blanch. Valencia.
- GARCÉS, J.; RÓDENAS; SÁNCHEZ, S.; VERDEGUER, I. (1996): «Inmigrantes en España. Heurísticos para la Interculturalidad. En, GARCÉS, J. y MARTÍNEZ ROMÁN, M.A. (drs.): *Bienestar Social y necesidades especiales*. Cap. 6. pp. 271-326. Tirant lo Blanch. Valencia.
- GÓMEZ, R. DE CASTRO, F. (1995): «La educación de las personas adultas a lo largo de la historia. Perspectiva nacional e internacional». En, F. SANZ: *La formación en educación de personas adultas*, pp. 157-200. UNED/MEC. Madrid.
- GÓMEZ DE CASTRO, F. y OTROS (1995): *Socialismo y Sistemas Educativos*. UNED. Madrid.
- GONZÁLEZ TEMPRANO, A. TORRES VILLANUEVA, E. (1993): «La Política de Bienestar Social en los países de la OCDE hasta los años 90. Un balance». *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 3, pp. 277-297.
- GORRI, A. (1986): *J.P. Sartre. Evolución ontológico-social de una psicología fenomenológica*, Barcelona. Anthropos.
- GORRI, A. (1990): «La evolución psicológica de la Inteligencia. Una aproximación al Ciclo Vital». *Rev. Notas y Estudios de Ciencias de la Educación*, III. UNED, pp. 99-112.
- GORRI, A. (1992): «El desarrollo intelectual y los factores psicosociales: un binomio permanentemente interactivo». *Rev. de Estudios de Psicología y Pedagogía*, 4. UNED, pp. 109-134.
- GORRI, A. (1993a): «La Inteligencia Humana: perspectivas para una intervención psicosocial». *Rev. Serie Lecciones*. 4. UNED, pp. 31-61.
- GORRI, A. (1993b): «Las Ciencias Sociales: una contribución fundamental». *Estudios de Deusto*. Vol. 41/2. pp. 193-215.

- GORRI, A. (1994a): *Aproximación educativa a la Psicología de la Inteligencia. Perspectivas para una Intervención Psicosocial*. Eunate. Pamplona.
- GORRI, A. (1994b): «Perspectiva histórica de la Psicología de la Inteligencia. Epistemología para una intervención psicopedagógica y psicosocial». *Rev. Estudios de Pedagogía y Psicología*. UNED, pp. 55-85.
- GORRI, A. (1995a): «La Psicología de la Inteligencia y sus implicaciones inter-ventivas en Política Social y Servicios Sociales». *Rev. Huarte de S. Juan*. UPNA, 1, pp. 211-258.
- GORRI, A. (1995b): *La Intervención Psicológica en Política Social y Servicios Sociales*. Libertarias/Prodhufi. Universidad. Madrid.
- GORRI, A. (1997a): «Educación Permanente y Desarrollo: Un enfoque psicosocial e interventivo». Comunicación al I Congreso Internacional sobre *Educación y Desarrollo: Nuevas Tendencias*. Tenerife. Marzo.
- GORRI, A. (1997b): «Mujer, Educación y Formación en un proceso de cambio social». *Comunicación al IV Simposio Europeo di Servizio Sociale*. Perugia (Italia). Junio.
- GORRI, A. (1997c): «Psicología Social, Educación y Política Social: Tres perspectivas interactivas para una intervención postmodernista». Comunicación al VI Congreso Nacional de Psicología Social sobre: *Integración y desarrollo de la Psicología Social en un mundo multicultural*. San Sebastián, setiembre-octubre.
- GORRI, A. (1997d): «Educación y Política Social: una perspectiva histórica, comparada y axiológica. Implicaciones Psicosociales». *Estudios de Psicología y Pedagogía*. pp. 92-123. UNED. Pamplona.
- GORRI, A. (1998a): «Adolescencia: Inteligencia y Personalidad. Perspectivas axiológicas para una intervención psicoeducativa». Comunicación al *VIII Congreso de INFAD*. UPNA. Pamplona.
- GORRI, A. (1998b): «Adolescencia y factores psicosociales: entorno familiar, maltrato y educación multicultural». Comunicación al *VIII Congreso de INFAD*. UPNA. Pamplona.
- GORRI, A. (1998c): «Perspectiva comparada de la Educación en Europa y España. Una aportación para el diálogo psicológico Iberoamericano». Comunicación al *II Congreso Iberoamericano de Psicología*. Madrid. Julio.
- GORRI, A. (1998d): «Psicología, Educación y Política Social. Una contribución para el debate Congresual Iberoamericano». Comunicación al *II Congreso Iberoamericano de Psicología*. Madrid. Julio.
- IBÁÑEZ, P. (1990): *Integración del deficiente mental*. Lex Nova. Valladolid.
- IBÁÑEZ, P. y ALFONSO, M. (1990): *Las minusvalías: diagnóstico, tratamiento e integración*. UNED. Madrid.
- IBÁÑEZ, P. y ALFONSO, M. (1992): *Todo sobre las Drogas*. Dykinson. Madrid.
- IGLESIAS DE USSEL, J. (1994/1995): «Familia». En: *V Informe Sociológico sobre la Situación Social en España. Sociedad para todos en el año 2000*. Cap. 3, pp. 415-547 (Doc. Social, 101, octubre-diciembre, pp. 133-166).
- INFORME C.E.E. (1995): *Sobre el estado y situación del sistema educativo: 1993-1994*. Consejo Escolar del Estado. Madrid.
- JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, C. (1990): *Cuestiones sobre bases diferenciales de la educación*. UNED. Madrid.

- JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, C. (1995): *Educación multicultural*. UNED. Madrid.
- JUIDIAS, J. (1995): «Racismo y xenofobia». En, VEGA, M.T. y TABERNEIRO, M.C. (comps): *Psicología Social de la Educación y de la Cultura*. Eudema. Salamanca, pp. 81-95.
- LAFORREST, A. (1991): *Introducción a la Gerontología: El arte de envejecer*. Herder. Barcelona.
- LARRAÑAGA, E.; YUBERO, S. (1994): «Familia y educación social. Una aproximación psicosocial a la Educación Familiar». *Rev. Servicios Sociales y Política Social*, 33, pp. 9-15.
- LOMA R., M.C.; PÉREZ GIL, M.E.; CASADO, M. (1994): «Trabajo con familia desde los Servicios Sociales en el medio rural». *Rev. Servicios Sociales y Política Social*, 33, pp. 73-80.
- LOSCERTALES, F. (1995): «La imagen social de la Educación. La Psicología Social de la Educación ante los protagonistas de la educación y de la enseñanza». En, VEGA, M.T. y TABERNEIRO, M.C. (comps): *Psicología Social de la Educación y de la Cultura*. Eudema, pp. 15-40. Salamanca.
- LUCAS, S. (1995): «La psicología social en la formación de educadores sociales. Estrategias cognitivas, toma de decisiones y habilidades de comunicación en la relación de ayuda». En, VEGA, M.T. y TABERNEIRO, M.C. (comps): *Psicología Social de la Educación y de la Cultura*. Eudema, pp. 75-80. Salamanca.
- MARCH, M.X. (1995): «La psicología social de la educación y la sociología de la educación: un análisis a partir de los paradigmas educativos y la interdisciplinariedad». En, VEGA, M.T. y TABERNEIRO, M.C. (comps): *Psicología Social de la Educación y de la Cultura*. Eudema, pp. 57-68. Salamanca.
- MARÍN, R. (1995): «La educación de personas adultas en los organismos internacionales de educación». En, F. SANZ: *La formación en educación de personas adultas*, pp. 201-249. UNED/MEC. Madrid.
- MARTÍN-MORENO, Q. (1996): *La organización de los centros educativos en una perspectiva de cambio*. Sanz y Torres. Madrid.
- MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES (1995): *Plan para la integración social de los inmigrantes*. Madrid.
- M.E.C. (1995): *Ley Orgánica del Derecho a la Educación y Disposiciones Reglamentarias*. M.E.C., 1989, LOGSE, 1990, LOPEGC, 1995. Madrid.
- M.E.C. (1995): *Educación Intercultural*. Proyecto. M.E.C. Madrid.
- MEDINA, A. y DOMÍNGUEZ, C. (1995): *Enseñanza y currículum para personas adultas*. Edipe. Madrid.
- MEDINA, y OTROS (1996): *La educación personalizada en la familia*. Rialp. Madrid.
- MENOR, M.; SÁEZ, F. y OTROS (1997): «Educación y exclusión social». En, *Documentación Social*, pp. 73-92.
- MORAGAS, R. (1991): *Gerontología social: envejecimiento y calidad de vida*. Narcea. Madrid.
- MOREIRAS, M. y RUBIO, R. (1995): «Programas emergentes en educación de personas adultas». En, F. SANZ: *La formación en educación de personas adultas*, pp. 403-478. UNEDMEC. Madrid.

- NÚÑEZ, T. y LOSCERTALES, F. (1995): «Las conductas sexistas en la educación primaria». En, VEGA, M.T. y TABERNERO, M.C. (comps): *Psicología Social de la Educación y de la Cultura*. Eudema, pp. 102-110. Salamanca.
- O.C.D.E. (1990): *L'enseignement dans les pays de l'OCDE*. OCDE. París.
- OVEJERO, A. (1993): «Aprendizaje cooperativo. Una eficaz aportación de la psicología social a la educación del siglo XXI». *Psychotecma*, 5, pp. 373-391.
- PECK, CH. A. (1995): «Some further reflections on the difficulties and dilemmas of inclusion. *Journal of early intervention*, 19 (3), pp. 197-199. Washington State U. Vancouver, US.
- PÉREZ SERRANO, G. (1993): *Elaboración de proyectos sociales*. Narcea. Madrid.
- PEROTTI, A. (1994): «The impact of Council of Europe's Recommendations on Intercultural Education in European School Systems». En, *European Journal of Intercultural Studies*, 5, 1, pp. 9-17.
- POLLOWAY, E.A. and OTHERS (1996): «Historic Changes in Mental Retardation and Developmental Disabilities». *Education and training in mental retardation and developmental disabilities*, 31, 1, pp. 3-12. UMI.
- QUINTANA, J.M. (1991): *Pedagogía Comunitaria. Modelos mundiales de Educación de adultos*. Narcea. Madrid.
- QUINTANA, J.M. (1993): *Los ámbitos profesionales de la Animación*. Narcea. Madrid.
- QUINTANA, J.M. y SANZ, F. (1995): «Fundamentos de la educación de personas adultas, el concepto de educación y su relación con otros conceptos afines». En, F. SANZ: *La formación en educación de personas adultas*, pp. 9-62. UNED/MEC. Madrid.
- RAMOS, R. (1993): «La ética discursiva como instrumento para la reforma educativa». *Rev. Interuniversitaria de formación del profesorado*, 16, pp. 147-158.
- RICHES, V. (1996): «A review of transition from school to community for student with disabilities in NSW Australia». *Journal of intellectual and developmental disability*, 21 (1), pp. 71-88. NSW. Australia.
- RÍO, P.; ALVAREZ, A. y WERTSCH, J. (1995): *Historical and theoretical discourse*. Aprendizaje. Madrid.
- RODRÍGUEZ CABRERO, G. (1994/1995): «La Política Social en España: 1980-1992». En: *V Informe Sociológico sobre la Situación Social en España. Sociedad para todos en el año 2000*. Cap. 9, pp. 1.411-1.549 (Doc. Social, 101, octubre-diciembre, pp. 343-375).
- SANZ, F. (1995): *La formación en educación en personas adultas*. UNED. MEC. Madrid.
- SANZ, F. (1995): «La educación de personas adultas en los países de la unión europea». En, F. SANZ: *La formación en educación de personas adultas*, pp. 249-298. UNED. MEC. Madrid.
- SUÁREZ, A. (1995): *Dificultades en el aprendizaje*. Santillana. Madrid.
- THURNBULL, A.P. and TURBIVILLE, W.P. (1995): «Why must inclusion be such a challenge?». *Journal of early intervention*, 19 (3), pp. 200-202. Lawrence. US. U. Kansas.
- THURSTON LINDA, P.; NAVARRETE, L. (1996): «Research on Education and Rural Poor Families». *Rural Goals 2000*. Price. Edrs.

- TOHARIA, L. (1994-1995): «Empleo y Paro». En, *V Informe Sociológico sobre la Situación Social en España. Sociedad para todos en el año 2000*, FOESSA, pp. 1.277-1.410. (Documentación Social, pp. 315-342).
- VV.AA. (1992): *Educación multicultural e intercultural*. Granada. Impredisur.
- WILL BOM (1994): *Abrirse paso. Orientación laboral y profesional para mujeres*. El Roure. Barcelona.

UNA APROXIMACION AL PARLAMENTO ESPAÑOL DEL «98»

Alfonso Carlos Saiz Valdivielso
Profesor de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad de Deusto

Cuando la Reina Regente de España, doña María Cristina de Habsburgo Lorena, viuda de don Alfonso XII y madre del niño que reinará como Alfonso XIII disuelve, por Real Decreto de 26 de febrero de 1898, las Cortes de 1896 —suspendidas desde el 2 de junio de 1897— todo un cúmulo de circunstancias adversas gravita sobre un quebradizo presente nacional atacado, en su fragilidad, desde que se desató la insurrección colonial.

No está lejos ese primero de enero de 1898 en que comienza a funcionar la autonomía cubana¹, extensiva a Puerto Rico, concedida el 21 de noviembre del año anterior por el gobierno de Sagasta², que no sólo ha relevado del mando cubano al general Valeriano Weyler, sustituyéndolo por el también general Ramón Blanco, sino que también ha decretado una amnistía para los rebeldes cubanos y filipinos, amortiguando así el impenitente acoso de Washington, dispuesto no sólo a apoyar la insurrección, sino también —llegado el caso— a comprar «la perla de las Antillas»³.

Apaciguada, momentáneamente, la voracidad norteamericana, el gobierno de Washington buscó la mar como «espacio de concordia»

¹ Los órganos básicos de esta autonomía eran una Cámara de Diputados cubanos, y una especie de Senado denominado Consejo de Administración. Aquel régimen posibilitaba un amplio autogobierno, limitado tan sólo por la política internacional y la defensa militar.

² Práxedes Mateo Sagasta sustituyó la provisionalidad de Azcárraga tras el asesinato de Antonio Cánovas del Castillo el 8 de agosto de 1897 por el anarquista italiano Michele Angiolillo.

³ La negociación se llevó con gran confidencialidad por el gobierno norteamericano que ofrecía 300 millones de dólares y un millón de comisión para los mediadores españoles. La Reina Regente, informó a todos los grupos políticos con representación parlamentaria, advirtiéndole que entregaría el poder a quien le aconsejara aceptar la propuesta. Nadie lo hizo.

solicitando, el 17 de enero del año del desastre, permiso para mandar el crucero «Maine» a aguas cubanas como gesto de «buena voluntad» al que corresponderá España enviando el «Vizcaya» al puerto de Nueva York.

Justo al día siguiente de la llegada del buque norteamericano a La Habana, esto es el 26 de enero, se formaliza la «Unión Conservadora» bajo el liderazgo de Francisco Silvela, heredero más o menos legítimo de Cánovas.

El 15 de febrero, «vuela» el «Maine», y sobre sus restos planean los buitres amarillos de la prensa *yankee*⁴ sumamente complacidos de que los Estados Unidos rehúsen participar en la Comisión paritaria de investigación propuesta por España.

En este contexto se alza la voz de Pablo Iglesias denunciando la situación política española:

«... El litigio que hoy se ventila en Cuba, político en la forma, es y ha sido siempre una cuestión económica. La clase dominante española ha mantenido en Cuba una política restrictiva por monopolizar aquel mercado; la gran Antilla ha luchado por su autonomía y por su independencia con el fin de dar salida a sus productos en las mejores condiciones posibles, y de adquirir los que le son necesarios; los Estados Unidos han promovido los movimientos insurreccionales cubanos, no porque los habitantes de Cuba gozaran de mayores libertades, sino por lograr ellos, mediante la autonomía o la independencia, ser dueños de su mercado. Si la doble autonomía concedida a Cuba tiene eficacia para producir la paz, pronto lo hemos de ver. De no tenerla, la independencia de la isla se impone en seguida porque la burguesía española carece de dinero para continuar la guerra y porque el proletariado español ni se opondrá a dicha independencia ni se halla dispuesto a dar más hombres para que sean sacrificados en los campos de Cuba»...⁵

Ante el cariz que toman los acontecimientos, el 14 de abril, el Consejo de Ministros que preside Sagasta decide adelantar la constitución de las nuevas Cortes, prevista para el día 27, fijando, en el artículo único del correspondiente Real Decreto, que las Cortes se reunirán en Madrid el día 20 del corriente mes⁶.

Entre la indiferencia y la corrupción, las elecciones que formalizarán la representación de la soberanía nacional en aquel Parlamento de

⁴ Especialmente el *World*, de Pulitzer, y el *Journal*, del ciudadano Hearst, muy capaces de haber puesto las cargas explosivas con tal de provocar una noticia.

⁵ *El Socialista*, 18 de febrero de 1898.

⁶ *Gaceta de Madrid*, 15 de abril de 1898.

1898 no reconocen los cuatro escaños que los socialistas, en buena lid, han ganado⁷.

Los 401 diputados electos se distribuyen la «tarta» del Congreso de la siguiente manera:

	Escaños	Porcentaje
—Liberales, en torno a Sagasta y Ruiz Capdepon:	266	(66,3%)
—La «Unión Conservadora», que lidera Francisco Silvela: . .	68	(17%)
—Republicanos que se alinean con el posibilismo de Castellar, el federalismo de Pi y Margall y el talante conciliador de Salmerón:	14	(3,5%)
—Conservadores disidentes que acaudilla Romero Robledo:	6	(1,5%)
—El carlo-integrismo representado por Cerralbo, Barrio y Mier y Vázquez de Mella:	5	(1,2%)
—Conservadores independientes:	10	(2,5%)
—Independientes:	10	(2,5%)
—No establecidos:	22	(5,5%)
TOTAL.	401	100,00% ⁸

* * *

El discurso de la Reina Regente durante la apertura de las Cortes no oculta la inquietud de un conflicto con Norteamérica.

«... Si a esta ciega corriente cediera, en mala hora, el gobierno de los Estados Unidos, las amenazas y las injurias a que hasta ahora hemos podido permanecer indiferentes, por no ser expresión genuina de la nación americana, se tornarían en provocación intolerable que, en defensa de la dignidad nacional, obligarían a mi gobierno a romper nuestras relaciones con Washington⁹...»

Son palabras que suenan, con diferente sintonía, en los oídos de los parlamentarios que las escuchan.

No encajan en la actitud que mantienen los republicanos ubicados en la oposición desde los escaños federalistas que reverencian a Pi y

⁷ Les despojaron de las 4 actas que legítimamente habían ganado en Madrid (Pablo Iglesias y Jaime Vera) Bilbao (Pablo Iglesias) y en Zaragoza (Antonio García Quejido). Lo explica *El Socialista* (marzo-abril de 1898) y el *El Imparcial* de 28 de marzo de 1898.

⁸ Datos elaborados a partir de Martínez Cuadrado, Miguel. *Elecciones y Partidos Políticos de España* (1868-1931) Vol. II. Madrid, Taurus 1969, pp. 602-603.

⁹ *Gaceta*... 21 de abril de 1898.

Margall, quien califica de absurda una «inminente guerra por unas colonias que han de perderse irremisiblemente»¹⁰.

Otra facción republicana que tiene en Salmerón su cabeza más visible hace tronar su protesta porque «lo que se avecina es consecuencia del régimen colonial que impuso la monarquía»..., subrayando que «la gran epopeya de la guerra de la independencia [española] no se hubiera realizado si aquel traidor poder del que dimanaban otros poderes no se hubiera ausentado de España»¹¹.

Los liberales bastante tienen con sostener los embates que se dirijan a su jefe político Sagasta, soportando la pesada carga que está dispuesto a asumir el Ministro de la Gobernación, Ruiz Capdepón.

Por su parte, los conservadores de Silvela se aprestan a salvar la vía de agua que abre, en la línea de flotación del partido, las intrigas del disidente Romero Robledo.

Al carlo-integrismo le toca jugar una baza opositora radical frente a las instituciones regias y al sistema de partidos turnantes «incapaces de salvaguardar la herencia histórica española». Son ataques a la desesperada en los que brilla la voz poderosa de Vázquez de Mella.

Tras la declaración oficial de guerra de los Estados Unidos a España, el 25 de abril de 1898, el Parlamento se inflama de discursos, sobre todo al circular por los pasillos del Congreso la especie según la cual el Gobierno está dispuesto a suspender, en cualquier momento, las garantías constitucionales. Todas las miradas se concentran en Romero Robledo, el conservador disidente, que no se recata en manifestar, a voz en grito, la inquietud, acrecentándola al insinuar los propósitos del Gobierno de silenciar la voz parlamentaria.

De silencios habla Silvela:

«Debemos prestar nuestro concurso moral al Gobierno desde el silencio y el apoyo.»¹²

No falta la exaltación patriótica en Pidal: «Cuando oímos hablar de la guerra todos nos sentimos soldados», o en el mismísimo Sagasta: «Nuestro sentimiento es el mismo que animó a nuestros padres, desde Covadonga hasta Granada».¹³

Al día siguiente miden el acero de sus palabras Uría y el Ministro de Ultramar protagonizando una sesión tempestuosa derivada de la noticia

¹⁰ *Diario de Sesiones de Cortes* (en adelante *DSC*), 22 de abril de 1898.

¹¹ Alusión a Fernando VII y por ende a la institución monárquica.

¹² *DSC*, 26 de abril de 1898.

¹³ *Ibidem*.

difundida por *El Imparcial* según la cual «cabecillas» de la insurrección filipina se dirigen en buques de la escuadra norteamericana hacia el archipiélago¹⁴.

Moret niega el infundio de que Emilio Aguinaldo viaje con la escuadra *yanki*.

El día 30, el fuego parlamentario, en el Congreso, alcanza una notoria intensidad al saberse que la víspera el general Valeriano Weyler ha pedido en el Senado 50.000 hombres para atacar las costas estadounidenses¹⁵.

Una razonable sensatez, desde una oposición responsable, viene de la voz republicana de Sol y Ortega cuando sienta las bases que sustentan el conflicto: «No somos los agresores, somos los agredidos»; por eso apela al patriotismo que significa apoyo al gobierno aunque no lo merezca:

«Olvido en este instante mi filiación republicana. La patria pesa más que la sangre, más incluso que el Partido Republicano y que todos los partidos juntos».

Cambiará el tono en la parte central de su discurso:

«Por patriotismo no he de oponerme yo a que se otorgue a este Gobierno y a cualquier otro cuantos recursos sean menester y debidos para salvar el honor y la integridad de la Patria; pero es un gran acto de abnegación en mí el hacer esto, teniendo en cuenta que el Gobierno a quien yo concedo, por mi parte estos recursos, es un Gobierno, que lo mismo que los demás Gobiernos de la Restauración no merece por sus actos, ni puede merecer, la confianza del país.»¹⁶

El carlo-integrismo atruena poco después en palabras de Barrio y Mier en respuesta al Discurso de la Corona, con una lógica y especial dedicación a los gobiernos del partido liberal:

«Tengo que ir más lejos que el Sr. Sol y Ortega que combatía enérgicamente la política colonial de los gobiernos de la Restauración. Yo he de combatir a todos los gobiernos liberales, puesto que todos ellos, unos más y otros menos, unos antes y otros después, han contribuido a la destrucción de nuestras posesiones ultramarinas, hasta dejarnos casi sin ellas, como ahora estamos.»¹⁷

¹⁴ *Ibid.* 27 de abril de 1898.

¹⁵ Noticia que difunde *El Liberal* de 30 de abril de 1898.

¹⁶ *DSC*, de 30 de abril de 1898.

¹⁷ A estas alturas ya sólo nos quedaba Cuba y Puerto Rico, en las Antillas, y en Océanía las Filipinas, las Visayas, las Marianas, las Carolinas y las Palaos.

Son las vísperas de la gran batalla filipina, o sea el 30 de abril; los norteamericanos ya han doblado el cabo de Bolinao, mientras el almirante Montojo concentra sus fuerzas en Cavite y prepara la defensa en Manila.

Desde el parlamento paralelo de la prensa Francisco Pi y Margall escribe:

«Hoy no se ve aún en el país la imprudencia cometida. Se la ocultan, unánimes, el Gobierno, la prensa el clero y las dos Cámaras. La veré y no tarde y entonces maldecirá a los que hoy nos gobiernan. ¿A los que nos gobiernan, sólo? También al Parlamento y sus diversas facciones.»¹⁸

El primero de mayo la escuadra norteamericana, en tan sólo tres horas —de las 5,00 h. a las 8,00 h. de la mañana— ha destruido la escuadra española causando 400 bajas¹⁹ entre muertos y heridos (un 40% de los marinos que entraron en combate), contra dos oficiales y seis marineros heridos en el «Boston».

La falta de fuerzas y recursos han sido la causa de tan humillante derrota. Así lo explica, sin rodeos, el cable que el Almirante Montojo envió al Ministro de Marina, Bermejo.

«Ha sido un desastre que lamento profundamente, que presenté y anuncié siempre, por falta absoluta de fuerzas y recursos.»²⁰

La respuesta de Bermejo es lacónica e hiriente:

«Honor y gloria a los que se han batido heroicamente por la patria.»²¹

Hay réplica del almirante al atribuir el desastre a la despreocupación gubernamental y a la falta de medios.

El asunto salta al Congreso donde varios diputados monárquicos encabezados por el Marqués de Cabriñana han intentado un voto de

¹⁸ *El Nuevo Régimen*, 30 de abril de 1898.

¹⁹ Buena parte de ellos oriundos de El Ferrol, en donde vive un niño —Francisco Franco Bahamonde— a punto de cumplir seis años y que guardará memoria mientras viva de aquel desastre...

²⁰ Patricio Montojo, almirante de la escuadra española en Filipinas sería sometido a Consejo de Guerra en setiembre de 1898 por presuntas responsabilidades en el desastre de Cavite.

²¹ *El Liberal*, 2 de mayo de 1898.

censura para el Ministro de Marina «y para quienes anteriormente ocuparon ese cargo»²².

De inmediato se abre un agrio debate entre Sagasta y Salmerón:

- Es la hora de las grandes responsabilidades que está demandando la nación.
- Es abominable debilitar la patria, y hasta un delito, en las presentes circunstancias.
- Más abominable resultaría renunciar a la formación de un gobierno nacional que tendría la ventaja de poner fin a la monarquía.
- Nadie creería al oír al señor Salmerón que estaba hablando un español²³.

Agustín, capitán general de Filipinas, dicta dos Decretos: por el primero, crea la Asamblea Consultiva de Filipinas, algo así como un gobierno autónomo al estilo del cubano²⁴; por el segundo, organiza las llamadas Milicias Filipinas en las que podrán integrarse los «tagalos» de entre 18 y 50 años que lo deseen, a cambio de cinco hectáreas de terrenos «realengos» a los tres años de servicio, así como exención de servicio militar para los hijos, a los dos. Papel mojado, pues ese mismo día McKinley envía a Filipinas un ejército de ocupación al mando del general Merrit.

La crisis desencadenada por la derrota de Cavite es de tal envergadura que moviliza a los sectores más radicalizados de España con manifestaciones, algaradas y desafueros en numerosas localidades.

En Valencia, por ejemplo, se ha declarado el «estado de sitio», y en Madrid, el de «guerra», buen pretexto para que el republicano Fernando Gasset pida responsabilidades por dichas declaraciones.

Un día más, Vázquez de Mella arremete contra la política colonial de los partidos liberales (en los que incluye a todos los que no sean el suyo):

²² No pudo tramitarse por no lograrse las siete firmas reglamentarias. La proposición pretendía exigir las más altas responsabilidades «al actual ministro de Marina, general Bermejo, por la negligencia e imprevisión que ha demostrado el deplorable estado de defensa de la bahía de Manila; al ministro de Ultramar, Segismundo Moret, por la política de imprevisiones y debilidades que ha inspirado antes y ahora a sus compañeros de gabinete; al ex-ministro de Marina, general Berenguer por su desastrosa gestión; al ex-ministro de Ultramar Romero Robledo por haber desguarnecido nuestras colonias, dejándolas indefensas y provocando las últimas insurrecciones. (*DSC*, 4 de mayo de 1898).

²³ *Ibid.*

²⁴ Formado por las autoridades civiles y militares y veinte personas de significación en el país, que el gobierno juzgare conveniente nombrar.

«... El ministro de Ultramar, Segismundo Moret, insultó al ejército español en el preámbulo del Decreto que concedió la autonomía a Cuba»...²⁵

La oleada de protestas que acogen las palabras del tribuno carlista parecen servirle de acicate para espetarle a Moret:

«... Mientras Su Señoría va escoltado por la Guardia Civil, al general Weyler se le vitorea por la calle.»²⁶

La réplica de Suárez Inclán, defendiendo al ministro, es automática:

«El señor ministro lleva escolta porque hay carlistas que gritan ¡Muera Moret!».²⁷

Es entonces cuando Mella escupe su exabrupto, acuñado en el *Diario de Sesiones* de aquellas Cortes como el momento, tal vez, más tenso de la legislatura:

«Desgraciado el pueblo que, en estas horas de terribles angustias, está, como por maldición divina, gobernado por un niño y por mujeres.»

Don Práxedes Mateo Sagasta se alza como impulsado por un resorte, de su banco azul, y pálido y convulso, como nunca, grita mientras golpea con los puños en su pupitre:

«O retira Su Señoría esas palabras o se marcha fuera.»²⁸

Vázquez de Mella, retador y altanero, repite en latín la misma frase extraída de las *Profecías de Isaías*, para añadir de inmediato:

«Hagan que me echen para que nos vayamos todos los carlistas. No crea el Presidente del Consejo que tengo a menosirme de aquí mientras está en el banco azul ese gobierno...»²⁹

* * *

²⁵ DSC, 5 de mayo de 1898.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Naturalmente, el Presidente del Consejo de Ministros no tenía potestad para expulsar del hemiciclo al ofensor, pero sí para pedir que se escribiesen sus palabras y que las explicara inmediata y satisfactoriamente.

Sagasta se creyó en el caso de sustituir al Presidente de la Cámara. Mella ni explicó ni retiró cosa alguna. La única penalización que le aplicaron fue la de prohibirle hablar más en la sesión.

Todo aquel mes de mayo de 1898 brinda un espectáculo parlamentario de voces monocordes que se unen desde la oposición para pedir responsabilidades habidas y por haber hasta el presente; para expresar, al mismo tiempo, su respeto y admiración por la heroica conducta de la armada española en Cavite³⁰, mientras la prensa hace demagogia de café, y el Gobierno es incapaz de salir airoso del más mínimo embate. Como muestra de esta actitud gubernamental, aquella justificación del Ministro de Marina, Bermejo, al decir que «cuando se entra en el Ministerio y se le encuentra sin recursos de ninguna especie, con los elementos dispersos y en el extranjero, no es fácil improvisar y adquirir material de guerra y enviarlo a Filipinas en un momento determinado³¹».

Luego está la inquina dinástica, patológica casi, de Vázquez de Mella cuando imputa responsabilidades «a todos los partidos de la Regencia y que deben recaer sobre la Regencia misma»³², y la conciencia testimonial republicana de Salmerón que culpa de la guerra con los Estados Unidos «al régimen que viene imperando en España desde hace 24 años orientado por el partido conservador»³³.

Se anima unánimemente el tono cuando Sus Señorías han de abordar las reformas del régimen autonómico colonial, defendidas por el autonomista Labra, apoyadas por los conservadores de Silvela, y por los republicanos de Salmerón, denostadas por los carlistas por el «agravio comparativo» que supone «conceder a las colonias lo que niega a las diversas regiones de la península, sin contar con el peligro que entraña hacer concesiones a un enemigo armado»³⁴.

No deja de resultar oportuno este último punto de vista ante las noticias que traen pasajeros recién desembarcados del vapor *León XIII*:

«... La población de Cabis ha sido completamente arrasada...»

«... En Luzón se asesina ferozmente a pacíficos habitantes de la isla...»

«... Cabe preguntar al gobierno si ésta es continuación de aquella insurrección que estalló el 20 de agosto de 1896, o se trata de una insurrección nueva, en cuyo caso hay que creer en el fracaso de la política del gobierno.»³⁵

³⁰ Como es el caso de aquella proposición suscrita por Gasset, Suárez Figueroa, Canalejas, Sol y Ortega, Ortega y Munilla, Uría y el marqués de Cabriñana (*DSC*, de 6 de mayo de 1898).

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibid.* 7 de mayo de 1898.

³³ *Ibid.* 10 de mayo.

³⁴ *Ibid.* 12 de mayo.

³⁵ Intervención de Bores y Romero. (*DSC*, 13 de mayo de 1898).

Hay espacio para matizar las diferencias entre Cuba y Filipinas:

«... Cuba se perdió o se perderá por añejos vicios y antiguos errores cometidos. Filipinas se pierde o se ha perdido, simplemente, por impericia de los que recientemente han ocupado ese banco azul...»³⁶

La cruda realidad es que el cabecilla indígena Aguinaldo ha llegado el 19 de mayo a Cavite y siguiendo instrucciones de George Denvey jefe de la escuadra americana en el Pacífico, ha diseñado una bandera nacional filipina.

Al día siguiente Sagasta resuelve la crisis de su gabinete y presenta a la Cámara su nuevo ministerio³⁷.

Las sesiones comprendidas entre el 4 de junio y el 5 de setiembre expresan la desintegración social de un sistema sistemáticamente acosado desde la oposición, y desde una opinión pública dirigida por un periodismo irresponsable.

Pocos son los momentos parlamentariamente relevantes, a pesar del fárrago oratorio que se concentra en el hemiciclo.

A destacar las imputaciones que articula Romero Robledo durante el debate presupuestario, reflexionando sobre la guerra colonial:

«¡La guerra! ¿Qué es la guerra? La guerra está sirviendo de pretexto para todo; para no hablar, para inmunidades, para hacer aquello que más place, para abandonar los intereses más sagrados de la Patria. No se puede hablar de leyes políticas que afectan a los derechos del ciudadano porque estamos en guerra, y el patriotismo aconseja el silencio; no se pueden discutir autorizaciones en toda su extensión y en su fondo, sino con gran mesura, para no exponerse a la crítica de los que permanecen en silencio; no se puede saber cuál es el pensamiento del Gobierno, porque eso sería comprometer los intereses patrios; no se puede absolutamente hacer nada; y así, en medio del régimen representativo, que debe ser régimen de publicidad, vivimos en la mayor incertidumbre, dando crédito por todas partes a algunas noticias verdaderamente inverosímiles que despiertan la alegría pública, y que quiera Dios no se truequen, como yo temo, en grandes, tristes y crueles desencantos.»³⁸

Tiempo de silencios, que aconseja al Ministro de Marina responder a la pregunta de Viesca sobre los rumores de que la escuadra norteamericana está poniendo sitio a la bahía de Santiago de Cuba:

³⁶ Intervención de Uría (*DSC*, 14 de mayo de 1898).

³⁷ Que no representa, prácticamente, un cambio sustancial.

³⁸ *DSC*, 6 de junio de 1898.

«... El Gobierno se propone, en adelante, no hacer en las Cámaras manifestación verbal de cada una de las noticias que se reciben sobre estos hechos...»³⁹.

Manifestación que anima a Vázquez de Mella a proclamar amenazante:

«... Cuando los parlamentos no exigen responsabilidades a los gobiernos, ni los gobiernos responden ante el parlamento, la nación se levanta contra los gobiernos y los parlamentos.»⁴⁰

Se llega incluso a dar valor de categoría a lo que no pasa de ser mera anécdota como cuando Bores y Romero interpela al Ministro de la Gobernación por un viaje del Ministro de Marina a Cádiz. Ruiz Capdepón justifica el viaje de su colega «por necesidades apremiantísimas de su Departamento», pero Bores y Romero insiste en sus descalificaciones:

«... Lo que sucede es que el Gobierno no tiene pensamiento fijo sobre nada y trata de ganar tiempo, de distraer a la opinión pública... Sabido es que todos los ministros nuevos en cuanto llegan, lo que desean es ir a lucir por ahí la cartera y el uniforme. Todo el mundo está convencido de que este viaje era inútil e innecesario.»⁴¹

Uno de los asuntos del orden del día del 14 de junio se refiere a la reforma del servicio militar que excluía a los soldados de cuota —1.500 pesetas— para convertirlo en obligatorio.

El proyecto del Gobierno va a contar con el apoyo conservador de Silvela.

El 23 de junio en el Congreso sólo tiene voz, y muy entrecortada, por cierto, el Ministro de Gobernación cuando lee a la Cámara el siguiente telegrama:

«Santiago de Cuba. El enemigo ha desembarcado por Punta Berracos, cañoneando simultáneamente la Costa Morro y batería Boca del Puerto. La situación es muy crítica.»⁴²

En los escaños, los que ahora guardan silencio son los diputados... Todo lo más, alguna tos nerviosa...

³⁹ *Ibid.* 8 de junio de 1898.

⁴⁰ *Ibid.* 10 de junio de 1898.

⁴¹ *Ibid.* 10 de junio de 1898.

⁴² *Ibid.* 23 de junio de 1898.

Al día siguiente la *Gaceta* publica un escueto Real Decreto:

«Según el artículo 32 de la Constitución, de acuerdo con el parecer de mi Consejo de Ministros, en nombre de mi augusto hijo el Rey don Alfonso XIII, y como Reina Regente vengo a decretar lo siguiente:
Se suspenden las sesiones de Las Cortes en la presente legislatura.»⁴³

Las vacaciones parlamentarias alejan a la soberanía nacional del drama que se vive en Cuba.

La escuadra española está fondeada en la bahía de Santiago. Fuera, en la embocadura, aguardan en disposición de combate los acorazados norteamericanos.

El capitán general Blanco cablegrafía al almirante Cervera a través del comandante general de la División de Cuba, expresándole su opinión de que la escuadra debería salir cuanto antes pues si se perdía la escuadra sin combatir, el efecto moral sería horrible dentro y fuera de España⁴⁴.

El almirante lleva tiempo advirtiéndole que el enfrentamiento con los buques norteamericanos es un suicidio, dada la infinita distancia que los separa de los nuestros, no sólo por blindaje, sino por capacidad de disparo.

La orden final y definitiva del Gobierno a Cervera no deja lugar a dudas:

«Si se puede aprovechar una ocasión favorable hacerlo, y si no, salir en último extremo, aun cuando sea segura la pérdida de la escuadra.»⁴⁵

El 4 de julio de 1898, desde la cubana playa de Este, Cervera cablegrafía a Blanco:

«En cumplimiento de las órdenes de VE salí ayer mañana con toda la escuadra y después de un combate desigual con tropas más del triple que las mías, toda mi escuadra quedó destruida.»⁴⁶

Los norteamericanos registraron un muerto y dos heridos; los españoles 320 muertos y 150 heridos.

En verdad, la batalla no pudo ser más desigual.

El 17 de julio de 1898 las tropas españolas que ocupan la provincia cubana se rinden a los norteamericanos previa autorización del capitán general Blanco. El suceso tiene una honda repercusión en el Congreso

⁴³ *Gaceta*, 24 de junio de 1898.

⁴⁴ *El Imparcial*, 1 de julio de 1898.

⁴⁵ *Ibidem*, 2 de julio de 1898.

⁴⁶ *Ibid.* 5 de julio de 1898.

de los Diputados —reanudadas las sesiones— el día 5 de setiembre, donde un monárquico conservador, el conde de las Almenas, es el primero en exigir responsabilidades, vaticinando que «muchas cruces bajarán de los pechos y algunos fajines subirán a las gargantas»⁴⁷ frase que pone en guardia a los generales Azcárraga, Primo de Rivera y Weyler hasta el punto de que este último erigiéndose en portavoz de sus compañeros de armas, advierte que «si se ataca el honor del Ejército, los generales sabrán aplicar la justicia por su mano».⁴⁸

Sagasta alicaído, vencido por tanta adversidad trata de apaciguar los ánimos comprometiendo al Gobierno en la defensa de los jefes del Ejército, salvo que pudieran demostrarse responsabilidades irrefutables.

Sin que hayan transcurrido cuarenta y ocho horas, ya están los republicanos Salmerón y Azcárate erosionando el prestigio gubernamental al promover una proposición no de ley por la que el Congreso «declare que el Gobierno pudo evitar la guerra con los Estados Unidos, demostrando una incapacidad para disponer adecuadamente de los medios de defensa, y que asimismo ha violado la Constitución al firmar el protocolo de Washington sin anuencia de las Cortes».⁴⁹

En el calvario que tendrá que soportar el gobierno Sagasta por las responsabilidades que se le van a exigir, sin cesar, hasta febrero de 1899, hay una estación penitencial especialmente dura: la del 12 de setiembre cuyo protagonista inmisericorde es Canalejas que la emprende contra el Ministro de Marina «que difundió notas no suficientemente verificadas y por lo tanto rectificadas posteriormente... que mancilla la dignidad de hombres como Bermejo y Cervera...».

Al Gobierno como órgano colegiado le atribuye «la humillación de una paz *no concertada*, sino impuesta por el enemigo».

Su andanada final no es fácilmente rebatible:

«... Hace tiempo que había un arsenal de datos en la Marina de los EEUU, en la del Reino Unido... —en todas menos en la Marina española— sobre la eficacia de artillería y explosivos que tanto han contribuido a la destrucción de nuestras escuadras... Aún más: en el combate de Santiago de Cuba el desastre se produjo por incendio de unos barcos prácticamente de madera.»⁵⁰

⁴⁷ DSC, 5 de setiembre de 1898.

⁴⁸ *El Liberal*, 6 de setiembre de 1898.

⁴⁹ El protocolo de Washington se había firmado el 12 de agosto de 1898.

No prosperó la moción, de indudable justificación constitucional, al no contar con votos suficientes y Sagasta solicitó a la Presidencia de la Cámara que la cuestión se tratase en sesión secreta (DSC, de 7 de setiembre de 1898).

⁵⁰ DSC, 12 de setiembre de 1898.

Ese mismo día se tramitó una proposición de ley por la que se suprimirán los Ministerios de Ultramar y de Marina así como la Sala de Ultramar del Tribunal de Cuentas, creándose, adjunta a la Presidencia del Consejo de Ministros, una Sección encargada de estudiar las incidencias de ultramar y de reglamentar la situación en que hayan de quedar los generales, jefes y oficiales de la Armada que no sean necesarios para el servicio activo, limitando el número de capitanes generales del Ejército⁵¹.

Dos días después, el proyecto de ley que autoriza al Gobierno para renunciar a los derechos de soberanía y para ceder territorios en las provincias y posesiones de Ultramar, conforme a lo estipulado en los preliminares de paz convenidos con el Gobierno de los Estados Unidos del Norte de América, es presentado a la sanción de la Reina Regente⁵².

Desde aquel 14 de setiembre de 1898 hasta el 20 de febrero de 1899, las sesiones de Cortes fueron suspendidas y las garantías constitucionales, también.

Sagasta aseguraba, de este modo, al partido liberal, dos nóminas del nuevo año, por lo menos...

Atrás quedaba la «década prodigiosa» (1881—1890) de su partido. Ahora sólo le correspondía pagar la factura de haber tenido que ceder a muchas intransigencias del canovismo y a un exceso de ultranacionalismo y ultracolonialismo.

Franciso Silvela, dispuesto a regenerarlo todo, espera su turno...

⁵¹ Presentó esta proposición el diputado conservador Julián Muñoz.

⁵² Suscriben el proyecto el Presidente del Congreso, Marqués de la Vega de Armijo, y los Diputados-Secretarios Lorenzo Alonso Martínez, Valentín Gayarre, Tristán Álvarez de Toledo y el Conde de Toreno. Prestó refrendo el Ministro de Gracia y Justicia, Alejandro Groizard. (*DSC*, 14 de setiembre de 1898).

Estados Unidos exige la renuncia de España a Cuba, la cesión de Puerto Rico y la bahía de Manila. Sagasta dio cuenta a todos los jefes políticos de la exigencia. Todos se declararon favorables a la paz excepto los carlo-integristas y los de Romero Robledo.

El 1 de octubre se abrierán en París las negociaciones. Las Comisiones negociadoras estuvieron presididas por William R. Day y por Eugenio Montero Ríos. No hubo deliberación sino acatamiento a un dictado que no admitía réplica. Por eso Montero Ríos propuso sustituir la palabra Tratado por la de Acta. No lo consiguió. El 10 de diciembre de 1898 se firmó, en París, el Tratado que constaba de diecisiete artículos. Por el primero de ellos «España renunciaba a todo derecho de soberanía y propiedad sobre Cuba»; por el segundo, «España cedía a Estados Unidos, la isla de Puerto Rico y las demás bajo su soberanía en las Indias Occidentales, y la de Guam, en el archipiélago de las Marianas»; por el tercero, «España cedía a Estados Unidos el archipiélago conocido como Islas Filipinas».

LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA POR DEUDAS SOCIALES DEL PARTICULAR (*ex art. 127 de la Ley General de Seguridad Social*)

Adolfo Serrano de Triana

Sumario: 1. Reviviscencia de una doctrina fenecida. 2. La doctrina rigorista de la responsabilidad. 3. Elementos del problema en la Legislación Civil, Laboral y de Seguridad Social. 4. Efectos de la interpretación peyorativa. 5 El dominio predilecto de las Circulares y la visión preconstitucional de la responsabilidad. 6. El agravamiento de la responsabilidad. 7. ¿Son endosables las infracciones a un tercero inocente? 8. ¿Se acomoda la interpretación criticada al principio de la libre empresa y su no obstaculización? 9. Recapitulación y conclusiones.

1. Reviviscencia de una doctrina fenecida

Merece la pena volver sobre un tema que durante tiempo dio largos quebraderos de cabeza a juristas e intérpretes bienintencionados del Derecho. Algunas resoluciones dictadas por los poderes públicos aconsejan volver a reflexionar sobre aquél. Una reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, casi coincidente en el tiempo con una Circular de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, ha rescatado del Arcano una doctrina que bien pudiera formularse así: *cualquier ciudadano español que decide construirse o reparar una casa, para uso personal, tiene una responsabilidad subsidiaria*, en caso de insolvencia de su constructor o de los subcontratistas del constructor o reparador de su vivienda, por el incumplimiento que éstos hagan de las obligaciones que les corresponden en materia de Seguridad Social. Esta responsabilidad podría alcanzarle ya se ejecute la obra en régimen de propiedad por pisos, ya sea de forma individual. Entre las raras resoluciones que admiten esta visión, se cuenta con la Sentencia que impulsa este comentario, acompañada de alguna disposición administrativa, y algunas disposiciones administrativas. En esta Sentencia de 22 de no-

viembre de 1996 del Tribunal citado, en su Sala de lo Social, se resuelve un caso de impugnación de una declaración de responsabilidad subsidiaria recaída sobre una Comunidad de Propietarios en régimen de propiedad horizontal por pisos (supuesto éste normalísimo en la vida patrimonial de los españoles). La comunidad había sido condenada en tal posición subsidiaria, para responder de los actos del subcontratista del contratista que reparaba o hacía diversos trabajos en el inmueble. En síntesis, la reflexión contenida en la Sentencia es que la Comunidad no es un amo de casa individual, y que los elementos comunes del inmueble, sobre los que la Comunidad de Propietarios justifica su existencia, sirven para considerar que no tiene tal condición de «amo de casa»¹. Aquella Circular administrativa, posterior, en una longitud de onda parecida, llega a decir algo todavía más intenso y es que, a efectos de construcción de una vivienda propia, puede decretarse la vía de apremio administrativo contra cualquier persona, sea o no física, siempre y cuando se exija la responsabilidad en concepto de subsidiaria de aquélla.

Recientemente, el RD 1.426/1997, sobre la base de modificar determinados artículos de los Reglamentos de Recaudación y de Cotización de la Seguridad Social, ha tenido ocasión de endurecer una regulación que ha de ser mirada con un creciente temor.

De todo ello resulta que existe una peligrosa variación en la terminología empleada para definir los tipos de imputación de las infracciones en materia de seguridad social, y una contradicción en la designación de los responsables.

Según esta visión, cualquier ciudadano (o por ejemplo, esos jóvenes que encargan una construcción por su cuenta y riesgo a otro particular para hacerse con su propia primera vivienda y evitar los costes de promoción ajena), puede ser condenado a garantizar subsidiariamente los pagos por prestaciones de deudas sociales. Y cualquier Comunidad de Propietarios,

¹ La STSJ Madrid de la Sala de lo Social de 22 de noviembre de 1966, tiene un Fundamento de Derecho Segundo que dice lo siguiente:

«...la Comunidad de Propietarios en régimen de Propiedad Horizontal es una institución bien diferenciada y distinta de la del amo de casa, éste sería cada uno de los comuneros que fuera titular del derecho singular y exclusivo de propiedad sobre el piso integrante de la Comunidad de Propietarios, mas la cotitularidad con el resto de los comuneros de todo aquello del edificio que no se atribuye en singularidad a cada uno de ellos no es componente individualizado del contenido del de propiedad exclusivo y excluyente del piso que pertenece al amo de casa, de ahí que la copropiedad de aquellos elementos en los que se realizaba la obra en la que perdió la vida el trabajador a causa de accidente laboral, no puede amparar la exclusión de responsabilidad establecida para el amo de casa, concepto éste más restringido que proyecta la propiedad sobre el piso que le pertenece en régimen de Propiedad Horizontal, pero no sobre los elementos comunes de la misma...»

construya o repare su casa, puede en cualquier momento ver comprometido su destino económico por los actos de un tercero. Si además la vivienda no es primera, sino segunda residencia habitual, puede plantearse el interrogante añadido de si estaría aludida y cubierta en el giro «reparaciones que puede contratar un amo de casa respecto de su vivienda» ya que en tal caso quedaría exento de responsabilidades el titular de la misma.

La vivísima preocupación que engendra una filosofía semejante, penalizadora de la posición jurídica del individuo, su patrimonio, y el entendimiento de la idea de «inocencia» y de «responsabilidad» que son basamentos de todo el orden jurídico, aconsejan clarificar definitivamente una aventura interpretativa de consecuencias imprevisibles para cualquier ciudadano que, paradójicamente, cumpla con todas sus obligaciones legales.

2. La doctrina rigorista de la responsabilidad

Con la dureza del lenguaje antiguo, decía el Código de Hammurabí que los hijos responden por las faltas de sus padres². Así se facilitaba la conservación de las deudas de generación en generación y la propagación de los estigmas originales. Esta confusión de vínculos puede verse, y ahora en dirección contraria, en el Derecho Romano arcaico, que vino a establecer una doctrina inversa, en lo concerniente a las ofensas inferidas a la «dignitas» o al patrimonio del paterfamilias por las faltas de sus hijos, ya adultos³. Seguramente en la Edad Antigua estaba justificada esta solución por la peculiar solidaridad orgánica de los individuos con los grupos sociales y por la necesidad de asegurar la transmisión de las propiedades o su permanencia en las mismas comunidades, clanes o clases sociales, así como en la obsesión por conservar hereditariamente los signos de identidad de unos pueblos frente a otros. En la Edad Contemporánea, descubierto el valor del individuo y el principio de responsabilidad personal, nuestro Código Civil ha venido a regular algo bien diverso, afortunadamente, es decir, que los empresarios responden respecto de las personas dependientes y por los daños causados, siempre y cuando no emplearan la diligencia de un buen padre de familia para evitarlo; o también se dice que el contratista de una obra es responsable del trabajo

² Cfr. las prótasis § 116 y § 117 del *Código de Hammurabí*, o lo dicho en Ex. 20,5 y la Ley Mosaica, Deut. 5,9, a pesar del principio contrario de la responsabilidad personal contenido también en Deut. 24, 16.

³ Cfr. los Comentarios de Gayo sobre la *Tabula XII*: «...ex maleficio filiorum familias servorumque... noxales acciones proditae sant, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere...»

ejecutado por las personas que ocupe en ella (1.596 CC), pero que el dueño de la obra no responde en tales circunstancias. Este buen sentido de atribuir a cada uno lo propio, pero no las resultas de culpabilidad por los actos ajenos, se impuso en nuestro Legislador en términos generales, que pensó, en su momento, que la responsabilidad se desplazaba a los culpables en el incumplimiento de sus obligaciones, pero que no se desplazaba hacia las personas que las cumplen debidamente.

El legislador posterior al Código Civil, al que le tocó vivir el atormetado cambio de signo político y cultural del siglo xx, ha ido enturbiando poco a poco ese sano principio de responsabilidad propia por los actos propios y ha ido introduciendo en ocasiones derogaciones del mismo, no por obscuras menos efectivas y no por normativas poco justificadas.

3. Elementos del problema en la Legislación Civil, Laboral y de Seguridad Social

Vertido el interrogante a nuestro lenguaje jurídico actual, cualquier lector tiende a pensar que, si él decide algún día construirse su propia vivienda, o la compra en construcción, de forma que va adquiriendo paulatinamente la propiedad de la obra realizada hasta su definitiva entrega, no respondería jamás por las indemnizaciones o prestaciones o responsabilidades que pudieran derivarse en materia de Seguridad Social (v.g. por muerte, incapacidad o accidente laboral), a favor de los trabajadores que contratase su vendedor de la vivienda, o contratista constructor. Se trata, pues, de un planteamiento natural, puesto que natural es que la construcción de la vivienda se realice a través de operaciones empresariales con empleo de mano de obra del ramo de la construcción, sobre la que el ciudadano adquirente no tiene protagonismo ni dirección o conocimiento algunos.

Y este razonamiento de cualquier ciudadano sería, desde luego, equilibrado y sensato. Por un lado, pensaría que él no es responsable de los actos voluntarios o involuntarios de un tercero que no controla, o pensaría que no puede hacer frente a las posibles infracciones de un tercero que es el contratista de la obra o los subcontratistas cuya conducta ignora. Quizá pensaría, si fuera estudiante de Derecho, y creyente en los principios cardinales de la Justicia, que nadie responde de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables, o que el incumplimiento doloso de un empresario constructor por él contratado le exoneraría de responsabilidades no previstas. Si fuera algo más desconfiado, imaginaría que existen contratos de seguros de responsabilidad civil que le cubrirían de cualquier hipotética reclamación, llegado el caso, y si

es que tuviera una especialísima —y rarísima— diligencia en cubrir dichos riesgos, decidiría suscribir un contrato de aseguramiento para la cobertura de tales riesgos, asumiendo el coste correspondiente; más en esto erraría, puesto que los contratos de seguro de responsabilidad civil no incluyen este tipo de riesgos, quizá por suponer que el ordenamiento jurídico no vuelca sobre los ciudadanos tal carga de responsabilidad subsidiaria o solidaria, en materia de seguridad social, por los actos del constructor de su vivienda. Este buen padre o madre de familia, o ciudadano, con ansias de tener o reparar su propia vivienda (ansias muy extendidas en la población), sin saberlo, estaría en el tenor de lo que dice el viejo Código Civil, viejo, pero vigente, que, en su artículo 1.597, exonera de todo tipo de responsabilidad a cualquier dueño de la obra por los actos de un contratista con sus empleados⁴. No se equivocaría además este ciudadano dueño de su casa, puesto, que, sin saberlo, el artículo 42 del vigente Estatuto de los Trabajadores, traslada las responsabilidades por infracción en materia de la seguridad social a los empresarios principales y subcontratistas, y excluye expresamente de tales responsabilidades a las actividades de construcción o reparación propias de un cabeza de familia; tal exclusión la establece el Estatuto con toda justicia, aunque extienda las responsabilidades solidarias a los empresarios que, entre sí, se concatenan en la misma actividad constructiva, presuponiendo quizá que en el ciclo económico de la operación empresarial de la misma índole de actividad puede imponerse la carga de una mutua vigilancia social⁵.

⁴ El artículo 1.597 dice literalmente lo siguiente: «Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella *sino hasta la cantidad* que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación».

⁵ El artículo 42 ET, citado en la versión del RD Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, estableció en su momento: «Responsabilidad empresarial en caso de subcontrato de obras y servicios: —1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.—2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo.

No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial».

No es difícil suponer que el legislador ha querido evitar la gravísima lesión y la indefensión total con la que se encontraría cualquier ciudadano, sin saberlo, por venir obligado, en el caso contrario, a responder por los actos de un tercero incumplidor. La indefensión se explicaría porque un ciudadano constructor o reparador de su casa no tiene instrumentos de control técnico de la actividad constructiva o la propia de la empresa reparadora. Menos tiene el control de la actividad gestora en materia de las cotizaciones y prestaciones de la Seguridad Social que pueda o deba hacer dicha empresa contratada o subcontratada, y menos aún tiene la competencia delegable de la vigilancia y represión de sus infracciones, ya que tal competencia corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. El Estatuto de los Trabajadores impone, sin embargo, esta carga a los empresarios que contratan entre sí, y siempre que sean de la misma actividad, pero no a los ciudadanos individualmente considerados; bien es cierto que aunque tal carga se imponga a los empresarios, no por eso deja de ser una lacra onerosísima impuesta por una legislación laboral, con difícil justificación, según los principios constitucionales más elementales, y los derivados del derecho clásico de la responsabilidad por los actos propios.

El Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 42, dulcifica la traslación de los efectos de la responsabilidad, posibilitando que los empresarios contratantes o los subcontratantes se liberen sin más que pedir una certificación a la Tesorería General de la Seguridad Social. (Después veremos que esta certificación no puede pedirla un ciudadano o particular, en hipótesis, aunque contrate dicha construcción de la vivienda.) Quizá porque supone este artículo 42, como suponen las compañías aseguradoras en la práctica diaria, que ningún ciudadano particular puede encontrarse forzado a soportar este tipo de responsabilidades solidarias por los actos de un tercero.

Estremece pensar que la Ley General de la Seguridad Social contiene actualmente un precepto que puede ser interpretado, en ocasiones, de forma tan insoportable, que hace del ciudadano particular una víctima y responsable subsidiario por las negligencias, incumplimientos, o por las infracciones que en materia de altas y cotizaciones de los trabajadores o empleados a su servicio pueda cometer el contratista o la cadena de subcontratistas que realiza la obra por cuenta del dueño de la misma. Y en realidad, el artículo 127 de la LGSS está redactado de tal modo que no es precisamente un modelo de precisión y claridad; aunque también sabemos que, con cordura y amplitud en la interpretación, la obscuridad de los preceptos debe solventarse resolviendo los preceptos oscuros por los claros, conforme al sentido actual del ordenamiento general y constitucional vigente, y en los términos más favorables posibles para el ciudadano.

Efectivamente, la obscuridad del artículo 127 LGSS reside en que, de las responsabilidades subsidiarias, sólo se libra el «amo de casa» cuando se llama a un contratista para que haga «reparaciones» en su vivienda, pero no cuando la «construya» (sin que pueda elucidarse la lógica o el fundamento de tal exclusión), es decir, que «no habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto a su vivienda...», dice tal artículo 127 —que ha ido sobreviviendo penosamente en los sucesivos cambios legislativos, quizá pasando inadvertido por esa propia denunciada obscuridad—⁶. De este modo se ha podido interpretar, en aisladas ocasiones, afortunadamente, y hasta ahora, con voces solitarias, que la responsabilidad alcanza a «cualquier persona» que intenta construirse su vivienda (gran delito, por cierto), pero que esta responsabilidad no la alcanza si la «repara» simplemente (cosa chocante ésta que se sancione la construcción, pero no la reparación de la construcción). Entonces, y si tal responsabilidad le alcanza ¿puede zafarse de algún modo este «amo de casa» de esta responsabilidad subsidiaria por una infracción que no comete? De ninguna manera, según tales interpretaciones leoninas, puesto que el Estatuto de los Trabajadores no admite expresamente que tal amo de casa o cabeza de familia pueda pedir una certificación de exoneración, ya que no responde «solidariamente» con el empresario infractor. Y dado que ahora estamos ante un responsable subsidiario, pero no solidario, no existe conducta alguna, por diligente que sea, que pueda desplazar la responsabilidad subsidiaria al infractor, que es quien comete la falta o el delito, relativa al aseguramiento o cotización. Es más, el Reglamento de Recaudación en materia de Seguridad Social, RD 1.637/1995, sólo admitió que el solicitante quedase exonerado de la «responsabilidad solidaria» a la que se refiere aquel Estatuto, cuando solicitara la certificación liberadora, y sólo autorizó a los empresarios a solicitarlos unos de otros, pero no a

⁶ Dice el artículo 127 LGSS en la versión del RD Legislativo 1/1994 de 20 de junio (anterior, pues al artículo 42 de la LET): «—1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, para las contratas y subcontratos de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el artículo anterior, si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente.

No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto a su vivienda...»

los «amos de casa» respecto de su contratista constructor⁷. La posterior redacción contenida en el RD 1.426/1997 no ha mejorado las cosas, ya que ahora, con la misma injusta inspiración, se repite la terminología endureciéndola un poco más...⁸. El apartado 1 del artículo 12

⁷ Ha de notarse que el artículo 10 del RGR SS sigue diciendo sobre los responsables solidarios que la certificación ha de pedirla, efectivamente «el empresario». Así se dice:

«... 3. En caso de subcontrato de obras o servicios, el empresario principal y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente del pago de las deudas con la Seguridad Social, además de las de naturaleza salarial, contraídas por los subcontratistas respecto de sus trabajadores durante el periodo de vigencia de la contrata o subcontrato, con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo:

a) No habrá lugar a esta responsabilidad solidaria por los actos de los contratistas cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial.

b) Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos podrán recabar de la Tesorería General de la Seguridad Social, respecto de estos últimos y con identificación de la explotación, industria o negocio afectado, *certificación negativa o positiva por descubiertos* con la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar dicha certificación en el término de treinta días improrrogables. Si se extendiera certificación negativa o transcurriese el indicado plazo sin haberse expedido la misma, el empresario solicitante quedará exonerado de la responsabilidad solidaria a que se refiere el apartado 2 del artículo 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores... 6. La responsabilidad solidaria alcanzará tanto a la deuda como, en su caso, a los recargos, intereses y a las costas del procedimiento de apremio impagados, con aplicación de los límites que para las garantías solidarias prestadas resulten de su constitución...»

⁸ El citado RD 1.426/1997 modifica varios preceptos reglamentarios, respetando la integridad de los Reglamentos anteriores, y entre ellos del RGR SS. Así introduce en su artículo 1.º la modificación del apartado 1 del artículo 12, artículos 54, 55, 56, 57, 58, apartados 1 y 2 del artículo 89, apartado 1 del artículo 90, apartado 1 del artículo 92, artículo 116, apartado 3 del artículo 131, apartados 2.c) y f) del artículo 147, apartados 2 a 8 del artículo 148, apartados 3, 4 y 5 del artículo 149, apartados 2.a) y 4 del artículo 151 y apartado 1 del artículo 190 del Reglamento General de Recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1.637/1995, de 6 de octubre. La justificación que se contiene en su Preámbulo es que «... con posterioridad a la aprobación del indicado Reglamento General de Recaudación se han producido novedades normativas con rango de Ley que afectan directamente a determinados aspectos de la regulación contenida en el mismo y que implican por ello la necesidad de su modificación, como las introducidas por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Así, su artículo 76 autoriza al Gobierno para establecer un procedimiento de deducción de deudas del sector público con la Seguridad Social, ampliando en ese sentido su ámbito de aplicación respecto del que fuera determinado por la disposición final segunda de la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, además de imponer el trámite de audiencia en el procedimiento a seguir, así como la fecha de efectos a la resolución en que se acuerde la retención que, en ningún caso, podrán ser anteriores a los tres meses siguientes a la notificación de dicha resolución...». Y se sigue diciendo que «...la experiencia en la aplicación práctica de dicho Reglamento General de Recaudación determina la conveniencia de modi-

del reformado Reglamento de Recaudación queda redactado ahora en los términos siguientes:

«1. Para las contrata o subcontratas de obras y servicios, el propietario de la obra o de la industria contratada, por los incumplimientos con la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la contrata o subcontrata, responderá de la obligación de cotizar respecto de los trabajadores por cuenta ajena, así como del pago de prestaciones cuando el empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, de las mismas a tenor de lo previsto en los artículos 104.1 y 127.1 de la Ley General de la Seguridad Social, siempre que dicho empresario fuese declarado insolvente.

No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un cabeza de familia respecto a su vivienda.

Lo previsto en este apartado se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el apartado 3 del artículo 10 de este Reglamento...»

La variación con la redacción anterior reside en que el derogado precepto reglamentario recaudatorio, el artículo 12 del RD 1.637/1995, introducía la importante matización de que tales contrata y subcontratas de obras y servicios habían de referirse a la propia actividad del empresario contratante, puesto que así se entendió el alcance del actual artículo 127 de la LGSS. Ahora se suprime, pues, esta interpretación, ampliando el círculo de personas responsables al abrir el círculo de actividades ejercidas por el empresario o contratista principal que son base o causa para declarar la responsabilidad de abono de cotizaciones y prestaciones.

Es de notar, no obstante, que el actual artículo 127 de la LGSS no habla de cotizaciones y prestaciones, sino de «obligaciones» del empresario infractor o del subcontratista respecto de la prestación, y que no excluye al «cabeza de familia» sino al «amo de casa» respecto de las reparaciones

ficar también algunos de sus preceptos, en orden a una progresiva y sistemática mejora de la gestión recaudatoria en el ámbito de la Seguridad Social, fundamentalmente en lo que respecta al procedimiento administrativo de recaudación en vía ejecutiva y en materias tales como la manifestación de bienes por parte del deudor, la obtención de información para los embargos y el desarrollo de las subastas de los bienes embargados en dicho procedimiento. Asimismo, el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, de 22 de diciembre de 1995, que desarrolla por vez primera, a nivel reglamentario y de forma unitaria, las previsiones sobre la materia contenidas en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994, se ha visto afectado tras su aprobación por otras innovaciones normativas con rango de Ley que determinan la necesidad de modificar ciertos preceptos del mismo.

que pudieran efectuarse en su vivienda. Esto se ve claramente con la transcripción del precepto que ya ha sido efectuada antes.

Una primera conclusión clara es que las disposiciones legales emplean alternativamente los términos «cabeza de familia» y «amo de casa» de forma indistinta, siendo, como son, conceptos diferentes, cualidades subjetivas que, añadidas al concepto «dueño o propietario de la obra» determinan la exclusión de responsabilidad en los casos vistos. Y a esta confusión se añade otra, y es que en otros sectores de la legislación social ha de añadirse además el término de «promotor» de una vivienda, para determinar el ámbito de la responsabilidad individual y particular del adquirente de su vivienda propia. Así, vemos que, en materia de prevención de riesgos laborales, el *Real Decreto 1.627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción* entiende como *promotor* y como *obra* personas y actividades que se insertan en el concepto de actividad privada, pues dice en su artículo 2.º que

«1. A efectos del presente Real Decreto, se entenderá por: a) Obra de construcción u obra: cualquier obra, pública o privada, en la que se efectúen trabajos de construcción o ingeniería civil cuya relación *no exhaustiva* figura en el anexo 1... y c) Promotor: cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice una obra...»

Y por esa misma razón, y ahora sí, la citada norma hace una salvedad bien expresiva de la exoneración de responsabilidad en el mismo artículo...

«2. El contratista y el subcontratista a los que se refiere el presente Real Decreto tendrán la consideración de empresario a los efectos previstos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

3. Cuando el promotor contrate directamente trabajadores autónomos para la realización de la obra o de determinados trabajos de la misma, tendrá la consideración de contratista respecto de aquéllos a efectos de lo dispuesto en el presente Real Decreto.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a *la construcción o reparación* que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda...»

4. Efectos de la interpretación peyorativa

La consecuencia de lo que exponemos es terrible, pero pudiera estimarse admisible: *No existe medio jurídico alguno para que, en el ámbito estricto de la responsabilidad contraída por un contratista constructor*

de una vivienda, en el ámbito estricto de sus obligaciones con la Seguridad Social, pueda solicitarse tal certificado exonerador, si la responsabilidad de la que se trata es la subsidiaria, y el solicitante es un particular al que le alcanza la responsabilidad subsidiaria, pero no un empresario. Vano empeño si se intentara tal certificación al margen de este circuito de petición a la Tesorería General, puesto que el artículo 36 de la LGSS establece un riguroso ámbito de protección del derecho a la intimidad de los datos informáticos en materia de Seguridad Social, sólo disculpable por motivos recaudatorios o tributarios. Por otro lado, la petición espontánea de dicha certificación por un particular (a quien recomiendo encarecidamente hacerlo), si es contestada por la Tesorería de la Seguridad Social, puede hacer suponer que el solicitante se sitúa en el supuesto de hecho de un empresario contratante principal, o de un particular que no entiende claramente su posición subjetiva como una posición enteramente privada y de eficacia absolutamente personal. Aunque, desde luego, en tales casos debe entenderse siempre como un reforzamiento «ad cautelam» que se hace de la posición privada, ante la amenaza remota, pero real, de la traslación de responsabilidades de modo indebido por los operadores administrativos. Tendríamos, pues, que quien es, estrictamente, empresario, y respecto de la subcontrata de su mismo sector de actividad, puede liberarse de la responsabilidad solidaria con la solicitud de tal certificación, y su emisión, o con la falta de la emisión de la misma certificación en treinta días naturales desde que se solicitó. Desde luego, no podría eximirse el particular que contrata a este empresario en términos estrictos, si se toman literalmente las absurdas disposiciones legales... Más hiere aún la sensibilidad jurídica considerar que la Administración Pública, creadora de los Reglamentos recaudatorios, durante mucho tiempo ha sabido zafarse de esta responsabilidad subsidiaria que le correspondería como «dueño de las obras» públicas que realizara por su contratación administrativa, con base en el artículo 115 de la derogada Ley de Contratos del Estado, en virtud de la fianza impuesta al contratista adjudicatario de las obras. Hoy exige el artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de modo general, al contratista estar al corriente de las obligaciones para con la Seguridad Social, por lo que, a tal fin, él mismo solicita la certificación necesaria al respecto (art. 8 del RD 390/1996). En este esquema vemos que la todopoderosa Administración Pública no acepta soportar una responsabilidad subsidiaria que, en cambio, sí parece aceptable desplazar al cabeza de familia y a su patrimonio, sin que se admita en la práctica ningún medio posible de fianza o caución en favor de éste.

Esta solución interpretativa, por la que se traslada sobre el particular, como individuo aislado, el peso patrimonial de las infracciones de

un tercero, es ciertamente desproporcionada de todo punto, pero puede ser defendible por alguna Autoridad, Tribunal o funcionario celoso en exceso en la aplicación literal de los preceptos reglamentarios como se ve ocasionalmente.

5. El dominio predilecto de las Circulares y la visión preconstitucional de la responsabilidad

La Seguridad Social ha pasado a ser considerada, desdichadamente, como un área donde cualquier Circular encuentra el campo propicio para decir todo aquello que el Legislativo o el Ejecutivo no se atrevió a decir, no quiso, o renunció a regular. El Informe del Defensor del Pueblo correspondiente al año 1988, diez años después de comenzar la vigencia constitucional, se lamentaba fuertemente al respecto⁹. Lo que no sabíamos es que el ámbito de Trabajo y Seguridad Social fuera también el ambiente propicio donde los textos normativos de rango superior son descabalgados del grado jerárquico que les corresponde, con exhortos de incumplimiento librados por las Autoridades superiores a las inferiores. Eso lo vemos, por ejemplo, en la *Circular 5-005/1997 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, ya aludida, y de la que luego se transcriben expresiones literales, que no tuvo en cuenta muchas objeciones fundadísimas que son de mantener en absolución de las cargas vertidas sobre el dueño de la vivienda.

Efectivamente, la interpretación «jurídica» vertida entonces en esa Circular no tuvo en cuenta el contexto al que se refería el artículo 127 LGSS (actividad entre empresarios o asimilados por razón de una función material empresarial o mercantil, implicados por razón del giro o tráfico en la misma actividad sustancial constructiva). Este contexto arranca de la viejísima legislación de Accidentes de Trabajo, obsesionada, hasta el paternalismo más absoluto, con la exacerbación de la idea de la garantía *para* el obrero (*sin* el obrero, por cierto, dado el momento histórico en el que se aprobó) y sin perjuicio de que tal obsesión, compensadora de tantas carencias en el ámbito de las libertades (sindicales, entre ellas), acogiera otros valores positivos de protección efectiva de los trabajadores. Visión ciertamente preconstitucional no sólo en cuanto al tiempo, sino en cuanto a los valores que la fundamentaron.

⁹ Cfr. el Informe, cit. publicado por el Congreso de los diputados, Madrid 1986, o el correspondiente al año 1988.

No obstante tal condición, allí no se hablaba de «amo de la casa» sino de «propietario de la obra o industria» y de la responsabilidad subsidiaria del que la contrata, pensando, con toda probabilidad, en que el propietario es a la vez patrono o empresario, es decir, que el empresario, según produce la obra, se va adueñando de ella, hasta su definitiva entrega al que realizó el encargo. Aún así, ya se dijo por la STS de 15 de marzo de 1966, con buen criterio, *que no podía entenderse existente tal responsabilidad del dueño de la obra si el seguro no podía estimarse válido por causas ajenas a su voluntad, matización ésta trascendental*, para dar cabida a la doctrina de la culpabilidad y a la suavización de la ciega y despótica imputación de la responsabilidad objetiva. La STS Contencioso-administrativa de 24 de enero de 1994 ha vinculado claramente este principio de culpabilidad con el de la presunción de inocencia, precisamente, en materia de sanciones por infracción de normas laborales y de seguridad social, entendiendo que esta presunción no sólo cubre los hechos, sino también la culpabilidad en su comisión, y la de 16 de febrero de 1990 ya advirtió lo mal que se compadece la idea de solidaridad con la de sanción, con cita de la regulación «plena» del, entonces vigente, artículo 42 LET¹⁰.

¹⁰ Así se ha dicho (p: Conde Martín de Hijas, V.) con cita de la STC 76/1990 sobre la certeza de los hechos y de la culpabilidad:

«No se trata, así, como sostiene la sentencia apelada, de un problema de valoración de prueba, ajeno a la presunción de inocencia, sino de una total falta de prueba del elemento culpa, que era el cuestionado, y del que desde el principio se desentendió la Administración, dándolo por sentado, cuando en las especiales circunstancias de los hechos, que quedaron relatadas, dicho elemento era problemático. A mayor abundamiento la presunción de inocencia no desvirtuada por la Administración está avalada, por una prueba de la inocencia, en el sentido de la falta de culpa, pues la buena fe de la parte está acreditada, al haber sido inducida a realizar la conducta por la que ha sido sancionada por un informe erróneo de la propia Administración, según se dejó sentado. La eficacia del error, como elemento de exclusión de la culpa está reconocida en la propia sentencia constitucional de tan reiterada cita (F. de D. 4.º C), y en reiteradas sentencias de este Tribunal Supremo, de las que son exponente las de 13 de octubre de 1989 (Sala 3.ª Sección 3.ª), 5 de febrero de 1992 (Sala 3.ª Sección 5.ª) y 8 de marzo de 1993 (Sala 3.ª Sección 7.ª)».

Y la otra importante STS de 16 de febrero de 1990 del mismo ponente dice:

«En todo caso la idea solidaria resulta difícilmente conciliable con el sentido propio de un régimen sancionador, en el que lo lógico es que el Estado sancionador imponga la sanción a todos y cada uno de los sancionados, y no a cualquiera de ellos (lógicamente al más solvente si llegara a primar una concepción recaudatoria), a reserva de que luego en el ámbito de sus relaciones internas se aplique entre ellos el resarcimiento propio de la mancomunidad. La solidaridad tiene sentido aplicada a la responsabilidad civil (vid. art. 107 del Código Penal), y en relación con ella a las posibles prestaciones en favor de los trabajadores devenidas del evento en que se haya producido la infracción de medidas de seguridad; mas no en relación con la sanción misma...».

Aún considerando, pues, que el dueño de la obra fuera el «amo de casa» en tal contexto histórico normativo que estamos examinando, la no culpabilidad del mismo lo eximía del desplazamiento de la responsabilidad. Esta línea jurisprudencial debe entenderse reforzada hoy por la doctrina del Tribunal Constitucional en materia tributaria que estableció que la responsabilidad establecida gira en torno *al principio de culpabilidad*¹¹, y no se define como responsabilidad *objetiva o de resultado*; sin embargo, como aquella interpretación monstruosa, decimos —afortunadamente ausente de la jurisprudencia dominante de los últimos años—, ha cobrado vida de nuevo¹², conviene añadir algo más sobre las aventuras interpretativas de las disposiciones reglamentarias.

Volviendo al problema planteado por esta Circular (u otras análogas) y, conforme al ordenamiento administrativo vigente, las Circulares que contienen una cierta interpretación del ordenamiento jurídico han de ser publicadas para sus efectos jurídicos (arts. 21, 52, y 61 de la LAP 30/1992). Si ello es así ¿qué habrá de decirse de una Circular que invitaba a implicar un Real Decreto no declarado hasta el momento ilegal, y que sentaba una interpretación más sensata de semejante artículo 127 de la LGSS? ¿Qué puede decirse de una circular que criminaliza potencialmente a cualquier familia que decide construir una vivienda? Mas

¹¹ Como ha dicho la STC 76/1990 al analizar la responsabilidad solidaria, y dar cabida, como causa de exención al «error de derecho», «no existe un régimen de responsabilidad objetiva en materia de infracciones tributarias y... sigue rigiendo el principio de culpabilidad, ...principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente...; precisamente porque la ley vincula esta responsabilidad a una previa conducta culpable, es evidente que el error de Derecho —singularmente el error invencible— podrá producir los efectos de exención o atenuación que le son propios en un sistema de responsabilidad subjetiva...».

¹² Cfr. la STS 3.^a Contencioso Administrativa de 18-12-1991 que declara la responsabilidad subsidiaria de una Cooperativa de Viviendas, por impago de cuotas del contratista, previo establecimiento del carácter «empresarial» de la Cooperativa. El razonamiento es que las «personas físicas» constructoras de viviendas para sí son distintas, en cuanto a la imputación de efectos, de las personas jurídicas. Estas tienen «entidad suficiente en Derecho para erigirlas» en centros de imputación de la actividad correspondiente. La trascendental STS de 2 de julio de 1983 de lo SOCIAL, con base en la aceptación de que el dueño de la obra, empresario, no era demandado, excluyó la responsabilidad subsidiaria del contratista o empresario principal fundamentándolo en la ignorancia de las subcontratas y en el origen civil (arts. 1.596 y 1.597 CC) de los pactos de los trabajos de construcción. Esta misma Sentencia recuerda que las dictadas por el Tribunal Central de Trabajo, con un sentido contrario, no tienen carácter de jurisprudencia a efectos del recurso de casación. La STS de 9-3-1981 (SOCIAL), citaba ya la vieja Reglamentación de Accidentes de Trabajo, y la doctrina de la STS Sala 1.^a de 25 de octubre de 1927, pero entendiendo que el propietario de la obra «o industrial» podía responder subsidiariamente en calidad de *Sociedad Anónima*, como responsable en concepto de «dueño de la obra».

pensaremos que poco importa una circular ilegal, si los jueces pueden desoírla; desgraciadamente, en el ámbito de la Seguridad Social, como en el de la Hacienda pública, tienen gran trascendencia práctica tales Circulares, ya que, por el juego conjunto del adelanto automático de las prestaciones a los trabajadores siniestrados, y por el juego del apremio administrativo automático sobre los bienes del sujeto responsable, una Circular puede llevar a la ruina inmediata patrimonios enteros de una universalidad de ciudadanos, según la aplicación del también inaceptable principio «solve et repete», paga, y después reclama; y todo, por medio de un simple acto administrativo declarativo de derivación de responsabilidad. Recuértese que los actos liquidatorios de las deudas sociales gozan de la «presunción de legalidad», como menciona el artículo 5 del RD 2.064/1995 Reglamento General de Cotización y Liquidación —diciendo, a pesar del contexto muy distinto del derecho democrático, algo que la legislación preconstitucional no se atrevió a elevar a principio de comportamiento en materia del cálculo de las cotizaciones—. Y ha de notarse el peligro patrimonial que planea sobre cualquier ciudadano en estas circunstancias, si la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o la Tesorería General deciden actuar al respecto; puesto que el «acto de derivación de responsabilidad» por causa del empresario declarado insolvente se comunica directamente al subsidiario responsable para el correspondiente pago en periodo voluntario (art. 12 del Reglamento de Recaudación 1.637/1995). De ahí la importancia de tal Circular, o de cualquier otra con parecidas intenciones.

Resulta, además, chocante que la Circular de la Dirección General de Ordenación comentada venga a contradecirse nuevamente en sí misma al interpretar el Reglamento de Recaudación aludido. Por un lado, dice que conviene aclarar que la expresión «propietario de la obra o industria», que recoge el artículo 12.1 del RD 1.637/1995 de Recaudación, tomándola del artículo 127 de la LGSS, debe interpretarse como sinónimo de «comitente» o «empresario principal» que contrata con otro «contratante o empresario secundario» la realización de las obras o servicios (aunque no correspondan a su propia actividad...), el cual, a su vez, puede celebrar con un tercero una «subcontrata» de esas mismas obras o servicios. Es decir —sigue el autor de la Circular—, a efectos de responsabilidad subsidiaria, la figura del «propietario de la obra o industria coincide con la del empresario principal entendida en los términos expresados». Con esto queda excluido, entendemos nosotros, todo aquel «cabeza de familia» constructor de su propia vivienda, por tal responsabilidad subsidiaria, ya que siempre habrá de verse en el propietario de la obra o industria contratada al empresario principal que actúa como tal, intentando construirse una vivienda propia. Mas por

otro lado, la Circular concluye estableciendo una condena generalizada para todos los españoles que acometan la peligrosa aventura de construirse una vivienda, sin que pueda saberse por qué: *toda persona que contrate con un empresario la realización de obras o servicios correspondan o no a una actividad empresarial o a su propia actividad, responderá subsidiariamente del pago total o parcial de prestaciones y cuotas de Seguridad Social cuando, a su vez, se haya declarado responsable a su contratista o al subcontratista de éste y en la medida que tal responsabilidad derive de incumplimientos con la Seguridad Social producidos durante el periodo de vigencia de la contrata. Esta responsabilidad* —sigue precisando la Circular— *será exigible en tanto no prescriba la respectiva obligación.* Y termina diciendo en un circuito de razonamientos perfectamente recurrentes, después de tres densas páginas, que «En ningún caso es exigible responsabilidad *solidaria* cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto a su vivienda. Asimismo, no es exigible responsabilidad *subsidiaria* por los actos del propietario de la obra o industria cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a las *reparaciones* que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda».

Es decir, termina tal Circular en el punto inicial donde había intentando interpretar el artículo 127 de la LGSS. ¿Cuál es, pues, la intención confesada de tal Circular? Reparar la merma de las «garantías», se dice, infligida a los trabajadores por el Reglamento General de Recaudación citado, puesto que el artículo 12.1 de tal disposición reglamentaria impide «*declarar responsables en el pago de cuotas y en el de prestaciones, ante la insolvencia de sus empleados, al propietario de la obra o industria si la contrata o subcontrata no desarrolla la propia actividad del mismo...*», así que, nótese la soberbia expresión,

«... esta Dirección General entiende que la responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra o industria, regulada en los artículos 127.1 y 194.1 de la LGSS, no requiere que existan contratas o subcontratos correspondientes a la propia actividad del contratante, *por lo que no debe aplicarse el Reglamento General de Recaudación* (¡sic!) en este punto, debiendo entenderse que ello afecta tanto a la obligación de cotizar como a la del pago de prestaciones, pues el sujeto responsable es el mismo y son exigibles a las mismas condiciones para los dos tipos de obligaciones...».

El exhorto no merece más comentarios, salvo el de constatar su nulidad radical; mas el final del proceso de la Circular no ha sido éste, es decir, un fracaso interpretativo. La solución ha consistido no en

persistir en la inaplicación del Reglamento de Recaudación en su versión anterior, sino en suprimir en la versión nueva la limitación de las contratas o subcontratas referidas a la propia actividad del contratante. Así la Circular podrá verse impostada en el ordenamiento jurídico. Esta es la solución vertida en la nueva modificación del RGR, antes transcrita.

Nada hay como convertir una ilegalidad manifiesta en una legalidad escrita, y elevarla de rango.

6. El agravamiento de la responsabilidad

Toda esta espesa maraña de hilos interpretativos que comentamos es onerosísima y propugnadora, en la práctica, de una responsabilidad objetiva absoluta en contra del ciudadano aisladamente considerado; y volcada en favor de la recaudación de cotizaciones y la recuperación de prestaciones sociales (gravámenes que ni siquiera en el ámbito de la responsabilidad de las Administraciones Públicas se admiten sin matizaciones, conforme al actual artículo 139 de la Ley estatal 30/1992 de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Poco importa, en este efecto gravosísimo, y para justificarlo, que se acuda a locuciones equivalentes como las del «...alcance subsidiario (que) deriva ex lege...», de tal tipo de responsabilidad subsidiaria (utilizada por la STSJ Madrid, citada), porque, en definitiva, lo que se viene a negar con tales expresiones es la aplicación de otros preceptos legales que dan fuerza a los pactos privados de matización o elusión de responsabilidades de derecho público, o a otros preceptos o principios fundamentales del Derecho que están sosteniendo los propios preceptos de responsabilidad de la legislación social. Es decir, se aplican aparentemente unos preceptos beneficiosos con la recaudación, pero se desatienden otros más fundamentales que los de la recaudación a toda costa. Con una tal doctrina, extensiva y gravosa, que invalidamos contundentemente, no se tiene en cuenta, además, el desplazamiento masivo de la conducta infractora, que se traslada a cualquier ciudadano español, que cumple con sus obligaciones cuando exige (si es que lo exige, y se le admite), que sean asumidas las altas y cotizaciones debidamente por el empresario contratado para la obra de su vivienda; tampoco se tiene en cuenta que la persona dueña de la vivienda encargada es, normalmente, ignorante de la fechoría de su ejecutor de la obra o contratista, y carece de medios o recursos legales para establecer una vigilancia de forma continua, y exacta, ya que, a más de no gozar de la

organización propia de cualquier empresa, la competencia de control reside en los órganos de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, y de la Tesorería General como queda dicho, no existiendo en nuestro ordenamiento, hasta el momento, la figura de los Inquisidores Privados de Seguridad Social o de los «amos» domésticos, o «cabezas» de familia policiales, en misiones de control de la vida laboral de los trabajadores empleados en la construcción de la vivienda. No se tiene en cuenta, con tal interpretación disparatada, que la lesión patrimonial masiva que se desplaza sobre los bienes de los ciudadanos individuales tiene carácter indiscriminado y universal, y que no guarda los requisitos de justificación en la ley, tipificación exacta y existencia individualizada de la negligencia o dolo, que es exigible, en general, de cualquier comportamiento infractor, y de la doctrina del derecho sancionador.

7. ¿Son endosables las infracciones a un tercero inocente?

Hablamos, en estos supuestos, de una infracción sistemática de las normas sociales cometidas por el comportamiento de un contratista o de unos subcontratistas, y no de otra cosa. No basta un juego de palabras para alterar la sustancia de los conceptos jurídicos. No basta decir que las multas por infracciones de la legislación social de la legislación de seguridad e higiene o los recargos, tienen carácter sancionador, y que, con tal carácter, son inimputables al dueño de la obra, amo de la casa o propietario de la Vivienda; pero que las cotizaciones, los capitales a constituir para responder de las pensiones correspondientes y las prestaciones de asistencia sanitaria, en su caso, son realmente imputables puesto que *no son sanciones*. Ya se ha dicho en otra ocasión que la sobrecarga de las multas o el desplazamiento de la responsabilidad en las prestaciones no descalifica a un mecanismo (el de desplazamiento de responsabilidad) como sanción, mientras que mantiene el otro (multas o recargos) con tal carácter, sino que estamos ante una acumulación sancionadora, ante un mecanismo de doble responsabilización o de doble sanción (o «triple» según otros)¹³. Substancialmente se quebranta en tales casos, debajo del velo de las palabras, el principio de presunción de inocencia por los actos, ya no personales, sino imputados a un

¹³ Cfr. SERRANO DE TRIANA, Adolfo, en el comentario a la STS 4.ª de 1-VI-1979 sobre la «Interpretación más favorable al administrado en materia de protección familiar», en JS, 1980, en relación con la responsabilidad regulada en los artículos 92 a 97 de la LGSS de 1966 y la observación hecha por ALONSO OLEA, M., sobre el alcance de tal «responsabilidad» en su libro. *Instituciones de Seguridad Social*. Civitas, Madrid 1985... pp. 358 y ss.

individuo por obra de un tercero¹⁴; se infringe el deber necesario de la tipificación de la obligación de prevenir los actos de un tercero, y se infringe flagrantemente el principio de proporcionalidad entre el hecho que se imputa al «amo» de casa, o «cabeza» de familia, con la consecuencia del despojo masivo de su patrimonio, por actos ignorados al tiempo de cometerse las infracciones ajenas. Es decir, con tales interpretaciones judiciales (afortunadamente aisladas) y administrativas, acaece *una infracción en cascada, por los poderes públicos, de todos los principios fundamentales del derecho sancionador*, entendidos en el sentido del «nuevo» tiempo constitucional, respecto de los cuales las normas administrativas generales establecen unos criterios de ineludible observancia en favor de la seguridad jurídica¹⁵. Evidentemente, en otro contexto normativo preconstitucional, presidido por las «Leyes Fundamentales» españolas, o sin ellas, o en tiempos del viejo Derecho romano, bastaría con una norma escrita, o una costumbre, respectivamente, que endosara todo tipo de gravámenes a un inocente para admitir el endoso de culpabilidad. No así, creemos, en nuestro tiempo democrático y constitucional.

8. ¿Se acomoda la interpretación criticada al principio de la libre empresa y su no obstaculización?

Tampoco considera esta interpretación agravadora precipitada que, de ser conocido por el común de la ciudadanía este intento de responsabilización, repercutiría muy negativamente, en orden a la inhibición de la contratación constructiva de la pequeña y mediana empresa, que es normalmente la que se ajusta a obra cierta y precio alzado para la construcción de la vivienda propia con los particulares (ya que estamos, por hipótesis, fuera del ámbito de la construcción comercial masiva de viviendas). Normalmente se acudiría antes, en la contratación particular de la vivienda unifamiliar, en su construcción o reparación, a un

¹⁴ Por cierto que una deformación interpretativa acostumbrada a trabajar con el carácter «dispositivo» del contrato laboral podría hacer pensar que, en tal ámbito, no juega el principio de presunción de inocencia. Pero como, es evidente, no estamos hablando del ámbito del contrato laboral, sino del ámbito de las cotizaciones y de las prestaciones de la Seguridad Social. Ya dijo clarísimamente la STC 30/1992 que en el ámbito del derecho administrativo sancionador o derecho penal administrativo, el «ius puniendi» del Estado (aquí vía la Administración de la Seguridad Social) ha de contar necesariamente con tal principio.

¹⁵ Como muestra, cfr. los artículos 127 y ss., de la Ley 30/1992, reguladora del Procedimiento Administrativo Común.

gran empresario que a un empresario modesto; no por la confianza de que los grandes empresarios cumplan fielmente sus obligaciones sociales, sino por la probabilidad de que los riesgos en materia de faltas de afiliación y cotización se diluyan más ampliamente, y puedan ocultarse mejor las infracciones, por el desplazamiento de los distintos trabajadores asignados a las distintas obras en ejecución, o por la mayor solvencia patrimonial que ofrecen los grandes patrimonios para responder por los impagos de las deudas con la Seguridad Social. De ahí la justeza de esa observación jurisprudencial que ya veía en las personas *jurídicas con estructura de empresa*, pero no en las personas físicas individuales, la traslación posible de tal responsabilidad subsidiaria. Tampoco puede despreciarse el impacto conflictivo que supone esta forma de entender la regulación criticada con las normas derivadas del Tratado de la Unión Europea sobre la existencia de obstáculos o «trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas» (art. 118 A TCE). No es otra cosa, sino un formidable obstáculo jurídico, la interpretación que amenaza solapadamente los patrimonios particulares por causa de contratar la construcción de una vivienda propia en calidad de amo de casa y propietario de la obra.

9. Recapitulación y conclusiones

En realidad, toda esta confusión que ha aterrizado en las sucesivas redacciones de la LGSS y del RGR SS tiene una fuente directa y un precedente en el preconstitucional Decreto de 22 de junio de 1950, del Ministerio de Trabajo, TR de la Legislación de Accidentes de Trabajo y su Reglamento. Puesto que en su artículo 2.º.1 se consideró «patrono» al «particular o compañía» propietarios de la obra, explotación o industria donde el trabajo se prestara; y como consecuencia, para el caso de subcontrataciones, se declaraba como tal «patrono» al contratista (*no al contratante*), subsistiendo la responsabilidad subsidiaria del propietario de aquella. Nótese que el propietario es, pues, la *Compañía contratante* de la subcontrata, o particular contratante de la subcontrata, es decir, el empresario colectivo (Compañía), o el particular contratante de la subcontrata (es decir, *el empresario físico o individual o que actúe con función masiva empresarial*); pero no el dueño que contrata, que sólo por incorrecta extensión puede denominarse «contratante». Pues tal alcance de responsabilidad no estaba pensado para el particular «amo de casa» o cabeza de familia, con inexistencia de actividad de giro o tráfico de empresa, que decide construirse su propia vivienda. Es decir, no

puede suponerse que las «garantías» en la cesión de personal y sus seguros, para un cierto sector de la población (los trabajadores), colectivo «uti singuli», debieran cebarse financieramente sobre el sacrificio indiscriminado de los patrimonios de los contratantes de la construcción (que no «constructores») de su vivienda familiar; ellos eran y son un colectivo «uti universi» y eran y son, potencialmente, la gran mayoría de los españoles. Una mayoría que responde con sus patrimonios individualmente. De ahí que el TR de Accidentes no mencionara al amo de casa que construye una vivienda propia. El Reglamento de Accidentes de Trabajo de la misma fecha insistió en la misma subsidiariedad responsabilizadora, mas ya matizaba que el patrono debía suscribir el Seguro Obligatorio y hacer las declaraciones necesarias sobre tenencia de obreros, salarios y pagos de primas. Es decir: se daba un instrumento de exención de responsabilidad al patrono, que, obviamente, no se daba para los cabezas de familia (en los cuales no parecía pensarse), y que hoy tampoco existe para los particulares que construyen su vivienda propia, como se ve en la falta de reconocimiento explícito de la legitimación para pedir las certificaciones de exención de responsabilidad por deudas de la Seguridad Social.

Según los antecedentes legislativos, el contexto y finalidad de las normas, y los principios constitucionales en materia de derecho sancionador por los que debería operar toda interpretación del artículo 127 de la LGSS, si no se entiende abrogado directamente (que es la interpretación más correcta) por el artículo 42 de la LET, párrafo *in fine* en su redacción actual, tenemos las siguientes conclusiones:

1. La expresión «propietario de la obra o industria contratada» debe referirse al empresario que es propietario de la obra o industria, pero no al «amo de casa» que es propietario de la obra contratada respecto de su vivienda. En tal sentido, «amo de casa» equivale a «cabeza de familia», expresión utilizada por el artículo 42 de la LET. Y así no existe responsabilidad solidaria ni subsidiaria para el particular contratante de la construcción de su vivienda. Nótese que la diferencia de consecuencias entre lo solidario y lo subsidiario, respecto del particular, puede traducirse en ocasiones en un simple problema de tiempo, y no se ve la justificación de que una vía se cierre antes (la solidaria) para abrir la misma vía después (la subsidiaria), en orden a responsabilizar su patrimonio de las deudas del contratista o subcontratista infractor.
2. La exención de responsabilidad por la actividad de los subcontratistas (o empresarios secundarios), a que se refiere el artículo 42 de la LET, no puede entenderse reducida tan sólo a la «solidaria»

sino que comprende también la «subsidiaria». La razón es que el artículo 42, en su apartado 1, y en su «rúbrica», no distingue tipos de responsabilidad y abarca todos los posibles, amén de que no pueda justificarse en razón alguna que el certificado de la Seguridad Social exonere de la responsabilidad solidaria, pero no de la subsidiaria.

3. De entender vigente el artículo 127 LGSS, la expresión «reparaciones» del n.º 2 del mismo precepto debe entenderse completada, según los antecedentes legislativos, y sobre todo, según la norma posterior, es decir, el artículo 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; y así hay que entenderla como «construcción o reparación o trabajos» que pueda contratar un cabeza de familia (aunque no tenga familia), o amo de casa (aunque no tenga casa), o titular del hogar (aunque aún no lo posea), respecto de su vivienda, como en este sentido admite otra jurisprudencia más ponderada. En definitiva, cualquier contratante particular de la construcción o reparación de su vivienda particular, o de la propiedad común consolidada en función de su vivienda particular. Otro entendimiento produce injusticia notoria, y priva de todo medio efectivo de defensa a los ciudadanos individuales (salvo que se entienda que el medio jurídico de defensa consiste en no contratar la vivienda, ni con tal contratista, ni con cualquier otro, y quedar privado de la misma, claro está).
4. Tampoco existirá esa responsabilidad, ni solidaria, ni subsidiaria, cuando la actividad contratada, aunque no sea en calidad de «cabeza de familia» o «amo de casa» no sea contratada «por razón de una actividad empresarial» por cualquier otra persona, sea o no empresario. Con lo que las Comunidades de Propietarios de pisos en régimen de Propiedad Horizontal, si bien no son «amos de casa» en sentido físico individual, resultan más próximas a la función de amo de casa que a la actividad propia del giro o tráfico empresarial constructivo, que justificó en su día (y hoy, muy discutiblemente) el traslado de la responsabilidad solidaria y subsidiaria a las Compañías Constructoras. Ha de pensarse que las interpretaciones *análogas peyorativas* no pueden admitirse actuando a través de la extensión del derecho sancionador o del derecho agravatorio; y que el círculo de semejanza de la propiedad de los elementos comunes de los propietarios de pisos viene trazado en razón de la proximidad con la propiedad exclusiva de sus viviendas, y no en razón de una hipotética o ficticia actividad empresarial imaginable sólo al efecto de extensión de responsabilidades. Dicho de otro modo: los elementos *comunes* sobre las

fincas en que se ha constituido un régimen de propiedad horizontal y la propiedad germánica extendida sobre aquéllos, están en razón de la propiedad individual de cada piso, de donde se deduce que lo accesorio sigue lo principal. *No conozco ningún dato por el que se pueda pensar que los propietarios compran sus viviendas para adquirir o reparar una copropiedad germánica.* Lo que enseña la experiencia es que la asunción de los elementos comunes se impone inevitablemente a la voluntad de los adquirentes de viviendas en régimen de propiedad horizontal, de modo ciertamente automático y necesario, mas en clima de absoluta ignorancia de una hipotética asunción de responsabilidad pública e indeterminada por la infracción de deudas sociales de un tercero en la manipulación futura de esos elementos comunes. Así ha de entenderse que, cuando se opera analógicamente extendiendo la responsabilidad a los propietarios de vivienda por los actos del contratista o subcontratistas que incumplen sus obligaciones en materia de seguridad social, no solamente se les extiende un ordenamiento odioso, como gravamen o sanción colectiva, sino que se comete una irregularidad de interpretación lógica estricta, dado que el supuesto de hecho por el que la Comunidad de Propietarios repara su finca está más próximo al de amo de casa o propietario de vivienda que construye o repara, que al de empresario que actúa en operaciones de giro o tráfico constructivo, con lucro mercantil. Se trata, por tanto, de evitar una extensión analógica «in mala parte», como ya advirtió la STC de 5 de junio de 1995, respecto a los recargos sancionadores; o se trata de precisar que la responsabilidad subsidiaria o solidaria sólo puede admitirse si la Ley formal hubiera tipificado expresamente que los amos de casa, titulares del hogar o cabezas de familia, o las Comunidades de Propietarios, tienen el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por el empresario contratista, o subcontratista, en consonancia con lo preceptuado por el artículo 131.3 de la Ley estatal 30/1992 sobre Procedimiento Administrativo Común, precepto también aplicable al funcionamiento de la Administración de la Seguridad Social. En este problema, no se conoce *ninguna Ley* que haya establecido tal deber de prevención hasta el momento, afortunadamente.

5. Otra interpretación que extienda *omnes gentes*, sobre cualquier ciudadano contratante de su vivienda familiar, la responsabilidad económica masiva por actos desconocidos del constructor de su obra, supone transferir una responsabilidad sancionadora en bloque, para la que no se encuentra fundamento constitucio-

nal. Inútil es aclarar que el reproche de inconstitucionalidad no desaparece simplemente con *eludir el nombre* de «sanción» en una disposición normativa, si los efectos son materialmente equivalentes o propios de una sanción o de un castigo. No se trata de los nombres o de los términos lingüísticos, como ya se ha dicho, sino de los efectos reales introducidos por estas palabras y estas normas en la esfera patrimonial del administrado. O dicho en paladino, no sonajas, sino sustancia¹⁶.

6. El criterio jerárquico interpretativo refuerza inexorablemente lo expresado, dado que la versión actual del artículo 42 de la LET es posterior al artículo 127.2 del TR LGSS: ha de interpretarse la descoordinación legislativa padecida según el criterio de la *lex posterior*, y con relación al contexto de garantías laborales donde se formula la doctrina de la responsabilidad por deudas de la seguridad social, manifiestamente extraña al círculo de actos propios de la conducta de un comprador o contratante de su vivienda familiar. En este contexto de superposición de preceptos legales, las modificaciones introducidas en el RGR SS, ya comentadas, no pueden añadir ningún agravamiento de la condición de responsables subsidiarios en los cabezas de familia o amos de casa, respecto de las obligaciones de la Seguridad Social, incumplidas por sus contratistas o subcontratistas.
7. Finalmente, la mención de la responsabilidad, en concepto de solidaria, hecha por el n.º 2 del artículo 42 LET, imputable al empresario principal, se refiere sólo al caso de que tales certificaciones no hubieran podido exonerar al empresario subcontratado de estar al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social.

¹⁶ Véase como ejemplo de numerosísimas Sentencias la del TSJ Madrid de 16 de marzo de 1996, Sala de lo Contencioso Administrativo, que califica los hechos de la infracción en materia de afiliación, alta y cotización como hechos sancionables administrativamente por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En línea de lo comentado antes sobre la naturaleza sancionadora del desplazamiento de la responsabilidad empresarial, nótese que, en general, la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y Sanciones en el Orden Social, tipifica como infracciones y las correlativas sanciones los supuestos de irregularidades flagrantes en materia de afiliación, alta y cotización de trabajadores en los artículos 14 y ss. Y por eso se apresura a decir el artículo 44 que «las sanciones que puedan imponerse a los distintos sujetos responsables se entenderán sin perjuicio de las responsabilidades exigibles a los mismos, de acuerdo con los preceptos de la Ley General de la Seguridad Social y sus disposiciones de aplicación y desarrollo». Es decir, el supuesto es el mismo, la infracción, y la consecuencia es la multiplicidad de sanciones, con base en los mismos hechos, en solución que habrá de ser reconsiderada algún día constitucionalmente.

NOTAS A LOS «RIESGOS DEL DESARROLLO» O EL «ESTADO DE LA CIENCIA» EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS¹

Goretti Vadillo Robredo

Sumario: I. Introducción. II. Concepto. III. Directiva 85/374 de la CEE. IV. El caso del Reino Unido. 1. Antecedentes. 2. Postura de la Comisión. 3. Postura del Gobierno del Reino Unido. 4. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de mayo 1997. V. *State of the art* en los Estados Unidos. 1. *State of the art* como cumplimiento con los «usos y costumbres de la industria». 2. *State of the art* como posibilidad de un diseño más seguro. 3. *State of the art* como riesgos conocidos pero imposibles de eliminar o riesgos desconocidos. A. Antecedentes. B. Riesgos conocidos pero imposibles de eliminar. C. Riesgos desconocidos. VI. España. 1. Antecedentes. 2. Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. 3. Análisis del art. 6.1.e). 4. Análisis del art. 6.3. Anexo. Incorporación a las leyes nacionales de los Estados miembros.

I. Introducción

La figura conocida como «riesgos del desarrollo» o «estado de la ciencia»² es probablemente una de las más polémicas y novedosas de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos y en la Directiva 85/374/CEE, de 25

¹ La realización de este artículo ha sido posible a una beca del Gobierno Vasco (programa de becas postdoctorales de perfeccionamiento de personal investigador) disfrutada entre 1997-1998.

² La causa de exoneración tema del presente artículo se conoce por la doctrina como «riesgos de desarrollo» (*development risks*, *Entwicklungsgefahren*, *rischio di sviluppo*, *risque de développement*) o como «estado de la ciencia» (estado de la ciencia y de la técnica, *state of the art*). En derecho europeo es más frecuente la utilización de «riesgos de desarrollo» y en derecho norteamericano la de *state of the art*.

de julio, 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. El «estado de la ciencia» fue una de las causas principales del retraso en la aprobación de la Directiva 85/374 y también ha sido el motivo que provocó que la Comisión de las Comunidades Europeas interpusiera un recurso (con base en el artículo 169 del Tratado de la CE) contra el Reino Unido. Las cuestiones que suscitan los «riesgos de desarrollo» son de gran importancia, no sólo a nivel teórico o doctrinal, sino también a nivel práctico, ya que este tema refleja con fuerza la contraposición de intereses entre los consumidores y la industria. El problema se ha planteado, especialmente, en los productos farmacéuticos y en los de alta tecnología, de los cuales se pueden derivar efectos secundarios graves (si bien desconocidos en el momento de su puesta en circulación) que afectarán a un gran número de personas.

En Estados Unidos, por ejemplo, el conflicto se inició con el fármaco conocido como DES (Diethylstilbestrol). El DES era una hormona sintética femenina que se suministró a varios millones de mujeres entre 1945 y 1971 como tratamiento para problemas durante el embarazo, en especial como medio para evitar el aborto prematuro. Investigaciones tempranas indicaron que el DES tenía efectos tóxicos cuando se suministraba en grandes dosis. Sin embargo, cuando las dosis se reducían los efectos tóxicos, aparentemente, se eliminaban y el fármaco fue aprobado por la *American Medical Association's Council on Pharmacy and Chemistry*³. En 1971, los médicos del *Massachusetts General Hospital* de Boston informaron de un grupo de casos de adenocarcinoma vaginal en mujeres menores de 23 años⁴. Antes de que surgieran estos casos, el adenocarcinoma vaginal era una enfermedad casi desconocida en mujeres de dicha edad. Después de llevar a cabo un estudio médico sobre estas mujeres, se descubrió un factor común: la madre de cada una de ellas había tomado DES durante el embarazo. En 1971, la *Food and*

J. SOLÉ I FELIU, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Valencia, 1997, pp. 478 y ss., ha dicho que aunque las dos nociones se utilizan como conceptos equivalentes, existe entre ambas un importante matiz que las diferencia. Las diferencias provienen, en nuestra opinión, de la ambigüedad que existe sobre el término *state of the art* en el derecho anglosajón. Sin embargo, y aunque reconozcamos la existencia de peculiaridades entre ambos conceptos, lo cierto es que la doctrina española los utiliza de forma indistinta.

³ SMITH, «Council on Pharmacy and Chemistry, Report on Council on DES», en *J.A.M.A.*, 1942, n.º 119, pp. 632-635.

⁴ HERBS, ULFELDER & POSKANZER, «Adenocarcinoma of the Vagina», en *N.Eng.J.Med.*, 1971, n.º 284, pp. 878 y ss.

Drug Administration (FDA) ordenó a las empresas farmacéuticas el cese en la fabricación y distribución del fármaco como método preventivo para evitar el aborto, y exigió que se informara a los médicos y al público en general de que el DES no debía ser utilizado por mujeres embarazadas dado el peligro que suponía para los fetos. Poco después de la orden de la FDA aparecieron en los tribunales los primeros casos de DES⁵ y en ellos surgió la pregunta de si se podía atribuir responsabilidad por un defecto imposible de descubrir según los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de su puesta en circulación.

En este artículo trataremos de analizar la situación en Europa de la causa de exoneración⁶ de responsabilidad del «estado de la ciencia», con especial referencia a la cuestión de Gran Bretaña, la legislación española y la doctrina y jurisprudencia norteamericana.

II. Concepto

La Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, recoge en el artículo 6 las causas de exoneración de la responsabilidad, en el apartado 1.e) encontramos la causa de exoneración «riesgos del desarrollo»:

«Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto».

La Directiva de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados

⁵ En los Estados Unidos otros ejemplos son la talidomida y el MER 29.

⁶ SOLÉ I FELIU, *op. cit.*, pp. 471 y ss., utiliza la noción de «excepción» para hacer referencia a los riesgos del desarrollo. «Se trataría en este sentido, de una de las denominadas excepciones materiales, por no centrarse en la falta de requisitos o presupuestos procesales, sino en la existencia de hechos nuevos a los alegados por el demandante (no se discuten los presupuestos constitutivos del defecto del art. 3.1 LRP) que afectan al fondo del asunto (no obstante la existencia de un producto defectuoso en el sentido del art. 3.1, el art. 6.1.e) permite excluir la responsabilidad del fabricante cuando concurren los hechos en él establecidos... El hecho de que el artículo 6 LRP imponga la prueba al fabricante o importador demandados es conforme al carácter *ope exceptionis* y no *ipso iure* de las excepciones, lo que permite distinguirlas de figuras cercanas como los hechos impositivos o los hechos extintivos».

miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos⁷, en su artículo 7.e) dice:

«En aplicación de la presente Directiva, el productor no será responsable si prueba:

e) o que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto».

En 1974, el Profesor ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO no consideraba que ésta fuese una cuestión que plantease una problemática especial. En aquel entonces, parecía estar claro cuál era el problema y la solución:

«De los peligros que sean individualizables con posterioridad a la puesta en circulación como consecuencia de un avance científico o técnico (*Entwicklungsgefahren*, en la terminología de los autores alemanes), el fabricante no responde. En tales casos, el titular del proceso productivo podrá probar sin dificultad la ausencia de culpa.»⁸

La problemática de los riesgos de desarrollo surge con la aparición en Europa de las teorías del derecho norteamericano de responsabilidad objetiva y su adopción en nuestro entorno. Los riesgos de desarrollo no habían causado problemas en un sistema basado en la culpa, en el que el análisis de la conducta del fabricante es un requisito imprescindible. La dificultad se encuentra cuando se instaura un sistema, en principio, basado en la responsabilidad objetiva, en el que el análisis del comportamiento del agente pierde fuerza y deja de ser un elemento de estudio. Como dijo el Profesor ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO, aludiendo a la responsabilidad extracontractual, la referencia al nivel de conocimientos constituye el límite de la diligencia del fabricante, en cuanto que sólo responde de aquel resultado que haya previsto o que haya podido prever con arreglo al nivel de conocimientos existente⁹. La posibilidad de previsión hay que valorarla según el criterio recogido en el artículo 1.104 del Código Civil, es decir, en el sentido de los conocimientos científicos y técnicos que el fabricante podría alcanzar utilizando la diligencia normal en su ámbito empresarial.

En un sistema de responsabilidad que prescinde de la culpa las cosas deberían ser distintas puesto que en dicho sistema el conocimiento

⁷ 85/374/CEE.

⁸ A. ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO, *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia, 1974, p. 205.

⁹ A. ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO, *op. cit.*, p. 204.

del fabricante sobre el carácter defectuoso o no del producto no es relevante. Sin embargo, y como veremos a continuación, los riesgos del desarrollo fueron una de las materias más discutidas en la aprobación de la Directiva 85/374 y la causa del retraso en su adopción.

Con la expresión «riesgos del desarrollo» se hace referencia a la exoneración de responsabilidad del fabricante que pone en circulación un producto «defectuoso» siempre que en el momento de la puesta en circulación el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitían descubrir la existencia del defecto. La profesora PARRA LUCÁN los definió de la siguiente manera:

«... con la expresión “riesgos de desarrollo” se conoce en el ámbito de la responsabilidad de daños por productos la situación que se produce cuando el desarrollo científico y tecnológico posterior a la puesta en circulación en el mercado de su producto permite descubrir que era defectuoso y que su uso ha venido causando daños entre los consumidores»¹⁰.

De los textos legales y de las definiciones anteriores podemos extraer los requisitos para la aplicación de esta figura:

- a) el defecto existe en el momento en el que el producto fue puesto en circulación.
- b) el defecto no era conocido ni susceptible de ser conocido por el productor.
- c) posteriormente a la puesta en circulación del producto tiene lugar el descubrimiento científico que lo revela como causa del daño.

Queda claro que la cuestión a analizar no es el carácter defectuoso o no del producto, sino el hecho de si la aparición de posteriores descubrimientos científicos o tecnológicos pueden excluir la obligación de reparar los daños que haya causado dicho producto defectuoso.

Los que defienden que el fabricante debe responder de los riesgos de desarrollo alegan que, en caso contrario todos los riesgos recaen sobre los consumidores, sin tener en cuenta que los que han obtenido los beneficios por la venta del producto han sido los fabricantes. Además, añaden que la introducción de una defensa de estas características dará lugar a que las víctimas no reciban compensación y volverá a plantear muchos de los problemas que se intentan resolver con la implantación

¹⁰ M.^a A. PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección al consumidor*, Barcelona, 1990, p. 396.

de un sistema no basado en la culpa. Los detractores de la causa de exoneración temen que los fabricantes aleguen con frecuencia esta circunstancia, y obliguen a soportar a la víctima un proceso largo y costoso, para el que tal vez carezca de recursos económicos. Para REICH¹¹, por ejemplo, en un sistema de responsabilidad que prescinde de la culpa es inadmisibles la defensa de los riesgos de desarrollo. Por último, se afirma que son los fabricantes los que se encuentran en una mejor posición para contratar un seguro y que en el caso de que el daño se produzca son ellos los que pueden distribuir el coste a través del seguro o de un aumento en el precio de sus productos. De esta forma se conseguiría que la industria llevase a cabo mayores investigaciones y fabricase productos mejor diseñados, con mayor información y de más alta calidad.

Los que se oponen a que el fabricante responda por los riesgos del desarrollo, principalmente la industria y las compañías de seguros, aducen que no cabe que una persona espere más seguridad de un producto de la que es posible obtener de acuerdo con los conocimientos técnicos y científicos actuales¹². El argumento que más peso ha tenido es el de que la imposición de responsabilidad aumentaría la carga del productor, de tal forma que se podría llegar a una paralización de las investigaciones científicas. En su opinión, no sólo perderían los fabricantes, sino que también se verían afectados los consumidores, ya que productos útiles para todos no serían puestos en circulación para evitar el riesgo de una posible responsabilidad. Además, la competitividad de las empresas afectadas por esta medida se vería disminuida por el aumento de costes frente a otros competidores que no debieran responder por los riesgos del desarrollo¹³. Finalmente, se plantea la cuestión del seguro. Las compañías de seguro consideran que la situación plantea una incertidumbre que escapa a toda ley de probabilidad y a toda anticipación de frecuencia, que no es medible, ni cuantificable, por lo que no es, en modo alguno, asegurable¹⁴. Se teme por el volumen y la

¹¹ V. REICH, «Product Safety and Product Liability - An Analysis of the EEC Council Directive of 25 July 1985 on the Approximation provisions of the Member States Concerning Liability for Defective Products», en *Journal of Consumer Policy*, 1986, n.º 9, pp. 143-144.

¹² Ver PARRA LUCÁN, *op. cit.*, p. 522.

¹³ Frente a esta argumentación J. SOLÉ I FELIU realiza una serie de interesantes reflexiones, *op. cit.*, pp. 515 y ss.

¹⁴ Ver LEGRAND, «El impacto de la Directiva sobre el aseguramiento de la responsabilidad civil por productos defectuosos», ponencia perteneciente a la conferencia internacional sobre *La Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad por productos defectuosos. Diez años después*, Centro de Derecho de Consumo de la Universidad de Lovaina I (Bélgica), el 23 y 24 de marzo de 1995; citado en GÓMEZ LAPLAZA, DÍAZ ALABART, «Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos», en *Actualidad Civil*, 1995, n.º 25, p. 537.

cuantía de las posibles indemnizaciones¹⁵, que elevaría el precio del seguro.

III. Directiva 85/374 de la CEE

La lectura de los trabajos de elaboración de la Directiva prueba que una de las dificultades principales con que se encontraron los Estados de la Comunidad Europea, a la hora de aprobar la Directiva, fue la causa de exclusión de responsabilidad del fabricante de los riesgos del desarrollo. Se ha dicho que fue su inicial exclusión lo que provocó el retraso en la aprobación de la Propuesta de Directiva de 1976.

En 1968 comienzan los trabajos para la elaboración de la Directiva, pero éstos se ven interrumpidos por la adhesión de Gran Bretaña a la Comunidad. En agosto de 1974 se presentan dos documentos, el Memorándum de la Comisión sobre armonización de las legislaciones en materia de responsabilidad civil de productos¹⁶ y un primer Proyecto Preliminar de Directiva¹⁷. Estos trabajos darán lugar a la Propuesta de Directiva de 1976, presentada por la Comisión al Consejo de Ministros el 9 de setiembre de 1976¹⁸.

En el Proyecto de 1976¹⁹ prevaleció la opinión de excluir los riesgos del desarrollo, ya que de lo contrario se estaría haciendo una concesión injustificada al principio de responsabilidad por culpa, y esto era

¹⁵ El temor por el volumen y la cuantía de las indemnizaciones no tiene en cuenta el límite máximo de responsabilidad que se recoge en la Directiva y en la Ley 22/1994. El artículo 11 de la Ley española contempla un límite en la cuantía de 10.500.000.000 de pesetas. J. SOLÉ I FELIU piensa que es discutible que los riesgos desconocidos no puedan asegurarse: «Que en tales circunstancias las primas sean enormemente elevadas es otra cuestión, pero de ello no debe extraerse la imposibilidad de asegurar esos riesgos», *op. cit.*, p. 509.

¹⁶ *Memorandum sur le rapprochement des législations des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits* (Document XI/332/74-F. Document de Travail n.º 1 pour le Groupe de Travail «responsabilité du fait des produits»).

¹⁷ *Premier avant-projet de directive sur le rapprochement des législations des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits* (Doc. XI/334/74-F. Document du Travail n.º 2 pour le Groupe de Travail «responsabilité du fait des produits», año 1974).

¹⁸ *Bulletin des Communautés Européennes, supplément. 11/76* (Responsabilité du fait des produits).

¹⁹ DOCE n.º C 241, de 14 de octubre de 1976, p. 9, artículo 1.2: «El fabricante es igualmente responsable, aunque la cosa no haya podido ser considerada defectuosa en atención al desarrollo científico y tecnológico existente en el momento en que se puso en circulación».

justamente lo que se trataba de evitar. En aquel entonces, la exclusión se consideró una victoria con concesiones hacia la minoría liderada por Alemania que logró que se estableciera un límite máximo sobre la cantidad compensatoria. En base al artículo 100.2 del Tratado de la CEE el Proyecto debía someterse a la consulta del Parlamento Europeo. El dictamen tardó tres años en salir a la luz²⁰ y en él se recoge, entre otras²¹, la propuesta del Parlamento de excluir los riesgos del desarrollo. En 1979 la Comisión presenta al Consejo de Ministros una nueva Propuesta²² en la que se mantiene la exclusión de los riesgos del desarrollo y es aquí cuando comienza el período de negociaciones que comprenderá el período de 1979 a 1985.

La Propuesta estaba claramente inspirada en el sistema norteamericano, y por ello se encontró con la oposición de los sectores industriales hacia el sistema de responsabilidad objetiva «absoluta» que en ella se contenía. La Comisión justificaba el hecho de que el productor fuese el centro de imputación ideal del daño, ya que puede «incluir los gastos que debe soportar a causa de dicha responsabilidad, como costes de fabricación, en el cálculo de los precios y repartirlos, así, entre todos los consumidores que utilizan productos del mismo tipo aunque exentos de defectos»²³. Con arreglo al artículo 1 de la Propuesta, el productor:

«será responsable de los daños causados por los defectos de la cosa, prescindiendo del hecho de que los conociera. El productor será responsable asimismo si la cosa, según el estado de progreso de la técnica y la ciencia, no podía considerarse defectuosa en el momento en que la puso en circulación».

Francia, Bélgica, Dinamarca, Grecia, Irlanda y Luxemburgo eran favorables a que no se exonerara la responsabilidad del productor. Italia, Holanda y el Reino Unido mantenían la postura contraria. En 1985 se llegó a un acuerdo por el que se recogen los riesgos del desarrollo como causa de exoneración de la responsabilidad del productor (art. 7 (e.)), pero se deja la posibilidad a los Estados miembros para que en su legislación no se impida la responsabilidad, artículo 15.1:

²⁰ DOCE n.º C 127, de 21-5-1979 p. 61.

²¹ Por ejemplo, la exclusión de los productos agrícolas, artesanales y artísticos, la liberación del fabricante que informe convenientemente al público una vez conocido el defecto, la regulación de la culpa concurrente, la reparación de los daños inmateriales y el recurso entre corresponsales sea remitida a los derechos nacionales, etc.

²² DOCE n.º C 271, de 26 de noviembre de 1979, p. 3.

²³ Considerando quinto.

«Cada Estado miembro podrá:

b) no obstante lo previsto en la letra e) del artículo 7, mantener o, sin perjuicio del procedimiento definitivo en el apartado 2 del presente artículo, disponer en su legislación que el productor será responsable incluso si demostrara que, en el momento en que él puso el producto en circulación, el estado de los conocimientos técnicos y científicos no permitía detectar la existencia del defecto.»²⁴

La Directiva da la posibilidad de «mantener» la responsabilidad por riesgos del desarrollo que exista en el derecho interno de un Estado miembro, como por ejemplo la Ley alemana sobre productos farmacéuticos²⁵. Pero además, la Directiva también prevé un procedimiento específico para el caso de que un Estado miembro quiera eliminar la causa de exoneración²⁶. La norma comunitaria permite a los Estados miembros separarse de lo establecido en ella, no sólo en la cuestión de los riesgos del desarrollo, sino también en la ampliación del concepto de producto (art. 15.1) (permitiendo la inclusión de las materias primas agrícolas no transformadas) y en la introducción de límites cuantitativos de responsabilidad (art. 16.1 y art. 18). Para ninguna de estas otras opciones establece la Directiva un procedimiento especial. ¿Por qué

²⁴ La explicación la encontramos en el Considerando 16 de la Directiva:

«Considerando que, por razones semejantes, ciertos Estados miembros pueden considerar una restricción injustificada de la protección del consumidor el hecho de que un productor tenga la posibilidad de liberarse de la responsabilidad si prueba que el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que puso el producto en circulación no permitía detectar el defecto; que un Estado miembro debería, por tanto, tener la posibilidad de mantener en su legislación, o establecer en una nueva legislación, la inadmisibilidad de tal circunstancia eximente; que, en caso de una nueva legislación, el recurso a este supuesto de inaplicabilidad debe someterse a un procedimiento comunitario de mantenimiento del statu quo para elevar en lo posible el nivel de protección en toda la Comunidad de manera uniforme.»

²⁵ Conocida como *Gesetzes zur Neuordnung des Arzneimittelrecht*, de 24 de agosto de 1976, BGBl, 1976, I, p. 2.445.

²⁶ Artículo 15.2:

«El Estado miembro que quisiera introducir la medida especificada en la letra b) del apartado 1, deberá comunicar a la Comisión el texto de la medida propuesta. La Comisión informará de ello a los demás Estados miembros.

Este Estado miembro esperará nueve meses a tomar la medida desde el momento en que informe a la Comisión y siempre que entre tanto ésta no haya sometido al Consejo ninguna propuesta de modificación de la presente Directiva que afecte al asunto tratado. Si, no obstante, la Comisión no comunicara al Estado miembro, en el plazo de tres meses, su intención de presentar tal propuesta al Consejo, el Estado miembro podrá tomar inmediatamente la medida propuesta.

Si la Comisión presentara al Consejo la propuesta de modificar la Directiva en el mencionado plazo de nueve meses, el Estado miembro de que se trate esperará dieciocho meses para tomar la medida a partir del momento en que se presentó la propuesta».

sólo se establece un procedimiento especial para la opción de los riesgos del desarrollo? La Exposición de Motivos lo justifica diciendo:

«...el recurso a este supuesto de inaplicabilidad debe someterse a un procedimiento comunitario de mantenimiento del statu quo para elevar en lo posible el nivel de protección en toda la Comunidad de manera uniforme».

A la pregunta anterior JIMÉNEZ LIÉBANA contesta:

«Puede no ser ajeno que éste ha sido uno de los elementos más discutidos a nivel europeo, en el que existieron posturas más enfrentadas entre la industria, consumidores y empresas aseguradoras, así como también entre distintos Estados que apoyaban distintas posiciones, que condujeron a tal situación. A la misma vez era el elemento que planteaba más difícil encaje con el sistema de responsabilidad “objetiva” que la Exposición de Motivos proclamaba. Aspecto suficientemente destacado por la doctrina, para subrayar su incompatibilidad, e, incluso, para considerar centrado el régimen de responsabilidad de la Directiva en el criterio de la culpa presunta, con lo cual ningún avance reflejaba sobre la situación existente en los países miembros, más bien un retroceso.

Parece deducirse de todo ello una voluntad política decidida a eliminar en lo posible dicha causa de exoneración, mientras lo eran en menor medida los otros supuestos, y en el momento en que se fueran dando los pasos precisos por los distintos países si hubiese sido adoptado por un número significativo de ellos. Lo prueba también el hecho de que en este supuesto, junto con la adopción del epígrafe siguiente, esté también prevista su revisión a los diez años, tal como establece el artículo 15.3.»²⁷

Tal vez el procedimiento recogido en el artículo 15 no sea más que el reflejo de un deseo por parte de los redactores de la Directiva de que, a pesar de haber llegado a un acuerdo y haber incluido los riesgos del desarrollo, con el paso del tiempo éstos serán excluidos de la Directiva y se instaurará el sistema pretendido inicialmente de responsabilidad objetiva «absoluta»²⁸ Sin embargo, el tiempo no parece haberles ayudado mucho, ya que la mayor parte de los Estados de la Unión Europea no

²⁷ JIMÉNEZ LIÉBANA, «A propósito del “Primer informe sobre la aplicación de la Directiva en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (85/374/CEE)”», en *Actualidad Civil*, 1996, n.º 26, p. 584.

²⁸ Este deseo se encuentra en la Exposición de Motivos: «si bien la armonización que resulte de la presente Directiva no puede ser total en los momentos actuales, sin embargo, abre las puertas a una mayor armonización, ...». También «(...) en esta perspectiva, es especialmente importante proceder a la revisión de aquellas disposiciones de la presente Directiva que se refieren a los supuestos de inaplicación que quedan abiertos a los estados miembros (...)».

han hecho uso de la opción del artículo 15.1.b). Solamente en Finlandia²⁹ y Luxemburgo³⁰ se responde de los riesgos de desarrollo en todos los casos. En Alemania esa responsabilidad sólo existe con respecto a los productos farmacéuticos, porque existía una ley alemana en este sentido anterior a la Directiva³¹. El caso de España, como luego analizaremos, es diferente porque no extiende la responsabilidad a todos los casos sino sólo a los medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano (art. 6.3).

En 1995, la Comisión elaboró el «Primer Informe sobre la aplicación de la Directiva del Consejo 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 (85/374/CEE)», de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 de la Directiva³². Había muchas expectativas puestas en este primer informe, pero todas ellas quedaron defraudadas, porque éste es, en primer lugar, muy breve (apenas 3 hojas). En segundo lugar, no trata la mayoría de las cuestiones que la doctrina había planteado sobre la Directiva durante estos diez años, y en tercer lugar, por el evidente retraso en su elaboración y publicación³³. El Informe no hizo referencia a la situación de los riesgos del desarrollo en los Estados miembros.

IV. El caso del Reino Unido³⁴

1. Antecedentes

El 20 de setiembre de 1995, la Comisión de las Comunidades Europeas interpuso un recurso, con arreglo al artículo 169 del Tratado CE³⁵, con objeto de que se declarase que el Reino Unido había incumplido las

²⁹ Ley 694/90 modificada por Ley 93/93 de 8 de enero de 1993.

³⁰ Artículo 4 de la Ley de Luxemburgo.

³¹ V. Ley de 24 de agosto de 1976, BGBl, 1976, I, p. 2.445.

³² COM (95) 6717 final, Bruselas, 13-12-1995. En el artículo 21 se recoge que «cada cinco años la Comisión presentará al Consejo un informe sobre la aplicación de la Directiva y, si fuera necesario, le someterá propuestas apropiadas».

³³ Sin embargo, tal vez el retraso en la aparición del informe no debamos achacarlo en su totalidad a la Comisión ya que sólo tres países cumplieron con su obligación de incorporar la Directiva a sus derechos nacionales dentro del plazo establecido que expiró el 30 de julio de 1988. Para más información ver JIMÉNEZ LIÉBANA, *op. cit.*, p. 559.

³⁴ V. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 29 de mayo de 1997, asunto C300/95.

³⁵ En un primer momento la Comisión pensó, también, plantear este procedimiento contra Italia, aunque posteriormente sólo lo hizo contra el Reino Unido.

obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 85/374/CEE y del Tratado CE, al no adoptar todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva y, en particular a la letra e) del artículo 7.

El Reino Unido ejecutó el artículo 19 de la Directiva mediante la primera parte de la *Consumer Protection Act*, que entró en vigor el 1 de marzo de 1988³⁶.

La letra e) del apartado 1 del artículo 4 de la *Consumer Protection Act* de 1987 pretende ejecutar la letra e) del artículo 7 de la Directiva y dispone:

«En cualquier acción civil incoada al amparo de la presente parte por defecto de un producto, la parte demandada podrá exonerarse de responsabilidad si acredita (...)

e) que, en el momento relevante, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía esperar que un fabricante de productos análogos al producto de que se trate habría podido descubrir el defecto si éste hubiera existido en sus productos mientras éstos permanecían bajo su control».

La Comisión requirió al Reino Unido para que presentara observaciones sobre seis imputaciones. El Reino Unido alegó, a tenor del artículo 189 del Tratado de la CEE, que los Estados miembros tenían libertad para elegir la redacción adecuada a la hora de adaptar al Derecho interno una Directiva, siempre que se alcanzase el resultado perseguido por ésta³⁷. El 2 de julio de 1990, la Comisión dirigió un dictamen motivado al Reino Unido. La Comisión reconocía el derecho del Estado de elegir su propia redacción para adaptar el Derecho interno a una Directiva, siempre que las disposiciones nacionales consiguieran el resultado perseguido por ésta. Sin embargo, mantuvo su postura en lo relativo a las seis imputaciones que había invocado en su escrito de requerimiento. El Reino Unido también reiteró su opinión según la cual se había adaptado el Derecho interno a la Directiva de forma correcta.

Finalmente, la Comisión desistió de todas sus imputaciones³⁸, menos de la referida al artículo 4.1.º.e), al considerar que su letra carecía

³⁶ El artículo 1 de la *Consumer Protection Act* dice:

«La presente parte tiene por objeto y efecto adoptar las disposiciones necesarias para cumplir la Directiva sobre responsabilidad derivada de los productos y deberá interpretarse en este sentido.»

³⁷ El primer escrito de la Comisión dirigido al Reino Unido es de 26 de abril de 1989. La contestación, rechazando las alegaciones de la Comisión, es de 19 de julio de 1989.

³⁸ Habida cuenta de la norma contenida en el apartado 1 del artículo 1 de la *Consumer Protection Act*, según la cual las disposiciones pertinentes debían interpretarse con arreglo a la Directiva.

de ambigüedad y exigía de los órganos jurisdiccionales una interpretación *contra legem* para que fuera conforme con la Directiva. La Comisión consideraba que se había ampliado de forma considerable la excepción contenida en el artículo 7 e) de la Directiva y con ello se había convertido la responsabilidad objetiva del artículo 1 en una mera responsabilidad por culpa o negligencia. Por ello, la Comisión decidió someter al Tribunal de Justicia la compatibilidad de dicho artículo con la letra e) del artículo 7 de la Directiva.

2. *Postura de la Comisión*

Según la Comisión, el criterio sentado en la letra e) artículo 7 de la Directiva es objetivo en la medida en que hace hincapié en un estado de los conocimientos que no hace referencia alguna a la capacidad del fabricante del producto de que se trate para descubrir el defecto o a la de otro fabricante de un producto similar. Pues bien, cuando la letra e) del apartado 1 del artículo 4 de la Ley utiliza la expresión «esperar que un fabricante de productos análogos al producto de que se trate habría podido descubrir el defecto», supone una apreciación subjetiva que hace hincapié en el comportamiento de un fabricante razonable. De esta forma, sería más fácil para el fabricante de un producto defectuoso acreditar, al amparo de la letra e) del apartado 1 del artículo 4, que ni él mismo ni un fabricante de productos análogos habrían podido descubrir el defecto, en el momento relevante, dado que se respetaron las precauciones usuales en dicho sector industrial y no se incurrió en negligencia alguna, que demostrar, en los términos de la letra e) del artículo 7, que el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto.

Además, la Comisión no consideraba que la referencia al artículo 1 de la Ley, aunque posee valor como indicación para los órganos nacionales, fuese suficiente para hacer legal una formulación que es contraria al texto de la Directiva.

3. *Postura del Gobierno del Reino Unido*

El Reino Unido negó que el criterio contenido en su Ley fuese un criterio «subjetivo» y que por lo tanto estableciese una responsabilidad fundada en la culpa o negligencia del agente. La referencia al «estado de los conocimientos científicos y técnicos» no alude a lo que el productor en concreto pueda saber efectivamente, sino a lo que cabría es-

perar objetivamente de la categoría de productores a la que pertenezca, tomada en sentido genérico.

El Reino Unido recordó a la Comisión que, en cualquier caso, incumbía a sus órganos jurisdiccionales interpretar la letra e) del apartado 1 del artículo 4, de una forma compatible con la letra e) del artículo 7 de la Directiva, en virtud del artículo 1.1.º de la Ley o del principio general según el cual cualquier legislación nacional que dé cumplimiento al Derecho comunitario debe ser interpretada de conformidad con él. Consideraba que la Comisión no podía demostrar que la norma de la ley inglesa fuese incompatible con la Directiva ya que no había habido ninguna resolución de un órgano jurisdiccional acerca de esta cuestión³⁹.

4. *Sentencia de 29-5-1997 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*

En primer lugar, el Tribunal hizo un análisis de la disposición comunitaria. Estaba de acuerdo con la conclusión del Abogado General cuando éste aludía a los «conocimientos científicos y técnicos» y dijo que éstos se refieren, no sólo a la práctica y a las normas de seguridad usuales en el sector industrial en el que opera el productor, sino, a todo el estado de los conocimientos científicos y técnicos, incluido su nivel más avanzado existente en el momento de puesta en circulación del producto.

«27 Además, la cláusula de exoneración de la responsabilidad objeto de controversia no tiene en cuenta el estado de los conocimientos del que el productor de que se trata estaba o podía estar concreta o subjetivamente informado, sino el estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos del que, presumiblemente, el productor estaba informado.»⁴⁰

El Tribunal rechazó el primer argumento de la Comisión según el cual el artículo 4.1.º e) de la ley inglesa utiliza un criterio subjetivo para el análisis de los conocimientos del productor.

³⁹ En el marco de un procedimiento por incumplimiento iniciado con arreglo al artículo 169 del Tratado, corresponde a la Comisión probar la existencia del incumplimiento alegado. Es la Comisión quien debe aportar al Tribunal de Justicia los datos necesarios para que éste pueda verificar la existencia de tal incumplimiento, sin poder basarse en cualquier presunción. V. Sentencia de 20 de marzo de 1990, Comisión/Francia, C-62/89, Rec. p. I-925, apartado 27.

⁴⁰ Sentencia p. I-6.

«33 Debe rechazarse esta alegación en la medida en que hace hincapié, selectivamente, en algunas palabras de la letra e) del apartado 1 del artículo 4, sin acreditar que el contexto jurídico general, del cual forma parte la disposición controvertida, no permite garantizar efectivamente la plena aplicación de la Directiva. Pues bien, habida cuenta de este contexto, la Comisión no ha acreditado que, como pretende, el resultado perseguido por la letra e) del artículo 7 de la Directiva no se ha alcanzado manifiestamente en el ordenamiento interno.

34 En efecto, procede señalar, en primer lugar, que, conforme al artículo 7 de la Directiva, la letra e) del apartado 1 del artículo 4 de la Ley hace recaer la carga de la prueba sobre el productor que pretende invocar a su favor la cláusula exoneratoria.

35 En segundo lugar, la letra e) del apartado 1 del artículo 4 de la Ley no incluye ninguna restricción sobre el estado y el grado de los conocimientos científicos y técnicos que deben tenerse en cuenta en el momento relevante.

36 En tercer lugar, su tenor literal, considerado como tal, no permite entender que, según alega la Comisión, la aplicación de la cláusula exoneratoria depende de los conocimientos subjetivos de un productor normalmente diligente, habida cuenta de las precauciones usuales en el sector industrial de que se trate»⁴¹.

Posteriormente, analizó el segundo argumento de la Comisión basado en la interpretación que de la Ley hicieran los órganos jurisdiccionales del Reino Unido.

«37 En cuarto lugar, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales debe apreciarse teniendo en cuenta la interpretación que de ellas hacen los órganos jurisdiccionales nacionales (véase, en particular, la sentencia de 8 de junio de 1994, Comisión/Reino Unido, C-382/92, Rec. p. 1-2435, apartado 36). Pues bien, en el caso de autos, la Comisión no ha invocado en apoyo de su recurso resolución judicial nacional alguna que haya interpretado la disposición interna controvertida de una forma incompatible con la Directiva.

38 Finalmente, a la vista de los datos que obran en las actuaciones, nada permite considerar que las autoridades jurisdiccionales del Reino Unido, si tuvieran que interpretar la letra e) del apartado 1 del artículo 4, no lo harían a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado perseguido por ésta y, de esta forma, atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del tratado (véase, en particular, la

⁴¹ Sentencia pp. I-7, I-8.

sentencia de 14 de julio de 1994, Faccini Dori, C-91/92, Rec. P. I-3325, apartado 26). Por los demás, el apartado 1 del artículo 1 de la Ley impone expresamente dicha obligación al Juez nacional.»⁴²

El Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que la Comisión no había probado sus alegaciones y por lo tanto desestimó el recurso.

Comentario

La pregunta es: ¿consigue la Ley inglesa el resultado perseguido por la Directiva?

Está claro que los Estados miembros tienen libertad sobre las palabras elegidas a la hora de incorporar a sus legislaciones nacionales las Directivas. Sin embargo, el problema que se plantea en la redacción de la *Consumer Protection Act* de 1987 es el de si con su redacción realmente se vacía de contenido el interés de la Comunidad de establecer un sistema de responsabilidad objetiva. Si hacemos una interpretación estricta de las palabras contenidas en el artículo 4.1.º.e) de la Ley inglesa volveríamos al régimen en el que no sólo hay que probar el daño, la acción u omisión del agente y la relación de causalidad, si no también la culpa del agente (en este caso el productor). No es menos cierto que este régimen también recoge una inversión de la carga de la prueba; corresponde al productor demostrar que «el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía esperar que un fabricante de productos análogos al producto de que se trate habría podido descubrir el defecto (...)».

La diferencia principal parece encontrarse en la introducción de la frase «un fabricante de productos análogos al producto de que se trate». Se dice que estas palabras, aunque tratan de crear un test objetivo, introducen claros elementos de subjetividad; es decir, que la Directiva se fija en el *state of the art*, mientras que la *Consumer Protection Act* descansa en la conducta del productor. CLARK se plantea⁴³ si el elemento subjetivo de la defensa llevará a los tribunales al análisis del comportamiento de un productor medio del tipo de producto en particular⁴⁴. Este autor se pregunta cuál sería el criterio del tribunal, en el caso de un productor medio, en una escala de negocios pequeña, que posee recursos limitados para la investigación y para la realización de pruebas so-

⁴² Sentencia p. I-8.

⁴³ A.M. CLARK, *Product liability*, London, 1989, pp. 153 y ss.

⁴⁴ Este es el tipo de investigaciones que realiza un juez o tribunal bajo un sistema de responsabilidad basado en la culpa. V. artículo 1.104 C.c. español.

bre sus productos. Otra dificultad que se plantea este autor es la de que puede que no existan «productores de productos análogos». De hecho, éste será el caso cuando se trate de productos nuevos.

Como hemos apuntado más arriba si los tribunales del Reino Unido hicieran una interpretación literal de las palabras del artículo 4.1.e) ello supondría una vuelta a la responsabilidad basada en la culpa del productor y así se frustraría el interés de la Comunidad en lograr una aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

Sin embargo, esta postura, que es la de la Comisión, olvida la regla hermenéutica del artículo primero de la *Consumer Protection Act* según el cual la interpretación de dicha Ley debe hacerse en el sentido de cumplir con la Directiva⁴⁵. El Gobierno del Reino Unido explicó, en su *Explanatory and Consultative Note*⁴⁶, la interpretación que debía darse a la exclusión de responsabilidad por riesgos del desarrollo:

«It is understood that the defence should be interpreted as meaning that the producer will not be liable if he proves that, given the state of scientific and technical knowledge at the time the product was put into circulation, no producer of a product of that kind could have been expected to have discovered the existence of the defect. The burden of proof will fall squarely on the producer to show that the defect could not reasonably be expected to have been discovered. It will not necessarily be enough to show that he has done as many tests as his competitor, nor that he did an the tests required of him by a government regulation setting a minimum standard. It will therefore not be easy for a producer successfully to plead this defence...»

Al no existir resoluciones de los órganos judiciales del Reino Unido relativas a la interpretación de la Ley, el Tribunal de Justicia tuvo que pronunciarse en abstracto y de forma fundamentalmente hipotética sobre la conformidad de la referida Ley con la Directiva.

Estamos de acuerdo con el Tribunal de Justicia y con el Abogado General Sr. Giuseppe Tesaur⁴⁷ en que no se puede obviar la regla del

⁴⁵ *Consumer Protection Act*, artículo 1.1.º:

«La presente parte tiene por objeto y efecto adoptar las disposiciones necesarias para cumplir la Directiva sobre responsabilidad derivada de los productos y deberá interpretarse en este sentido.»

⁴⁶ *Implementation of the EC Directive on product Liability-An Explanatory And Consultative Note (D.I. T., november 1985)*, para. 22.

⁴⁷ Conclusiones del Abogado General Giuseppe Tesaur presentadas el 23 de enero de 1997, asunto C-300/95, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

artículo 1 de la Ley ni las obligaciones interpretativas de tenor análogo y de alcance general que impone a los jueces británicos la European Communities Act de 1972. La Comisión debería haber esperado a que se aplicase la Ley por los tribunales de Gran Bretaña, y entonces, si de esta aplicación se desprendía una interpretación contraria a la Directiva, entablar el procedimiento de infracción⁴⁸.

V. *State of the art* en los Estados Unidos

Los antecedentes de los «riesgos del desarrollo» los encontramos en la doctrina y en la jurisprudencia norteamericana. Sin embargo, la cuestión en este país dista mucho de ser clara, por ello, a continuación haremos un pequeño análisis del *state of the art/development risk* en los Estados Unidos. El término utilizado es el de *state of the art* que tiene un significado impreciso, como consecuencia de una evolución jurisprudencial confusa y dispar entre los diferentes Estados de la Unión.

En los Estados Unidos se elaboraron por primera vez, a partir de los años sesenta, las premisas teóricas de un sistema de responsabilidad objetiva del productor. Dichas premisas fueron:

- a) El mayor poder contractual y económico del productor respecto al consumidor y la función disuasoria más intensa que ejerce el régimen de responsabilidad objetiva respecto al de responsabilidad por culpa;
- b) el principio del reparto de los riesgos en el seno de una determinada organización social, que debe efectuarse utilizando el mecanismo asegurador. En otras palabras, la internalización de los costes derivados de los actos perjudiciales cometidos por el productor;
- c) la reducción de los denominados costes administrativos secundarios y terciarios, y la consecución de importantes ventajas sociales como consecuencia de la introducción del régimen de responsabilidad objetiva del productor.

⁴⁸ De la misma opinión es el Abogado General, que en su escrito de conclusiones dice: «... evidentemente, habría sido mucho más sensato y oportuno, antes de interponer un recurso contra el Reino Unido por la incorrecta adaptación del Derecho interno, que la Comisión hubiera esperado a la aplicación de la Ley por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales. Y a la inversa, tal como ha sido iniciado, el procedimiento de infracción de la Comisión parece finalmente, cuanto menos, precipitado».

Este desarrollo teórico llevó a que se aprobara la sección 402 A del *Restatement (Second) of Torts* en 1965, por el *American Law Institute*⁴⁹. La historia de la responsabilidad objetiva puede dividirse en tres períodos. El primer período comprende más o menos la década posterior a la adopción del *Restatement*, y estuvo dominado por la pregunta de si los Estados debían adoptar la sección 402 A o no. La respuesta fue, en la gran mayoría de los casos, afirmativa. El segundo período, que transcurre durante los años setenta, enfrentó a los tribunales con una cuestión central; qué constituye un producto «defectuoso» en un sistema de responsabilidad objetiva de productos. El tercer período, en el que todavía se encuentran los Estados⁵⁰, es aquel en el que los tribunales dedican gran parte de su tiempo y de sus razonamientos a los detalles de la responsabilidad objetiva, respondiendo a cuestiones como las defensas del productor, la relación de causalidad, la aplicación de la responsabilidad objetiva a situaciones o productos particulares y el *state of the art*⁵¹.

La cuestión de si un producto debe ser evaluado a la luz de los conocimientos científicos y de la tecnología disponible en el momento de su distribución o del proceso, en otras palabras, el análisis del *state of the art*, se lleva a cabo en tres ámbitos distintos. Primero, el fabricante puede frac-

⁴⁹ *Restatement (Second) of Torts, 402 A (1965):*

(1) *One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if*

- (a) *the seller is engaged in the business of selling such a product and,*
- (b) *it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold.*

(2) *The rule stated in Subsection (1) applies although*

- (a) *the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and*
- (b) *the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the seller.*

El antecedente directo de este texto es la conocida decisión del Tribunal Supremo de California, *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.* (59.Cal.2d 57, 27 Cal.Rptr. 697. 377 P.2d 897 (1963).

⁵⁰ El *American Law Institute* está llevando a cabo durante los últimos 5 años un intento de reelaboración del *Restatement (Second)* en la parte correspondiente a responsabilidad por productos defectuosos. La propuesta es conocida como *Restatement (Third) of Torts* y no parece que vaya a tener el efecto de ruptura que supuso la adopción del *Restatement (Second) of Torts*, más bien parece una explicación de las cuestiones que más problemas plantean en la actualidad. En opinión de algunos autores la propuesta es un paso atrás en los derechos de los consumidores, especialmente en lo que al defecto de información y de diseño hace referencia. Por ejemplo en las secciones 1 y 2 se establece que el fabricante no será responsable por los riesgos que no se hayan podido prever de forma razonable en el momento en el que el producto se puso en el mercado.

⁵¹ FISHER & POWERS, *Products Liability*, St. Paul, Minn., 1994, pp. 132-133.

sar en anticipar un accidente causado por un mal uso imprevisible del producto. Segundo, el fabricante de un producto relativamente nuevo puede no ser consciente de un riesgo genérico asociado con el producto. Tercero, el fabricante puede conocer el riesgo pero no existir la tecnología posible para reducirlo. Los tribunales norteamericanos suelen utilizar la expresión *state of the art* para hacer referencia al segundo y al tercer supuesto.

La expresión *state of the art* no se corresponde exactamente con la utilizada hasta ahora de riesgos del desarrollo (*development risk*) o estado de la ciencia, sino que incluye aspectos no contemplados por esta última como, por ejemplo, el hecho de que el producto posteriormente se ponga en circulación de forma más perfeccionada, y en ocasiones se ha confundido o asimilado con los «usos y costumbres de la industria». Además, el término ha tenido un tratamiento diferente según el tipo de defecto que se esté analizando en el caso en concreto: defecto de información, de fabricación o de diseño⁵².

Todo lo anterior nos permite ver que un análisis en profundidad del *state of the art* escapa a los propósitos del presente artículo, por lo que a través de algunas sentencias intentaremos aclarar las cuestiones más sobresalientes relacionadas con este tema.

1. «State of the art» como cumplimiento con los «usos y costumbres de la industria»

El primer caso en el que se utilizó el término *state of the art* fue *Day v. Barber-Colman Co*⁵³. Una puerta móvil cayó sobre el demandante cuando la instalaba, y como resultado sufrió unas lesiones por las que demandó en base a la teoría de *negligence*. El demandante argumentaba que una medida de seguridad podría o debería haberse incorporado para que actuase en el momento de ajustar la puerta. El demandado presentó la prueba del *state of the art*, estableciendo que el producto cumplía con el patrón de diseño que era de uso común en la industria en el momento relevante y el Tribunal falló a favor del demandado:

«It is not of itself negligence to use a particular design or method in the manufacture or handling of a product... which is reasonably safe

⁵² DEAN WADE dijo de él que era un «chameleon-like term» y añadió que debía ser abandonado ya que «its meaning are so diverse and so often confused» (WADE, «The Effect in Product Liability of Knowledge Unavoidable Prior to Marketing», en *New York University Law Review*, 1983, n.º 58, p. 751.; A.M. CLARK, *Product Liability*, London, 1989.

⁵³ 10 III. App.2d. 494, 135 N.E. 2d 231 (App.Ct. 1956).

and in customary use in the industry, although other possible designs... might be conceived which would be safer».

Sin embargo, esta prueba no es concluyente, como dijo el Juez LEARNED HAND en otro caso de *negligence*, en el que se consideró que existen precauciones que aunque no hayan sido tenidas en cuenta por el resto de la industria su omisión no se encuentra justificada:

«Indeed in most cases reasonable prudence is in fact common prudence; but strictly it is never its measure; a whole calling may have unduly lagged in the adoption of new and available devices... Courts must in the end say what is required; there are precautions so imperative that even their universal disregard will not justify their omission.»⁵⁴

Los tribunales son unánimes en declarar que la prueba de cumplir con los «usos y costumbres de la industria» no es concluyente tampoco en un caso de responsabilidad objetiva y que por lo tanto no es una defensa para el demandado en un caso de productos defectuosos. Sin embargo, algunos han considerado que este cumplimiento sienta la presunción de que el producto no era defectuoso, tanto en un caso de responsabilidad por culpa como en uno de responsabilidad objetiva. La existencia de dicha presunción, aunque admite prueba en contrario, tiene un gran peso en contra del demandante.

Muchos tribunales admiten la prueba del *state of the art* en este sentido como parte de la investigación de la cualidad defectuosa del producto. Por ejemplo en *Reed v. Tiffen Motor Homes Inc.*⁵⁵ se manifestó:

«We find that the state of the art and trade customs are relevant in helping the jury make a determination of whether the product is unreasonably dangerous when used in a manner expected by the ordinary consumer in the community. While only one element in that determination, it is necessary aid to assist the trier of fact in determining the reasonableness of the manufacturer's design.»

Otros tribunales distinguen entre *state of the art* y las costumbres de la industria:

«*State of the art* does not mean the *state of industry practice*. *State of the art* means *state of the industry knowledge*.»⁵⁶

⁵⁴ The T.J. Hooper 60 F.2d. 737 (2d. Cir. 1932), p. 740.

⁵⁵ 697 F.2d. 1192 (1983) V. CLARK, *cit.*, p. 158.

⁵⁶ V. Boatland of Houston, Inc. v. Bailey, Supreme Court of Texas, 1980. 609 S.W.2d 743. Opinión disidente.

2. «State of the art» como posibilidad de un diseño más seguro

Un gran número de casos en los que se han planteado cuestiones del *state of the art* han surgido en el contexto de la posibilidad de un diseño más seguro. Estas situaciones son distintas de las recogidas en la Directiva como «estado de la ciencia». La Directiva recoge estos supuestos en el artículo 6.2 según el cual «un producto no se considera defectuoso por la única razón de que, posteriormente, se haya puesto en circulación un producto más perfeccionado».

La mayoría de los productos, con el paso del tiempo y los avances de la ciencia y de la tecnología, pueden ser diseñados de forma más segura, y esto es lo que se recoge en el artículo 6.2 de la Directiva. Parece que existe unanimidad en los Estados Unidos en que no se puede considerar que un producto está diseñado defectuosamente simplemente porque con posterioridad a su venta un avance tecnológico ha hecho posible eliminar o reducir el riesgo que dicho producto planteaba. Los tribunales han declarado casi de forma universal que la posibilidad de un producto con un diseño más seguro debe ser determinada en el momento en el que el producto fue diseñado⁵⁷.

En estos casos la cuestión crucial es la de si el nuevo diseño era posible en el momento en el que el producto se puso en circulación. La prueba del demandante tenderá a demostrar que el diseño más seguro incorporado con posterioridad era posible también en el estadio anterior, con lo que el producto es defectuoso. Evidentemente, la prueba del demandado tenderá a demostrar la imposibilidad de incorporar ese diseño posterior más seguro. Ambas cuestiones estarán basadas, en gran medida, en el estado de los conocimientos científicos y tecnológicos en el momento de puesta en circulación del producto⁵⁸.

Este tema hace relación a la condición defectuosa del producto y no a la causa de exclusión de responsabilidad de un producto defectuoso; en otras palabras, afecta a la determinación por el juez o el jurado de si el producto en cuestión era defectuoso.

Las teorías más utilizadas por los tribunales norteamericanos han sido:

a) El **test de las «expectativas del consumidor»**: se encuentra recogida en el comentario i de la sección 402 A del *Restatement*:

⁵⁷ V. PROSSER, KEETON y otros, *Prosser and Keeton on Torts*, 5.ª edic. (lawyers edit.), St. Paul, Minn, 1984, p. 700.

⁵⁸ Estos casos deben distinguirse de aquellas situaciones en las que se argumenta que el defecto era imposible de descubrir científica o tecnológicamente.

«The article sold must be dangerous to an extent beyond that which would be contemplated by the ordinary consumer who purchases, with the ordinary knowledge common to the community as to its characteristics».

La prueba del *state of the art* se encamina a establecer que si el producto es similar en diseño a otros de su misma clase el consumidor debería haber sido consciente del peligro ya que los otros productos habrían sido diseñados de la misma manera y por lo tanto no podía esperar una seguridad mayor⁵⁹.

Sin embargo, este test no resulta satisfactorio en muchas ocasiones porque existe gran confusión sobre si es un test objetivo o subjetivo, con lo que puede dar lugar a veredictos inconsistentes, o porque el consumidor medio puede no tener idea sobre la seguridad o peligrosidad del producto que está utilizando⁶⁰.

b) El test de «**risk/utility**»: es uno de los métodos más utilizados para determinar el defecto del producto. En *Turner v. General Motors Corp.*⁶¹ se discutió la cuestión de cual debería ser el standar aplicable para determinar la condición defectuosa de un producto en un caso de responsabilidad objetiva. El Tribunal llegó a la conclusión de que la determinación de si un producto posee un defecto de diseño requiere que el jurado pondere su utilidad en contra de la probabilidad o de la gravedad de la lesión que se desprende de su uso. El jurado, continuó el Tribunal, puede considerar muchos factores antes de decidir si la utilidad o la *desirability* superan a los riesgos. Su declaración del producto como defectuoso puede estar influenciada por la prueba de un diseño más seguro que evitaría la lesión⁶².

⁵⁹ En *Bruce v. Martin-Marietta Corp* (544 F.2d 442 (10th Cir.1976)) el Tribunal señaló: «There is a “general” agreement that to prove liability under s.402 A the plaintiff must show that the product was dangerous beyond the expectation of the ordinary consumer. The state of the art evidence helps to determine the expectation of the ordinary consumer. A consumer would not expect a Model T to have the safety features which are incorporated in automobiles made today. The same expectation applies to airplanes. (The) plaintiffs have not shown that the ordinary consumer would expect a plane made in 1952 to have the safety features of one made in 1972.»

⁶⁰ *V. CLARK, cit.*, p. 162

⁶¹ 584 S.W.2d 844 (Tex. 1979).

⁶² Unos pocos tribunales han declarado que cuando las lesiones son graves y el producto tiene una utilidad limitada, el jurado puede declarar al fabricante responsable, aún cuando un diseño más seguro no fuese posible. *V. Wilson v. Piper Aircraft Corporation*, 282 Or. 61, 577 P.2d 1322(1978). En *Caterpillar Tractor Co. v. Lull Eng'g Co* (593 P.2d 871 (Alaska 1979)) la Corte declaró que el *fact finder* debe considerar como factores relevantes:

«(...) the gravity of the danger posed by the challenged design, the likelihood that such danger would occur, the mechanical feasibility of a safer alternative design, the financial cost of an improved design, and the adverse consequences to the product and to the consumer that would result from an alternative design».

Un elemento de gran importancia en los casos que alegan la posibilidad de un diseño alternativo más seguro es el de la determinación del momento apropiado para valorar el defecto: ¿la fecha del juicio?, ¿la fecha de distribución del producto? Hoy la mayoría de las jurisdicciones aceptan que el momento apropiado para realizar el análisis es el de la fecha de distribución del producto.

3. «State of the art» *como riesgos conocidos pero imposibles de eliminar o riesgos desconocidos*

Los tribunales norteamericanos también han conocido la polémica sobre si en un sistema basado en la responsabilidad objetiva el conocimiento del fabricante sobre el riesgo del producto es o no un elemento relevante en la determinación de responsabilidad y si éste puede servir como causa de exoneración de responsabilidad. Son los casos de *unavoidable unsafe products*. Dentro de esta categoría encontramos productos que poseen un riesgo conocido de causar daño al consumidor pero imposible de eliminar sin destruir el producto o sus propiedades esenciales y productos que poseen un riesgo sólo conocido mediante avances científicos y técnicos posteriores a su distribución.

En estos supuestos se ha distinguido⁶³ entre:

1. Conocimiento común: Los peligros del producto son generalmente conocidos por el público, como por ejemplo el riesgo de accidente que conlleva la conducción de un automóvil o el consumo de alcohol. Salvo algunas excepciones, la mayoría de los tribunales no imponen responsabilidad en estos casos⁶⁴.
2. El vendedor sabe o debería saber: Los peligros del producto no son conocidos por el público de forma general pero el vendedor los conoce o los debería poder conocer si actuase con la diligencia debida. En estos supuestos el elemento en disputa suele ser la obligación de informar que recae sobre el vendedor. Cuando el producto es un fármaco parece que una información adecuada dirigida al médico sería suficiente. Si no hay intermediario el fabricante debe avisar directamente al consumidor.

⁶³ V. PROSSER, WADE, SCHWARTZ, *Torts, Cases and Materials*, 7.^a edic., New York, 1982, pp. 783-784.

⁶⁴ *Schemel v. General Motors Corp.* (7 Cir. 1967) 384 F.2d 802, en el que se declaró que el fabricante del coche no era responsable por poner en el mercado un coche que podía ser conducido a una velocidad superior de 100 millas a la hora.

3. Peligros desconocidos: La existencia del peligro o del defecto es desconocida tanto para el distribuidor como para los consumidores en general. La mayoría de los casos que se han dado en los Estados Unidos han tratado con productos farmacéuticos aprobados y distribuidos por la FDA. Cuando el distribuidor no ha podido conocer el peligro, de forma general, se le exige de responsabilidad⁶⁵.

A. Antecedentes

La polémica saltó con el caso *Beshada v. Johns-Manville Products Corp.*⁶⁶ en el que algo más de 50 demandantes entablaron acciones contra los fabricantes de asbesto en base a la teoría de responsabilidad objetiva por defecto de información sobre los riesgos de la exposición al asbesto. Algunos de los demandantes habían sufrido la exposición durante los años 30. La cuestión de la apelación era si los demandados podían invocar el *state of the art* como defensa. Los demandados alegaban que el peligro sobre el que se debía haber informado era imposible de descubrir en el momento en el que el producto se puso en circulación dado el estado del conocimiento científico en ese momento. Se argumentaba que el conocimiento del peligro no se determinó hasta 1960, por lo que la obligación de informar no existió hasta ese momento. El Tribunal Supremo de New Jersey aceptó la alegación de que fue imposible conocer el peligro, pero abrazando una interpretación puramente doctrinal de responsabilidad objetiva, adoptó la postura de que los límites de lo científicamente posible de descubrir no afectaban a la cuestión del defecto. El Tribunal consideró que esa defensa era irrelevante en los casos de defecto de información. Entre otras cosas dijo que no aceptaba el argumento de que la teoría de *risk spreading* fuese inapropiada para peligros desconocidos:

«First, the same argument can be made as to hazards which are deemed scientifically knowable but of which the manufacturers were unaware... It is precisely the imputation of knowledge to the defendant that distinguishes strict liability from negligence... Second, spreading the cost of injuries among all those who produce, distribute and purchase manufactured products is far preferable to imposing it on the innocent victims who suffer illnesses and disability from defective

⁶⁵ El *leading case* es *Cochran v. Brooke* (1966) 243 Or. 89, 409 P.2d 904, cuando un fármaco utilizado para el tratamiento de la artritis causó que el demandante perdiera la vista.

⁶⁶ 90 N.J. 191, 447 A.2d 539 (1982).

products... Finally, ...the rule will force the price of any particular products to reflect the cost of insuring against the possibility that the product will turn out to be defective.»⁶⁷

Dos años después de la decisión de Beshada, el mismo Tribunal de New Jersey aceptó la defensa del *state of the art*. En *Feldman v. Lederle Laboratories*⁶⁸ un caso en el que el demandante sufrió la decoloración de sus dientes por tomar tetracycline cuando era un niño. El Tribunal dijo que la prueba de que el conocimiento existente en el momento de distribución del producto no era suficiente para descubrir la existencia del defecto, y correspondía al demandado:

«Generally... available knowledge in defect warning situations (is a) relevant factor in measuring reasonableness of conduct. Generally conduct should be measured by knowledge at the time the manufacturer distributed the product. Did the defendant know, or should he have know, of the danger, given the scientific, technological, and other information available when the product was distributed; or, in other words, did he have actual or constructive knowledge of the danger?... Under this standard negligence and strict liability in warning cases may be deemed to be functional equivalents.

In strict liability warning cases, unlike negligence cases, however, the defendant should properly bear the burden of proving that the information was not reasonably available or obtainable and that it therefore lacked actual or constructive knowledge of the defect. The defendant is in a superior position to know the technological material or data in the particular field or specialty. The defendant is the expert, often performing selftesting. It is the defendant that injected the product in the stream of commerce for its economic gain. As a matter of policy the burden of proving the status of knowledge in the field at the time of distribution is properly placed on the defendant.

(...) A warning that a product may have an unknowable danger warns one of nothing».

⁶⁷ Añadió que:

«Defendants have treated the level of technological knowledge at a given time as an independent variable not affected by defendants' conduct. But this view ignores the important role of industry in product safety research. The *state of the art* at a given time is partly determined by how much industry invests in safety research. By imposing on manufacturers the cost of failure to discover hazards, we create an incentive for them to invest more actively in safety research»:

«In addition, discussion of the state of the art could easily confuse juries into believing that blame worthiness is at issue. Juries might mistakenly translate the confused concept of state of the art into the simple question of whether it was defendants' fault that they did not know of the hazards of asbestos.»

⁶⁸ 97 N.J. 429. 479 A.2d 374 (1984).

De esta forma Feldman resucitó la defensa del *state of the art* en los casos de defecto de información⁶⁹.

No está claro cuál es el efecto final de estas sentencias dispares, ni tan siquiera en New Jersey. Puede ser que la decisión de Beshada está restringida a los productos de asbesto y la de Feldman a los farmacéuticos. Feldman parece autorizar la postura de que la prueba por el fabricante de la imposibilidad de conocer el defecto es una defensa completa en una demanda de defecto de información. CLARK considera que la postura adoptada en el caso Beshada es atractiva, pero que se le puede alegar que la doctrina de responsabilidad objetiva no es «sacrosanta» y que no debería obviar consideraciones pragmáticas⁷⁰. En la actualidad se puede decir que la opinión de Beshada es claramente minoritaria en los Estados Unidos⁷¹.

B. Riesgos conocidos pero imposibles de eliminar

Una de las cuestiones más complicadas para la doctrina y la jurisprudencia norteamericana ha sido la de los productos inevitablemente inseguros, los cuales en el momento actual de conocimientos científicos y técnicos no pueden ser fabricados o distribuidos de forma segura. El término *undiscoverable risks* connota un riesgo que es conocido, o sospechado, que está en el producto pero, efectivamente, tanto la presencia del peligro en un elemento particular del producto y las formas de eliminar el peligro son imposibles de descubrir. En este tema, en la gran mayoría de ocasiones se han relegado los principios de responsabilidad objetiva y se ha dado una ponderación entre la probabilidad y la gravedad del riesgo de daño frente a la utilidad del producto.

En *Hines v. St. Joseph's Hospital*⁷² la víctima recibió una transfusión de sangre del *Blood Services, Inc.* en el St. Joseph's Hospital, en julio

⁶⁹ El Tribunal Supremo hizo mención expresa a la decisión anterior en el caso Beshada:

«If Beshada were deemed to hold generally or in all cases... that in a warning context knowledge of the unknowable is irrelevant in determining the applicability of strict liability we would not agree. The rationale of Beshada is not applicable to this case. We do not overrule Beshada, but restrict Beshada to the circumstances giving rise to its holding.»

⁷⁰ *Op. cit.* p. 170.

⁷¹ Algunos casos que han seguido a Beshada son:

Hayes v. Ariens Co (1984) 391 Mass 407, 462 NE2d 273, 41 ALR4th 1; *Gogol v. Johns-Manville Sales Corp.* (1984, DC NJ) 595 F. Supp 971; *Halphen v. Johns-Manville Sales Corp.* (La. 1986) 484 So.2d 110.

⁷² Court of Appeals of New Mexico, 1974, 86 n.m. 763, 527 P.2d 1075.

de 1970. En setiembre comenzó un tratamiento para combatir lo que parecía una hepatitis C. Este tipo de hepatitis puede ser transmitida por un virus que infecta la sangre. La prueba en este caso estableció que existía un riesgo pequeño, pero médicamente reconocible, de que la sangre utilizada en la transfusión transmitiese a la demandante la hepatitis. Además, en el momento en el que se hizo la transfusión, no existía prueba alguna que detectase de forma adecuada la existencia del virus en la sangre y ningún proceso podía acabar con él sin destruir la sangre. Se dijo que en el momento en que se llevó a cabo la transfusión, la sangre era un producto «incapaz de proporcionar seguridad en su uso intencionado u ordinario». El Tribunal llegó a la conclusión de que las transfusiones sanguíneas no sólo eran útiles y deseables, sino que en ocasiones son esenciales para salvar la vida. Por ello, declaró que el riesgo que conllevan estaba compensado por el beneficio que aportaba su utilización al público⁷³.

En este tema es importante tener en cuenta el *comment k* de la sección 402 A del *Restatement*, en donde recoge una excepción de responsabilidad para aquellos supuestos en los que se alega un defecto de diseño en base a la teoría de responsabilidad objetiva por productos defectuosos⁷⁴. En realidad, no es una excepción a la responsabilidad del fabricante, sino más bien una declaración de que este tipo de productos no son defectuosos, ya que si el producto no está bien fabricado, distribuido o si la información que contiene no es suficiente nos

⁷³ El Tribunal aplicó en este caso el test de *risk/utility* analizado más arriba.

⁷⁴ «k. Unavoidable Unsale Products. There are some products which, in the present state of human knowledge, are quite incapable of being made safe for their intended and ordinary use. These are especially common in the field of drugs. An outstanding example is the vaccine for the Pasteur treatment of rabies, which not uncommonly leads to very serious and damaging consequences when it is injected. Since the disease itself invariably leads to a dreadful death, both the marketing and the use of the vaccine are fully justified, notwithstanding the unavoidable high degree of risk which they involve. Such a product, properly prepared, and accompanied by proper directions and warning, is not defective, nor is it unreasonably dangerous. The same is true of many other drugs, vaccines, and the like, many of which for this very reason cannot legally be sold except to physicians, or under the prescription of a physician. It is also true in particular of many new or experimental drugs as to which, because of lack of time and opportunity for sufficient medical experience, there can be no assurance of safety, or perhaps even of purity of ingredients, but such experience as there is justifies the marketing and use of the drug notwithstanding a medically recognizable risk. The seller of such products, again with the qualification that they are properly prepared and marketed, and proper warning is given, where the situation calls for it, is not to be held to strict liability for unfortunate consequences attending their use, merely because he has undertaken to supply the public with an apparently useful and desirable product, attended with a known but apparently reasonable risks.»

encontraremos ante un producto defectuoso y no se aplicará la excepción del *comment k*⁷⁵.

La excepción del *comment k* se ha aplicado frecuentemente a las enfermedades o lesiones sufridas por una transfusión de sangre o por hemoderivados, en la que la sangre o el hemoderivado estaba contaminado. La excepción la encontramos en el caso *Cunningham v. MacNeal Memorial Hospital*⁷⁶ en que se manifestó que la excepción *k* del *Restatement* no se aplicaba a los casos de sangre infectada, ya que ésta es «impura» y la excepción se refiere a productos con peligros inherentes pero «no defectuosos». El Tribunal declaró:

«To allow a defence to strict liability on the ground that there is no way, either practical or theoretical, for a defendant to ascertain the presence of impurities in his product would be to emasculate the doctrine (of strict liability) and in a very real sense would signal a retreat to a negligence theory.

(...) the exception relates only to products which are not impure, and which, even if properly prepared, inherently involve substantial risk of injury to the user».

Esta decisión fue muy criticada y las críticas se fundaban en que el Tribunal había ignorado la parte de la excepción en la que se contempla que en ciertos fármacos, nuevos o experimentales, en los que, por falta de tiempo o de experiencia médica, no se puede tener el convencimiento de que sean seguros o que sus ingredientes sean puros, pero que la propia experiencia médica justifica su distribución y su utilización a pesar de existir un riesgo reconocible.

Los mecanismos mediante los que los Estados niegan la indemnización para enfermedades contraídas por transfusiones de sangre (hepatitis, Sida, u otras) han sido; o excluir expresamente las transfusiones de sangre del régimen de responsabilidad objetiva, o establecer que no estamos ante un producto sino ante un servicio, de tal forma que no entra

⁷⁵ El ejemplo más claro es el caso del MER/29. El fármaco MER/29 se desarrolló de forma experimental y se consideró efectivo en la reducción de colesterol en la sangre, pero cuando estaba en el mercado se descubrió que causaba cataratas y otros efectos secundarios, por lo que se retiró del mercado. Dio lugar a unas 1.500 demandas. Los primeros casos declararon que el vendedor no era responsable, en base a que el peligro era imposible de descubrir. Posteriormente, los abogados de los demandantes probaron que el fabricante era consciente de que sus pruebas no eran concluyentes ni satisfactorias y que había manipulado dichos resultados en los informes que entregó a la FDA en aras a obtener el permiso para su comercialización. *V. Roginsky v. Richardson-Merrell, Inc.* (1967) 251 Cal.App.2d 689, 60 Cal.Rprt. 398.

⁷⁶ 47 III.2d 443, 266 N.E.2d 897 (1970).

dentro del sistema del 402 A del *Restatement* que requiere la venta del producto para la imposición de responsabilidad objetiva.

La excepción del *comment k* del *Restatement*⁷⁷ se ha alegado con frecuencia para los daños o lesiones causadas por el consumo de fármacos. Estos casos plantean cuestiones complicadas de resolver ya que, por ejemplo, la distribución y venta de fármacos en los USA requiere la aprobación de la agencia federal FDA. Un buen ejemplo es *Grundberg v. Upjohn Co.*⁷⁸, en el que al Tribunal Supremo de Utah se le planteó la pregunta de si en dicho Estado se debe aplicar la excepción del *comment k* del *Restatement*.

El supuesto de hecho era el siguiente: Mildred Lucille Coats de 83 años murió como consecuencia de los disparos que le propinó su hija, Ilo Grundberg, el 19 de junio de 1988. Se entabla la acción y los demandantes alegan que Ilo disparó a su madre como resultado de la ingestión del fármaco Halcion, una droga fabricada para tratar el insomnio. Alegan que disparó a su madre cuando estaba bajo un estado de alucinación inducido por la droga, que conllevaba también otros efectos secundarios como depresión, psicosis, falta de personalidad, comportamiento agresivo

⁷⁷ La propuesta de *Restatement (Third) of Torts* del *American Law Institute* recoge en la sección 4 la responsabilidad por daños causados por fármacos y dispositivos médicos.

Las secciones más novedosas son la sección 17 y 18 en las que se recogen unas obligaciones de informar posteriores a la venta del producto.

Section 17. Liability of seller, other distributor or successor for post-sale failure to warn of risk.

One who sells or otherwise distributes a product, or who is a successor of the seller or distributor, is subject to liability for harm to persons or property caused by its failure to provide post-sale warning or instruction when:

- (a) *the seller or distributor (or its successor) discovers reasonably should discover, after the sale or distribution of the product, that the product poses a risk of harm to persons or property; and*
- (b) *the persons or class of persons to whom the post-sale warning or instruction should be provided can practically be identified; and*
- (c) *an adequate warning or instruction can practicably and effectively be communicated to, and acted on by, the identified persons or class of persons; and*
- (d) *the risk of harm is sufficiently great that the burden of providing a post-sale warning or instruction is justified.*

La sección 18 básicamente establece que el vendedor o distribuidor no serán responsables por no retirar el producto, a menos que esta retirada se requiera por ley o reglamento, o que el vendedor o distribuidor voluntariamente la realicen. La razón principal para incorporar la sección 18 es la de dejar claro que entre las obligaciones de la sección 17 no se encuentra la de retirar el producto.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que aún en el caso, de que esta propuesta se aprobase finalmente, habría que esperar unos años para ver cuál es su aceptación en los tribunales y en los Estados, ya que el ALI carece de poder legislativo.

⁷⁸ *Supreme Court of Utah*, 1991, 813 P.2d. 89.

y homicida. Alegan, entre otras cuestiones, que el fabricante fracasó en informar sobre los efectos secundarios de la droga y que además, ésta posee un defecto de diseño. Los demandados argumentaron que el orden público apoya la idea de que las investigaciones y el desarrollo de nuevas drogas requieren la declaración de que todos los medicamentos aprobados por la FDA son *unavoidably unsafe products* bajo el *comment k* y por lo tanto los fabricantes de esas drogas no deben ser declarados responsables en una demanda basada en defecto de diseño. Los demandantes alegaron que la excepción del *comment k* no podía ser aplicada de forma general para todos los fármacos sino que se debe determinar si cada fármaco en particular está o no dentro del ámbito del *comment k*.

El Tribunal⁷⁹ estuvo de acuerdo con la proposición básica del *comment k*, es decir, que existen ciertos productos que poseen peligros asociados con su uso aún cuando se utilizasen la forma adecuada para ellos. Estaban de acuerdo también con que el vendedor de esos productos —cuando el producto está preparado adecuadamente y distribuido con la información adecuada— no debe ser declarado responsable en base a la teoría de responsabilidad objetiva por las «consecuencias desafortunadas» que provoque su uso. Por ello, adoptan el *comment k* como derecho aplicable en Utah, y analizan la cuestión de cómo debe ser aplicado.

El Tribunal aclaró que la inmunidad del *comment k* sólo existe en los casos de defecto de diseño, y que no se extiende al defecto de información o al de fabricación, puesto que su propósito es el de proteger a aquellos productos que no pueden ser diseñados de forma más segura. Esta limitación en el ámbito de aplicación del *comment k* se acepta universalmente. A continuación analiza la polémica de si la aplicación del *comment k* debe hacerse de forma general para todos los fármacos o si ésta requiere un análisis *case by case*, y para ello se remite a la jurisprudencia.

California fue el primer Estado en aplicar el test de *risk/benefit* para determinar qué drogas tienen derecho a la protección del *comment k*, en *Kearl v. Lederle Laboratories*⁸⁰. El Tribunal de *Kearl* trató los problemas

⁷⁹ El Tribunal comenzó su exposición analizando la ley aplicable en el Estado de Utah. En primer lugar reconocen que en dicho Estado se aprobó la sección 402 A del *Restatement* en *Ernerst W. Hahn, Inc. v. Armco Steel Co.* (601 P.2d 152, 158 (Utah 1979)), y por lo tanto también el *comment k*.

⁸⁰ 172 Cal.App.3d 812, 218 cal.Rptr 453 (1985). Este caso fue anulado luego en *Brown v. Superior Court* (44 Cal.3d 1049, 245 Cal.Rptr, 412, 751 P.2d 470, (1988)), en el que se estableció que la norma en California es que todos los fármacos con prescripción médica tienen derecho a la protección del *comment k*.

que se causan en la investigación y en el desarrollo de nuevas drogas y expresó su desacuerdo con el método «mecánico» por el que muchos tribunales de apelación concluían que los fármacos tienen derecho a este tratamiento especial. En su opinión, la decisión debía tomarse en base al test de *risk/benefit*. Bajo este test un producto estará dentro del ámbito de aplicación del *comment k* sólo si el tribunal llega a la conclusión de que: (1) el producto pretendía lograr un beneficio excepcionalmente importante, (2) el riesgo que poseía era inherente e imposible de evitar cuando se distribuyó.

En contraste con estos tribunales que aplicaron la excepción en base a un *case by case* se encuentran aquellos tribunales que apoyan la postura de que todas las drogas prescritas tienen derecho a esta excepción. En *Brown v. Superior Court* el Tribunal trató un caso en el que se demandaba a los fabricantes de diethylstilbestrol. El Tribunal consideró que el test de *risk/benefit* suponía un procedimiento impracticable por su impacto negativo en el desarrollo de nuevos fármacos. Además consideró que era demasiado amplio y que daría lugar a que jueces distintos resolvieran casos iguales de forma diferente. El Tribunal valoró tres cuestiones para no imponer responsabilidad objetiva en estos casos. Primero, los fabricantes podrían parar su producción de drogas valiosas para la comunidad por la pérdida de beneficios resultantes de las demandas y por la incapacidad de conseguir un seguro adecuado. Segundo, los consumidores tienen interés en disponer rápidamente de los nuevos productos farmacéuticos. Imponer responsabilidad por defecto de diseño puede causar que los fabricantes retrasen la salida de nuevos productos al mercado, aun cuando tengan la aprobación de la FDA. Tercero, el coste añadido de asegurarse en contra de la responsabilidad objetiva y los programas adicionales de investigación puede llevar a que el coste de la medicación aumente a un punto en el que los consumidores no puedan comprarlo. Concluyó que la excepción era aplicable en base al interés público en el desarrollo y en el precio razonable de fármacos.

El Tribunal Supremo en *Grudberg*, después del estudio de la jurisprudencia de otros Estados, decidió apoyar la decisión de *Brown*, según la cual el método del *case by case* no funcionaba correctamente y la excepción debía aplicarse a todos los fármacos de forma general:

«We agree with the principle *comment k* embodies, that manufacturers of unavoidably dangerous products should not be liable for a claim of design defect. We are persuaded that all prescription drugs should be classified as unavoidably dangerous in design because of their unique nature and value, the elaborate regulatory systems overseen by the FDA,

the difficulties of relying on individual lawsuits as a forum in which to review a prescription drug's desing, and the significant public policy considerations notad in Brown. We therefore reach the same conclusion as did the California Supreme Court in Brown, albeit pursuant to a slightly different rationale».

También analizó las características únicas de los productos farmacéuticos, que a la postre es la razón que les llevó a tomar la decisión anterior⁸¹. El Tribunal no olvidó en su análisis a la FDA⁸². Como consecuencia de todo lo anterior el Tribunal Supremo dijo:

«We find this extensive regulatory scheme capable of and appropriate for making the preliminary determination regarding whether a prescription drug's benefits outweigh its risks. The structured follow-up program imposed by law ensures that drugs are not placed on the market without continued monitoring for adverse consequences that would render the FDA's inicial *risk/benefit* analysis invalid. Allowing individual courts and/or juries to continually reevaluate a drug's risks and benefits ignores the processes of this expert regulatory body and the other avenues of recovery available to plaintiffs».

La respuesta final del Tribunal de Utah fue contraria a las pretensiones de los demandantes, aunque les reconoció que disponían de otras vías:

«In light of the strong public interest in the availability and affordability of prescription medications, the extensive regulatory system of the FDA, and the avenues of recovery still available to plaintiffs by claiming inadequate warning, mismanufacture, improper marketing, or misrepresenting information to the FDA, we conclude that a broad grant of immunity from

⁸¹ «Despite inherent risks, and in contrast to any other product, society has determined that prescription medications provide a unique benefit and so should be available to physicians with appropriate warnings and guidance as to use. The federal government has established an elaborate regulatory system, overseen by the FDA, to control the approval and distribution of these drugs. No other class of products is subject to such special restrictions or protections in our society.»

⁸² United States v. Sullivan, 332 U.S. 689, 696, 68 S.Ct. 331, 335, 92 L.De. 297 (1948). La agencia se creó para proteger a los consumidores de los productos peligrosos. Antes de la aprobación de un medicamento nuevo la FDA utiliza importantes mecanismos para asegurar que los beneficios potenciales del producto superan a sus riesgos asociados. Este proceso puede requerir años de pruebas y exámenes. Pero además, la FDA también lleva a cabo investigaciones una vez que el producto sale al mercado. Todos los informes sobre reacciones adversas de un fármaco deben ser comunicados a la FDA por médicos, investigadores o fabricantes.

strict liability claims based on design defects should be extended to FDA-approved prescription drugs in Utah.»⁸³

Como conclusión cabe decir que del análisis de la jurisprudencia norteamericana se desprende que en la aplicación de la excepción del *comment k* no existe unanimidad. Algunos tribunales evalúan cada producto para determinar si éste es *unavoidable unsafe*, mientras que otros, como el Tribunal de Utah, declaran que todos los productos de una categoría (en concreto, todos los productos farmacéuticos) son *unavoidable unsafe*.

C. Riesgos desconocidos

El último grupo de casos a los que se aplica el *state of the art* son aquellos en los que el producto contiene un peligro o un riesgo de causar daños que resulta desconocido en el momento en el que se pone en

⁸³ En este caso hubo una opinión disidente, la del Juez STEWARD, que recogemos a continuación de forma parcial:

«In truth, FDA safety procedures do not justify abdication of judicial responsibility. For example, the FDA does not require existing drugs to undergo newly development tests which would increase the likelihood that a product is in fact safe (...)

(...) Numerous congressional investigations have demonstrated that the FDA has often approved drugs in complete ignorance of critical information relating to the hazard of such drugs which was contained either in its own files or in the published medical literature, or both.

In relying on the efficacy of FDA approval procedures as the basis for dispensing with the judicial remedy of product liability, the majority simply ignores FDA failures to protect the public against unnecessary and unacceptable risks (...)

Furthermore, not a shred of evidence has been presented to this Court that indicates that liability under the tort system has deterred pharmaceutical companies from introducing new drugs. Even if that were the case, the question that must be answered, given the majority's holding, is why *comment k* does not provide a proper accommodation of all the competing policy interests involved in the issue before the Court. Why should those who are seriously injured or suffer because of the death of another have to stand the expense of such losses to support the high profit margins in the drug industry?

The majority opinion states that a case-by-case analysis would leave drug companies uncertain regarding questions of immunity and would result in patchwork verdicts when a drug may be found to be subject to *comment k* exemption in one case but not subject to the exemption in another case. That consideration has little merit, in my view. We tolerate nonuniformity of results in negligence cases at all times. Nothing this Court does can bring about uniformity of result with respect to drugs. The states are already divided on the issue of whether FDA approval of a drug should confer immunity from design defect, although it appears that no state has gone as far as Utah now does. Suffice to say, a number of courts apply *comment k* on a case-by-case basis — a task that cannot be avoided even under the majority's position if a strict liability claim is coupled with a negligence claim, as is usually the case.»

circulación en el mercado⁸⁴ y sólo con posterioridad y gracias a los avances de la ciencia y de la tecnología se descubre la cualidad defectuosa del producto. Al igual que en los otros supuestos que hemos tratado hasta el momento, también aquí la jurisprudencia norteamericana se encuentra dividida. Existen tribunales que consideran que el desconocimiento del riesgo es irrelevante bajo la teoría de responsabilidad objetiva (el *leading case* es *Beshada v. Johns-Manville Products Corp.*)⁸⁵. Aunque ésta es la postura minoritaria, ha sido adoptada, por ejemplo, por el Tribunal Supremo de Missouri, en *Elmore v. Owens-Illinois*⁸⁶.

Sin embargo, la mayoría de las jurisdicciones han seguido la postura de *Feldman v. Lederle Laboratories*⁸⁷ y la incapacidad científica de descubrir el defecto funciona como causa de exoneración de responsabilidad del demandado, que es sobre quien recae la carga de la prueba.

En los Estados Unidos el problema surgió con fuerza en los daños causados por el asbesto. Un buen ejemplo es *Owens-Illinois, Inc. v. Zenobia*⁸⁸, en el que el Tribunal analizó la aplicación del *state of the art* en un caso de responsabilidad objetiva frente a los que se resuelvan bajo la teoría de negligencia.

El punto de partida es la sección 402 A del *Restatement*, tantas veces citada en este texto, según la que el demandado debe probar:

«(1) [that] the product was in a defective condition at the time it left the possession or control of the seller, (2) that it was unreasonably dangerous to the user or consumer, (3) that the defect was a cause of the injuries, and (4) that the product was expected to and did reach the consumer without substantial change in its condition».

Por lo tanto, la sección 402 impone responsabilidad sin tener en cuenta el conocimiento del defecto y aunque el vendedor haya puesto en práctica todas las medidas de cuidado posible en la preparación y venta del producto⁸⁹. Cuando se ha alegado que un producto es defectuoso por

⁸⁴ Este es el que se corresponde con la cláusula de exclusión de responsabilidad de la Directiva 85/374 y de la Ley 22/1994.

⁸⁵ 90 N.J. 191, 447 A.2d 539 (1982).

⁸⁶ 673 S.W.2d. 434 (Mo. 1984). El Tribunal Supremo consideró irrelevante el hecho de que el fabricante no pudiese haber conocido los riesgos de su producto porque en Missouri el test que se aplica es el de las «expectativas del consumidor» de la sección 402 A del *Restatement*, y su aplicación junto con los fines de la responsabilidad objetiva hacen que la incapacidad de descubrir el riesgo no pueda ser considerada una defensa para el demandado.

⁸⁷ 97 N.J. 429, 479 A.2d. 374 (1984).

⁸⁸ *Court of Appeals of Maryland*, 1992, 325 MD 420, 601 A.2d 633.

⁸⁹ *V. Restatement (Second) of Torts 402 A, comment a* (1965).

defecto de información muchos tribunales han considerado aplicable el *comment j* del *Restatement*⁹⁰ en el que se distingue el producto que contiene una información adecuada del producto defectuoso:

«a product bearing such a warning, which is safe for use if it is followed, is not in defective condition, nor is it unreasonably dangerous».

Algunos tribunales han reconocido que este comentario parece contradecir o crear una excepción a la regla de la sección 402 A. Pero la mayoría de los tribunales que han considerado el defecto de información bajo la teoría de *strict liability* han declarado expresa o implícitamente que el fabricante de un producto, que es defectuoso sólo por la falta de información adecuada, no es responsable cuando el defecto de información resulte de la ausencia de conocimiento de la cualidad peligrosa del producto. Además, alegan que la existencia del conocimiento en el demandado puede ser establecido mediante la prueba de que la cualidad peligrosa del producto debería haber sido conocida por el fabricante porque era conocida en la comunidad científica o de expertos. El Juez MINOR WISDOM, en otro caso de asbesto, en relación al conocimiento que debe tener el fabricante dijo⁹¹:

«in cases such as the instant case, the manufacturer is held to the knowledge and skill of an expert. This is relevant in determining (1) whether the manufacturer knew or should have know the danger... The manufacturer's status as expert means that at the minimum he must keep abreast of scientific knowledge, discoveries, and advances and is presumed to know what is imparted therby».

La mayoría de los tribunales norteamericanos manifiestan que la prueba del *state of the art* es pertinente en los casos de defecto de información⁹². La Corte de Apelación de Maryland, en el caso Zenobia,

⁹⁰ *Comment j*: «the seller is required to give warning against “the danger”, if he has knowledge, or by the application of reasonable, development human skill and foresight should have knowledge, of the (...) danger (...)».

⁹¹ *Borel v. Fibreboard Paper Products Corporation*, 493 F.2d 1076, 1089 (5th Cir.1973), 419 U.S. 869, 95 S.Ct. 127, 42 L.De.2d 107 (1974).

⁹² Los profesores HENDERSON y TWERSKI argumentan que la diferencia entre *strict liability* y *negligence* en un caso de defecto de información es semántica e innecesariamente confusa. (V. HENDERSON, TWERSKI, «Doctrinal Collapse in Products Liability: The Empty Shell of Failure to Warn», en *New York University Law Review*, 1990, n.º 65, p. 265).

reconoció que en el defecto de información del *Restatement* se han colado conceptos de negligencia. En el caso juzgado ante la Corte de Maryland los demandantes alegaron que la prueba sobre el conocimiento del fabricante no debería ser relevante. Los demandados alegaron que la otra parte debería probar el *state of the art* como parte de su caso. El *trial judge* estuvo de acuerdo con estos últimos y requirió a los demandantes para que probaran el *state of the art*. El United States *Court of Appeals* aplicando la ley de Maryland declaró que en estos casos la prueba es relevante en relación a la responsabilidad del demandado. La Corte de Apelación de Maryland llegó a la conclusión, después del análisis de la jurisprudencia del Estado, de que el vendedor (o fabricante) no puede ser declarado responsable bajo la teoría de responsabilidad objetiva a menos que conociera el peligro o lo debiera haber conocido. La imposibilidad técnica o científica de conocer el defecto o el peligro inherente del producto funciona como causa de exención de responsabilidad. El análisis del conocimiento del agente debe ser evaluado, según manifestó el Tribunal, en base al conocimiento que posee un experto de su misma área⁹³.

Lo que no queda claro es si la prueba de la posibilidad o imposibilidad de conocer la existencia del defecto recae sobre el demandante o sobre el demandado. Los profesores PROSSER y KEETON son de la opinión de que la carga de la prueba debe recaer sobre el demandante⁹⁴. Sin embargo, en un gran número de sentencias se ha declarado que la carga de la prueba recae sobre el demandado, ya que el *state of the art* funciona como causa de exclusión de responsabilidad. En *Feldman v. Lederle Laboratories*⁹⁵ el Tribunal dijo que en los casos de defecto de información bajo la teoría de responsabilidad objetiva, a diferencia de aquéllos que se entablen bajo la teoría de negligencia, sobre el demandado recae la carga de la prueba de que no existía información sobre la existencia del defecto y que, por lo tanto, carecía de conocimiento alguno sobre la existencia del defecto. La razón esgrimida fue la de que el demandado se encuentra en una posición superior para conocer los

⁹³ Las palabras del Tribunal fueron:

«We hold that *Comment j* of 402 a is applicable to a strict liability cause of action where the alleged defect is a failure to give adequate warnings. Therefore, the seller is not strictly liable for failure to warn unless the seller has “knowledge, or by the application of reasonable, development human skill and foresight should have knowledge, of the presence of the... danger”. *Restatement (Second) of Torts 402 A, Comment j*. Moreover, we agree with the numerous cases holding that, for purposes of the “should have knowledge” component of *comment j*, a manufacturer of a product is held to the knowledge of an expert in the field.»

⁹⁴ PROSSER, *Prosser and Keeton on Torts, cit.*, p. 697.

⁹⁵ 97 N.J. 429, 479 A.2d 374(1984).

materiales o las informaciones tecnológicas en un ámbito determinado. Además, que es el demandado el que ha introducido el producto en el mercado para su beneficio económico⁹⁶.

VII. España

1. Antecedentes

Hasta 1984, el sistema legal español se basaba en las provisiones de los códigos decimonónicos (Código Civil y Código de Comercio) que establecen una responsabilidad predominantemente basada en la culpa o negligencia del agente. Nuestra legislación se acercó a un sistema basado en la responsabilidad objetiva en la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios de 1984 (L.C.U.)⁹⁷. En el artículo 26 de la L.C.U. se contempla un régimen de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba que permite al demandado liberarse de responsabilidad si «consta o se acredita que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentarios establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad»⁹⁸. Bajo el artículo 26 el demandado podrá exonerarse de responsabilidad si prueba que se ha ajustado a las técnicas habituales de producción del sector, que empleó los materiales utilizados en otras empresas, etc. Es decir, no se encontrará culpa alguna en el demandado simplemente por ignorar lo que nadie en ese momento conocía.

⁹⁶ Aunque en el caso de Maryland no se planteó la cuestión, la Corte dijo que la carga de la prueba recaía sobre el demandante.

⁹⁷ Ley 26/1984, de 19 de julio. El origen de la Ley de Consumidores de 1984 fue la conmoción social provocada por el envenenamiento masivo producido por el aceite de colza desnaturalizado.

⁹⁸ Vid. PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección al consumidor*, op. cit., pp. 376 y ss:

«De la lectura del precepto se desprende que en el artículo 26 el legislador quiso aplicar a los daños por productos la formulación jurisprudencial del artículo 1.902.»

La opinión contraria fue la adoptada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La adaptación del derecho español a la directiva comunitaria sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos», *Estudios sobre Consumo*, n.º 12, abril 1988, p. 117:

«Parece lógico entender que nuestro legislador ignoró el tema. Consecuentemente parece lógico y prudente deducir que no pretendió extender su protección a los mencionados riesgos... De acuerdo con lo dicho, nuestra LGDCU no incluye la responsabilidad por este tipo de riesgos... La falta de mención de esta cuestión en la LGDCU equivale, pues, a un rechazo de la inclusión de semejante responsabilidad a cargo de los productores y fabricantes.»

En el artículo 28 de la L.C.U. se encuentra la primera aproximación de nuestro sistema, en materia de responsabilidad por productos, a la responsabilidad objetiva y no se recoge, en dicho artículo, ninguna excepción. Parece entonces que la excepción de los riesgos del desarrollo no fue contemplada por el legislador de 1984⁹⁹ y que en este artículo rige la responsabilidad por los riesgos de desarrollo. La profesora PARRA LUCÁN, en búsqueda de una solución intermedia, respetuosa con el tenor del artículo 28 y con los intereses de los consumidores y los productores, analiza el supuesto de una vacuna que cura cierta enfermedad aunque provoca efectos secundarios graves, por ejemplo cuando la víctima queda ciega pero, de no haber sido vacunada, hubiera muerto. PARRA LUCÁN no se cuestiona (como sí se ha hecho en los Estados Unidos en el análisis del *risk/benefit*) que el producto no sea defectuoso; su pregunta va encaminada a si la reparación debe o no ser aminorada, compensando el daño con los beneficios obtenidos por el producto:

«Así, habría de entender que no hay daño causado sino en lo que éste supere a la ventaja proporcionada. En definitiva la aceptación de esta tesis supondrá que el consumidor no podrá obtener la reparación de ciertos daños si a causa del uso o consumo del producto que se los ha originado le han sobrevenido ciertas consecuencias beneficiosas. Desde luego que la consideración de las ventajas obtenidas para disminuir la reparación ha de tener en cuenta otras circunstancias tales como la imposibilidad de lograr por otra vía el beneficio obtenido.»¹⁰⁰

2. Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos¹⁰¹

En el largo proceso legislativo de la nueva Ley, se partió de un primer borrador del profesor ROJO, sobre cuya base la Comisión General

⁹⁹ V. PARRA LUCÁN, p. 397:

«En efecto, con la lectura de los debates parlamentarios se comprueba que el legislador de 1984 ignoraba los problemas que podía plantear la evolución de los conocimientos científicos y técnicos acerca del carácter defectuoso de un producto.» Esta autora también recoge la enmienda n.º 115 presentada por Escuder Croft al artículo 27 del Proyecto de Ley de 2 de diciembre de 1983, proponiendo una nueva redacción. El artículo 27.3.a) propuesto establecía:

«3. La responsabilidad del fabricante podrá ser suprimida o reducida por los Tribunales en aquellos supuestos que a continuación se indican:

a) Que el defecto fuese debido a caso fortuito. El fabricante no responde de aquellos daños que no hubiera podido prever o que previstos fueran inevitables.»

¹⁰⁰ PARRA LUCÁN, *cit.*, p. 399.

¹⁰¹ Ley 6-7-1994, n.º 22/1994.

de Codificación reelaboró un anteproyecto. Posteriormente, el 12 de febrero de 1992, el Gobierno aprobó un Anteproyecto de Ley, que el adelanto de las elecciones generales truncó, dando lugar al de 20 de diciembre del mismo año y finalmente a la Ley 22/1994, de 6 de julio.

Una de las diferencias que existen entre la Ley española y la Directiva se encuentra en el artículo 6.3 (en donde se ha hecho uso de la posibilidad prevista en el artículo 15.1.b):

Artículo 6. Causas de exoneración de la responsabilidad.

1. e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto.

3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con esta Ley, no podrán invocar la causa de exoneración de la letra e) del apartado 1 de este artículo.

El artículo 6.3 de la Propuesta de Anteproyecto de la Ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos recogía la responsabilidad por los riesgos del desarrollo para los fabricantes de medicamentos destinados al consumo humano¹⁰². La inclusión de los alimentos se produjo en el Anteproyecto del Ministerio de Justicia de ley de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos¹⁰³, y apareció después en los sucesivos proyectos de febrero y diciembre de 1993¹⁰⁴.

La adopción del artículo 6.3 ha sido llamativa para ciertos sectores doctrinales. Por ejemplo, GÓMEZ LAPLAZA y DÍAZ ALABART¹⁰⁵ después de analizar los distintos argumentos esgrimidos a favor y en contra de la adopción de los riesgos de desarrollo declaran:

«Todas estas reflexiones hacen que nos planteemos que, a primera vista, al menos, pueda parecer extraño, que un país como España, no precisamente entre los de mayor potencia económica de Europa, haya optado por extender la responsabilidad del fabricante a este tipo de riesgos, cuando la mayor parte de los Estados de la Unión Europea han desistido de ello».

¹⁰² Texto de la Ponencia de 26 de enero de 1988 preparada por el profesor Rojo (Boletín de Información del Ministerio de Justicia n.º 1.489, pp. 1.928 y ss.).

¹⁰³ 2-12-1988, NO 11-03.

¹⁰⁴ Ciertos partidos políticos se opusieron argumentando que el artículo 15.1(b) de la Directiva permitía a los Estados incluir o excluir «completamente» los riesgos de desarrollo, pero que no permitía hacerlo sólo en relación a ciertos productos.

¹⁰⁵ GÓMEZ LAPLAZA, DÍAZ ALABART, «Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos», en *Actualidad Civil*, 1995, n.º 25, p. 537.

Sin embargo es muy probable que la solución adoptada por la Ley española no dé lugar a las consecuencias desastrosas para la industria farmacéutica y de alimentos apuntadas por un sector de la doctrina. En primer lugar, porque las empresas que con mayor probabilidad se verían afectadas por esta medida no tienen gran importancia en España, por ejemplo las empresas farmacéuticas; y en segundo lugar, porque un análisis del resto de las disposiciones de la Ley lleva a la conclusión de que no será fácil para los demandantes que sus reclamaciones prosperen (por ejemplo, límites temporales, pecuniarios, productos excluidos, etc.)¹⁰⁶.

3. *Análisis del artículo 6.1.e)*

El artículo 6.1.e) hace referencia a que el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permita apreciar la existencia del defecto. Está claro que no nos encontramos ante una situación similar a la que se da en algunos Estados norteamericanos, en la que se discute la existencia o no del defecto. Evidentemente, el producto del que se trata en este artículo es defectuoso. Por ello es importante examinar cómo debe ser el estado de los conocimientos científicos y técnicos que permiten la causa de exclusión de responsabilidad recogida en el 6.1.e). El criterio, mayoritariamente aceptado, es la incapacidad de descubrir el defecto para todo el mundo. Estamos de acuerdo con PARRA LUCÁN cuando dice que la imposibilidad es absoluta e independiente de las dificultades que suponga la investigación precisa de la existencia del defecto e, incluso, del nivel de gastos que comporte¹⁰⁷. Se ha discutido hasta qué punto la existencia, por ejemplo, de un informe médico elaborado en japonés puede evitar la aplicación de la exoneración de responsabilidad. Debido a la falta de jurisprudencia sobre esta cuestión nos es imposible aventurar una respuesta, aunque, si la norma se aplicase de forma estricta, la mera existencia de ese informe o artículo escrito en japonés debería ser suficiente para impedir la aplicación del artículo 6.1.e). Sin

¹⁰⁶ De esta misma opinión son las autoras anteriores GÓMEZ LAPLAZA y DÍAZ ALABART, *op. cit.*, p. 537:

«En realidad, el problema no es en general tan grande como parece, y menos aún para el caso de España.»

¹⁰⁷ V. María A. PARRA LUCÁN, *cit.*, p. 521. Debemos dejar constancia de que la profesora PARRA LUCÁN hace estas apreciaciones en su comentario sobre los riesgos de desarrollo en la Directiva. Sin embargo, consideramos que no hay inconveniente en trasladar estas afirmaciones al conocimiento que se exige en la Ley española porque ésta transcribe fielmente, en este apartado, el texto de la Directiva.

embargo, no parece probable que los tribunales lleven a cabo una interpretación tan rigurosa del artículo.

El momento en el que se debe analizar el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes es el momento de «puesta en circulación del producto». Sin embargo, y aunque este concepto aparece abundantemente en el texto de la Ley¹⁰⁸, su significado no es siempre sencillo porque ni la Directiva ni la Ley española lo definen. El Convenio del Consejo de Europa, en su artículo 2 d) ofrece una definición de «puesta en circulación». Dispone este artículo que un producto ha sido puesto en circulación cuando el productor lo ha entregado a otra persona¹⁰⁹. Otra característica que se desprende de la legislación comunitaria (en especial art. 7.a) de la Directiva y 6.1.a) de la Ley española) es la voluntariedad. Si el producto no ha sido puesto en circulación de forma voluntaria por el fabricante o productor, éste no responde. Además hay que tener en cuenta que los posibles responsables de una responsabilidad por productos defectuosos no son sólo los fabricantes del producto, sino que, por ejemplo, también lo pueden ser los importadores o los suministradores (art. 4 Ley española¹¹⁰) y ésta es la cuestión más difícil de responder, ya que el momento de puesta en circulación de cada uno de los posibles responsables no tiene por qué ser coincidente.

De acuerdo con la definición recogida más arriba del Consejo de Europa, el momento de puesta en circulación será para el importador

¹⁰⁸ Por ejemplo, en la Exposición de Motivos «La responsabilidad objetiva del fabricante dura diez años desde la puesta en circulación del producto defectuoso causante del daño»; artículo 3.1, 3.3, artículo 6.1.a), artículo 6.1.b), artículo 13, y disposición transitoria única.

¹⁰⁹ V. ALCOVER GARAU, *La responsabilidad civil del fabricante. Derecho comunitario y adaptación al Derecho español*, Madrid, 1990, pp. 118 y ss.

¹¹⁰ Artículo 4. Concepto legal de fabricante e importador:

«1. A los efectos de esta Ley se entiende por fabricante:

- a) El de un producto terminado.
- b) El de cualquier elemento integrado en un producto terminado.
- c) El que produce una materia prima.
- d) Cualquier persona que se presente al público como fabricante, poniendo su nombre, denominación social, su marca o cualquier otro signo distintivo en el producto o en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o de presentación.

2. A los mismos efectos, se entiende por importador quien, en el ejercicio de su actividad empresarial, introduce un producto en la Unión Europea para su venta, arrendamiento, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución.

3. Si el fabricante no puede ser identificado, será considerado como fabricante quien hubiera suministrado o facilitado el producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del fabricante o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante.»

cuando éste lo entregue voluntariamente a otra persona, lo mismo para el fabricante o para el suministrador si el productor no puede ser identificado¹¹¹. Es decir, cuando cada uno de ellos pierde voluntariamente el control sobre el producto. Sin embargo, existen autores que consideran que ésta no es la solución adecuada. Por ejemplo, ALCOVER GARAU¹¹²:

«Así, si se estima que el fabricante no debe responder por riesgos de desarrollo, parece ilógico por ejemplo que por conocerse éstos en el lapso de tiempo que media entre la puesta en circulación del producto del fabricante y la del importador deba responder éste que no tiene por qué conocerlos ni cómo controlarlos. Y lo mismo se puede decir del fabricante aparente.

Por tanto, se puede concluir que la puesta en circulación relevante a los efectos de la Directiva sólo puede ser la de los fabricantes y no la del resto de legitimados sean éstos directos o supletorios. Cualquier otra solución no parece aceptable, ya que grava la posición de los distribuidores cuando no hay razones para proteger a los consumidores frente a los fabricantes que son los auténticos responsables».

Nosotros no estamos de acuerdo con esta postura. La Directiva y la Ley española han contemplado una pluralidad de sujetos como posibles responsables de los daños ocasionados por un producto inspirados por el deseo de dispensar la máxima protección al consumidor (considerando cuarto del texto comunitario). Se busca garantizar la indemnización a la víctima del daño. Por ello si adoptamos la postura anterior estaríamos vaciando de contenido el artículo 4 de la Ley española y los motivos y fines que en él subyacen.

4. *Análisis del artículo 6.3*

España ha sido el único país de la Comunidad Europea que ha optado por excluir de la defensa de los riesgos del desarrollo a una serie de productos. La mayoría de los países ha declarado la defensa aplicable

¹¹¹ De la misma opinión es la profesora PARRA LUCÁN, *cit.*, p. 526:

«A mi juicio, y habida cuenta de que aparecen equiparados al productor una serie de sujetos la puesta en circulación del producto aparecerá referida para cada uno de ellos, al momento en que se desprenden voluntariamente del producto: la salida de fábrica, la entrega a otro sujeto de la cadena de distribución, la venta al consumidor final...».

¹¹² ALCOVER GARAU, *cit.*, pp. 122-123. De la misma opinión es R. BERCOVITZ, *La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva...* p. 122, citado en PARRA LUCÁN, *op. cit.*, p. 529): «la carga de estar al corriente del conocimiento científico y técnico y de utilizarla en relación con los defectos de los productos sólo se puede imponer lógicamente al productor».

para todos los productos dentro del ámbito de la Ley o han optado por no incorporar la defensa dentro del ámbito de aplicación de la Ley (por ejemplo, Luxemburgo).

En primer lugar debemos analizar cuáles son los productos para los que no se podrá invocar la causa de exoneración de la letra e) del apartado 1 del artículo 6: medicamentos, alimentos y productos alimentarios destinados al consumo humano. La ley de medicamentos española considera como medicamentos también a aquéllos destinados a animales o medicamentos veterinarios¹¹³. PARRA LUCÁN¹¹⁴ cree que existen razones para pensar que la exigencia de estar «destinados al consumo humano» puede ser también aplicable a los medicamentos y por tanto aquéllos destinados a animales quedarían fuera del ámbito de aplicación del artículo 6.3. Por el contrario, si están incluidos los medicamentos de origen humano (sangre, plasma) porque, usados con fines terapéuticos, son considerados como medicamentos (art. 40 de la Ley del medicamento). Con esta inclusión se separa la Ley española de las posturas mayoritariamente adoptadas en otros países, como por ejemplo en los Estados Unidos, en los que por los especiales beneficios que reporta la transfusión sanguínea se ha optado por excluir a éstos del ámbito de la responsabilidad objetiva¹¹⁵. Los artículos 1.02.01 y 1.02.12 del Decreto 2.484/1967, de 21 de setiembre, por el que se aprueba el Código alimentario español son de aplicación en lo que se refiere a los conceptos de «alimentos» y de «productos alimentarios».

El artículo 6.3 debe examinarse en relación con el límite total de la responsabilidad (art. 11), y la extinción de responsabilidad transcurridos 10 años desde la puesta en circulación del producto (art. 13).

¹¹³ Artículos 8, 43 y ss. de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre.

¹¹⁴ V. PARRA LUCÁN, «Notas a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos», en *Actualidad Civil*, 1995, n.º 36, p. 746.

¹¹⁵ V. GÓMEZ LAPLAZA, DÍAZ ALABART, *op. cit.*, p. 539:

«(...) un segundo punto, podría ser una razón de ineludible coherencia del legislador español con su compromiso con la protección del consumidor. Como se ha puesto de relieve ya en la ponencia de la Dra. Gómez Laplaza, en ciertos extremos nuestra Ley de Consumidores, ofrecía mayor protección al consumidor que la consagrada en la Directiva comunitaria, y sin embargo con el sistema adoptado para la trasposición se ha renunciado parcialmente a ese mayor nivel de protección conseguida, en aras de una mayor uniformidad con los derechos europeos en sede de protección por productos defectuosos. Quiero creer que nuestro legislador, de acuerdo con el mandato del artículo 51 CE, no ha querido dejar sin una protección especial a los perjudicados por unos productos, que como los medicamentos y alimentos son tan susceptibles de causar daños personales. No podemos olvidar que el origen de nuestra Ley de Consumidores de 1984, es la conmoción social producida por un envenenamiento masivo producido por un producto alimentario, el aceite de colza desnaturalizado».

Los daños causados por riesgos del desarrollo normalmente aparecen años después de que el producto haya sido puesto en circulación. En ocasiones el período transcurrido entre el descubrimiento científico o técnico que permite descubrir el daño y la puesta en circulación es superior al de 10 años (por ejemplo, los daños producidos por el asbesto). Según el artículo 13 de la Ley española los derechos reconocidos en dicha Ley se extinguirán transcurridos 10 años a contar desde la fecha en que se hubiera puesto en circulación el producto concreto causante del daño, a menos que, durante ese período, se hubiese iniciado la correspondiente reclamación judicial¹¹⁶. De la aplicación conjunta del artículo 6.3 y del límite del artículo 13 se llega a la conclusión de que un gran número de reclamaciones posibles que podían estar basadas en el artículo 6.3 (y por lo tanto el responsable no se eximiría de responsabilidad y la víctima del daño lograría la reparación), se verán malogradas por el transcurso del plazo de 10 años recogido en el artículo 13. Esta es probablemente una de las razones por las que la peculiaridad de la Ley española frente a la Directiva no dará lugar a grandes diferencias prácticas entre ellas, o entre la Ley española y aquellas leyes europeas que en la incorporación de la Directiva a su derecho interno han optado por incluir en su totalidad la excepción de responsabilidad de los riesgos de desarrollo¹¹⁷.

El artículo 11 de la Ley española recoge un límite en la cuantía de 10.500.000.000 de pesetas para la responsabilidad civil global del fabricante o importador por muerte y lesiones personales causadas por productos idénticos que presenten el mismo defecto¹¹⁸. Los daños causados por riesgos del desarrollo normalmente se sufren por un gran número de víctimas y los productos que han causado el daño son productos idénticos, con lo que claramente el límite económico es de aplicación a

¹¹⁶ El considerando número once de la Directiva indica que «no sería razonable hacer responsable al productor del estado defectuoso de su producto por tiempo ilimitado». V. artículo 11 de la Directiva:

«Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que los derechos conferidos al perjudicado en aplicación de la presente Directiva se extinguirán transcurrido el plazo de diez años a partir de la fecha en que el productor hubiera puesto en circulación el producto mismo que causó el daño, a no ser que el perjudicado hubiera ejercitado una acción judicial contra el productor.»

¹¹⁷ De la misma opinión son PARRA LUCÁN, *cit.*, p. 746 y GÓMEZ LAPLAZA, *cit.*, p. 538.

¹¹⁸ Artículo 16 de la Directiva:

1. Cualquier Estado miembro podrá disponer que la responsabilidad global del productor por los daños que resulten de la muerte o lesiones corporales causados por artículos idénticos que presenten el mismo defecto, se limite a una cantidad que no podrá ser inferior a 70 millones de ECUS.

los casos del 6.3 y es aquí, en el artículo 11, donde volvemos a encontrar un contrapeso a la responsabilidad objetiva «absoluta» recogida en el artículo 6.3.

ALCOBER GARAU se pregunta:

«¿qué ocurrirá si una vez indemnizadas una gran serie de víctimas por un montante global de 40.000.000 de ECUS, aparecen otras víctimas que pretenden en conjunto una indemnización de 50.000.000 de ECUS?»¹¹⁹

Este autor considera que el límite es elevado, «incluso demasiado para ser un límite», y además «en la medida en que los supuestos de riesgos de desarrollo son, excepto al parecer en el sector farmacéutico, muy poco frecuentes».

Es cierto que los daños causados por defectos desconocidos en el momento de puesta en circulación de un producto no son frecuentes, pero cuando se materializan el número de afectados suele ser de miles de personas, por ello no creemos que se pueda considerar que el límite sea «demasiado» elevado. El supuesto de ALCOBER GARAU —de distintas indemnizaciones que en conjunto superan el límite de la Ley— puede surgir en un sistema en el que no se recogen los riesgos del desarrollo como causa de exclusión de la responsabilidad. En estos casos creemos que se debería recoger algún método de acción colectiva (por ejemplo, algo similar a la *class action* norteamericana), puesto que de lo contrario nos podríamos encontrar con supuestos en los que debido al gran número de afectados y a la gravedad de las lesiones la suma de las indemnizaciones superase el límite legal. Podría ocurrir que aquellos que reclamasen primero tendrían probablemente mayor oportunidad de lograr la indemnización de sus daños que aquellos que reclaman una vez superado el límite, que no tendrán ninguna oportunidad de lograr indemnización en base a la Ley 22.

Por último, la Directiva establece un procedimiento específico bastante complejo para el caso de que un Estado miembro quiera eliminar la causa de exoneración del fabricante de los riesgos del desarrollo (art. 15.1.b). En este precepto se señala la exigencia de que el Estado comunique a la Comisión el texto de la medida propuesta, a fin de que ésta informe de ello a los demás Estados, debiendo esperar nueve meses a partir de la notificación para adoptar la medida, pudiendo la Comisión presentar al

¹¹⁹ ALCOVER GARAU se hace la pregunta en relación al límite recogido en la Directiva de 70 millones de ECUS. Consideramos que no existe problema alguno en utilizar la misma pregunta para el caso español ya que éste ha recogido casi literalmente lo dispuesto en este sentido en la Directiva.

Consejo propuesta de modificar la Directiva, en cuyo caso el Estado miembro deberá esperar dieciocho meses. El Preámbulo de la Ley española mantiene silencio sobre esta cuestión y el Estado español no ha seguido dicho procedimiento. Dado el rango normativo superior de la Directiva respecto a la Ley interna, podría ser que la norma española en este aspecto deviniera ineficaz¹²⁰.

Sumario

La Ley española, en primer lugar, transcribe casi literalmente la norma comunitaria sobre riesgos del desarrollo. Quedan sin solucionar, por su indefinición, la determinación del «momento de puesta en circulación» aunque en nuestra opinión éste debe ser cuando el producto abandona de forma voluntaria las manos del productor, importador o suministrador. La peculiaridad de la Ley española se encuentra en el artículo 6.3 en el que se excluye del régimen general de aplicación de la causa de exoneración de responsabilidad de los riesgos de desarrollo a los medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano. Lo que a primera vista parece una quiebra importante, no lo es tanto si se analiza junto con el resto de las normas de la Ley. El límite de 10 años y el límite económico suponen un importante contrapeso y tal vez tengan como efecto que el artículo 6.3 no tenga la importancia práctica que en un primer momento se le pudiera suponer. Es de lamentar que el Tribunal Supremo no haya tenido, por ahora, la oportunidad de analizar las cuestiones anteriores.

¹²⁰ El «Primer informe sobre la aplicación de la Directiva en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (85/374/CEE)» no ha hecho referencia alguna a esta cuestión, salvo la mención genérica de que los «riesgos de desarrollo» serán objeto de seguimiento.

ANEXO

Incorporación a las leyes nacionales de los Estados miembros¹²¹

Según el artículo 19 de la Directiva, los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para cumplirla en un plazo de tres años, como máximo, a partir del día de su notificación e información a la Comisión. El plazo concluyó el 30 de julio de 1988 y pocos Estados habían incorporado la Directiva a sus derechos internos (Austria, Grecia, Italia y Gran Bretaña).

Alemania

La responsabilidad por productos aparece por primera vez en Alemania en la decisión del Tribunal Supremo Federal de 26 de noviembre de 1968¹²². El Código civil alemán recoge la responsabilidad basada en culpa o negligencia en la sección 823 y ss. La ley de 1990 establece las bases legales adicionales para entablar una acción de productos defectuosos¹²³.

Sección 1

(2) El fabricante no es responsable si:

5) el estado del conocimiento científico y técnico, en el momento en que el productor puso el producto en circulación, no permitía descubrir el defecto.

Sin embargo, si el defecto del producto es conocido una vez que éste se halla en el mercado y el productor no informa a los consumidores, el productor podrá ser declarado responsable bajo los principios tradicionales de responsabilidad.

La defensa de los riesgos del desarrollo no se aplica a los daños causados por productos farmacéuticos, los cuales entran dentro del ámbito de aplicación de la Ley de productos farmacéuticos (*Arzneimittelgesetz*)¹²⁴

¹²¹ Para más información sobre las leyes europeas de responsabilidad del fabricante ver: AAVV, *European Product Liability*, London, 1992; AAVV, *Product Liability. European Laws and Practice*, London, 1993; HOWELLS, G., *Comparative Product Liability*, Aldershot, 1993; AAVV, *International product Liability*, London, 1993.

¹²² BGH decisión de 26-11-1968 —VI ZR 212/66— NJW 1969, 384- «Hühnerpest». V. *European Product Liability*, cit., p. 125.

¹²³ La Ley de productos defectuosos entró en vigor el 1 de enero de 1990.

¹²⁴ El sistema especial de responsabilidad por fármacos defectuosos fue introducido en Alemania como consecuencia del caso Contagan (los fetos de mujeres embarazadas que habían utilizado el fármaco en cuestión, sufrieron graves lesiones físicas y psíquicas).

Austria

La responsabilidad por incumplimiento contractual y extracontractual en Austria se encuentra recogida en el Código civil de 1811¹²⁵. El 21 de enero de 1988 el Parlamento austríaco aprobó la Ley federal de responsabilidad por productos defectuosos (PHG)¹²⁶. La situación previa a la Ley de 1988 era la responsabilidad del productor por productos defectuosos basada: o en la relación contractual entre las partes o en la responsabilidad por culpa. El productor podía eximirse de responsabilidad con la prueba de que había adoptado todas las medidas necesarias. Además, sólo estaba protegido el usuario autorizado, no el «*bystander*»¹²⁷.

El n.º 2 de la sección 8 del PHG permite al fabricante eximirse de responsabilidad si prueba que en el momento en que el producto se puso en circulación, habiéndose aplicado todos los conocimientos científicos y técnicos pertinentes, no se podía haber detectado en el producto en cuestión el defecto que causó la lesión. El momento de la distribución del producto es relevante porque el importador es responsable de aquellos defectos que sean descubiertos como consecuencia de los desarrollos técnicos durante el período de almacenamiento del producto.

Bélgica

Artículo 8 de la Ley de 25 de febrero de 1991:

El productor será responsable bajo esta Ley a menos que pueda probar que:

e) el *state of the art* desde el punto de vista científico y técnico no le permitió, en el tiempo en que el producto fue puesto en el mercado, detectar la existencia del defecto;

La Ley belga no ha supuesto un cambio fundamental del sistema anterior, puesto que éste ya incluía conceptos de responsabilidad objetiva

¹²⁵ *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)*.

¹²⁶ *Bundesgesetz vom 21. Jänner 1988 über die Haftung für ein fehlerhaftes Produkt (Produkthaftungsgesetz); Federal Law Gazette Nr. 99 of 1988 (Bundesgesetzblatt 99/1988)*. Aunque Austria no era un Estado miembro, la aprobación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos trató de solucionar ciertos problemas que la doctrina y los tribunales habían detectado en el sistema del Código civil y la creación de un mercado competitivo para sus productos dentro de Europa.

¹²⁷ V VV.AA., *European Product Liability*, Butterworths, London, pp. 15 y ss., 1992.

similares a los de la Directiva. Es cierto que Bélgica no había adoptado una legislación específica de protección del consumidor, ya que éste era un campo multidisciplinar con elementos de derecho civil, mercantil, penal y administrativo. Fueron los órganos jurisprudenciales los que con su interpretación de la ley existente habían evolucionado hacia una protección del consumidor y hacia conceptos similares a los de la Directiva.

Dinamarca

En Dinamarca la responsabilidad por actos ilícitos no había sido recogida en una ley escrita¹²⁸, pero había sido desarrollada por la jurisprudencia, la cual normalmente aplicaba la teoría de la culpa a la responsabilidad por productos defectuosos. La Directiva fue incorporada al derecho interno casi literalmente, tan sólo con unas escasas modificaciones, en la Ley 371 de 7 de junio de 1989.

Ley 371 de 7 de junio de 1989¹²⁹, parte 3 apartado 7:

- (1) El fabricante no será responsable si prueba que:
- 4) con el conocimiento científico y técnico disponible en el tiempo en que el producto fue puesto en el mercado, no era posible descubrir el defecto.

Francia

En Francia, la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos tradicionalmente ha estado basada en las reglas de responsabilidad del Código civil. Los tribunales han trabajado para extender esta protección básica del consumidor. Por ejemplo, del artículo 1.384, párrafo 1 del Código civil, la jurisprudencia ha elaborado un principio de responsabilidad objetiva para los daños causados por productos que una persona tenga en su custodia.

Aunque la defensa de los riesgos del desarrollo no existía en el derecho francés, los productos farmacéuticos disfrutaban de un estatus

¹²⁸ La *Danish Sale of Goods Act* de 1904 establecía específicamente que las reglas de responsabilidad por defectos en los bienes vendidos no eran aplicables a los daños por productos.

¹²⁹ Lov nr. 371 af 7. juni af 1989 om produktansvar.

particular. Los tribunales habían llegado a la conclusión de que un fabricante no podía ser declarado responsable por el daño causado por un producto farmacéutico siempre que éste fuese el único capaz de proporcionar un cierto tratamiento médico¹³⁰. Sin embargo, cuando se pone en el mercado un producto competidor nuevo y este último es menos lesivo que el primero, el fabricante del primer producto debe retirarlo del mercado¹³¹.

El Gobierno francés optó por la reforma del Código civil como forma de incorporar los principios de la Directiva a su derecho interno. El Proyecto de Ley de reforma del Código civil que se discutió el 11 de junio de 1992, de forma expresa, establecía que el productor podía ser declarado responsable aun cuando el producto y el fabricante cumplieren con el *state of the art* o estuvieran sujetos a la autorización de un cuerpo administrativo (art. 1.386-9). La no adopción de la defensa de los riesgos del desarrollo era consecuente con la jurisprudencia francesa existente.

Cuando se elaboró el primer Proyecto de Directiva el Gobierno francés se opuso con fuerza a la defensa de los riesgos del desarrollo. El 19 de mayo de 1998 se aprobó la Ley relativa a la responsabilidad debida a productos defectuosos¹³², y en el nuevo artículo 1.386-11 (4) del Código civil francés se recoge la defensa de los riesgos del desarrollo. Es decir, que la reforma no hace uso de la posibilidad recogida en el artículo 15.1(b) de la Directiva para mantener la ley existente. Se ha justificado la inclusión de la defensa de los riesgos del desarrollo en base a que así se evita la existencia de una desventaja competitiva para los productores franceses frente a aquellos productores de países pertenecientes a la Comunidad Europea que sí recogen la defensa. Dicha defensa no existía en el derecho francés anterior, por lo que para lograr que sea efectiva fue necesario eliminar la posibilidad de que una persona pudiese alegar los derechos previos basados en las reglas de responsabilidad contractual y extracontractual anteriores a la implementación de la Directiva.

Es probable que los tribunales franceses sean muy estrictos en su valoración del estado de los conocimientos científicos y técnicos que permitan eximir de responsabilidad al fabricante.

¹³⁰ Cour de Cassation, 1st Civil Chamber, 8 october 1970, Bull Civ I, no 248. V. *European Product Liability*, cit., p. 115.

¹³¹ Cour de Cassation, Civil Chamber, 25 may 1973, JCP 1975, II, 17955. V. *European Product Liability*, cit., p. 115.

¹³² *Loi no 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.*

Grecia

En Grecia, en un primer momento, se adoptó el Decreto Ministerial de 31 de marzo de 1988, que entraba en vigor el 30 de julio de 1988. Pero este Decreto Ministerial no fue aprobado por el Parlamento. En septiembre de 1991 se aprobó la Ley 1.961/1991. Con anterioridad, los daños por productos defectuosos estaban cubiertos por las normas y los principios del Código civil griego, artículo 330 y ss. para la responsabilidad contractual, y artículo 914 y ss. para la responsabilidad extracontractual, así como algunas provisiones específicas que regulan la venta de bienes o productos.

La sección 10 de la Ley 1961/1991 dice:

El productor no es responsable si puede probar:

(e) que, en el momento en el que el producto se puso en circulación, él no conocía o no existía posibilidad alguna de que pudiese conocer la presencia del defecto.

No existe referencia alguna al «estado de los conocimientos científicos y técnicos» y además, parece que la excepción favorece un estándar subjetivo de análisis de la conducta del productor. El texto del Decreto Ministerial de 1988 era fiel al texto de la Directiva¹³³.

Holanda

La incorporación al derecho interno holandés de los principios de la Directiva se llevó a cabo en la Ley que se presentó al Parlamento el 11 de setiembre de 1986 (n.º 19.636). La Ley fue aprobada en marzo de 1990 y el 1 de noviembre de 1990 entraron en vigor los nuevos artículos del Código civil holandés: 1.407a-1.407j.

Artículo 1.407a

El productor será responsable por el daño causado por un producto defectuoso a menos:

1.e. Que fuese imposible, en base al *state of the art* de la ciencia y de la tecnología, detectar la existencia del defecto en el momento en que el producto fue puesto en el mercado.

¹³³ Artículo 7.

De acuerdo con la presente decisión, el productor no es responsable si:

e) cuando introdujo el producto en el mercado, el nivel de conocimiento técnico y científico no permitía verificar la existencia de esos defectos.

El 11 de setiembre de 1991, los artículos 1.407(a) a 1.407(i) se incorporaron al Código civil como los artículos 185 a 193. El Parlamento holandés ha manifestado su opinión de que el artículo 185, sección 1 (e), en el que se recoge la defensa de los riesgos del desarrollo, sea interpretado de forma restringida. La defensa sólo tendrá éxito «para aquellos defectos imposibles de descubrir, aun con el escrutinio más intenso»¹³⁴.

En el caso *Nefabas v. Janssen*, la *Hoge Raad*¹³⁵ trató la cuestión del *state of the art*. En este caso un trabajador demandó a su empleador por los daños sufridos al haber contraído la enfermedad de asbestosis. El trabajador alegó que había contraído la enfermedad cuando trabajaba para Nefabas, una compañía que utilizaba el asbesto. Nefabas alegó que durante el período en que el trabajador contrajo la enfermedad (de 1950 a 1960) no era consciente de los peligros que el asbesto suponía para la salud de los trabajadores, es decir, Nefabas alegó la defensa del *state of the art*. La *Hoge Raad* declaró que el empleador tiene la obligación de investigar, lo que supone que debe analizar los peligros de los materiales que se utilizan en su empresa, consultar a expertos y mantenerse informado sobre los desarrollos científicos y tecnológicos que afecten a su actividad. Sin embargo, también declaró que la defensa del *state of the art*, puede eximir al empleador de responsabilidad siempre que fuese virtualmente imposible descubrir el peligro.

Irlanda

La responsabilidad extracontractual del fabricante evolucionó en Irlanda de forma similar a Inglaterra, siguiendo el caso *Donoghue v. Stevenson*¹³⁶. El 16 de diciembre de 1991 entró en vigor la *Liability for Defective Products Act* y en el artículo 6 (e) se recoge la defensa de los riesgos del desarrollo:

6. El productor no será responsable bajo esta Ley si prueba:
 - e) que el estado del conocimiento científico y técnico en el momento en que el producto se puso en circulación no permitía que la existencia del defecto fuese descubierto;

¹³⁴ Nota 2 TK 19636, no. 9, p. 8.

¹³⁵ HR 6 de abril 1990, NJ 1990, 573.

¹³⁶ (1932) AC 562.

Italia

La responsabilidad por productos defectuosos se recoge en el Decreto 224 de 24 de mayo de 1988 que incorpora al derecho italiano la Directiva. Las bases de responsabilidad del vendedor por la venta de sus productos la encontramos también en el Código civil (arts. 1.490-1.495) y los principios generales de la responsabilidad extracontractual, en el artículo 2.043 del mismo código.

Decreto Presidencial 224 de 31 de marzo de 1988.

Artículo 6

1. Se excluye la responsabilidad:

e) cuando el conocimiento científico y técnico, en el momento en que el productor puso el producto en circulación, no era capaz de considerar el producto como defectuoso.

El artículo 6(e) del Decreto adopta una terminología que difiere parcialmente de la del artículo 7(e) de la Directiva. En opinión de algunos autores¹³⁷, el Decreto italiano al hacer referencia al hecho de que el conocimiento científico y tecnológico no permita que el producto sea considerado defectuoso parece introducir elementos «subjetivos» en la valoración del conocimiento técnico y científico.

Luxemburgo

La responsabilidad por productos es una de las áreas del Código civil de Luxemburgo que ha sido modificada para responder a las necesidades modernas. La reforma más importante fue la de 1987 en orden a facilitar las acciones de los consumidores contra los vendedores profesionales¹³⁸. El derecho de Luxemburgo posteriormente se completó con *Loi relative à la responsabilité civile du fait des produits défectueux* de 21 de abril de 1989¹³⁹, la cual incorpora al derecho interno la Directiva.

¹³⁷ V. *European Product Liability*, cit., p. 231.

¹³⁸ *Loi du 15 mai 1987 modifiant et complétant certains articles du Code civil et complétant la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur*, Mém.A, 1987.

¹³⁹ *Loi relative à la responsabilité civile du fait des produits défectueux*, Mém.A, 1 989, 522.

Aunque no incluye una excepción de riesgos del desarrollo, no se debe excluir la posibilidad de que los tribunales de Luxemburgo sigan a la jurisprudencia francesa sobre daños causados por productos farmacéuticos y admitan que el fabricante no es responsable por los daños causados por un producto farmacéutico si éste era el único posible para un determinado tratamiento médico¹⁴⁰.

Noruega

En Noruega la Ley de productos defectuosos de 23 de diciembre de 1988 (*Produktansvarsloven*, número 144) fue reformada por la Ley de 27 de noviembre de 1992 (número 112). La Ley no ha adoptado la defensa de los riesgos del desarrollo. La Ley dedica el capítulo 3 a los productos farmacéuticos y en él crea un seguro que beneficia a los dañados por fármacos sin necesidad de probar que hubo un culpable o si el fármaco era defectuoso, basta con probar la lesión y la relación de causalidad entre el fármaco y la lesión¹⁴¹. El sistema de seguro para fármacos establece compensación también en casos en los que la lesión ha sido causada por un riesgo de desarrollo.

Antes de que la Ley entrase en vigor, era dudoso si se podía considerar responsable a un productor si el daño era debido a un riesgo del desarrollo. En 1974 la cuestión llegó al Tribunal Supremo de Noruega. El demandante alegó que el fabricante era responsable por los efectos secundarios de un contraceptivo que había causado embolismo en una mujer. Lamentablemente, el Tribunal no contesta la cuestión básica, ya que consideró que no se había probado la relación de causalidad entre el contraceptivo y la muerte de la mujer¹⁴².

Portugal

En 1981 se aprobó la Ley de protección del consumidor (N.º 29/81 de 22 de agosto) con la intención de satisfacer los requisitos constitucionales de protección del consumidor (Constitución portuguesa, art. 60.1). En 1989 el Decreto Ley N.º 383/89 de 6 de noviembre incorporó la Directiva al derecho interno portugués.

¹⁴⁰ V. *European Products Liability*, cit., p. 256.

¹⁴¹ V. *International Product Liability*, op. cit., pp. 442 y ss.

¹⁴² Rt. 1974, p. 1.160.

Decreto Ley N.º 383/89 de 6 de noviembre de 1989.

Artículo 5

El productor no es responsable si demuestra que
e) el estado del conocimiento técnico y científico, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, no hacía posible detectar la existencia de defectos.

Reino Unido

La normativa del Reino Unido en materia de productos defectuosos se ha tratado en el apartado IV.

Suecia

En junio de 1991 se presentó ante el Parlamento sueco una propuesta de Ley. La propuesta fue estudiada después de las elecciones de septiembre de 1991 y las enmiendas fueron aprobadas por el Parlamento. La propuesta inicial no contenía la defensa de los riesgos del desarrollo pero fue incluida en la Ley aprobada en diciembre de 1991¹⁴³.

8.4 si prueba que, según los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que el producto fue puesto en circulación, no era posible descubrir la falta de seguridad.

Suiza

No existe en Suiza ninguna ley sobre la responsabilidad del fabricante por los daños causados en el uso o consumo de sus productos. Los principios que rigen son las reglas tradicionales de responsabilidad contractual y extracontractual. En 1979 se dieron algunos intentos por introducir una ley de responsabilidad por productos que fueron abandonados rápidamente. La doctrina predominante sostiene que un fabricante no es responsable de los defectos de sus productos (por lo

¹⁴³ *Produktansvarslag*, 1991/92: LU 14.

menos no en base al art. 41 del Código de obligaciones) si el defecto no pudo ser descubierto por el *state of the art*, en el momento en que salió al comercio. Tan pronto como el defecto del producto sea descubierto, el fabricante está obligado a informar a los consumidores o a modificar el diseño del producto si el defecto se encontraba en él, la omisión de actuar por parte del fabricante puede dar lugar a responsabilidad.

Estudios de Deusto



Universidad de
Deusto

