

Cuadernos **de la** **Facultad de Derecho**

16
1987 - 1988



Universitat de les Illes Balears

Edita:

Facultad de Derecho de Palma de Mallorca

Imprime:

JORVICH, S.L. - Industria Gráfica
Francesc de Borja Moll, 22 - Palma

Fotocomposición y montaje:

PIXEL, S.A.
Font y Monteros, 22-A - Palma

Correspondencia:

Facultad de Derecho.
Universidad de Palma de Mallorca
C/. Miguel de los Santos Oliver, 2
Palma de Mallorca

Precio:

Número suelto 1.000 pts.
Por suscripción, Número 700 pts.

Cuadernos de la Facultad de Derecho

16
1987 - 1988



Universitat de les Illes Balears

Las opiniones expuestas en los diferentes trabajos
son de la responsabilidad de sus autores

UNIVERSITAT DE LES ILLES BALEARS



5100637155

El esfuerzo ilusionado de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Islas Baleares y del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, hacen posible esta modesta contribución a la ciencia del Derecho.

Consejo de redacción

Director

Gregorio Delgado del Río

Vocales

Miguel Coca Payeras
Bartolomé Colom Pastor
Juan Mulet Perera
Bartolomé Sitjar Burguera

Secretario

Joan Oliver Araujo

Colaboran en este número

Ignacio Ara Pinilla
Catedrático de Filosofía del Derecho

Francisco Astarloa Villena
Titular de Derecho Constitucional

Eduardo Calderón Susín
Profesor de Derecho Penal

María José Fariñas Dulce
Profesora de Filosofía del Derecho

*Miguel Foraster Serra y
Joan Artes Morata*
Abogados

José Luis del Hierro
Profesor de Filosofía

Jaime Juan Morey
Abogado

Joan Oliver Araujo
Titular de Derecho Constitucional

*Antonio Paramio Durán y
M^a Dolores González Ayala*
Profesores de Derecho Constitucional

Román Piña Horns
Catedrático de Historia del Derecho

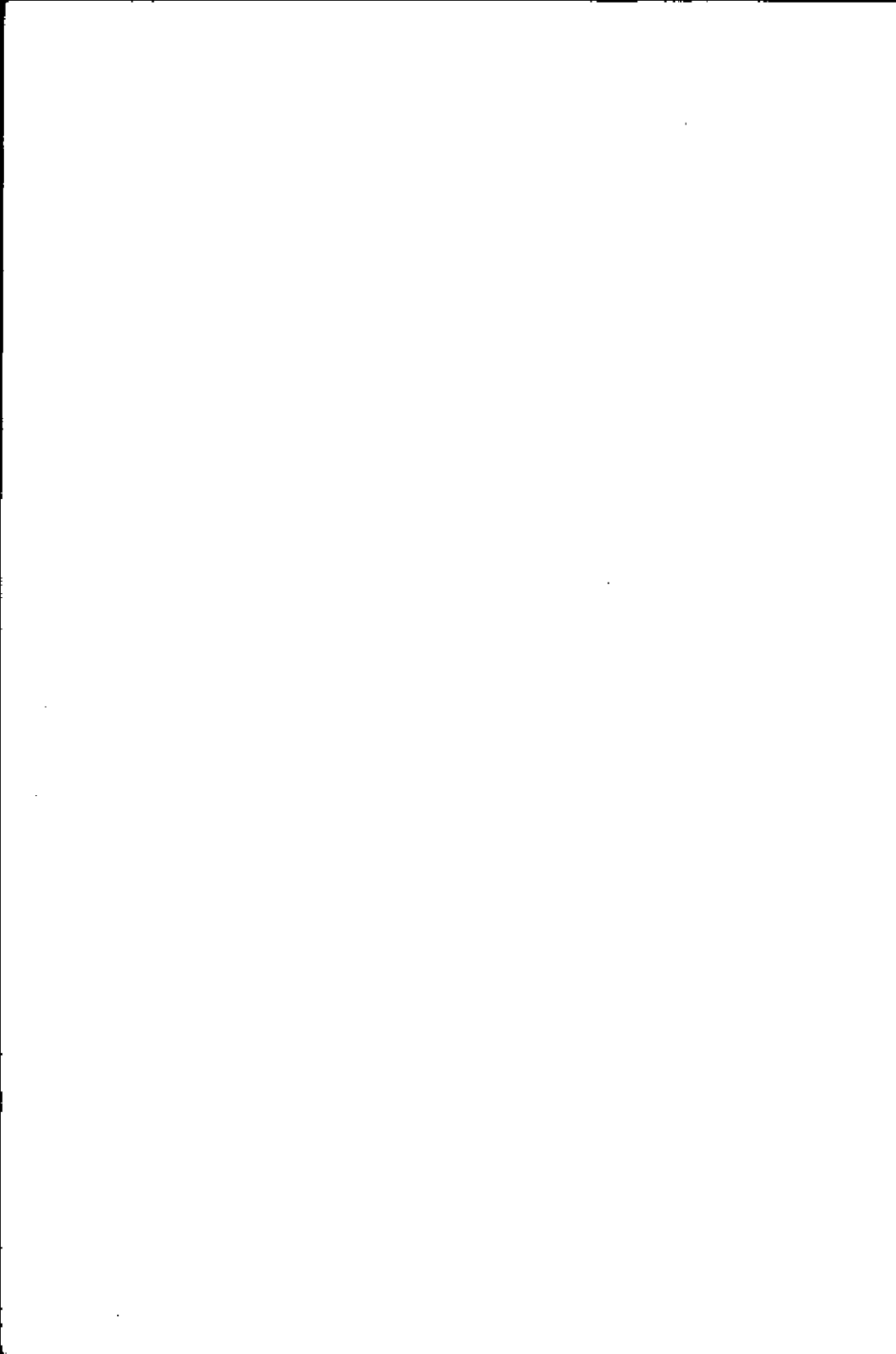
Andrés Ribas Maura
Profesor de Derecho Constitucional

Ladislao Roig Bustos
Fiscal

Giancarlo Rolla
Catedrático de Derecho Constitucional

Sebastián Urbina
Titular de Filosofía del Derecho

Carme Vila i Ribes
Profesora de Derecho Civil



SUMARIO

ESTUDIOS	Págs.
Enacio Ara Pinilla <i>La semántica de los derechos humanos</i>	9
Francisco Astarloa Villena <i>En el 175 aniversario de la Constitución de 1812</i>	27
Juan Eduardo Calderón Susín <i>Algunos aspectos de la competencia de la jurisdicción militar</i>	49
José Luis del Hierro <i>Condorcet, ¿un pensador utópico?</i>	81
Tomás Piña Homs <i>La Carta de Población y Franquicias de Menorca</i>	111
Manuel García Rolla <i>Consolidación y desarrollo de la justicia constitucional en Europa: el surgimiento de algunas líneas de tendencia comunes</i>	125
María Carme Vila i Ribes <i>El régimen económico matrimonial en el Proyecto de reforma de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña</i>	175
NOTAS	
María José Fariñas Dulce <i>Una aproximación a un análisis lógico-lingüístico de las proposiciones jurídicas</i>	245
José Miguel Foraster Serra Juan Artes Morata <i>La prueba pericial del cotejo de letras</i>	257

Jaime Juan Morey <i>El recurso "en interés de ley" y la tutela efectiva de jueces y tribunales del artículo 24 de la Constitución</i>	269
Joan Oliver Araujo <i>La protección de los derechos fundamentales por la Corte Suprema norteamericana a través de la "judicial review": algunas ideas</i>	279
Antonio Paramio Durán M ^a Dolores González Ayala <i>En torno al control constitucional de normas y la autonomía de las Cámaras Legislativas: el caso de los "interna corporis"</i>	287
Andrés Ribas Maura <i>Notas sobre el Estado regional de la Constitución italiana de 1947</i>	297
Ladislao Roig Bustos <i>El principio acusatorio</i>	315
Sebastián Urbina <i>La influencia de Luis Jiménez de Asúa en la enseñanza del Derecho Penal</i>	329
BIBLIOGRAFIA	
- J. Boix y J. Bustos: <i>Delitos contra la Hacienda Pública</i> (Gonzalo de Aranda Antón)	337
- Diversos Autores: <i>Estudios sobre el Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares</i> (Joan Oliver Araujo)	344
- F. Jiménez Jiménez: <i>Introducción al Derecho Penal Militar</i> (Eduardo Calderón Susín)	346
- J. Martínez Girón: <i>El despido en los Estados Unidos</i> (Luis G. Martínez Rocamora)	351
- A. Menéndez Menéndez: <i>Derecho cambiario: Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque</i> (Joan Flaquer Riutort)	353
- Augusto M. Morello: <i>Cuestiones procesales de Derecho comparado español-argentino</i> (Joan Oliver Araujo)	355

ESTUDIOS

LA SEMANTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

IGNACIO ARA PINILLA

No es, desde luego, un descubrimiento reciente la constatación de que los derechos humanos se constituyen como una noción de caracteres indefinidos, o, por lo menos, imprecisos. Y es que cobra pleno sentido al respecto la doble afirmación de Marcel Prélot en las Journées d'études de 1949 de l'Association Française de Science Politique al indicar que "si, por una parte, es extraño que en política tenga una palabra un único sentido, es, por otro lado, frecuente que el término adecuado no recubra una noción precisa" (1).

Se podría, ciertamente, discutir acerca de la naturaleza de los derechos humanos. Pero creo que constituye un lugar común en la actualidad, a la hora de clarificar su concepto y con independencia de los diversos juicios que la misma haya podido merecer (2), su caracterización

(1) Marcel Prélot, *Les problèmes du vocabulaire politique*, Association Française de Science Politique. Journées d'études des 26 et 27 novembre 1949. Les partis politiques, Le vocabulaire politique, le rôle des croyances économiques dans la vie politique, Fondation National des Sciences Politiques 1949, pág. 102.

(2) Véase al respecto, la polémica entre Gregorio Robles, *Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor político de los derechos humanos*, en Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1980-3, págs. 479-495, reproducido en *Epistemología y Derecho*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1982, págs. 253-268, especte. págs. 263-265 de esta última edición y *La idea de los derechos humanos como representación mítico-simbólica en Epistemología y Derecho*, cit., págs. 263-310, especte., págs. 288-290 y Gregorio Peces-Barba, *Los derechos fundamentales en la cultura jurídica española*, en Anuario de Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, núm. 1, 1981, págs. 169-253 (la cita en nota 185, en págs. 237-238) y *Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia. Los derechos fundamentales entre la moral y la política*, en Anuario de Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, núm. 2, 1983, págs. 331-345 (la cita en nota 1 en págs. 334-335), texto parcialmente reproducido, sin incorporar la mayoría de las notas, tampoco la antes referida, bajo el rótulo *Les droits fondamentaux: entre morale et politique*, traducción francesa de Marc Agi, en la obra *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 16 (Palma de Mallorca 1988).

como una noción esencialmente política (3), en la medida en que su fundamento depende estrechamente de las fluctuaciones del consenso, que pasa a convertirse así en auténtico módulo de justificación material (4) en una perspectiva que no puede ya reducirse a espacios políticos limitados, para adquirir una dimensión universal (5).

No obstante, la caracterización política, y, por consiguiente, variable de los derechos humanos no ha impedido que, paradójicamente, se tienda, cada vez más, a tomarlos en consideración "al margen de las ideologías e incluso del debate político" (6), de tal manera que, correctamente, se ha podido señalar que éstos han pasado a ser un "elemento constitutivo de nuestra civilización" (7), o que la conceptualización de los dere-

tiva *Pour les droits de l'homme*, Melanges en l'honneur de l'Association pour le Developpement des Libertés Fondamentales, Librairie des Libertés, Choisy-Le-Roi, 1983, págs. 89-104.

(3) Así señalará Gregorio Peces-Barba, *Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia. Los derechos fundamentales entre la moral y la política*, cit., pág. 333, versión francesa, pág. 90, que: "quizás uno de los equívocos que más daño han producido a la causa de los derechos fundamentales sea el de su concepto, su verdadera situación, que hay que analizar entre la moral y la política".

(4) En este sentido, refiriéndose al consenso como fundamento del poder y del derecho, señalará Gregorio Peces-Barba, *La Constitución española de 1978. Un estudio de derecho y política*, con la colaboración de Luis Prieto Sanchís, Fernando Torres Editor, Valencia, 1981, pág. 17 que "con la idea del consenso, lo mismo que con la idea del contrato social, se pasa desde el plano de la justificación formal a la justificación material y de contenido; aunque no de carácter absoluto sino histórico y suficiente para un determinado tiempo cultural". Obsérvese al respecto, la distinción entre consenso democrático y consenso individualista en Werner Becker, *Los significados opuestos del concepto de consenso*, traducción al castellano de Carlos de Santiago, revisada por Ernesto Garzón Valdés, en la obra colectiva *Derecho y filosofía*, compilada por Ernesto Garzón Valdés, Editorial Alfa, Barcelona, 1985, págs. 59-70. Habría que considerar en este punto también los términos de la polémica sobre la relación entre lo ético y lo procedimental entre Andrés Ollero, *Consenso: ¿Racionalidad o legitimación?*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 23-24, 1983-1984, págs. 163-182, especite. pág. 181 y Elías Díaz, *La justificación de la democracia*, en *Sistema*, núm. 66, mayo 1985, págs. 3-23, especite., pág. 11.

(5) Compartimos, en este punto, la tesis de Nicolás María López Calera, *Introducción al estudio del Derecho*, Granada, 1981, pág. 157, para quien: "La existencia de esos derechos no está condicionada absolutamente por la conciencia particular de un individuo o de un pueblo. Que un individuo o un pueblo no tenga conciencia de esos derechos -precisamente porque se les ha negado algunos fundamentalísimos-, no quiere decir que no existan. En la actualidad puede apelarse a una conciencia social más amplia que la circunscrita a un determinado espacio político. Hoy hay ya - no como en otras épocas- una conciencia y consenso casi universal - con todas las limitaciones que se quieran - sobre lo que son y lo que significan prácticamente los derechos humanos".

(6) Pierre Mertens, *Les droits de l'homme au coeur du débat politique*, en *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, Facultés Universitaires Saint Louis, núm. 6, 1981, pág. 55.

(7) Janos Toth, *Les droits de l'homme et la théorie du droit*, en René Cassin *Amicorum*

chos humanos alejada de las luchas políticas y electorales se presenta, desde luego, como un patente "signo de los tiempos" (8).

Paralelamente, esta sustantivación de los derechos humanos ha comportado la correspondiente cuestión acerca del lenguaje que los expresa (9), sin que tampoco haya faltado quien ha señalado que aquéllos provocan, sin más, una "descomposición del lenguaje del derecho" (10).

Conviene precisar, sin embargo, que, cualquiera que fuere el juicio valorativo que aplicáramos a la expresión, éste vendría subordinado en cuanto a su repercusión en relación al que merezca su significado, (11),

Discipulorum Liber. Vol. IV. Methodologie des droits de l'homme, Institut International des Droits de l'Homme, París, pág. 83.

(8) Christian Delacampagne, *La place des droits de l'homme dans la philosophie*, en la obra colectiva *Pour les droits de l'homme*, cit., pág. 297.

(9) No parece que exista un criterio unánime a la hora de determinar la expresión aplicable a nuestro objeto de estudio. Coinciden aquí, junto a la expresión derechos humanos, denominaciones como derechos fundamentales, derechos naturales, libertades individuales, derechos fundamentales de la persona humana, etc. En general, me parece aceptable la tesis de Enrique P. Haba, *Droits de l'homme, libertés individuelles et rationalité juridique (quelques remarques méthodologiques)*, en Archives de Philosophie du Droit, Tome 25, 1980, págs. 325-244 (artículo que reproduce, con ligeras variantes el original en castellano, *Derechos humanos, libertades individuales y racionalidad jurídica. Algunas observaciones de orden metodológico* en Revista de Ciencias Jurídicas, San José de Costa Rica, n° 31, enero-abril, 1977, págs. 159-180), en el sentido de distinguir el campo de la facticidad (libertades individuales), el de la normatividad (derechos fundamentales) y el del valor (derechos humanos). En relación a esta cuestión pueden consultarse además los análisis realizados, entre nosotros, por Manuel Atienza, *Derechos naturales o derechos humanos: un problema semántico*, en la obra colectiva *Política y derechos humanos*, Fernando Torres editor, Valencia, págs. 17-18, e *Introducción al Derecho*, Editorial Barcanova, 1985, págs. 165-178, especte. págs. 167-168; José Castán Tobeñas, *Los derechos del hombre*, 3ª ed. revisada y actualizada por Mª Luisa Marín Castán, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1985, págs. 7-11; Eusebio Fernández, *El problema del fundamento de los derechos humanos* en Anuario del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, núm. 1, 1981, págs. 76-77, reproducido con algunas modificaciones en *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1984 (la cita en págs. 77-78 de esta última edición); Nicolás María López Calera, *Introducción al estudio del derecho*, Granada, 1981, págs. 145-146; Gregorio Peces Barba, *Derechos fundamentales*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1986, págs. 13-14, Antonio Enrique Pérez Luño, *Delimitación conceptual de los Derechos Humanos*, en *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, págs. 21-51 y *Los Derechos Fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, págs. 44-47.

(10) Michel Villey, *Note critique sur les droits de l'homme en Sonderdruck aus Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart*. Festschrift für Helmut Coing zum 70 Geburtstag. Herausgegeben von Norbert Horn in Verbindung mit Klaus Luig und Alfred Söllner. C.H. Beck'sche verlagsbuchhandlung, München, 1982, pág. 701. Para una consideración más detallada de este problema, véase, de este mismo autor, *Le droit et les droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, París, 1983.

(11) Compartimos, de esta manera, la opinión de Eduardo Rabossi; *Teorías del signifi-*

ya que el carácter convencional que corresponde a la expresión contrasta abiertamente con la absolutización de lo que la referida expresión representa. Podríamos indicar, por tanto, que el grado de contingencia inherente a la denominación no encuentra su adecuado reflejo en la constatación de la existencia de una serie de exigencias mínimas que le derivan al hombre por su condición y que se suelen representar como fundamentadas en la idea clave de la dignidad humana.

Pero no es difícil descubrir que la remisión a ese fundamento se encuentra muy lejos de poder desvelar el contenido de la noción que explicamos, ya que, en el fondo, no hace más que reformularla de manera tautológica. Y es que, en efecto, la idea de dignidad es comprendida como la reunión de una serie de propiedades o de cualidades a las que, generalmente, se asocia, como derivada de tales cualidades, la existencia de una serie de facultades o de ámbitos de libertad que corresponden a la noción técnica de los derechos o de los poderes (12), y que en su aplicación al ser humano no serían otra cosa que los derechos humanos.

Por ello, un análisis, que quiera ser preciso, de su significado deberá delimitar con cautela sus marcos de actuación, diferenciando con claridad el campo ideológico del jurídico. Semejante distinción no pretende, sin embargo, enunciar dos compartimentos estancos que nunca puedan llegar a confluir. Muy por el contrario, considerará al propio concepto de lo jurídico como un concepto ideológico, fruto de la síntesis de las diferentes ideologías subyacentes en las comunidades humanas que encuentra su expresión una vez que sus miembros dilucidan cuál es la ideología prevalente.

Si se ha destacado el papel de la codificación como "puente involuntario" (13) entre el iusnaturalismo racionalista y el positivismo jurídico, pienso que, paralelamente, puede caracterizarse a la positividad de los

cado y actos lingüísticos, Oficina Latinoamericana de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad de Carabobo, Valencia, Venezuela, 1979, pág. 11, al indicar que: "Significar y significado son nociones cruciales dentro de la filosofía del lenguaje... Su preminencia puede compararse con la que poseen en la metafísica las nociones de conocer y conocimiento, y en la ética las nociones de deber y (el) deber".

(12) Ya hemos insistido en la naturaleza de los derechos humanos como derechos subjetivos en nuestro trabajo. *Consideraciones en torno a la teoría de la justicia y a los derechos humanos* en Revista de las Cortes Generales, núm. 7 primer cuatrimestre 1986, págs. 205-232, especie., págs. 221-224. *Acerca de este problema*, Manuel ATIENZA, *Introducción al Derecho*, cit., pag. 168-170.

(13) Guido Fasso, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Vol. III. Siglos XIX y XX, traducción al castellano de José Francisco Lorca Navarrete, Ediciones Pirámide, Madrid, 1981, pág. 27.

derechos humanos como el punto de conexión entre su función ideológica y su función propiamente jurídica, con toda la carga que a dicha función corresponde en orden al principio de preservación de la seguridad (14).

Pues bien, si en el primer momento, que hemos denominado ideológico, de los derechos humanos podemos advertir el carácter sustancialmente inestable de su contenido, la plasmación en textos jurídicos positivos de estas exigencias ideales servirá, por una parte, para satisfacer lo que antes sólo era un deseo, pero por otro lado, frenará el impulso transformador presente en la idea de los derechos humanos. Podremos así decir que la superación en cuanto al elemento garantista propio de cualquier declaración jurídica va en detrimento del carácter utópico que constituyera en sus orígenes el elemento decisivo para configurar a los derechos humanos como auténtico motor de la historia. En buena medida, pues, la transitividad del status ideológico al status jurídico, aun constituyendo una indiscutible conquista histórica en orden a la preservación de las garantías de los individuos frente a las actuaciones de quien ocupa el poder, determina, en realidad, un freno al ideal emancipatorio de la humanidad.

Pienso que las razones de este detenimiento de la evolución de la historia responden a circunstancias de índole muy diferente. Pero la apreciación de su carácter dependerá, en primer lugar, del tipo de lenguaje en que se expresen semejantes ideales, así como de la influencia que este lenguaje pueda ejercitar sobre los miembros de las comunidades políticas. La medida de tal influencia no podrá, desde luego, prescindir del significado del mencionado lenguaje, cuya determinación se hace ciertamente ineludible con mayor motivo en el nivel propiamente jurídico positivo. Y es que, con independencia de que en la tradicional clasificación de los lenguajes en técnico, vulgar y literario, pudiera calificarse al lenguaje utilizado por los textos jurídicos como lenguaje técnico, lo cual resultaría, cuando menos, discutible, habrá que concordar en la necesidad de que los destinatarios del derecho lo conozcan, en la medida en que se aplica el principio general que expresa que nadie puede ignorar la ley, principio que, por otra parte, viene, frecuentemente, recordado por las propias disposiciones jurídicas (15).

(14) Enrico Pattaro, *Introduzione ai concetti giuridici*, Bologna, 1978, pág. 60 y ss.

(15) En nuestro ordenamiento, el artículo 6-1 del Código Civil Español: "La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento", a partir de la reforma del título preliminar del Código Civil llevada a efecto por Ley de Bases de 17 de marzo de 1973, articulada por Decreto núm. 1836 de 31 de mayo de 1974.

Pero la determinación de cuál sea el contenido propio de los derechos humanos está muy lejos de resultar fácil. Más bien, podríamos incluso hablar de una carencia de referente semántico de la mencionada expresión, que la remitiría, de esta forma, a un mundo de tinieblas contaminado de metafísica en el que no podrían estructurarse conceptos de carácter científico.

No se me escapa que una caracterización semejante parte de una concepción restrictiva de lo que pudiera denominarse como carácter científico, así como también de la posibilidad de elaborar conceptos. Es evidente que la reducción del mundo de la realidad al ámbito enmarcado por las coordenadas del espacio y del tiempo no puede traer otra consecuencia que no sea la remisión de las expresiones que no designen objetos susceptibles de ser identificados en el mundo sensible al ámbito de las ideas carentes de significado real. En este contexto los derechos humanos aparecerían, lógicamente, como nociones vaciadas de significado, en definitiva, como nociones-idea que ven disiparse cualquier aspiración de tipo conceptual.

Resultaría indiferente a estos efectos que la expresión derechos humanos pudiera tomarse en cuenta en un momento ideológico, y, por consiguiente, revolucionario, o en un momento propiamente jurídico en el que la función transformadora del *statu quo* de las relaciones de poder cede frente al impulso estabilizador propio de la sociedad que ha conseguido plasmar en disposiciones jurídicas sus expectativas fundamentales. No es casual que muchos de los autores que inciden en la carencia de referente semántico de los derechos humanos consideren que existe entre el iusnaturalismo revolucionario y las doctrinas del positivismo jurídico una continuidad lógica, en la medida en que ambas teorías renuncian al empirismo para servirse de conceptos idénticos, aun cuando pueda, desde luego, realizarse su utilización en sentidos diferentes en cada caso (16).

(16) Karl Olivecrona, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, traducción al castellano de Luis López Guerra, Editorial Labor, Barcelona, 198, págs. 81 y ss.; Alf Ross, *El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural*, (1ª ed. 1961), traducción al castellano de Genaro Carrió y O. Paschero en *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, págs. 25-27, y *Giusnaturalismo contro positivismo giuridico*, traducción al italiano de S. Siciliano, En Rivista Trimestraie di Diritto e Procedura Civile, 1979, págs. 701-723; Enrico Pattaro, *Elementos para una teoría del derecho*, traducción al castellano de Ignacio Ara Pinilla, Editorial Debate, Madrid, 1986, pág. 284.

No puede, ciertamente, cuestionarse el indudable mérito que a estas doctrinas corresponde en orden a la posibilitación de una adecuada depuración del lenguaje de los juristas y de una revisión en términos científicos de las tradicionales teorías que se asentaban en los dogmas del formalismo jurídico. Pero creo que tampoco debe resultar de recibo una consideración tan simplificada que obvie cualquier tipo de diferenciación entre las expresiones carentes de referente semántico, ya que, por ejemplo, parece evidente que aun cuando los derechos humanos puedan caracterizarse como derechos subjetivos, sin embargo, aquéllos parecen gozar de un elemento cualitativo superior que determina su especificidad dentro del género común mencionado.

Creo que puede resultar de interés partir de la distinción entre los objetos ya dados y lo que pudiéramos denominar como los "entes definidos abstractamente" (17) al objeto de delimitar dos posibles objetos de análisis científico, de características diferentes, y cuya calificación en términos de cientificidad puede, desde luego, variar, pero que, sin embargo, experimentan algún grado de existencia, concreta en el primer supuesto, y abstracta o imaginativa en el segundo, contando, siempre, con el papel operativo que, en ambos casos, corresponde al lenguaje con que se expresan los objetos cuya cientificidad se cuestiona (18).

Evidentemente, la diferenciación en los términos referidos no oculta el sentido de la distinción entre los diversos grados de evidencia científica, como bien indica Pierre Favre al contraponer los "objetos que no se limitan a existir, presentándose como existentes..." a otros objetos que define como los que "no se presentan, no están materializados, en el sentido habitual de la palabra, no resultan localizables, y cuya existencia como objetos científicos provisionales debe ser probada" (19). Debe, sin embargo, advertirse que una calificación, sin más, de los derechos humanos en términos de objetos irreales resultaría muy alejada de los datos que nos suministran nuestros sentidos. Y es que tiene razón quien en-

(17) René Thom, *Formalisme et scientificité*, en *Les études philosophiques*, avril-juin, 1978, pág. 173. Véase también Gaston Bachelard, *Le nouvel esprit scientifique*, Presses Universitaires de France, París, 1973, págs. 17-18.

(18) Puesto que no hay que olvidar que "toda ciencia nace y se desarrolla por medio de un lenguaje que forja y que tiende a convertir en operativo", en *La méthodologie des droits de l'homme*, en *Revue des Droits de l'Homme*. Vol. VI, 1, 1973, Enseignement des droits de l'homme dans les Universités, rapport préparé avec l'assistance financière de l'Unesco sous la direction de Karel Vasak, par T.E. Mc. Carthy, J.B. Marie, S.P. Marks et L. Sirois, pág. 94.

(19) Pierre Favre, *La question de l'objet de la science politique a-t-elle uns sens?*, en *Mélanges dédiés a Robert Pelloux*, Editions L'Hermès, Lyon, 1980, pág. 131.

tiende que "...hay una realidad concreta, la realidad que recubre la noción de los derechos humanos: esta realidad no es inmediata, tangible, directamente identificable (como un objeto físico cerrado, palpable); un derecho humano puede concebirse, reivindicarse, respetarse, violarse, sancionarse, pero nunca nos encontraremos con él, porque los derechos humanos no son objetos materiales. Pero no por ello dejan de existir, como lo prueba el hecho de que se expresen en un lenguaje" (20). Evidentemente, se trata de una existencia peculiar que no coincide con el significado estrictamente empírico de la existencia, pero que tampoco puede ser ignorada, ya que, como bien ha puesto de manifiesto Gaston Bachelard, "la existencia en los libros ya constituye una existencia, una existencia humana, sólidamente humana" (21).

Ahora bien, la constatación de que todo lenguaje supone un nivel de existencia, en la medida en que resulta difícil de imaginar una convención en la que se pretende aplicar un nombre a un objeto inexistente no debe comportar, sin más, la aplicación automática de la ecuación entre cualquier tipo de lenguaje y la representación de niveles idénticos de la existencia, referidos al hipotético marco de la existencia imaginada. Más bien pienso, por el contrario, que una interpretación correcta del problema exige considerar qué tipo de funciones corresponden al peculiar lenguaje de los derechos humanos.

Para ello, creo que es de utilidad determinar cuál es el instrumento que sirve para vehicular a éste en la comunicación habitual entre los miembros de la sociedad política. Y, a este respecto, pienso que, sin que ello suponga, desde luego, especificar mucho, se puede decir que, sea cual sea su forma de manifestación, los derechos humanos se suelen situar dentro de lo que pudiera denominarse como lenguaje normativo, en la medida en que, de una u otra forma, se constituyen como reglas que aluden a un deber: el deber de respetar las exigencias mínimas que ellos representan.

En este sentido, creo que, considerando a las funciones del lenguaje como los "distintos tipos de estímulos que puede ejercer el emisor sobre el receptor de modo idóneo" (22), puede diluirse la necesidad de optar por considerar alternativamente al emisor o al receptor como punto de

(20) *La méthodologie des droits de l'homme*, cit., pág. 94.

(21) Gaston Bachelard, *L'activité rationaliste de la physique contemporaine*, Presses Universitaires de France, París, 1951, págs. 5-6.

(22) Enrico Pattaro, *Filosofía del Derecho, Derecho, Ciencia jurídica*, traducción al castellano de José Iurmendi Morales, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1980, pág. 132.

referencia, al menos en una consideración inicial, ya que, de alguna forma, habrá que convenir en que el lenguaje propio de los derechos humanos e incluso la propia expresión que los identifica ejercita una función que, cada vez más, adquiere un carácter de universalidad.

Así, no es difícil observar que, con independencia de que su utilización pueda realizarse, en ocasiones, con la intención de engañar al receptor, lo cierto es que la función legitimadora que generalmente va asociada a la idea de los derechos humanos suele constituir una garantía para hacer prevalecer el criterio de defensa del hombre. Así se explica que, aun cuando los discursos políticos deban recurrir, y, de hecho, recurran siempre, para conseguir aunar el consenso necesario a los fines de participación en el poder, a la legitimación que suministran los derechos humanos, sin embargo, sigan todavía existiendo grandes recelos entre determinados grupos políticos para suscribir los documentos internacionales que los contemplan (23).

Es, por otra parte, evidente que esta función directiva que hemos asignado a la alusión a los derechos humanos adquiere tonalidades diferentes según nos situemos en el plano moral o en el plano jurídico. Pero, en cualquier caso, la referencia a tales derechos comporta siempre, como común denominador, la influencia psicológica atribuible a cualquier enunciado normativo.

De poco sirve, desde luego, guarecer a los derechos humanos en un nivel perteneciente exclusivamente a la conciencia individual o incorporarlos al universo jurídico si, de todas formas, su contenido concreto es, y sólo puede serlo, fruto del consenso. Es cierto que su plasmación en textos jurídicos vigentes conlleva la incorporación de un elemento en cierto modo constitutivo que, en gran medida, proviene del cumplimiento de los requisitos propios del aparato formal necesario para que una norma jurídica entre en vigor. Pero no debe olvidarse, en cualquier caso, que también aquí, al igual que sucede con la remisión a la conciencia individual, nos encontramos ante una decisión eminentemente consensual, característica ésta que es también inherente al segundo nivel de la decisión jurídica, esto es, a la decisión interpretadora de los textos legales, ya que, como indica Enrique P. Haba: "El texto de una ley no signi-

(23) Enrique P. Haba, *Droits de l'homme, concepts mouvants, idéologies*, en *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 29, 1984, pág. 337, e *Interpretaciones de los derechos humanos. El problema de los conceptos indeterminados y la Doctrina de la Seguridad Nacional en el Constitucionalismo latinoamericano*, en *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad Complutense*, núm. 3, 1985, pág. 111.

fica la misma cosa para un jurista que para un lego; y hasta puede significar cosas distintas para juristas de diferentes tendencias, escuelas o inclinaciones. La forma de entender el lenguaje depende de un consenso, más o menos inconsciente o consciente, sobre sentidos del mismo" (24).

Conviene, por otra parte, tener presente, la estructura jurídica propia de los derechos humanos. Y es que, cualquiera que sea la opinión que pueda sustentarse acerca de la consideración que deba merecernos el derecho natural, así como de la posibilidad de aventurar un fundamento de los derechos humanos que no sea iusnaturalista, hay que destacar que la opción positiva acerca de la existencia del derecho natural supone la inmediata caracterización de los derechos humanos como auténticas facultades jurídicas aun cuando, ciertamente, se trate de un ordenamiento jurídico de particulares características. De igual manera, puede también decirse que incluso la acuñación de fórmulas como la de los derechos morales, desde una perspectiva que no parece concluir si refuerza (25) o rechaza (26) la idea del derecho natural supone, en buena medida, el mantenimiento de la lógica jurídica, en la que los derechos humanos serían considerados como facultades concebidas por el ordenamiento moral, es decir, por el conjunto de las normas morales.

(24) Enrique P. Haba, *En torno al concepto de interpretación literal (Dificultades para su delimitación)*, Revista de Ciencias Jurídicas, San José de Costa Rica, nº 33. Septiembre-Diciembre, 1977, pág. 152.

(25) Esta es la tesis de Gregorio Peces Barba, *Los valores superiores*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, pág. 113, en nota, para quien la denominación "derechos morales" resulta inconveniente por las reminiscencias iusnaturalistas que le son inherentes. Desde otra perspectiva, admitiendo, explícitamente, la validez del fundamento iusnaturalista de los derechos humanos, señala Antonio Enrique Pérez Luño, *La fundamentación de los derechos humanos en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pág. 179, que: "Si con la expresión derechos morales se quiere significar la confluencia entre las exigencias o valores éticos y las normas jurídicas, lo único que se hace en el fondo, es afirmar uno de los principales rasgos definitorios del iusnaturalismo".

(26) Esta es la tesis de Eusebio Fernández, *El problema del fundamento de los derechos humanos en Anuario de Derechos Humanos de la Universidad Complutense*, núm. 1, 1981 pág. 99: "En definitiva, la fundamentación ética de los derechos humanos fundamentales se basa en la consideración de esos derechos como derechos morales, entendiendo por derechos morales el resultado de la doble vertiente ética y jurídica. Creo que esta fundamentación de los derechos humanos nos permite salir del círculo vicioso de la tradicional polémica entre iusnaturalismo y positivismo. En relación con la fundamentación iusnaturalista, porque no se queda en la simple defensa de la existencia de los derechos humanos, como derechos naturales, independientemente de su incorporación al derecho positivo, sino que al mismo tiempo que insiste en su especial importancia e inalienabilidad propugna la exigencia de reconocimiento, protección y garantías jurídicas plenas".

Hay que precisar, no obstante, que ante las consideraciones de Antonio Enrique Pérez Luño, *La fundamentación de los derechos humanos*, cit. págs. 177-180, Eusebio Fernández, en la segunda edición del artículo referido, publicada en *Teoría de la justicia y derechos humanos*, cit., pág. 113, matiza notablemente la pretendida incompatibilidad entre la

Pues bien, esta caracterización normativa, o, si se prefiere, directiva de los derechos humanos que muestra la fuerza psicológica de la expresión parece dejar de lado en un primer momento, cualquier consideración que pudiera hacerse acerca de la realidad representada por los mismos. Y es que, cada vez resulta más evidente que, como bien señalaba Karl Olivecrona, “el objetivo principal del lenguaje jurídico no es representar la realidad, sino modelarla” (27).

No obstante, pienso que no se puede prescindir de la función semántico-representativa, como función de características diferentes a las de la función descriptiva, en la medida en que no implica la necesidad de que las expresiones lingüísticas puedan calificarse en términos de verdad o de falsedad (28), y, sin embargo, es la función de la que puede predicarse que, operando sobre su fantasía, “realmente hace saber o hace conocer al receptor” (29). Y es que la función semántico-representativa se constituye como un *prius* necesario, un presupuesto lógico, de la función directiva, puesto que, como ha indicado Enrico Pattaro, “una expresión lingüística tan sólo puede tener una función preceptiva cuando (junto a ella) expresa también una función semántico-representativa (es decir, cuando se hace referencia - de alguna manera - a un estado de cosas que el destinatario se represente)” (30).

En definitiva, pues, no se puede explicar la función directiva de los derechos humanos sin tomar en consideración los efectos que pueda producir la función semántico-representativa, y todo ello teniendo en cuenta que, al igual que sucede con la fórmula genérica en que se insertan los derechos humanos (31), la función directiva de las aserciones que se re-

fundamentación ética y la fundamentación iusnaturalista, y, correlativamente, entre los derechos morales y los derechos naturales, indicando que: “Que yo hable de fundamentación ética y de derechos morales es un problema puramente terminológico, para evitar esos fantasmas de las posturas iusnaturalistas basados en la equivocidad y ambigüedad de la expresión derechos naturales... Digo que el problema es puramente terminológico porque el concepto de los derechos humanos como derechos morales, y el concepto de los derechos humanos como derechos naturales, en sentido deontológico, son bastante equivalentes, y la fundamentación iusnaturalista atenuada o deontológica y la fundamentación ética son muy semejantes”.

(27) Karl Olivecrona, *Linguaggio giuridico e realtà*, traducción al italiano de Enrico Pattaro, en el volumen colectivo *Diritto e analisi del linguaggio*, edición preparada por Uberto Scarpelli, Edizioni de Comunità, Milano, 197, pág. 283. Véase también del mismo autor, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, cit., págs. 229-254.

(28) Enrico Pattaro, *Filosofía del Derecho. Derecho, Ciencia Jurídica*, cit., pág. 136.

(29) *Ibidem*, pág. 137.

(30) *Ibidem*, pág. 140.

(31) Karl Olivecrona, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, cit., pág. 174.

fieren a la existencia de los mismos puede ser explicada sin considerar que la expresión derechos humanos denote una realidad que, como tal, pertenezca al mundo físico.

Por otra parte, parece claro también que la semántica de los derechos humanos responde a un principio de dinamicidad de la expresión que se sustenta en lo que Enrique P. Haba denomina el "carácter decisivo de factores extralingüísticos" (32), habida cuenta de que si las palabras no prejuzgan nada, los efectos del lenguaje resultan impredecibles (33). Valga, al respecto, el recuerdo de las palabras de Louis Althusser al indicar que: "On a écrit: il faut du temps pour comprendre. J'ajouterais: surtout ce que l'on a dit" (34).

Pueden observarse, al respecto, las profundas mutaciones que han afectado a los derechos humanos desde su primera formulación como derechos civiles y políticos hasta lo que modernamente se ha venido a denominar como los derechos de la tercera generación, pasando por los derechos económicos y sociales. Pero también hay que destacar que, si bien es cierto que, como ha indicado Jacques Mourgeon, "su apelación, su semántica recubre incertidumbres a las que las variaciones jurídicas añaden algunas ambigüedades" (35), tanto más acentuadas conforme se producían nuevas exigencias por parte de los grupos sociales, los derechos humanos se configuran como la pieza clave del credo burgués, en consonancia con la visión de la cultura occidental como un "oasis de civilización, de la única civilización auténtica en un desierto de barbarie" (36).

La evolución posterior de la idea de los derechos humanos no ha hecho más que reincidir en la dependencia de los efectos de la función semántico-representativa con respecto a la necesidad que tienen los hombres de acudir a los derechos humanos.

(32) Enrique P. Haba, *En torno al concepto de la interpretación literal (Dificultades para su delimitación)*, cit., pág. 152.

(33) En la medida en que, como ha indicado Paul Ricoeur, *Philosophie et langage*, en *Revue Philosophique de la France et de l'étranger*, volumen dedicado a "Le langage et l'homme", edición a cargo de André Jacob, n° 4, octubre-décembre, 1978, pág. 462, "lo primero que hay que comprender en un discurso, en un texto, en una obra, no es el sujeto que se expresa y que, de alguna manera, queda oculto detrás del texto, sino el mundo que, en cierta forma, despliega ante él mismo".

(34) Louis Althusser, *Positions*, Editions Sociales, París, 1976, pág. 135.

(35) Jacques Mourgeon, *Les droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, París, 1978, pág. 4.

(36) Jean Servier, *L'idéologie*, Presses Universitaires de France, París, 1982, pág. 92.

El carácter mítico de los derechos humanos, al que alude Gregorio Robles (37), partiendo de la consideración del fracaso epistemológico de la doctrina del derecho natural (38), se desprende de su irracionalidad y de su intangibilidad. No se me escapa que también la idea de razón resulta variable y que se puede predicar una cierta racionalidad de los derechos humanos sin desmentir las tesis que este autor desarrolla. No creo, sin embargo, que ello pueda servir para descartar su carácter mítico en el que se asienta la coherencia del discurso, y que, tal como han destacado Jacques Lenoble y François Ost, deriva, “por una parte, de su inserción en la economía libidinal de los sujetos que hablan (interiorización, identificación de la visión del mundo propuesta y de quien se constituye como su intérprete...), y, por otro lado, de su legitimación última debida a la atribución de su paternidad a una persona incontestada” (39).

Se nos muestra así la paradoja de que, surgiendo la idea de los derechos humanos en un contexto democrático, como garantías del superior grado de desarrollo del hombre en algunos de sus aspectos, sin embargo, su consideración como principio de legitimación incontestado, por imprescindible, derivado de la caracterización que se atribuye al mito como “palabra despolitizada” (40), no puede ocultar la aureola misteriosa que le circunda, en la medida en que, como ha destacado Luc Benoist, “tanto el mito como el misterio han surgido de la misma ideología esotérica cuyo carácter proviene de su primordialidad y de su necesidad” (41).

No es extraño, pues, que, en este contexto de imprecisión, los derechos humanos hayan podido ser utilizados con los más inconfesables fines y, contrariamente a lo que a primera vista pudiera deducirse de su origen revolucionario, se hayan constituido como instrumentos primordiales de los detentadores del dominio en la sociedad, ya que, como bien ha destacado Noelle Bisseret, “no se pueden estudiar las prácticas lingüísticas de las clases sociales poniendo entre paréntesis la mediación de sentido que les confieren las relaciones de poder” (42). Tanto mayor se

(37) Gregorio Robles, *La idea de los derechos humanos como representación mítico-simbólica*, cit., aspecto, págs. 282-310.

(38) Gregorio Robles, *El fracaso epistemológico de la doctrina del derecho natural*, en *Epistemología y Derecho*, cit., págs. 199-215.

(39) Jacques Lenoble, François Ost, *Droit, mythe et raison. Essai sur le dérive mythologique de la rationalité juridique*, Publications des Facultés Universitaires, Saint Louis, Bruxelles, 1980, pág. 167.

(40) R. Barthes, *Mythologies*, Seuil, París, 1957, pág. 229.

(41) Luc Benoist, *Signes, symboles et mythes*, Presses Universitaires de France, París, 1975, págs. 103-104.

(42) Noëlle Bisseret, *Langages et identité de classe: les classes sociales se parlent*, L'année sociologique, Bibliothèque de Philosophie contemporaine, Presses Universitaires de France, París, pág. 261.

hace el peligro referido cuando el lenguaje de los derechos humanos resulta ser altamente persuasivo, y, por consiguiente, necesario como engañosamente liberador. "Si algún lenguaje hay en el que creemos escuchar una lengua maravillosa. -escribe Aurel David- éste es, sin duda, el de los derechos del hombre" (43). Basta echar un simple vistazo a la situación del hombre en nuestros días para comprender que ese lenguaje maravilloso está muy lejos de concretarse en realidades mínimamente aceptables por parte de quienes lo escuchan.

Los peligros de esta instrumentalización ideológica se ven, por otra parte, acrecentados por el hecho de que, tal como ha destacado Domenico Corradini, "la lengua conoce un grado de neutralidad ideológica que desconocen, las normas jurídicas" (44). Lo que quiere significar esta frase no es, evidentemente, que los términos lingüísticos no obedezcan, o, al menos, estén en conexión con un determinado contexto ideológico, y, consiguientemente, político, sino que los cambios bruscos que origina la institucionalización de nuevas ideologías dominantes no provocan un proceso de mutaciones lingüísticas paralelo al que experimentan las normas jurídicas (45).

Incluso puede decirse, en nuestro caso, que, aun cuando, ciertamente, la alusión a los derechos humanos pueda tener un origen político concreto, que no excluye el que la lucha por satisfacer sus exigencias pueda remontarse largamente en el tiempo, sin embargo, la expresión es asumida, en la actualidad, como "instrumento publicitario de persuasión" (46) por la generalidad de los grupos políticos.

(43) Aurel David, *Les droits de l'homme*, en la obra colectiva *Pour les droits de l'homme*, cit., pág. 179.

(44) Domenico Corradini, *Grammatica e sgrammatica del diritto*, en la obra colectiva, *Il problema del metagiuridico nell'esperienza contemporanea del diritto. I doveri fondamentali dell'uomo nella società dei diritti. Il diritto e alcune discipline di nuova frontiera*, Società italiana di filosofia giuridica e politica, Atti del XIV Congresso Nazionale (Palermo, 13-15 maggio, 1984), A. Giuffrè Editore, Milano 1984, pág. 217.

(45) *Ibidem*, pág. 218.

(46) Así señala Francisco J. Laporta, *Sobre el uso del término "libertad" en el lenguaje político*, en *Sistema*, n° 52, enero, 1983, pág., 23, que: "A medida que el significado emotivo de los términos políticos va acentuando su importancia y la carga hipnótica que transportan va aumentando su densidad, se va perdiendo paulatinamente la concreción de su espacio de referencia semántica y se va dificultando más y más la posibilidad de la argumentación política sobre bases racionales. La consecuencia más peligrosa y alarmante de ello es la progresiva irracionalización del discurso, convertido a veces hasta el paroxismo en un instrumento publicitario de persuasión sin asideros reales".

Podría, por consiguiente, afirmarse que los derechos humanos han superado (al menos en el nivel de su aceptación estrictamente formal) la movilidad que comporta su dependencia con respecto a los conflictos ideológicos y a la relación de fuerzas entre los diferentes grupos sociales. Pero esta afirmación sólo puede admitirse si la referimos exclusivamente al nivel formal, puesto que, por una parte, la aceptación sobre el papel de los derechos humanos no comporta que todos los Estados y los partidos políticos los entiendan de la misma forma, esto es, produciendo una idéntica función semántico-representativa, y, por otro lado, no hay que olvidar que, lejos de ser respetados los derechos humanos porque lo consideren moralmente necesario los Estados o los grupos políticos, lo son porque lo consideran políticamente necesario. Y es que, de forma cada vez más patente, se han convertido los derechos humanos en una categoría de imprescindible presencia en todos los programas políticos, a menos que los Estados o los miembros de las organizaciones que sostengan los mencionados programas estén dispuestos a situarse fuera de juego en la esfera internacional.

Sin duda, puede parecer extraña esta pluralidad de finalidades con que puede ser utilizada la expresión derechos humanos. En buena medida, ello explica la necesidad de tomar como punto de referencia al receptor y no al emisor del lenguaje al analizar los efectos psicológicos de su invocación. Y es que, efectivamente, si la intención del emisor puede, desde luego, responder a motivos diferentes, sin embargo, el efecto sobre el receptor no suele variar al compás de las mutaciones de aquéllos, presentándose, en todo caso, como un efecto psicológico legitimador.

Así, en definitiva, los derechos humanos pueden ser fácilmente instrumentalizados, constituyéndose, en muchas ocasiones, como una noción al servicio de los intereses de la clase dominante, cuya utilidad radica, precisamente, en su pacífica asunción por parte de la clase dominada. Y es que, desde el momento en que se acepta que la dominación ideológica afecta tanto a la ideología dominante como a la ideología dominada, no podemos sentirnos extrañados ante la existencia de lenguajes unívocos (47), que provocan, además, el efecto de enmascaramiento ideológico propio de las expresiones que más acentuado tienen su factor de emotividad.

Ello no debe significar, sin embargo, un rechazo frontal con respecto al uso de las nociones vagas o confusas de las que los derechos humanos

(47) Michel Pecheux, *L'étrange miroir de l'analyse du discours*, en *Langages*, nº 62, juin, 1981, págs. 7-8.

constituyen, desde luego, un ejemplo paradigmático (48), y es que, tal como ha expresado Ejan Mac Kaay, “las nociones y, más en general, la semántica de los términos jurídicos no constituyen un obstáculo aleatorio a un sistema que, de otro modo, resultaría perfecto y determinado, sino que, muy al contrario, son un elemento esencial para el buen funcionamiento del derecho” (49).

En este contexto, pienso que, aun cuando la invocación de los derechos humanos facilita, ciertamente, la aceptación pacífica de las decisiones jurídicas por parte de sus destinatarios, sin embargo, hay que convenir que también desarrolla “alguna fuerza de presión”, tanto sobre los destinatarios de las disposiciones jurídicas en el sentido más amplio que esta expresión puede merecer, como sobre los funcionarios que tienen encomendada su aplicación (50).

Puede decirse, por tanto, que el efecto negativo que pudiera derivar de la proclamación de los derechos humanos queda ampliamente compensado por lo que supone la remisión a un concepto sobre el que parece existir un consenso cada vez más amplio no sólo en lo que concierne a la aceptación formal de una noción en principio ambigua, sino también en lo referente al contenido material que se le deba atribuir, con la consiguiente merma de ambigüedad que ello supone.

Si, como ha mostrado André Jean Arnaud, “el derecho puede vivir de su propio aliento, de espaldas al pueblo, quedando por determinar quién se lo ha suministrado y cómo puede recuperar el pueblo su función de pronunciar el derecho” (51), parece también evidente que la apelación a los derechos humanos puede servir para embarcar al cuerpo social en la recuperación de esta función, cuando, lejos de aceptar sumisamente la imposición de inoperantes fórmulas pretendidamente autolegitimadoras, suponga la incorporación de los individuos a la lucha por su autodeterminación.

(48) Chaïm Perelman, *L'usage et l'abus des notions confuses*, en *Logique et analyse*, 1976.

(49) Ejan Mackaay, *Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision*, en *Langages*, núm. 53, mars, 1979, págs. 49-50.

(50) Enrique P. Haba, *Droits de l'homme, concepts mouvants, idéologies*, cit., pág. 37, e *Interpretaciones de los derechos humanos. El problema de los conceptos indeterminados y la Doctrina de la Seguridad Nacional en el Constitucionalismo latinoamericano*, cit., pág. 111.

(51) André Jean Arnaud, *Du bon usage du discours juridique*, en *Langages*, n° 53, mars, 1979, pág. 124.

En la medida en que la invocación de los derechos humanos haya podido servir para, cuando menos, condicionar las actuaciones políticas deformantes del principio de legitimación democrática, permitiendo una mejor acomodación entre la norma jurídica y el consenso social, sin duda habrá merecido la pena sumergirnos en el tenebroso laberinto de las ambigüedades semánticas, aun cuando ello fuera a costa de la preservación del más exquisito rigor lingüístico.

EN EL 175 ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCION DE 1812

FRANCISCO ASTARLOA VILLENA

El 19 de marzo se han cumplido los 175 años del texto constitucional de 1812. Una fecha que no ha pasado desapercibida y que obliga a un esfuerzo de investigación y difusión de lo que supuso nuestro primer texto constitucional. Magnificada desde la óptica más progresista y denigrada por el bando contrario la Constitución aprobada en Cádiz necesita ser examinada con la objetividad que el paso del tiempo produce. Y esa objetividad, en aras de ella, nos obliga a una consideración preliminar. La Constitución de 1812 tiene en nuestra historia constitucional un peso específico propio y no sólo por el hecho de ser la primera. Aparte de esa prioridad temporal, que ya por sí misma sería suficiente, el texto gaditano tiene una riqueza propia que es necesario recordar.

Como queda dicho, la Constitución se promulgó el día de San José y de ahí le vino su popular apodo -"La Pepa"- y de los vítores de sus entusiastas surgió el no menos popular grito de ¡Viva la Pepa!

Además del examen de su propio contenido resulta indispensable acudir al Discurso Preliminar pronunciado ante las Cortes Gaditanas el 24 de diciembre de 1811 al presentar la Comisión constitucional su Proyecto. Y, tal como ocurre con todas las Constituciones, hay que situar nuestro texto de Cádiz en el contexto histórico en que se produce.

I. INTRODUCCION HISTORICA

Los últimos años del siglo XVIII son los años de la Revolución que liquida los restos del Antiguo Régimen. Una Revolución que tiene en Locke, Montesquieu y Rousseau, entre otros, sus antecedentes doctrinales. Un movimiento revolucionario que encuentra en Norteamérica y Francia -con sustanciales diferencias entre ellas- sus ejemplos más consabidos. Los EEUU de Norteamérica alcanzan su independencia y abren, con su texto de 1787, aún vigente, la lista de las Constituciones formales, en sentido contemporáneo. Y Francia conoce la Revolución por antonomasia, la paradigmática. En las restantes naciones esa Revolución que marca el tránsito del Antiguo al Nuevo Régimen, de la Edad Moderna a la Contemporánea, se produce en momentos distintos, aunque coetáneos, y no sólo en una sola y única fecha, sino a lo largo de una serie de años, con una serie también de circunstancias. Pero hay un factor común: la Constitución va apareciendo en cada Estado como la flor primera del Régimen nuevo, como la manifestación de la voluntad de la Nación, ya soberana, como muestra de la libertad que se conquistaba. Constitución y libertad aparecen como sinónimos frente al Antiguo Régimen.

Esa Revolución queda dicho, no se produce en un solo momento en cada país. En España la jalonan diversas fechas, sin que aquí se pueda ni se deba glosar cada una: el 19 de marzo de 1808, Motín de Aranjuez; el 2 de mayo de ese año; u otras menos populares pero jurídicamente más decisivas: el 24 de septiembre de 1810, más adelante habrá que glosarla, o el 19 de marzo de 1812.

En 1812 España está en guerra. es una desigual lucha que había comenzado el 2 de mayo de 1808 frente a la invasión francesa. Para entender esa guerra y los acontecimientos políticos españoles contemporáneos a ella hay que saber dos cosas, al menos. No es una guerra siempre abierta, sino de guerrillas, de hostigamiento. Hay batallas y guerra frontal -ahí están Bailén, Arapiles o San Marcial, por ejemplo- pero, sobre todo, es de guerrillas. Y, en segundo lugar, la guerra tiene alternativas diversas -los éxitos iniciales españoles; el avance francés coincidiendo con la venida de Napoleón, la ayuda inglesa y la posterior victoria española, etc.- que provocan un continuo movimiento de frentes. La ocupación material, o militar, no supone, en muchos casos, la ocupación política. Sin esa visión de la situación real de España, difícilmente se entiende la precariedad de la tarea del Gobierno que, Juntas primero, y Cortes después, acometieron. Precariedad que no hace sino acrecentar el mérito de sus autores.

Cuando se produce la sublevación frente al invasor francés España está materialmente acéfala. Tanto Carlos IV como el Príncipe de Asturias, Fernando - aún llamado popularmente "el deseado" - están en Francia, retenidos en la Corte de Napoleón. El Rey había dejado en teórica sustitución de funciones al Consejo de Castilla presidido por su tío el infante D. Antonio. Sin embargo, producido el estallido, la situación pasa a ser muy otra. Son las Juntas Provinciales quienes coordinan en cada territorio la resistencia contra los franceses. Pronto se forma la Junta Suprema Central, reunida primero en Aranjuez y luego en Cádiz ante la progresión francesa, tras haber tenido sucesivamente a Talavera, Trujillo y Sevilla como lugares de reunión.

Como fácilmente puede entenderse la tarea de la Junta Central es la de coordinar y aunar los esfuerzos de las Juntas Provinciales. Reunión de fuerzas que se hacía necesaria tanto desde el punto de vista bélico frente a Napoleón como para conseguir la ayuda inglesa.

Pronto surge en la Junta Suprema un primer dilema: convocar, o no, Cortes. Por la primera solución se inclina Jovellanos, mientras que los partidarios -minoría- de la segunda opción se agrupan en torno a Floridablanca. La muerte de éste haría que la figura de Jovellanos prevaleciera en la Junta.

Ya reunida la Junta de Cádiz, Calvo de Rozas propuso -y así se aprobó- el nombramiento de una Regencia, al principio compuesta por cinco miembros (1) que ejerciese la potestad ejecutiva, y que comenzó a funcionar en enero de 1810, presidida por Pedro de Quevedo y Quintano, Obispo de Orense.

Convocadas las Cortes, sus sesiones se abren el 24 de septiembre de 1801, siendo su principal objetivo la elaboración del texto constitucional. Conviene fijarse aquí en algunos detalles claves. Se convocan las Cortes en ausencia del Rey, en Cámara única, sin estamentos, alejándose de cualquier mero intento de reforma de las antiguas leyes fundamentales para ponerlas al día como pretendía Jovellanos. Se opta por elaborar una Constitución, a ejemplo, sobre todo, de lo hecho en las dos grandes revoluciones, EEUU y Francia. De que España se incorpora al momento revolucionario que acaba con el Antiguo Régimen da idea definitiva del Decreto de las Cortes el mismo día de su apertura:

(1) En enero de 1811 se redujo a tres. En Marzo de 1813 se volvió a la Regencia de cinco miembros. Cuando tornó Fernando VII a España eran tres los miembros de la Regencia, presidida entonces por el Cardenal Primado y Arzobispo de Toledo, Luis de Borbón.

“Declaración de la legítima Constitución de las Cortes y de su soberanía; nuevo reconocimiento del Rey D. Fernando VII y anulación de su renuncia a la Corona; división de poderes, reservándose las Cortes el legislativo; responsabilidad del ejecutivo, y habilitación de la Regencia actual, con la obligación de prestar juramento a las Cortes... inviolabilidad de los Diputados”(2). El Decreto de 24 de septiembre de 1810, entronizaba una buena parte de los postulados del Nuevo Régimen e incorporaba a España a la era constitucional, la Edad Contemporánea.

Era el comienzo de la Revolución operada por las Cortes Gaditanas -siempre con la limitación de encontrarse en un país en guerra- que iba a tener sus principales manifestaciones en la abolición del Santo Oficio, declarado luego incompatible con la Constitución, la exención de las pruebas de nobleza para el ingreso en los Cuerpos militares, la supresión de los señoríos y de los términos “vasallo” y “vasallaje”, la enajenación de propios y baldíos con el fin de obtener medios, etc... pero, sobre todo, en el texto constitucional.

II. ELABORACION Y CARACTERES FORMALES

A) En diciembre de 1810 las Cortes designan una Comisión para la elaboración del Proyecto constitucional. La componían los Diputados realistas Cañedo, Gutierrez de la Huerta, Pére, Dich, Rodríguez de la Bárcena Valiente, -que se negó a firmar el proyecto Jaúregui y Mendiola; los liberales Muñoz Torrero- que la presidía- Argüelles, Espiga, Leiva, Oliveros y Pérez de Castro; y el independiente Morales Suárez.

El texto del Proyecto fue presentado por la Comisión al Pleno de la Cámara fragmentadamente. En agosto de 1811 se leía la primera parte y la última era leída en diciembre de ese año. A finales de enero de 1812 acababa de debatirse el Proyecto. Un Decreto de la Regencia fijaba la fecha del 19 de marzo del mismo año -por considerar esa fecha como aniversario del advenimiento al Trono de Fernando VII- como la de la promulgación, publicación y juramento del texto constitucional por parte de los Diputados.

Elemento clave para entender el contenido de nuestra primera Constitución es el Discurso Preliminar leído por Agustín Argüelles en las Cortes al presentar la Comisión Constitucional su proyecto. Posible-

(2) Sevilla Andrés, Diego: “Constituciones y otras leyes y Proyectos políticos de España”. Editorial Nacional. Madrid 1969 Tomo I, pág. 91.

mente el Discurso suponga la mejor explicación de teoría jurídico-política de transición del Antiguo al Nuevo Régimen en España. El notable valor del Discurso es hoy objeto de reconocimiento unánime.

Se trata de una muy larga pieza oratoria cuya línea fundamental de argumentación consiste, en definitiva, en tratar de demostrar que el texto constitucional hundía sus raíces en la tradición de las antiguas leyes y costumbres españolas, a modo de justificación por la violenta ruptura que supone con la situación inmediatamente anterior. "Nada ofrece la Comisión en su Proyecto que no se halle configurado del modo más auténtico y solemne en los diferentes cuerpos de la legislación española, sino que se mire como nuevo el método con que ha distribuído las materias, ordenándolas y clasificándolas para que formasen un sistema de ley fundamental y constitutiva, en el que estuviese contenido con enlace, armonía y concordancia cuanto tienen dispuesto las leyes fundamentales de Aragón, de Navarra y de Castilla en todo lo concerniente a la libertad e independencia de la Nación, a los fueros y obligaciones de los ciudadanos, a la dignidad y autoridad del Rey y de los Tribunales, al establecimiento y uso de la fuerza armada y al método económico y administrativo de las Provincias". (3).

B) Consta la Constitución de 1812 de un Preámbulo, diez títulos y 348 artículos. Tal extensión convierte al texto gaditano en el más largo -con mucho- de nuestra historia constitucional. El motivo de esta singular longitud puede contemplarse desde dos puntos de vista. El primero nos lleva a la elemental consideración de que no había precedente alguno en España a la hora de refundir en un mismo cuerpo legal las dos grandes cuestiones que un texto constitucional contempla: la organización de los poderes fundamentales del Estado y los derechos de los ciudadanos. En segundo lugar, y por la misma inexperiencia, hay que advertir que nuestra primera Constitución mezcla en un contenido temas fundamentales y cuestiones minuciosas, que deben ser recogidas en leyes de rango menor en desarrollo de la norma constitucional. Es cierto las Constituciones revolucionarias -y la nuestra de 1812 lo era- tienden a ser extensas, debido a que el legislador triunfante en el proceso revolucionario, pretende dar rango constitucional a los principios que han inspirado su levantamiento. Pero también es cierto que, por ejemplo, nuestra Constitución de 1812 contiene en su articulado una ley electoral prácticamente completa. De sus 384 artículos, 140 se destinan al Título III, "De las Cortes". No menos prolijo en detalles resulta el Título V, dedicado a los Tri-

(3) Texto completo del "Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comisión de Constitución el proyecto de ella" en Sevilla Andrés, Diego. op. cit. pág. 115 y ss.

bunales y a la Administración de justicia en lo civil y criminal, con sus más de 60 artículos. Y como éstos podrían citarse otros parecidos ejemplos (4).

III. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

A) Caracteriza al texto gaditano la pretensión de armonizar la tradición histórica española con los principios del Nuevo Régimen. Ya se ha hecho referencia anterior a la reiterada manifestación del Discurso Preliminar en el sentido de que el texto constitucional recogía, con simple cambio de sistemática, los principios consignados en las leyes fundamentales de la Monarquía, acompañados de las oportunas coincidencias y precauciones, que aseguren de un modo estable el grande objeto de promover la gloria, la prosperidad y el bien de toda la Nación...”

La pretensión citada no pasaba de ser tal. En la práctica el texto constitucional se basaba en los principios que surgieron en la palestra política a la par que la Revolución francesa: la soberanía nacional, la división de poderes y el nuevo sistema de representación. La pretendida armonía entre Antiguo y Nuevo Régimen quebró. Con la Constitución de 1812 España se incorporaba al nuevo orden de cosas.

B) *La soberanía nacional*

En nuestra Constitución de 1812 se plasman los principios básicos de la Revolución española: su origen popular y su respeto a la Monarquía. El pueblo español está representado en las Cortes, y por medio de éstas se otorga su propia Constitución. La fórmula se expresa en el Preámbulo, en combinación con los artículos 3 y 27:

“La soberanía -decía el artículo 3- reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho a establecer sus leyes fundamentales”. El artículo 27 señalaba que “las Cortes son la reunión de todos los diputados que representan la Nación, nombrados

(4) Esa minuciosidad a la que se hace referencia se refleja, especialmente en el Título III, con preceptos constitucionales que hoy nos pueden resultar chocantes en extremo. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 47: “Llegada la hora de la reunión que se hará en los casos consistoriales o en el lugar donde lo tengan de costumbre, hallándose juntos los ciudadanos que hayan concurrido, pasarán a la parroquia con su presidente, y en ella se celebrará una misa solemne del Espíritu Santo por el cura párroco, quien hará un discurso correspondiente a las circunstancias”. Como éste hay otros muchos ejemplos que ayudan a explicar la extensión del texto gaditano.

por los ciudadanos en la forma que se dirá". Por eso el Preámbulo expresaba: "las Cortes Generales y extraordinarias de la Nación española... decretan la siguiente Constitución política para el buen gobierno y recta administración del Estado". La Regencia, en nombre del Rey, se limita a ordenar su publicación, a tenor de lo señalado por el primer párrafo del Preámbulo: "Don Fernando Séptimo, por la gracia de Dios y la Constitución de la Monarquía española, Rey de las Españas, y en su ausencia y cautividad la Regencia del reino..., a todos los que las presentes vieren y entendieren, sabed: Que las mismas Cortes han decretado y sancionado la siguiente Constitución política de la Monarquía española (5).

Como atinadamente señala Tomás Villarroya "la Constitución se elaboró sin participación del Rey: pero no frente o contra un Rey por cuya libertad combatía la Nación: en su intención inicial, no era, pues, una Constitución que se pretendiese imponer al Monarca" (6).

La afirmación de la soberanía nacional suponía la adopción del más espectacular de los principios de la Revolución francesa: la soberanía dejaba de residir en una sola persona, el Rey, para transferirse a la Nación.

La cuestión de la soberanía va a pesar tan decisivamente en nuestra historia constitucional que va a resultar la piedra de toque que divide a nuestros textos constitucionales en dos grandes grupos atendiendo a un movimiento pendular. Las Constituciones de 1812, 1837 1869 y 1931 consagrarán la soberanía nacional frente a las de 1834, 1845 y 1876 que recogen la doctrina de la soberanía compartida entre Rey y Cortes.

Este hecho decisivo diferencia a nuestra primera Constitución de la francesa de 1791; la Revolución en Francia se plantea contra el Rey y a favor de la soberanía nacional. En España no se plantea disyuntiva. La Monarquía va a salir triunfante en los grandes momentos constituyentes de nuestra Patria: 1812, 1869 y 1978. La excepción -1931- no sólo confirma la regla, sino que tiene sus causas más profundas en la descomposición del propio sistema (7).

El poder soberano -supremo- del Estado se confundía con el poder regio durante el Antiguo Régimen. Mientras éste subsistió el Rey era el

(5) El texto de la Constitución está tomado de Sevilla Andrés, op. cit. pág. 160 y ss.

(6) Tomás Villarroya, Joaquín "Breve historia del Constitucionalismo español". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1983 pág. 13.

(7) Puede verse a este respecto Astarloa Villena, Francisco "Región y religión en las Constituyentes de 1931". Ed. Cátedra Fadrique Fució Ceriol. Valencia 1976, pág. 21 y ss.

Soberano, titular del poder pleno. La revolución francesa -con Sièyes como principal fuente doctrinal en este punto- supuso la transferencia a la Nación -persona moral distinta a los individuos que la forman- de la titularidad de dicho poder.

Fue éste el punto posiblemente más conflictivo de las Cortes Gaditanas a la hora de elaborar la Constitución. Se afirma habitualmente que la Cámara Gaditana estaba dividida en dos grandes grupos: los absolutistas o realistas, partidarios de mantener en este tema el anterior estado de cosas y los liberales o afrancesados, partidarios de incorporar al texto constitucional las doctrinas de la Revolución habida en Francia. La existencia de tal división es incontestable, pero las bases en que se fundan ambas posiciones debe ser objeto de matizaciones que el tiempo ha ido aclarando. Es cierto que la posición de los liberales estaba clara: incorporar la doctrina de la soberanía nacional acuñada con la Revolución del país vecino. Lo expresa así Martínez Marina: "Así se sostuvo la autoridad nacional contra los esfuerzos del despotismo hasta entrado el siglo décimo sexto en que habiéndose extinguido la varonía de la casa de Castilla sucedieron en estos reinos los príncipes austríacos; los cuales ignorantes de nuestras leys y costumbres, y educados en los destructores máximos del Gobierno arbitrario y entregados a ministros extranjeros... comenzaron a violar lo más sagrado de nuestra Constitución... exceso que... llegó a colmo mientras dominaron los Príncipes de la Casa de Borbón; casi tres siglos de violencia y desorden" (8).

La asimilación del otro sector de las Cortes -los realistas- al absolutismo requiere, sin embargo, algunos matices, que tal asimilación sin más no es del todo exacta. Cuando Fernando VII regresó a España tras el exilio francés le fué presentado un Manifiesto, denominado "de las Persas" en donde un sector de diputados realistas expresaba su pensamiento. Es cierto que rechazaban la labor de las Cortes Gaditanas, y por ende, la Constitución, pero no es menos cierto que solicitaban del Rey la convocatoria de unas nuevas Cortes -de acuerdo con el Régimen Antiguo- y que recordaban la sujeción del Monarca a las leyes. Luego el absolutismo del Rey -fruto en el fondo de su congénita debilidad, por extraño que parezca- dejaría descontentos a unos y otros.

La aprobación del artículo 3 tal como antes ha sido citado marcó el fin de una larguísima discusión muy rica en contenido doctrinal, y que supuso uno de los momentos más brillantes no sólo en la discusión de

(8) Martínez Marina, Francisco: "Teoría de las Cortes". Editora Nacional. Madrid 1979 pág. 1494.

esta Constitución sino también de nuestra historia parlamentaria, tan pobre en altura en tantas ocasiones. El citado artículo se aprobó, pero suprimiendo el último inciso que figuraba en el proyecto, y que atribuía a la Nación el “derecho de adoptar la forma de Gobierno que más convenga”. La votación para suprimir tal inciso arrojó el resultado de 87 votos contra 63, lo que da idea de lo igualado de las posiciones.

C) *El Rey*

Con respecto a la figura del Rey hay que señalar que el respeto que las Constituyentes manifestaron hacia la institución monárquica no fue óbice para que el texto gaditano regulara la figura del Rey de acuerdo con los nuevos principios que la Revolución consagraba.

Una vez declarada la soberanía nacional, el Rey deja de ser “el soberano”. Sus poderes serán los que expresamente le concrete la Constitución. Genéricamente son los establecidos en los artículos 15 -participación en la función legislativa comartida con las Cortes- y 16, potestad ejecutiva. Tales poderes enunciados “in genere” en los artículos citados se concretaban en el título IV dedicado al Rey (9).

El artículo 170, literalmente repetido por las Constituciones monárquicas españolas del siglo pasado, establecía: “la potestad de hacer ejecutar las leyes reside exclusivamente en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo anterior, y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las Leyes”.

La concreción a tan amplísimo principio se recogía en el artículo siguiente, que, en sus dieciseis párrafos establecía las siguientes facultades regias: la expedición de las disposiciones encaminadas a la ejecución de las leyes; el cuidado de que la Administración de Justicia fuera pronta y cumplida; la declaración de guerra y la firma de la paz, dando cuenta a las Cortes; el nombramiento, a propuesta del Consejo de Estado, de los magistrados de los Tribunales; la provisión de empleos civiles y militares; el ejercicio del derecho eclesiástico de presentación, a propuesta del Consejo de Estado; la concesión de honores; el mando de los ejércitos; la dirección de las relaciones diplomáticas y comerciales; la fabricación de monedas; la inversión de fondos para la Administración; el derecho

(9) Conviene hacer notar que el Título referente a las Cortes -III- figuraba antes que el referido al Rey. No se trataba de una simple transferencia formal. Las Cortes representaban al titular de la soberanía: la Nación.

de indulto; la iniciativa legislativa ante las Cortes y el nombramiento y separación de Ministros o Secretarios de Despacho, según la terminología de la Constitución.

Tales atribuciones quedaban limitadas de dos formas: por un lado por lo establecido en el artículo 225 "Todas las órdenes del Rey deberán ir firmadas por el secretario de despacho del ramo a que el asunto corresponda. Ningún Tribunal ni persona pública dará cumplimiento a la orden que carzca de este requisito". Tal precepto suponía la aparición en España del refrendo ministerial con carácter obligatorio.

La segunda limitación de las facultades regias venía de la enumeración del artículo 172 que establecía restricciones de la autoridad del Rey; el respeto a la libre actividad de las Cortes, sin que pudiese impedir su celebración. Tal limitación, que consagraba el funcionamiento autónomo de las Cortes respecto del Rey, suponía otro corte tajante con el sistema del Antiguo Régimen. Pero el texto de Cádiz iba, incluso, más allá de lo que más tarde recogerían otras Constituciones españolas al prohibir al Rey suspender o disolver las Cortes.

Otras restricciones enumeradas en el citado artículo 172 eran: la prohibición de ausentarse del reino, de abdicar y de contraer matrimonio sin consentimiento de las Cortes, alguna de las cuales limitaciones tenían una clara motivación en la reciente historia; la prohibición de alterar la integridad territorial y de establecer tratados con otros países sin consentimiento de las Cortes; la prohibición de establecer contribuciones -que se atribuía a las Cortes en exclusiva- ni conceder privilegios; y la prohibición de alterar la propiedad y la libertad de las personas.

Respecto a su participación en la función legislativa que compartía con las Cortes se manifestaba en la iniciativa legislativa y en la sanción y promulgación de las leyes. La iniciativa se configuraba más como un recuerdo histórico del poder legislativo pleno del Monarca que como un auténtico derecho. Manifestación de ello era el hecho de que, a tenor del artículo 125, eran los Secretarios de Despacho quienes presentaban a las Cortes las propuestas regias, y era la Cámara quien determinaba cuando y cómo podrían asistir los Secretarios a las discusiones en torno a tales propuestas. En todo caso no podían estar presentes en la votación correspondiente. Se trataba, como puede verse, de una actitud mendicante.

También la actividad sancionadora de las leyes por parte del Monarca sufría esos mismos celos por parte de la Constitución, a tenor de los

artículos 142 y siguientes. El veto -negativa a la sanción- por parte del Rey tenía un efecto meramente suspensivo sobre el proyecto aprobado por las Cortes. Se retrasaba su entrada en vigor, devolviéndose a la Cámara para ser de nuevo estudiado. Pero el veto era superable si por tercera vez las Cortes aprobaban el Proyecto tras las dos correspondientes negativas regias. Esa tercera aprobación suponía los mismos efectos que la sanción regia.

Es de señalar que fue la Constitución de 1812 la que más recortó los poderes del Rey de entre todas las Constituciones monárquicas españolas del siglo pasado. En el texto gaditano triunfó -a diferencia de lo ocurrido en Francia como ya quedó dicho-, la causa monárquica. Pero los poderes del Rey iban a ser sensiblemente limitados. No hay que olvidar que todas las Constituciones monárquicas del siglo XIX español van a reconocer la posible disolución de las Cortes y el veto absoluto como poderes regios. De esta última facultad se usó discretamente, pero no así de la primera, de la que se abusó hasta bien entrado el siglo XX con notorio perjuicio para nuestra vida política y, a la larga, para la propia institución monárquica.

D) *La división de poderes.*

Una doctrina política y dos textos constitucionales constituyen el precedente de la regulación de la división de poderes en nuestro primer texto constitucional. Se trata de la teoría de Montesquieu y de los textos norteamericano y francés de 1787 y 1791, respectivamente, que constitucionalizan dicha teoría.

Precedentes a la doctrina de la división de poderes hay múltiples y de varias procedencias. Aristóteles y Polibio en la antigüedad; Bolingsbroke más tarde; pero la versión moderna tiene un autor eminente: el barón de la Brede, Montesquieu. Para el autor francés la libertad se garantiza mediante la división del poder y un sistema de frenos entre los titulares del poder.

Aunque la doctrina de la división de poderes y sus sucesivas formulaciones es una de las más ricas del Derecho Constitucional y más fecunda en consecuencias prácticas no es sitio éste para desarrollarla. Basta decir que siguiendo los ejemplos norteamericanos y francés la Constitución de 1812 establece en su artículo 15 que "la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey". En su artículo 16 afirma que "la potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey". Y, por último, en el artículo

17 se lee que “la potestad de aplicar las leyes en los campos civil y criminal reside en los tribunales establecidos por la ley”.

La formulación de la división de poderes de la Constitución de 1812 tiene una virtud y un defecto. La virtud de usar el término “potestad” mucho más concorde con el de “puissance” acuñado por Montesquieu. El usado por la doctrina comúnmente - “división de poderes”- plantea más problemas teóricos.

Pero por otro lado, y siguiendo también en esto los ejemplos francés y norteamericano, el sistema previsto por el texto gaditano es el de la separación rígida de poderes, fruto de una interpretación rigurosa del principio de Montesquieu. Las constituciones posteriores lo irían flexibilizando progresivamente. De todos modos no hay que olvidar que el constitucionalismo llevó consigo la aplicación de la teoría del Barón de la Brede. También nuestra primera Constitución la incorporó.

E) *La representación nacional.*

Consecuentemente con la adopción de la soberanía nacional desaparece también la representación estamental del Antiguo Régimen. Mediante ese sistema los Diputados eran nombrados, y a ellos representaban, por los correspondientes brazos o estamentos -clero, nobleza y burguesía- siendo sus simples portavoces, pues estaban sujetos a mandato imperativo.

Tras la Revolución francesa desaparece la representación por estamentos, que se sustituye por la representación de la Nación en su unidad. Siguiendo a Sieyes se consagra la idea de que a la unidad de la Nación debe corresponder la unidad de representación, sin mandato imperativo preexistente. La relación entre representado y representante no será la propia de un mandato, sino la de una representación. La voluntad del representante es libre, sin previa sujeción.

La sustitución del sistema de representación estamental por el nacional tiene en nuestro país fecha exacta e instrumento perfectamente conocido: “La Instrucción que deberá observarse para la elección de Diputados de Cortes” de 1 de Enero de 1810. A dicha Instrucción puede añadirse el Decreto de la Junta Central sobre la celebración de las Cortes del día 29 del mismo mes y año. El documento esencial es, sin embargo, el Decreto de la Regencia de 20 de septiembre de 1810, mandando que las Cortes se reunieran en un solo Cuerpo.

En este Decreto la Regencia resolvía “que no obstante lo decretado por la Junta Central sobre la convocación de los brazos de Nobleza y Clero a las próximas Cortes, deliberación que necesariamente había de causar considerables dilaciones, cuando, por otra parte, se hallan personas de uno y otro estado entre los Procuradores nombrados en las provincias, que, sin necesidad de especial convocatoria de los Estados, se haga instalación de las Cortes, sin perjuicio de los derechos y prerrogativas de la nobleza y clero” (9 bis).

La nueva representación nacional quedaba eminentemente constitucionalizada por el artículo 27 del texto gaditano, al que puede añadirse el artículo 100, que especificaba el contenido de los poderes que han de entregarse a los diputados electos por cada provincia. En dicho artículo se dice expresamente “que les otorgan poderes amplios a todos juntos, y a cada uno de por sí, para cumplir y desempeñar las augustas funciones de su encargo, y para que con los demás diputados de Cortes, como representantes de la Nación española, puedan acordar y resolver cuanto entendieren conducente al bien general de ella en uso de las facultades que la Constitución determina”.

Esta representación con referencia a la Nación, y no estamental, y desligada del mandato imperativo del Antiguo Régimen se constitucionaliza en Cádiz, y quedará consagrada en el régimen constitucional español. El sistema de elección indirecta establecido en nuestro primer texto constitucional -artículo 34 y siguientes- apenas tendrá continuidad salvo casos aislados -Senados de 1837 y 1869, por ejemplo- pero el cambio de la nueva representación quedaba abierta. ¿Cómo se articulaba esa representación?. Repasamos parte del contenido del artículo 27: “Las Cortes son la reunión de todos los diputados que representan a la Nación”.

F) *Las Cortes*

Sucesiva, y brevemente, habrá que hacer referencia a su composición, su elección, su funcionamiento y sus funciones.

1. *Composición.* La unicameralidad, sobreentendida en la Constitución más claramente en los artículos 27 y 104, fue fruto de una convicción y de un temor. Las Cortes fueron convocadas por la Regencia en Cámara única y ese mismo sistema fue el que se constitucionalizó. Pesaron el ejemplo francés -aquí si es cierta la influencia del texto galo de 1791- y

(9 bis) Ver Sevilla Andrés, op. cit. pág. 89.

la doctrina de Sieyes, quien creía que la Cámara única representaba mejor la unidad nacional.

Por otro lado existió el temor de que la Cámara Alta se convirtiera en refugio de nobleza y clero, con lo que la estamentalidad del Antiguo Régimen podía sobrevivir subrepticamente. Triunfó por tanto, el criterio unicameral, que la propia vida constitucional -por escasa que fuera- se encargó de demostrar como peligrosamente proclive a tendencias dictatoriales. Ya en el trienio liberal y constitucional (1820-23) se estudió la posibilidad de introducir una reforma constitucional incorporando la Cámara Alta. Lo agitado y efímero del período imposibilitaron tal adición.

Las Constituciones posteriores vigentes, a excepción de la de 1931, recogieron el principio bicameral. Curiosamente en 1935 también se intentó introducir la segunda Cámara en el texto de la II República.

2. *Elección.* Varios aspectos relacionados con el reclutamiento de la Cámara han sido ya expuestos anteriormente, y poco hay que añadir aquí. El título III de la Constitución, dedicado a las Cortes, incorpora en su interior una verdadera ley electoral. Ello, junto a la preeminencia que se quiso otorgar al órgano de representación popular, hizo del Título el más largo y prolijo de la ya de por sí extensa y minuciosa Constitución.

Se consagró un sistema indirecto de cuarto grado para la elección de diputados; con juntas electorales de parroquia a elegidos por unos compromisarios- de partido y de provincia. Los artículos 91 y 92 establecían los requisitos necesarios para ser elegido Diputado de Cortes. El artículo 95 establecía la incompatibilidad -inelegibilidad más bien- entre Diputado y Secretario de Despacho. Esta incompatibilidad sería anulada en las posteriores Constituciones y obedecía al deseo de las Constituyentes, antes expresado, de establecer, con todas sus consecuencias, una rígida separación entre los diversos poderes en el Estado.

A semejanza del texto constitucional norteamericano se fijaba la duración del mandato parlamentario en dos años -brevísimo- no seguido luego por ninguna Constitución española, renovándose la totalidad de la Cámara, a tenor del artículo 108.

3. - *Funcionamiento.* La idea de la soberanía parlamentaria presidió toda la regulación de las Cortes. Inmediata concreción era la autonomía en su funcionamiento. Tuvo autonomía frente al Rey que era característica del Nuevo Régimen, a diferencia del Antiguo en que el Rey convo-

caba las Cortes a su antojo. Tal autonomía se configuraba como garantía de libertad, pues “miraron -decía el discurso Preliminar- la frecuente reunión de Cortes como un verdadero obstáculo a la arbitrariedad de su Gobierno y a la usurpación que se intentaba hacer de las libertades de los españoles... El formar Cortes cada año es el único medio legal de asegurar la observancia de la Constitución sin convulsiones, sin desacato a la autoridad, y sin recurrir a medidas violentas, que son precios y aun inevitables cuando los males y vicios en la administración llegan a tomar cuerpo y envejecerse”.

Así se justificaba la reunión automática -1 de marzo de cada año- y el período obligatorio de sesiones -3 meses- previstos en el artículo 106 del texto constitucional.

Fruto también de la autonomía de las Cortes era su libertad absoluta a la hora de elegir un Presidente -a diferencia de lo que ocurriría con buena parte de las posteriores Constituciones españolas del siglo pasado- y de establecer su reglamento, libertades que recogían, respectivamente, los artículos 118 y 127.

La actividad del Rey en las Cortes se reducía a la apertura de las sesiones, que no se retrasaba si el Rey tenía impedimento para acudir a la ceremonia, -artículo 121- y en el que pronunciaba un discurso al que contestaba el Presidente -artículo 123- (10). Acto al que el Rey asistía sin guardia alguna, como señalaba el artículo 122. Por último, en este orden de cosas, establecía el artículo 124 la prohibición de que las Cortes deliberaran en presencia del Rey.

La inviolabilidad de los Diputados y el privilegio de jurisdicción quedaban constitucionalizados en el artículo 128. En el 126 se establecía el principio general de publicidad de las sesiones, excepción hecha de aquéllas que exigen reserva.

A diferencia de las restantes Constituciones españolas del siglo XIX, el texto gaditano constitucionalizaba la Diputación Permanente para velar por el cumplimiento de algunas de las funciones que correspondían a la Cámara cuando no estuviera en período de sesiones.

4.- *Funciones.* El artículo 131 -que ocupaba todo el capítulo VII del Título III- recogía hasta veintiseis facultades propias y específicas de las Cortes.

(10) En uno de esos discursos durante el Trienio liberal se produjo el célebre incidente de la “coletilla”.

La primera y principal era, lógicamente, la legislativa, que le había atribuido el ya citado artículo 16 como función propia. Los artículos 132 y 156 regulaban con detalle el procedimiento legislativo. Varios de esos artículos han sido precitados a propósito del veto regio. Señálase aquí una peculiaridad respecto a la iniciativa legislativa: la expresada en el artículo 132 que la otorgaba a cada uno de los Diputados.

Del largo enunciado de las facultades de las Cortes puede hacerse una sistematización en base al objeto de las mismas. Facultades en relación al Rey, al Príncipe de Asturias y al Regente. Otras lo eran referidas a las relaciones exteriores. Otro tipo de funciones se referían a las fuerzas armadas y de policía. También se establecían competencias de las Cortes en orden a la Administración y al régimen económico y financiero. Se establecía la facultad de las Cortes de hacer efectiva la responsabilidad de los Secretarios de Despacho. Cabe señalar, por último, lo señalado en el párrafo 24 del citado artículo que establece como función de las Cortes “proteger la libertad política de imprenta”

G) *El sentido religioso*

Caracteriza también la Constitución de Cádiz y sirve junto con el respeto a la institución monárquica para puntualizar sus diferencias con el texto francés de 1791, y, sin embargo, le aproxima al texto norteamericano de 1787 tan influido por el puritanismo emigrante de la metrópoli inglesa a bordo del “Flor de Mayo”.

Manifestaciones de su sentimiento religioso aparecen a lo largo del texto constitucional. El propio Preámbulo contiene una invocación trinitaria y un reconocimiento a Dios como “autor y supremo legislador de la sociedad”

El artículo 12, que constituía un capítulo propio -2º dentro del Título III- señalaba que “la religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica y romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquier otra”.

Los artículos 47, 71 y 86 prescriben que se dirá Misa del Espíritu Santo en las Juntas electorales de Parroquia, Partido y Provincia, respectivamente, y, a modo de ejemplo, cabe señalar, por último, que la fórmula de juramento tanto del Rey como del Príncipe de Asturias -arts. 173 y 212, respectivamente- incluía la obligación de defender y conservar la religión católica “sin permitir otra alguna en el reino”.

La composición de las Cortes gaditanas ayuda, en buena medida, a entender este espíritu religioso que impregna el texto constitucional. El 30 por ciento de los diputados -o sea unos 90- eran eclesiásticos.

H) *Rigidez*

La Constitución de 1812 es rígida. Es decir, preveía un sistema de reforma distinto del exigido para la modificación de la legislación ordinaria. Pero además hay que añadir que el sistema previsto para la reforma constitucional hacía que ésta resultara extraordinariamente compleja. A ello se dedicaban el artículo 375 y siguientes -los diez últimos- del texto constitucional.

El artículo decía: "Hasta pasados ocho años después de hallarse puestas en práctica la Constitución en todas su partes, no se podrá proponer alteración, adición ni reforma en ninguno de sus artículos".

Junto a esta primera limitación existían otras consistentes en las exigencias de cumplimiento de plazos y de aprobaciones de propuestas por mayorías reforzadas, siendo la más notable la necesidad de que fueran tres Cortes distintas quienes intervinieran en la reforma: las primeras proponían, las segundas examinaban, y las terceras procedían a la reforma, a tenor de los artículos 379, 380 y 381, respectivamente.

Como motivos de esta rigidez constitucional, que bien pudiera calificarse de extraordinaria, puede aducirse alguno de los ya señalados como justificación de su longitud, también ciertamente extraordinaria. Se puede añadir el optimismo constitucional -fruto del sistema recién iniciado- y el deseo de otorgar al texto la mayor estabilidad posible.

La doctrina se inclina a establecer como norma frecuente la de que las Constituciones que surgen de una Revolución son técnicamente rígidos -siguiendo la terminología de Bryce- y el motivo es sencillo: el deseo de que una reforma constitucional no desvirtúe algún principio revolucionario consagrado en el primer texto legal del país.

IV. *VALORACION Y APLICACION*

Si algo externo a sí mismo caracteriza a nuestro primer texto constitucional es, sin duda, la polémica de que se ha visto rodeado. Como ya se ha expuesto antes, polémico fue su nacimiento. No menos controversias suscita su valoración.

Para los sectores moderados de su época constituyó una verdadera piedra de escándalo. Afirmaciones como la de la soberanía nacional o cambios tan radicales como los producidos en torno a la institución regia podían ser difícilmente comprendidos en aquel momento.

Para el liberalismo -y no sólo español- el texto de 1812 constituyó una bandera auténtica. Más aún cuando se pudo comprobar lo azaroso de su existencia.

Su mérito más sobresaliente -y no pequeño- es ocupar el primer puesto cronológico de las Constituciones españolas. Sólo eso sirve para tapan sus defectos, la mayor parte debidos a su primogenitura. Su valoración es, pues, una moneda de dos caras: un mérito principal es también su inconveniente primero. No puede ser -porque tampoco pudo hacerse- de otra manera. La Constitución gaditana se adelanta notablemente a su tiempo. Ni la monarquía ni el pueblo -salvo minorías- de España podían adaptarse al texto constitucional, porque éste tampoco podía insertarse en un contexto socio-político muy anclado en el Antiguo Régimen en virtud de muchos lazos, y que, para colmo, mantenía una guerra en su propio territorio.

Esa es la valoración principal -que no la única posible- que merece el texto gaditano y que explica los avatares de su aplicación. Aunque cabría decir, más propiamente, de su inaplicación.

Primero estuvo vigente en un país en guerra. En una fase final de las hostilidades contra un enemigo como Napoleón. Si ya en nuestros días sería difícil que reviviera en un mínimo de "normalidad constitucional" en un país en guerra, puede calcularse qué sería en los comienzos del siglo XIX con diferencias tan enormes en el campo de las comunicaciones, por ejemplo, con el mundo actual. En este estado de cosas vivió la Constitución de Cádiz su primera etapa de vigencia de marzo de 1812 a Mayo de 1814. Un decreto dictado por Fernando VII al regresar a España -Valencia 4 de mayo- abolía el texto constitucional al que calificaba de "atentado contra las prerogativas del Trono abusando del nombre de la Nación"; declarando aquella Constitución y Decretos nulos y de ningún valor ni efecto, ahora ni en tiempo alguno, como si no hubiesen pasado jamás tales actos y se quitaran de en medio del tiempo, y sin obligación en mis Pueblos y Súbditos de cualquier clase y condición a cumplirlas ni guardarlas" (11).

(11) Texto del Decreto en Sevilla Andrés op. cit. pág. 219 y ss.

El segundo período de vigencia del texto de Cádiz se produce durante el Trienio liberal o constitucional -de ahí su nombre- de marzo de 1820 a Octubre de 1823. Etapa que comienza con el Golpe de Estado de Rafael de Riego en Cabezas de San Juan y que termina con la intervención de los Cien Mil Hijos de S. Luis.

Un breve decreto de 7 de marzo de 1820 establece que “siendo la voluntad general del pueblo, me he decidido a jurar la Constitución, promulgada por las Cortes Generales y extraordinarias en el año de 1812” (12), disposición legal acompañada de conocidísima frase: “marchemos francamente y yo el primero, por la senda constitucional”

No menos azarosa fue esta vigencia constitucional. El desorden y la subversión presidieron la vida del Trienio. El Rey encargó a Martínez de la Rosa la preparación de una reforma constitucional, que no llegó a producirse ante la entrada en España de los ejércitos armados por las potencias europeas para poner fin al caos del Trienio y restaurar el orden.

Un Manifiesto real de 1 de Octubre de 1823 declara “nulos y de ningún valor todos los actos de Gobierno llamado constitucional (de cualquier clase y condición que sean) que ha dominado a mis pueblos desde el día 7 de marzo de 1820 hasta hoy 1 de Octubre de 1823, declarando, como declaro, que en esta época he carecido de libertad, obligando a sancionar las leyes y a expedir las órdenes, decretos y reglamentos que contra mi voluntad se meditaban y expedían por el mismo Gobierno”. La Constitución era calificada por el Manifiesto como “tiránica”. (13).

La tercera y última etapa de vigencia de la Constitución de 1812 fue la más efímera, y se produjo durante la Regencia de María Cristina. Derogado el Estatuto Real de 1834 por el Motín de la Granja se declaró vigente la Constitución de 1812 en tanto se elaboraba un nuevo texto constitucional, que pretendía ser mera reforma -no lo fue- del Código gaditano.

Un Real Decreto firmado en la Granja el 13 de agosto de 1836 mandaba “que se publique la Constitución política del año de 1812, en el interín que reunida la Nación en Cortes, manifieste expresamente su voluntad, o dé otra Constitución conforme a las necesidades de la misma” (14).

(12) Id. pág. 235.

(13) Texto del Decreto en Sevilla Andrés op.c. cit. pág. 241.

(14) Id. pág. 301.

Esta última previsión del Real Decreto se producía el 18 de junio de 1837. Pasaba a la Historia la primera Constitución española, de 1812: "Dejo una honda huella emocional en la historia del Constitucionalismo español". (15).

V.- BIBLIOGRAFIA

1.- *Bibliografía genérica para la historia del constitucionalismo español.*

- CLAVERO, B.: "Evolución histórica del constitucionalismo español". Madrid, 1983.

- FARIAS GARCIA, P.: "Breve Historia constitucional de España". Madrid, 1981.

- FERNANDEZ SEGADO, F.: "Las constituciones históricas españolas". Madrid, 1982.

- FRAILE CLIVILLES, M.: "Introducción al Derecho Constitucional español". Madrid, 1975.

- GARCIA HERNANDEZ, F.J. y ESPIN TEMPLADO, E.: "Esquemas del constitucionalismo español (1808-1976)". Madrid, 1976.

- GARCIA NIETO, M.C.: "Bases documentales de la historia constitucional de España", Madrid, 1971.

- GONZALEZ MUÑIZ, M.A.: "Constituciones, Cortes y elecciones españolas. Historia y anécdotas (1810-1936)". Madrid, 1978.

- SANCHEZ AGESTA, L.: "Historia del constitucionalismo español (1808-1910)". Madrid, 1984.

- SEVILLA ANDRES, D.: "Historia política de España (1800-1973)". Madrid, 1974.

- SOLE TURA, J. y AJA, E.: "Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)". Madrid, 1977.

- TOMAS VILLARROYA, J.: "Breve historia del constitucionalismo español". Madrid, 1983.

(15) Tomás Villarroya, Joaquín, op. cit. pág. 30.

- TOMAS Y VALIENTE, F.: "Notas para una nueva historia del constitucionalismo español" en "Sistema" núm. 17-18, 1977, págs. 71-81.

- TORRES DEL MORAL, A.: "Constitucionalismo histórico español". Madrid, 1986.

2. *Bibliografía específica para la Constitución de 1812.*

- COMELLAS, J.L.: "Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812" en R.E.P. núm. 126, 1962, págs. 60-100.

- DE LIZAUR Y LACAVE, I.: "La Carta otorgada de 1808". Madrid, 1916.

- FERNANDEZ ALMAGRO, M.: "Orígenes del régimen constitucional en España". Barcelona, 1976.

- FERRANDO BADIA, J.: "Vicisitudes e influencias de la Constitución de 1812" en R.E.P. núm. 126, págs. 169-226.

- IDEM: "La Constitución española de 1812 en los comienzos del Risorgimento". Roma-Madrid, 1959.

- MARTINEZ SOSPEDRA, M.: "La Constitución de 1812 y el primer liberalismo español". Valencia, 1978.

- MERCADER RIBA, J.: "José Bonaparte Rey de España (1808-1813).

- MIRKINE-GUETZEVITCH, B.: "La Constitución espagnole de 1812 et les débuts du libéralisme européen" en "Introduction á l'étude du Droit Comparé". París, 1938.

- RICO LARA, M.: "El impulso codificador y legislativo de las Cortes de Cádiz" en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, núm. 13, 1963, págs. 7-58 y núm. 14 1963, pág. 277-309.

- SANZ CID, C.: "La Constitución de Bayona". Madrid. 1922.

- SEVILLA ANDRES, D.: "La Constitución de 1812, obra de transición" en R.E.P. núm. 126, 1962, págs. 113-139.

- IDEM.: "Notas sobre el poder ejecutivo en la Constitución de 1812", en D.A. núm. 153, 1973, pág. 65-75.

- SOLIS, R.: "El Cádiz de las Cortes". Madrid, 1969.

-VALERA SUANCES CARPEGNA, T.: "La teoría del Estado en los orígenes de constitucionalismo hispánico (las Cortes de Cádiz)". Madrid, 1983.

“EN TORNO A LOS LIMITES CONSTITUCIONALES DE LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCION MILITAR”

EDUARDO CALDERÓN SUSÍN

Sumario: 1. Introducción y planteamiento. 2. Desarrollo legal del artículo 117.5 de la Constitución. 3. La doctrina jurisprudencial, especialmente la del Tribunal Constitucional. 4. Los debates parlamentarios. 5. Síntesis de las posturas doctrinales. 6. Recapitulación y reflexiones finales.

1. INTRODUCCION Y PLANTEAMIENTO.

La jurisdicción militar ha sido amplia y virulentamente discutida desde el siglo XIX, no sólo en España, sino también dentro del ámbito cultural próximo al español, llegando a nuestros días viva la polémica en torno a la misma; existe sin duda una mala fama, productora de recelos y desconfianzas, no exenta de justificación pero, y no es menos cierto, nutrida de unas concepciones distorsionadas (1) y de unos equívocos, consecuentes unas y otros a la visceralización del problema (2) y, como

(1) Muy recientemente y fuera de la bibliografía española, con referencia a la realidad italiana, ver CORSO, Piemaria, “Significato e costo della specialità della giurisdizione militare” (relación presentada del 2.º Consejo Nacional de Magistrados Militares, celebrado del 7 al 9 de marzo de 1986 en Bari, sobre el tema “Il futuro della giurisdizione militare: un nuovo diritto penale militare per una diversa cultura sui tribunali militari”), en *Rassega della Giustizia Militare*, 1986 (3º), págs. 186 y 187.

(2) Equívocos y visceralización ya enunciados en mi “Ley penal militar alemana de 1974. Comentarios y notas”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985 (1º), págs. 88 a 91; también, complementariamente, en mi “Comentario de urgencia al Proyecto

recientemente se ha dicho, a ignorancia, incomprensión y aún desprecio (3); todo ello, a mi entender, entorpece el correcto enfoque y la satisfacción o cabal resolución del problema.

De modo esquemático puede decirse que los aspectos centrales de la controversia son, uno álgido, que no es otro que el de la propia existencia (justificada) de una jurisdicción castrense, y, de estar reconocida ésta por el poder político, otros dos inducidos e íntimamente ligados: el que gira sobre su organización y funcionamiento (y en definitiva sobre las garantías que se ofrezcan al justiciable) y el que discurre alrededor de su ámbito competencial.

Nuestra vigente Constitución ha abordado decidida, expresa y sucintamente (4) estos tres problemas, al señalar en su artículo 117.5, dentro del título dedicado al Poder Judicial y tras afirmar que "el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales": "la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución".

Se arranca pues desde el reconocimiento de la existencia de la jurisdicción militar, sin haberse contabilizado, a lo largo del trámite parlamentario constituyente, ningún voto en contra (5); no estimo sea este el lugar para contrastar, ni siquiera exponer, los argumentos que en pro de la existencia de tribunales castrenses se han barajado (6); en último ex-

del Código Penal Militar", en Revista General de Derecho, número 487, 1985 (abril), págs. 917 a 919).

(3) Ver Jiménez Jiménez, Francisco, "Introducción al Derecho Penal Militar", Cívitas, Madrid 1987, pág. 79 y ss.

(4) No es corriente, en derecho comparado, la expresa mención de la jurisdicción militar en las Constituciones (lo hacen la italiana y la Ley fundamental de Bonn; ver bibliografía citada en la nota 41), aunque no es infrecuente en nuestro derecho histórico; de todas formas si se menciona, ha de ser de modo sucinto, sin entrar en pormenores que no son propios de un texto constitucional.

(5) La Comisión en el Congreso aprobó el texto por unanimidad, 34 votos, acogiendo una enmienda de U. C. D. general de reordenación del título (la 779) y adicionando la referencia al estado de sitio como consecuencia de otras enmiendas presentadas respecto de los tribunales de honor y de excepción, que pretendía prohibirlos (Diario de sesiones número 84, la del día 8 de junio de 1978, págs. 3085 a 3090); lo que era entonces artículo 110 se aprobó sin ninguna discusión en la sesión del 13 de julio, con 277 votos a favor, ninguno en contra y una abstención (Diario de Sesiones, número 63,80 de septiembre, págs. 3167).

(6) Una exposición de tales argumentaciones puede verse en Fernández Segado, Francisco, "La Jurisdicción militar en nuestro ordenamiento constitucional (la problemática del artículo 117.5 de nuestra Constitución)", en Revista de Derecho Público, número 88-89, 1982, págs. 546 a 552; también en Jiménez Jiménez, ob cit., págs. 82 a 93.

tremo, razones ancladas en la tradición (7) y sobre todo utilitarias o prácticas (8), hacen aconsejable el mantener una jurisdicción expeditiva que salvaguarde el funcionamiento eficaz, e incluso la existencia misma, de la institución militar, con unos jueces que tengan un conocimiento ortodoxo de los valores que la informan; además, compartiendo como lo hago y acabo de dar a entender, la conclusión de que “la jurisdicción penal militar ha surgido en España, como en otros países, por imperativos pragmáticos, más que por consideraciones doctrinales” (9), difícilmente se rebatirá que, hoy por hoy, nuestra jurisdicción ordinaria, por razones obvias, esté en condiciones óptimas, ni mucho menos, de hacerse cargo del enjuiciamiento de los delitos militares, con la prontitud que exige la propia razón de ser del derecho penal castrense.

El artículo 117.5 de la Constitución, a mi juicio con total acierto, no sólo permite la existencia de la jurisdicción militar, sino que la obliga (“la ley regulará...”), pero, poniendo el dedo en la llaga, o sea en los problemas que su reconocimiento plantea, señala que su ejercicio debe ajustarse a los principios constitucionales y que su ámbito no debe exceder el campo de lo castrense.

El primero de ellos lo he visto siempre como el más importante, por cuanto los recelos hacia la jurisdicción militar, que serían justificables, siempre han venido por la denuncia de falta de garantías para quién por el la ha de ser enjuiciado (10); y en efecto ahí ha estado de caballo de batalla en muchos ordenamientos jurídicos, donde el problema se ha evi-

Por otra parte, una relación, bastante completa, de la bibliografía en castellano sobre el tema de la jurisdicción militar, la ofrece Millán Garrido, Antonio, en “Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar”, de la Colección Biblioteca de Textos Legales de Tecnos, Madrid 1987, págs. 93 a 95.

(7) Que no hay que desdeñar máxime si se acompañan por otros argumentos y, desde otra perspectiva, cuando no los haya determinantes para la desaparición de estos órganos especializados.

(8) Sin duda que lo primordial es la tutela a través de la ley penal, donde debe protegerse a la Institución Militar frente a los ataques intolerables; también que los conceptos de derecho penal militar y jurisdicción castrense no tiene que ser superponibles o identificados, pues, aún íntimamente relacionados cuando esta última exista, no son de una necesaria interdependencia (ver mis comentarios a “La Ley penal militar alemana...”, ob cit., pág. 88).

(9) Conclusión, la transcrita de González - Deleito y Domingo, Nicolás, en “La Evolución histórica de la Jurisdicción Penal Militar en España”, Revista Española de Derecho Militar, número 38, 1.979, pág. 63.

(10) De ser cierta tal denuncia los recelos serían justificados, y absolutamente atendibles; no lo sería si lo que se trata es de evitar condenas rápidas, e incluso la condena de culpables de delitos; el problema, entonces, de existir, no es de jurisdicción, sino de ley penal; aprovechar la dureza de esta para atacar la jurisdicción es confundir los planos.

denciado a través de errores judiciales, poniendo de relieve la discutible independencia de los tribunales marciales (11).

En cumplimiento de la Constitución ya la Ley Orgánica 9/1.980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar, desarrollando aspectos particulares de los Acuerdos sobre el Programa de Actuación Jurídica y Política de 1.977 (12), modificó, en lo que se había estimado más perentorio, la organización de la jurisdicción, dando entrada a garantías procesales (fundamentalmente el recurso de casación) y de defensa (13), previendo su disposición final primera una reforma integral, cuyo paso inicial, en esta línea, ha tardado en llegar, pues no ha sido hasta la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, "de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar", de la que es consecuencia necesaria (ex artículo 44), ya en 1.988, una Ley de Planta y Organización (14); falta todavía una nueva regulación procesal (15).

Aunque haya quienes, no exentos de razón, piensen que "cuando más exigente se sea con la extensión de los principios del Estado de Derecho a la jurisdicción Militar más se desvanece la justificación de ésta como distinta de la ordinaria, pudiendo llegar a convertirse en el futuro en un orden procesal más de la unidad jurisdiccional" (16), sigo pensando (17) que era prioritaria, respecto de la reforma penal y competencial militar, la reforma orgánica y procesal de la jurisdicción para adaptarla

(11) Vrg. en los anglosajones (ver Gómez del Castillo Gómez -F., Manuel M., "La extensión de la Jurisdicción Militar en el Derecho comparado", en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1975, págs. 374, 375, 381 y ss.).

(12) Más conocidos como Pactos de la Moncloa.

(13) Ver Valenciano Almoina, Jesús, "La reforma del Código de Justicia Militar. Comentarios a la Ley Orgánica 9/80", edición propia, Madrid 1980.

(14) Es la Ley 9/1988, de 21 de abril "de Planta y Demarcación de la Jurisdicción militar".

(15) Y estimo que hubiera convenido sobremanera una elaboración conjunta: al no haber sido así, se ha tenido que arbitrar, sobre la marcha y con prisas, una disposición adicional en la Ley 9/1988, de 21 de abril, cuyo Proyecto originario nada preveía, estableciendo la aplicación provisional del tratado tercero del Código de Justicia Militar, con ligeros retoques y supletoriedad del "procedimiento ordinario" de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues de no ser así los nuevos órganos de la Jurisdicción Militar, que deben funcionar a partir del uno de mayo de 1.988, no hubieran tenido normas procesales en que basar su actuación; lo anómalo de tal proceder se patentiza en la simple observación de que las normas procesales del Código de Justicia Militar de 1.945 no sólo estaban pensadas en otra organización, sino inspiradas en otros principios también radicalmente distintos a los que derivan de la Constitución de 1.978.

(16) Ver Torres del Moral, Antonio, "Principios de Derecho Constitucional Español", volumen 2, Atomos Ediciones, Madrid 1.986, pág. 286.

(17) Ver mi "Comentario de urgencia ..." ob. cit., págs. 907, 908 y 918.

a las exigencias constitucionales, porque este era el nudo gordiano del problema de cara a desvelar suspicacias, desconfianzas o recelos.

Sin embargo el problema que, de la jurisdicción militar, se ha destacado en España, ha sido el referido a su ámbito competencial; la razón estriba en la tendencia abusiva a ser empleada más allá de sus elementales límites, por razones puramente políticas, en las que subyacía una desconfianza hacia los jueces naturales, utilizándola para tutela de intereses generales (o si se prefiere del orden jurídico en general), que nada tenían que ver con lo militar como tal (18).

Esa tendencia expansionista explica que la Constitución limite el ejercicio de la jurisdicción militar "al ámbito estrictamente castrense", siguiendo modelos cual el italiano o el de la precedente Constitución republicana de 1931, pero sin copiarlos, lo que no deja de ser significativo; por otra parte, permite su extensión en los supuestos de estado de sitio, lo que, además de los problemas interpretativos, que nada interesan este comentario, no ha merecido controversia alguna, por cuanto en tiempo de guerra difícilmente se puede discutir la existencia, en cierto modo expansiva, de la jurisdicción militar, por razones de la defensa nacional (19).

La locución "ámbito estrictamente castrense", como la doctrina ha puesto de manifiesto, es flexible, en el sentido de fijar un límite mínimo y otro máximo, que deben ser marcados por la Ley (20), y supone así la utilización por el legislador de un "concepto jurídico indeterminado" (21).

(18) De "hipertrofia" y de "tradición expansionista" habla gráticamente Almagro Nasete, José, en "Derecho Procesal", Tomo I, Volumen I^o (escrito junto con Gimeno Sendra, Cortés Domingo y Moreno Catena), Tirant Lo Blanc, Valencia, 1.987, página 162; la expresión "hipertrofia" la había utilizado Jiménez de Asúa (ver su "Tratado de Derecho Penal", Tomo II, tercera edición, Losada, Buenos Aires 1.974, página 1.362).

(19) Sobre este inciso, por todos, ver Serrano Alberca, José Manuel, en "Comentarios a la Constitución", coordinados por Garrido Falla, 2^a edición, Civitas, Madrid 1.985, pág. 1.675 y ss.

No deja de ser significativo que, cuando en 1.982 el legislador francés suprimiera la Jurisdicción Militar, lo hiciera tan sólo para tiempo de paz (y en territorio francés).

(20) Ver Serrano Alberca, ob.cit, pág. 1.673)

(21) Ver Martínez - Cardos Ruiz, Leandro, en el colectivo "Comentarios al Código Penal Militar", coordinados por Bleuca Fraga y Rodríguez - Villasante, Civitas, Madrid, 1988, pág. 2.097.

El preámbulo de la Ley Orgánica 4/1.987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, alude a que "... el ámbito estrictamente castrense, constitucionalmente erigido en fundamento de la Jurisdicción Militar, pero normativamente indeterminado..."

No hay duda de que la Constitución circunscribe el ámbito de la jurisdicción militar, fuera de los estados de sitio, a lo que es propio de los Ejércitos, prohibiendo que invada esferas que le son "precisamente" ajenas; dejando a la Ley el perfilar los contornos exactos, que no podrán sobrepasar la indicada prohibición.

Pasaremos a continuación a ver como se ha ido desarrollando, tanto en las leyes, como en la jurisprudencia, esta fórmula flexible que, a modo de criterio rector, establece la Constitución.

2. DESARROLLO LEGAL DEL ARTICULO 117.5 DE LA CONSTITUCION

La primera referencia, que, una vez en vigor la Constitución, se hizo, en las leyes, a la competencia de la Jurisdicción Militar, fue en la Ley Orgánica 6/1.980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar (22), cuyo artículo 40, dedicado a la jurisdicción castrense, en la referencia a su ámbito competencial, se limitó a reproducir, en sus propios términos, la prescripción constitucional (23).

Con tal disposición seguían pues las cosas exactamente igual que al promulgarse la Constitución y, así, pendiente la ley que regulara el ejercicio de la jurisdicción en el ámbito estrictamente castrense, a pesar de

(22) Fue modificada por la ley Orgánica 1/1.984, de 5 de enero, modificación que en nada afecta al artículo 40, el que aquí nos interesa.

(23) Más que establecer normas este artículo 40 lo que hace es formular unos principios programáticos a desarrollar: dice literalmente:

1. " La Justicia Militar se administrará en nombre del Rey en la forma que señala el Código de Justicia Militar y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución.

2. "La Ley regula el ejercicio de la Jurisdicción Militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, bajo los principios de especialidad jurisdiccional, salvaguardando debidamente la unidad de Poder Judicial del Estado.

3. " La Jurisdicción Militar conocerá y ejecutará lo juzgado en los procedimientos que en la misma se sigan conforme a lo establecido en el Código de Justicia Militar.

4. " El procedimiento penal militar establecerá la garantía de defensa. La apelación, casación o revisión de los fallos de los jueces y Tribunales estarán regulados en el Código de Justicia Militar con las restricciones que para el estado de sitio o tiempo de guerra se determinen.

5. " La constitución, funcionamiento, gobierno y estatuto de la Autoridad Judicial Militar, sus Juzgados, Tribunales y Ministerio Fiscal Jurídico Militar y el personal a ellos asignados, se regularán en la ley y en los reglamentos de su desarrollo".

que en los antes mencionados Pactos de la Moncloa (24), aprobados el 27 de octubre de 1.977, se hubiera acordado la "reconsideración de sus límites (del Código de Justicia Militar) en relación con la competencia de la jurisdicción militar" (25).

Sería la Ley Orgánica 9/1.980, de 6 de noviembre, "de reforma del Código de Justicia Militar", la que iba a constituir el primer intento de cumplir el mandato constitucional de delimitar el "ámbito estrictamente castrense", recortando de modo significativo la competencia de la jurisdicción, aunque, para determinar el nuevo marco, se partiera de la conservación de los patrones tradicionales, o sea, por razón del delito, del lugar en que se cometa y de las personas responsables (26).

Por razón del delito se extendía la competencia (27) a los delitos militares (cuya definición en cuanto al calificativo, al igual que ocurre ahora en el artículo 20 del Código Penal Militar, era puramente formal), pero, además, a otra serie de infracciones, que, aunque de raíz común y definidas por ello en el Código Penal, se presumía "iuris et de iure" su pertenencia al ámbito castrense, por las circunstancias de lugar o de sujeto activo; quizás el caso más señalado era el de los delitos contemplados en el artículo 194 del Código de Justicia Militar; por otra parte, hubo una pequeña poda, saliendo de la ley marcial algunos delitos, sobre todo los que a ella se habían incorporado desde la denostada Ley de 1.906, comúnmente conocida como "de Jurisdicciones" (28).

(24) Los "Acuerdos sobre el programa de actuación jurídica y política", que el Presidente Suárez había propiciado mediante el consenso de las fuerzas políticas resultantes de las elecciones de ese mismo año 1.977.

(25) Con arreglo a los siguientes puntos:

- 1.º Por razón del delito: resolver la dualidad de tipificaciones entre el Código Penal Común y el Código de Justicia Militar, restringiéndose este ámbito de los delitos militares;
- 2.º Por razón de lugar: limitar la competencia de la Jurisdicción Militar a los actos cometidos en centros o establecimientos o lugares estrictamente militares;
- 3.º Por razón de la persona: revisar los supuestos de desafuero y los términos en que se resuelve la competencia cuando concurre personal militar y no militar en unos mismo hechos que no constituyen delito militar;
- 4.º Sometimiento a los Tribunales ordinarios de las Fuerzas de Orden Público, cuando actúen en el mantenimiento del mismo".

El único punto en ser cumplido con relativa premura fue este último mediante la Ley 55/1.988 de 4 de diciembre, de la Policía.

(Mediante un siguiente apartado se acordaba también "el fortalecimiento de las garantías procesales y defensa en los procedimientos a la Jurisdicción Militar").

(26) Sobre esta reforma competencial ver: Valenciano Almoina, ob. cit., pág. 581 y ss.; y sobre todo Martínez - Cardos Ruiz, ob. cit. pág. 2.099 y ss.

(27) Artículo 6 del Código de Justicia Militar.

(28) Así se instalaron en el Código Penal, donde permanecen, la punición de las injurias y amenazas a los Ejércitos o a sus Instituciones, Armas, Clases o Cuerpos determina-

En cuanto a los delitos, de cualquier índole, cometidos en lugar militar o por persona aforada (29), se mantenía la competencia para su enjuiciamiento por la jurisdicción castrense, siempre que su comisión afectara a las Fuerzas Armadas, más concretamente y de modo fundamental a "su buen régimen y servicio", cláusula general de atribución de competencia que permitía incluir o excluir, con claridad y certeza, grupos de supuestos en el núcleo competencial, pero que indudablemente dejaba una zona de dudosa adscripción, de donde derivaban problemas interpretativos (30), para cuya solución el legislador había ofrecido unas pautas y que la jurisprudencia iba resolviendo, con mayor o menor acierto (31), siendo incluso en una ocasión corregida por el propio Tribunal Constitucional, como más adelante se verá.

El legislador además del mencionado criterio de afectación (del injusto) al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas, ofrecía otros de no mayor determinación, cuales eran los del "decoro" de las clases militares (para la competencia respecto de las faltas comunes), la "seguridad de las Fuerzas Armadas" (para la competencia por razón del lugar) y la "soberanía española", la "seguridad militar", los "compromisos internacionales contraídos por España para la navegación de unidades navales de guerra" y "el perjuicio al tráfico o normas aéreas de las aeronaves militares españolas o las que por compromisos internacionales militares sobrevuelan territorio español" (criterios o cláusulas, todas estas últimas, para resolver la competencia en el conocimiento de delitos cometidos en aguas del mar, ríos navegables, embarcaciones mercantes, espacio aéreo y aeronaves).

El sistema, no exento de complejidad, necesitaba de algunos retoques, pero tenía en su haber la rotunda claridad del artículo 6 (32) y la

dos (artículo 242) y se recortó el ámbito de aplicación de los ultrajes a la Bandera (en el artículo 316 de Código de Justicia Militar), ampliándose, por esta vía indirecta, el del artículo 123 del Código Penal; igual ocurrió en los atentados y desacatos a Autoridades Militares (artículo 314 y 315 del Código castrense). También proceden de esta reforma los actualmente vigentes artículos 152 y 154 del Código Penal.

(29) En los artículos 7, 9 y 16 del Código de Justicia Militar.

(30) Ver Martínez - Cardos Ruíz, ob. cit. pág. 2100 y ss.

(31) El mismo Martínez - Cardos Ruíz nos ofrece sistemáticamente una acotada selección de esa jurisprudencia de la Sala Especial de Conflictos (ob. cit., págs. 2098 y 2101 a 2103).

(32) Cuyo número 1, en lo que quizás convenga destacar, señalaba que la Jurisdicción militar conocerá de los procedimientos que se instruyeran contra cualquier persona por los delitos comprendidos en este Código (el de Justicia Militar), "incluso aquellos a que se refiere el artículo 194". Y este artículo decía:

"Serán juzgados con sujeción a las reglas de este Código y castigados con la pena que tuvieren señalada en el penal ordinario, impuesta en su grado máximo o con el grado

virtualidad de dejar al intérprete, en esa zona de penumbra antes aludida y ofreciéndole unos criterios con que llevar razonablemente a cabo su labor, la fijación de la competencia en cada caso concreto, dada la imposibilidad de apresar, con precisión en unas fórmulas, la variada realidad que ofrece la fenomenología criminal.

En la misma legislatura, pocos meses después, se intentó cumplir el mandato constitucional relativo a la regulación del ejercicio de la jurisdicción militar "en los supuestos de estado de sitio"; fue la Ley Orgánica 4/1.987, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, de excepción y de sitio, la que, al ocuparse de este último, se limitó a señalar, en el artículo 35, que el Congreso de los Diputados, en la declaración del estado de sitio, "podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la jurisdicción militar"; mención escueta, igual que la referente a los bandos (33), demostrativa del deseo, no ya de soslayar, pero si de no profundizar en la regulación.

mínimo o medio de la inmediata superior, los delitos cometidos por militares, con las circunstancias que a continuación se expresan y no previstos especialmente en esta Ley:

1.º El asesinato, homicidio y lesiones ejecutadas en acto de servicio o con ocasión de él o en cuartel, campamento, buque, aeronave, fortaleza u otro cualquier edificio o establecimiento de los Ejércitos, en casa de Oficial o en la que el culpable estuviere alojado, si la víctima fuere el dueño o alguno de su familia o servidumbre.

2.º El robo, hurto, estafa, apropiación indebida, amenaza con exigencia de cantidad o imponiendo otra condición, incendio y daños cometidos en iguales circunstancias o lugares y en caso de vivandero o proveedor de los Ejércitos, si aquél fuera el perjudicado.

3. La violación de una mujer abusando de la ventaja u ocasión que proporcionen los actos del servicio.

4.º La malversación de caudales o efectos de los Ejércitos, falsificación o infidelidad en la custodia de los documentos de los mismos, de suministros, contratos, ajustes o liquidación de efectos o haberes.

5.º La acusación o denuncia falsa, el falso testimonio, la prevaricación y el cohecho cometidos en procedimiento militar".

Dejando aparte otros problemas, e importantes, que planteaba este artículo, el criterio competencial era claro, al entender que dichas infracciones, en esas circunstancias, afectaban "iuris et de iure" al buen régimen o servicio de las Fuerzas Armadas.

(33) Señala el artículo 34 de la Ley Orgánica 4/1.981 que "la autoridad Militar (la que el gobierno haya designado conforme al artículo 33.2) procederá a publicar y difundir los oportunos bandos, que contendrán las medidas y prevenciones necesarias de acuerdo con la Constitución, la presente ley y las condiciones de la declaración del estado de sitio"; al hilo de este precepto, el artículo 63 del Código Penal Militar tipifica el delito de "desobediencia a bandos militares en tiempo de guerra o estado de sitio", con el que implícitamente resuelve el problema de la competencia pero que adolece, a mi modo de ver, de una insuficiente regulación.

Pero centrándonos en los tiempos de normalidad, que son los que, aparte de deseables, nos importan al hilo de lo que se viene tratando, conviene señalar que, abstracción hecha de lo que iba plasmando el Boletín Oficial del Estado, se había ya apuntado con toda claridad la posición de quienes, tal vez inspirados en la Constitución de 1.931 (cuyo artículo 95 limitaba la jurisdicción penal militar "a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de los institutos armados") (34), pretendía definir el "ámbito estrictamente castrense" por referencia sólo a los delitos comprendidos o definidos en el Código Militar, y que lo estarían por resultar afectados los intereses o el servicio de las Fuerzas Armadas; era la postura del grupo parlamentario socialista, expresada ya con ocasión del debate del Proyecto de donde saldría la comentada reforma del Código de Justicia Militar, mediante la Ley Orgánica 6/1.980 (35 y, aún antes, en la fase de enmiendas (de la que no se pasó) al Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 16 de abril de 1.980 (36); postura que se maximizó en el programa con el que los socialistas se presentaron a las elecciones generales de octubre de 1.982 (37).

(34) Añadía aún más el artículo 95 de la Constitución republicana: "No podrá establecerse fuero alguno por razón de las personas o de los lugares. Se exceptúa el caso de estado de guerra con arreglo a la Ley de Orden Público. Quedan abolidos todos los tribunales de honor tanto civiles como militares".

Como curiosidad, y al socaire de este último inciso, cabe añadir que, aunque la Constitución de 1.978 no prohíbe los Tribunales de honor en la esfera militar (exartículo 26), han quedado abolidos recientemente, casi de modo subrepticio, mediante el mecanismo de dejar sin contenido los artículos 1025 a 1046 del Código de Justicia Militar, según se establece en el punto 4 de la disposición adicional de la Ley 9/1.988, de Planta y Demarcación de la Jurisdicción Militar"; disposición adicional que no figuraba en el Proyecto del Gobierno y que fue añadida, en virtud de enmiendas del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, con la finalidad de proveer provisionalmente de normas procesales de funcionamiento a los órganos judiciales militares, hasta tanto no se promulgue una nueva ley procesal militar.

(35) Ver Serrano Alberca, ob. cit., pág. 1685; también en Diario de Sesiones número 99, la correspondiente al día 17 de junio de 1.980, pág. 6846.

(36) Ver Fernández Segado, ob. cit., págs. 584 y 585.

(37) Donde se decía textualmente: "Se reducirá la jurisdicción militar al enjuiciamiento de aquellos delitos cometidos por militares en servicio activo y que, además, lesionen bienes o intereses de naturaleza específicamente militar" (apartado III, 2.1-3º.).

Se habían así combinado, acumulándolos, los dos criterios más restrictivos para el ámbito competencial de la jurisdicción militar, uno el de la Constitución española de 1931 y el otro traído desde la italiana de 1947, cuyo artículo 103 circunscribe la jurisdicción de los tribunales militares en tiempo de paz a "los delitos cometidos por personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas":

Los constituyentes de 1978 que, a la vista, tenían estos antecedentes del derecho constitucional patrio y comparado, no tomaron como modelo a ninguno de los dos.

La disposición final 1ª de la Ley Orgánica 6/1.980 preveía la inmediata elaboración de una reforma en profundidad de la Justicia Militar (38), por lo que, cuanto ésta se ha venido produciendo, era lógico que la referida postura restrictiva de la competencia se reflejara en la ley.

Así, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, "del Poder Judicial", anunciaba, en su artículo 3.2, que "la competencia de la jurisdicción militar quedará limitada al ámbito estrictamente castrense respecto de los hechos tipificados como delitos militares por el Código Penal Militar y a los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con la declaración de dicho estado y la Ley Orgánica que lo regula, sin perjuicio de lo que se establece en el artículo 9 apartado 2, de esta ley" (39).

Y desde la perspectiva del precepto transcrito, hay que entender la disposición derogatoria contenida en la Ley Orgánica 13/1.985, de 9 diciembre, "del Código Penal Militar", donde tras declarar derogado el Tratado II "Leyes Penales" del Código de Justicia Militar de 17 de julio "en cuanto se refiere a las mismas", extiende la derogación a "cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Ley Orgánica, especialmente a aquellos referidos a la aplicación por la jurisdicción militar de criterios distintos del de competencia por razón del delito".

Disposición esta, un tanto oscura, extraña, por cuanto no parece lógica su ubicación en una ley penal, y criticada por la doctrina que de ella

(38) Establecía:

"Primera. Uno. Para la elaboración de un plan de informes y anteproyectos relativos a la Reforma Legislativa de la Justicia Militar y la reordenación y modernización de la misma y bajo la autoridad del Ministro de Defensa, se constituirá antes de un mes, desde la aprobación de la presente Ley, una Comisión para el estudio y reforma de la Justicia Militar.

Dos. Será misión de la Comisión: Elaborar un proyecto articulado del Código, o Códigos referentes a la Justicia Militar antes de un año, a partir de su constitución, en el que se reflejen debidamente los principios jurídicos del orden constitucional nacional, la autonomía y especialidad de la Jurisdicción Militar equilibradamente ponderada con la unidad procesal y sustantiva del ordenamiento jurídico y el sistema del poder judicial, así como el progreso comparado de los de la orgánica judicial militar de los Ejércitos extranjeros de más asidua relación."

(39) El artículo 9.2 refiere la competencia de la jurisdicción militar en el orden civil "circunscrita a la prevención de los juicios de testamentaria y de abintestato de los miembros de las Fuerzas Armadas que, en tiempo de guerra, fallecieron en campaña o navegación".

En consecuencia se había producido una derogación tácita de lo dispuesto en los artículos 38, 1.063 a 1.071 del Código de Justicia Militar; después la ha habido expresa, del primero por la Ley Orgánica 4/1.987 y de los demás por la Ley 9/1.988.

Ello merece un estudio detenido, pues no se acierta a ver por qué se desmontan unas normas contrastadas por la tradición, ni se sabe si a las referentes al testamento militar sitas en el Código Civil les alcanza la abrogación. Una vez más aflora la influencia de impremeditadas y apresuradas reformas.

se ha ocupado (40), pero que tenía un carácter provisional, siendo así superada por la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, "de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar", que es donde, de momento, ha quedado fijada la competencia de ésta; concretamente su artículo 12 preceptúa (41):

"En tiempo de paz, la jurisdicción militar será competente en materia penal para conocer de los siguientes delitos y faltas:

1. Los comprendidos en el Código Penal Militar.
2. Los cometidos durante la vigencia del estado de sitio que se determinen en su declaración, conforme a la Ley Orgánica que lo regula.
3. Aquellos que señalen los tratados, acuerdos o convenios internacionales en que España sea parte, en los casos de presencia permanente o temporal fuera del territorio nacional de Fuerzas o Unidades españolas de cualquier ejército.

(40) Ver Rodríguez - Villasante y Prieto, José Luis, "El Código Penal Militar", número 499 (abril 1. 986) de la Revista General de Derecho, páginas 1.286 y 1.287; Martínez - Cardos Ruiz, ob. cit. págs. 2.106 y 2.107, y mi "Comentario de urgencia al Proyecto...", ob. cit., pág. 911.

(41) Se completa la regulación con los artículos, 13, 14 y 16 a 18:

"En tiempo de guerra, y en el ámbito que determine el Gobierno, además de lo dispuesto en el artículo anterior, la Jurisdicción militar se extenderá a los siguientes delitos y faltas:

- 1º. Los que se determinen en tratado con potencia u organización aliadas.
- 2º. Los comprendidos en la legislación penal común, cuyo conocimiento se le atribuya por las Leyes, por las Cortes Generales, o por el Gobierno, cuando estuviera autorizado para ello.
- 3º. Todos los tipificados en la legislación española, que se cometan fuera del suelo nacional y el inculpado es militar español o persona que siga las Fuerzas o Unidades Españolas.
- 4º. Todos los cometidos por prisioneros de guerra.

A los efectos de esta Ley la locución "tiempo de guerra" se entenderá en los términos definidos en el artículo 14 del Código Penal Militar". (artículo 13)

"La Jurisdicción a que esté atribuido el conocimiento del delito que tenga señalada legalmente pena más grave, conocerá de los delitos conexos.

Si sobreeseyese el procedimiento en relación con el delito de pena más grave, dejará de conocer de los conexos de los que no sea competente." (artículo 14).

"La Jurisdicción que conozca de un procedimiento conocerá asimismo de todas sus incidencias". (artículo 16)

"Corresponde a la Jurisdicción Militar la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en vía disciplinaria judicial militar". (artículo 17)

"También será competente la Jurisdicción Militar para imponer sanciones en vía disciplinaria judicial a todos cuantos intervengan en los procedimientos judiciales militares y a los que infringan la policía de estrados". (artículo 18)

El artículo 15 se ocupa de especificar cuales son los delitos que deben considerarse conexos, siguiendo el patrón diseñado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4. En los casos del número anterior y cuando no existan tratados o convenios aplicables, todos los tipificados en la legislación española siempre que el inculcado sea español y se cometan en acto de servicio o en lugares o sitios que ocupan Fuerzas o Unidades españolas. En este supuesto si el inculcado regresare a territorio nacional y no hubiera recaído sentencia, los órganos de la jurisdicción militar se inhibirán en favor de la ordinaria, salvo en los supuestos contemplados en los números 1 y 2 de este artículo”.

Sólo mencionar que el Proyecto del Gobierno (42) incluía entre los delitos de exclusiva competencia de la jurisdicción militar aquellos cometidos como consecuencia del desarrollo de un servicio de armas; grupo de infracciones que, ya en el Congreso, desapareció del ámbito competencial a cambio de modificar el artículo 159 del Código Penal Militar (43), que ahora incrimina al “militar que se extralimite en la ejecución de un acto al servicio de armas reglamentariamente ordenado” y cause muerte, lesiones o daños, tanto dolosa como culposamente (44); extraño o anómalo precepto que plantea graves problemas en su aplicación práctica (45) y que demuestra palpablemente la dificultad de llevar hasta sus últimos extremos la idea inflexible de contraer la competencia de la jurisdicción castrense a los delitos militares, como más adelante se intentará demostrar.

3. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL, ESPECIALMENTE LA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El análisis de la jurisprudencia, que se ha ocupado de la exégesis del inciso constitucional del que venimos tratando, ha llevado a muchos au-

(42) Aprobado por el Gobierno el día 3 de octubre de 1986 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, del siguiente día 17, Proyecto que era reproducción exacta del publicado en dicho Boletín el día 20 de marzo de 1986 (previa su aprobación por el Gobierno el anterior día 28 de febrero); la disolución de las Cortes para convocar elecciones generales había impedido la tramitación de este primer proyecto.

(43) En la disposición adicional 8 de la Ley Orgánica 4/1.987.

(44) Dice así el artículo 159:

“El militar que se extralimite en la ejecución de un acto de servicio de armas reglamentariamente ordenado, será castigado con la pena de doce a veinticinco años de prisión si causare lesiones muy graves, y con la pena de tres meses y un día a cinco años de prisión si produjere cualquier otro tipo de lesiones o daños.

Si la muerte, lesiones o daños se produjeran por negligencia profesional o imprudencia, será castigado con la pena de tres meses y un día a ocho años de prisión.

(45) Ver Rey González, Carlos, en “Comentarios al Código Penal Militar”, ob. cit. pág. 1762 y ss.

tores (46) a estimar que la locución “ámbito estrictamente castrense” invita a una interpretación restrictiva de la misma.

En efecto la Sala Especial de Competencias (47) tuvo que pechar con la delimitación de la zona competencial establecida, con cláusulas generales, en la Ley Orgánica 6/1.980, ocupándose de numerosos supuestos, en los que tendió a utilizar criterios restrictivos (48); paradigmáticas pueden ser las afirmaciones contenidas en el auto de 29 de noviembre de 1.982 (49):

“... Una vez más tiene que enfrentarse el intérprete con la delimitación de un concepto jurídico indeterminado, que al estar incluido en el texto constitucional, su precisión conceptual tiene repercusiones jurídicas imprevisibles. Según el Diccionario, castrense es un adjetivo que se aplica a «ciertas cosas pertenecientes al Ejército o a la profesión militar». Seguro que los legisladores de 1.978 no quisieron dar al vocablo tan desmesurada extensión. La doctrina científica más moderna y el derecho comparado, recortan las competencias de la Jurisdicción Militar, para limitarlas a la protección de los intereses de los Ejércitos en cuanto instrumento de la defensa nacional; por ello en sentido estricto, y con relación a los hechos (no a la persona o al lugar), la delimitación vendrá impuesta por las infracciones que se cometen por militares, entre militares y con referencia a las actuaciones propias del servicio o profesión militar; pero también alcanza la competencia a los delitos y faltas cometidos por civiles cuando incitan directamente sobre actividades propias de los ejércitos; este último supuesto debe tener un ámbito más restringido que el anterior, con tendencia en casos dudosos a derivar hacia la jurisdicción penal ordinaria. En este sentido es un valioso precedente la Constitución Republicana de 1.931, cuyo artículo 95, después de proclamar la unidad jurisdiccional declaraba que «la Jurisdicción Penal Militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los Institutos armados». El artículo 117 de la Constitución de 1978, no ha sido tan explícito, y delega en una ley el desarrollo de esta Jurisdicción que en lo sucesivo no constituirá privilegio alguno, sino otra Jurisdicción cuya separación se impone, como las demás, por la especialidad de los intereses que protege. Esta Ley ya

(46) Prácticamente a la totalidad de constitucionalistas y procesalistas.

(47) La prevista en la ya derogada Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 1948

(48) Ver anterior nota (37).

(49) Referencia Aranzadi 7224; marca una línea interpretativa esbozada en anteriores resoluciones y reiterada en las siguientes.

se ha publicado -Ley Orgánica 9/1.980, de 6 de noviembre, que reforma el Código de Justicia Militar- y a ella habrá que atenerse, mientras no se derogue”.

A parte de contener otras afirmaciones y apoyaturas más que discutibles, interesa reseñar que la línea restrictiva que se marca, y que fue pauta, hay que situarla en su contexto, o sea en el de la repetida Ley de reforma del Código de Justicia Militar acaecida en 1.980 y más concretamente en el recorte que, por razón del lugar y del aforamiento personal, se produjo en el ámbito de competencia de la jurisdicción militar; se trataba, no se olvide, de frenar con energía la tendencia expansiva demostrada históricamente.

Más importa, estudiar la doctrina que, al respecto, podemos encontrar en las sentencias del Tribunal Constitucional (50).

Como no podía de ser menos, del primer problema, a partir del reconocimiento de la Jurisdicción Militar en el ámbito estrictamente castrense, del que se ocupó el Tribunal Constitucional, fue de la aplicación de las garantías procesales que el artículo 24 de la Constitución reconoce como derechos fundamentales, señalando que todas ellas son también patrimonio del encausado por órgano de aquella jurisdicción; así la sentencia 22/1.982, de 12 de mayo (51), abundada y desarrollada en la 36/1.983, de 11 de mayo (52).

Pero también tuvo ocasión enseguida de interpretar la expresión “ámbito estrictamente castrense”; fue en la sentencia 75/1.982, de 13 de diciembre (53), de la que la doctrina ha destacado su fundamento jurídico segundo, donde en relación con el artículo 117.5 de la Constitución, señala:

(50) Con una perspectiva más amplia (de toda la problemática relacionada con la Jurisdicción Militar), ofrece una selección de sentencias Gómez Calero, Juan”, La reforma de la Jurisdicción Militar a partir de la Constitución”, en número 504 (spbre. 1986) de la Revista General de Derecho, pág. 3.970 y ss.

(51) Dictada por la Sala 2ª, resolviendo el recurso de amparo 383/1.981 (Boletín Oficial del Estado de 9 de junio de 1.482; Boletín de Jurisprudencia Constitucional número 14).

(52) También de la Sala 2ª, resolviendo el recurso de amparo 205/1.981 (Boletín Oficial del Estado de 20 de mayo de 1.983; Boletín de Jurisprudencia Constitucional número 26).

(53) Del Pleno, resolviendo el recurso de amparo 245/1.987, contra auto de la Sala Especial de competencias de 9 de julio de 1.987 por el que se declaraba la competencia de la jurisdicción militar para conocer de las actuaciones por presunto delito de tortura cometido en cuartel de la Guardia Civil (Boletín Oficial del Estado de 15 de enero de 1.983; Boletín de Jurisprudencia constitucional número 21); el recurso de amparo fue interpuesto por los querellantes.

“...El precepto remite a la regulación legal, pero es evidente que su enunciado tiene también un valor interpretativo de tal regulación legal. En este sentido, y prescindiendo de la hipótesis del estado de sitio que aquí no interesa, resulta claro el carácter eminentemente restrictivo con que se admite la jurisdicción militar, reducida al “ámbito estrictamente castrense”. Este carácter restrictivo ha de ser tenido en cuenta, en lo necesario, para interpretar la legislación correspondiente”.

El carácter restrictivo de la jurisdicción militar se ha pretendido erigir así en una declaración programática, derivada de la Constitución, en virtud de la cual el ámbito competencial de aquella debería ser recortado al máximo; pero, en la parte transcrita de la sentencia, no se dice sino que lo exigido por la Constitución es una jurisdicción militar restringida al ámbito estrictamente castrense y que ello constituye el criterio rector del que hemos de valernos para interpretar la legislación correspondiente, que era la que admitía como nexos de competencia el lugar militar y la persona aforada, cual hemos visto se establecía en la reforma de 1.980 del Código de Justicia Militar, siempre que afectase al buen régimen y servicios de las Fuerzas Armadas, incluso a su seguridad. No se trataba pues de restringir el ámbito castrense, sino de no extender éste por el sólo y mero hecho de la circunstancia de lugar o de vestir el uniforme.

Por ello la misma sentencia, tras sentar que el “casus decidendi” se contrae a un delito común (del artículo 204 bis del Código Penal), reprochado por haberlo realizado miembros de la Guardia Civil en ejercicio de funciones de policía (en cuyo caso la Ley 55/1.978 afirmaba la competencia de la jurisdicción ordinaria), centraba la cuestión en si, por razón del lugar de comisión, cabía constitucionalmente atribuir la competencia a los tribunales militares, y concretamente en el análisis del artículo 9.1 del Código de Justicia Militar, según la redacción dada por la Ley Orgánica 9/1.980, que la atribuía siempre que el delito (común y sea quién fuera su autor) afectase al buen régimen, servicio o seguridad de las Fuerzas Armadas.

Así las cosas el Tribunal Constitucional indica que tal redacción tenía “la finalidad de limitar la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense” y que por ello:

“...«ratione loci» la jurisdicción militar no es competente más que cuando se lesionen bienes jurídicos de carácter militar, para cuya tutela se extiende precisamente aquella jurisdicción a los procedimientos que se sigan «contra cualquier persona», sea militar o paisano.

La extensión de la jurisdicción militar a estos caso se explica por cuanto la lesión de esos bienes jurídicos puede afectar a la defensa nacional encomendada a las Fuerzas Armadas...".

La sentencia termina otorgando el amparo y reconocimiento consiguientemente la competencia de la jurisdicción ordinaria (54); pero lo que aquí interesa destacar, a efectos generales, son dos cosas: 1.^a, que el Tribunal reconoce la constitucionalidad de los criterios competenciales por razón del lugar y de la persona en los términos establecidos en la Ley Orgánica 9/1.980; y 2.^a que así mismo es constitucional el conocimiento por la jurisdicción militar de delitos comunes que lesionen bienes jurídicos que puedan afectar a la defensa nacional.

De forma frontal no ha vuelto el Tribunal Constitucional a referirse al ámbito estrictamente castrense, aunque si, de manera incidental, cual en la sentencia 54/1.983, de 21 de junio (55), en la que, con toda lógica, afirma que "... es evidente que las relaciones familiares y sus repercusiones económicas son totalmente ajenas a aquel ámbito...", y de forma indirecta, en una interesante serie de sentencias, en las que reconocen ciertas peculiaridades del derecho penal militar, tanto sustantivo como procesal.

Se trata concretamente de las sentencias 95/1.985, de 29 de julio (56),

(54) Porque, como también se dice en la sentencia, "normalmente hay que presumir la competencia de la jurisdicción ordinaria" y en el auto impugnado para nada se alude al buen régimen, servicio o seguridad en las Fuerzas Armadas, ni a una posible lesión de estos intereses militares, "ni de la simple descripción de los hechos puede inferirse razonablemente que existiera"; y añade: "ello es evidente en lo que se refiere al buen régimen y seguridad, y en cuanto al servicio, no es tampoco perceptible, por cuanto precisamente el que realizaban los miembros de la Guardia Civil presuntamente responsables del delito objeto de la causa criminal era un servicio de policía, es decir, un servicio que con arreglo a la legislación vigente supone de ordinario la pérdida del fuero militar".

(55) Del Pleno del Tribunal resolviendo cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 710 del Código de Justicia Militar, que declaró contrario a la Constitución (en Boletín Oficial del Estado de 15 de julio y Boletín de Jurisprudencia Constitucional n° 27, pág. 796 y ss.).

(56) Resolviendo el recurso de amparo 809, 1.983 (Sala 1ª; en Boletín Oficial del Estado de 14 de agosto, y Boletín de Jurisprudencia Constitucional n° 52-53, pág. 1042 y ss.); en ella se hace una interpretación del artículo 452.2 del Código de Justicia Militar, admitiendo en determinadas ocasiones la acción privada ante la jurisdicción militar (doctrina que se ha plasmado en el artículo 108 de la Ley Orgánica 4/1.987, de 15 de Julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar).

180/1.985, de 19 de diciembre (57) y 107/1.986, de 24 de julio (58).

En la primera de ellas alude a que las Fuerzas Armadas para el logro de los altos fines que les asigna el artículo 8.1 de la Constitución “necesitan imperiosamente... una especial e idónea configuración, de donde surge, entre otras singularidades, el reconocimiento constitucional de una jurisdicción castrense estructurada y afianzada en términos no siempre coincidentes con los propios de la jurisdicción ordinaria, de forma muy particular en lo que atañe a la imprescindible organización profundamente jerarquizada del Ejército, en la que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar aquellos fines, no resultando fácil compatibilizarlas con litigios entre quienes pertenecen a la institución militar en sus diferentes grados”.

La sentencia 180/1.985 abunda en lo mismo, justificando la no aplicabilidad de la suspensión de condena a las condenas de militares por delitos militares por “la diferente incidencia y daño que la comisión del ilícito habrá de causar en la integridad de la institución según que quién lo haya perpetrado esté o no en ella integrado”. En definitiva que, como se dice en la primera de estas dos sentencias, lo que hay que proteger jurisdiccionalmente, por la militar, es la “cohesión de las Fuerzas Armadas”.

La sentencia 107/1.986 se apoya en aquellas dos y justifica el “plus” de punibilidad, respecto de un delito de estafa cometido por militar, en que “además de daño a los intereses generales protegidos por la ley común originó también un daño concreto e indiscutible al servicio de las Fuerzas Armadas” (59).

(57) Resolviendo el recurso de amparo 615/1985 (Sala 2ª; en Boletín Oficial del Estado de 15 de enero y Boletín de Jurisprudencia Constitucional nº 57, pág. 76 y ss.); en el declaró la constitucionalidad del artículo 245 del Código de Justicia Militar en cuanto privaba del beneficio de suspensión de condena a los que siendo militares cometían delito militar (actualmente habría que convenir pues en la constitucionalidad del artículo 44 del Código Penal Militar, lo que no significa que su contenido deje de merecer críticas).

(58) Resolviendo el recurso de amparo 514/1.985 (Sala 1ª; en Boletín Oficial del Estado de 13 de agosto y Boletín de Jurisprudencia Constitucional nº 84-85, pág. 1054 y ss.); en ella declaró la constitucionalidad del artículo 221 del Código de Justicia Militar, que establecía la accesoria de separación de servicio a las penas impuestas a Oficiales o Suboficiales como consecuencia de la comisión de determinados delitos comunes (actualmente derogado dicho artículo, se recoge la posibilidad de sanciones disciplinarias extraordinarias, que pueden llegar hasta la separación de servicio, en términos más amplios que los de aquel artículo 221, en el artículo 60 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, reformado en la Disposición Adicional 9ª de la Ley Orgánica 4/1.987, de 15 de Julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar).

(59) Explica la sentencia que “el hoy recurrente utilizó su pertenencia a las Fuerzas Armadas en calidad de Brigada para fines delictivos, esto es, para facilitar la comisión del

Se está pues reconociendo "a sensu contrario" que el daño a la jerarquización, unidad, disciplina, cohesión y servicio de las Fuerzas Armadas está en el "ámbito estrictamente castrense", habiéndose además señalado por el Tribunal Constitucional que el artículo 117.5 "impone una consideración forzosamente restrictiva del alcance de esa jurisdicción a los supuestos previstos constitucionalmente" (60), o sea que no puede extenderse a casos en que aquellas características y valores no queden afectados en modo alguno.

4. LOS DEBATES PARLAMENTARIOS.

En las Cortes Generales la discusión, sobre los perfiles del inciso "ámbito estrictamente castrense", se ha producido en todos y cada uno de los Proyectos que han desembocado en las leyes antes mencionadas (61), pero sobre todo, con mayor intensidad, con ocasión del trámite parlamentario, tanto de la Ley Orgánica 13/1.985, del Código Penal Militar, como en la 14/1.985, "Ley puente", ambas de la misma fecha (9 de diciembre), por cuando la cuestión afloraba de continuo, en el debate sobre la adscripción o ubicación de concretos delitos en la ley militar o en la común, hasta el punto que ambos Proyectos, por ello, se discutieron conjuntamente en el Pleno del Congreso.

Y es que, desde el principio de la adadura parlamentaria, todos estaban en la consciencia de que, aún fuera de sede (por no tratarse de leyes sobre competencia), se abordaba, con estos dos Proyectos, el ajuste del mandato dirigido al legislador desde el artículo 117.5 de la Constitución.

Por ello, en la sesión inicial para el debate sobre la totalidad de ambos Proyectos (62), se fijaron las posturas, señalando el Ministro, en la presentación, que el Código Penal Militar debía incluir "tan sólo los de-

delito de estafa por el que fue condenado, sirviéndose de su condición de militar para inducir a engaño tanto a los soldados de su Unidad como a los proveedores de la misma. y apropiándose fondos procedentes del Destacamento de pago".

(60) En la sentencia 93/1.986, de 7 de julio (recurso de amparo 478/1.985, sala 2ª, en Boletín Oficial del Estado de 22 de julio y Boletín de Jurisprudencia Constitucional nº 63, pág. 941 y ss.), reconociendo, con toda razón, que la jurisdicción ordinaria es competente para conocer de una solicitud de "habeas corpus" de policía nacional en una privación de libertad por aplicación de normas del Código de Justicia Militar; sin embargo justifica la aplicación de estas normas disciplinarias como no contrarias al artículo 25.3 de la Constitución (en igual sentido la sentencia 31/1.985, de 5 de marzo, Boletín Oficial del Estado del día 27 de marzo).

(61) En el apartado 2 de este mismo epígrafe.

(62) Por haberse interesado así por el Grupo Parlamentario Popular, solicitando la devolución al Gobierno.

litos que definíamos como de naturaleza típicamente militar... tipificando conductas delictivas atentatorias contra bienes jurídicos de carácter militar en atención al sujeto activo o al lugar de realización", y que a la protección de esos bienes jurídicos "estrictos" de las Fuerzas Armadas, debían contraerse las leyes penales militares y la jurisdicción castrense, avalando tal posición con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 1.982 (63), que, por cierto, iba a ser alegada también, en contra, por la oposición, tanto en el Congreso como en el Senado.

Se le contestó que derogar los criterios de competencia distintos al de por razón del delito, suponía reducir la jurisdicción militar "no sólo al ámbito estrictamente castrense... sino al estrecho campo de los delitos militares con exclusión de la competencia por razón del lugar y de la persona responsable, aún cuando los hechos afectasen al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas"; y que, de otra parte, el hallazgo de ese criterio fundamental no era "más que un juego de palabras", manejándose como componenda "de una de cal y de otra de arena" (64).

Desde otra perspectiva y grupo parlamentario, se indicó que había que ensamblar diversos aspectos: la condición civil o militar del justiciable, el lugar y circunstancias en que se comete el delito y la materia o naturaleza del bien protegido; si sólo se discutiera sobre esta última "estaríamos ante un galimatías" (65).

En la Comisión de Justicia e Interior se dijo que no era "fácil estructurar recortadamente y con claridad los delitos militares correspondientes" y que, en todo caso, debían serlo los que atacaren a la Defensa Nacional, por estar encomendada a las Fuerzas Armadas (66); contestándose en representación del grupo mayoritario que la delimitación entre jurisdicción militar y ordinaria es "un problema de voluntad política, un problema absolutamente de ideología, un problema de oportunidad", que "el bien jurídico de la Defensa Nacional es propio de todos y cada

(63) Ver Diario de Sesiones, nº 178, la del 28 de diciembre de 1.984, págs. 8202 y 8204.

(64) Portavoz del Grupo Popular, págs. 8206 a 8208. Le siguió una intervención del portavoz del grupo socialista, un tanto oscura, para mi, en cuanto a lo que llamó principios y criterios competenciales (pág. 8210).

(65) Portavoz del Grupo Centrista (págs. 8213 y 8214), quién reconocía "una buena presentación de esta ley", refiriéndose al Código Penal Militar, aunque respecto del de la "Ley Puente" se tenían reservas "por su mediocridad de concepción técnica, por su pobreza de concepción jurídica".

(66) Grupo Popular (Diario de sesiones, número 314, la de la Comisión del día 4 de junio de 1.985, págs. 9758, 9759, 9766 y 9767).

uno de los españoles” y que el deslinde entre las jurisdicciones, en la zona difusa, se quería políticamente hacer “hacia la jurisdicción ordinaria, sin que eso sirva de recelo a la jurisdicción militar”, pues esta última, como cualquier jurisdicción especial, no puede tener “vis atractiva”; se acababa recordando que su concepción sobre lo “estrictamente castrense” había quedado fijada en el programa electoral (67).

El Pleno del Congreso, que registró una discusión conjunta de los dos Proyectos y en una sólo intervención global por grupos de enmendantes, nada nuevo se añadió (68) y, en el del Senado, se reprodujeron los argumentos poniéndose de manifiesto cómo la reducción al ámbito estrictamente castrense era sin duda “el caballo de batalla” y que en definitiva era un problema de oportunidad y decisión política (69).

5. SINTESIS DE LAS POSTURAS DOCTRINALES.

Siendo un concepto, el referido al ámbito estrictamente castrense, con una zona ciertamente de indeterminación, es lógico que la doctrina no haya llegado a unas conclusiones pacíficas, sino más bien distintas, que han sido sistematizadas esquemáticamente (70) en tres diversas posturas: según se ponga el acento en la eficiencia de los Ejércitos y los principios que los informan, o se haga en el hecho de ser éstos instrumento de la Defensa Nacional y por consiguiente en la protección del servicio y la disciplina, o se combinen ambos criterios.

En todo caso quedaría un núcleo inderogable que sería el relativo al servicio y a la disciplina, en su concepción más amplia de cumplimiento de deberes que impone al militar su permanencia en los ejércitos; ocurre que el concepto de servicio tiene también un sentido extensivo que conecta con la idea de eficacia, y esta puede ser atacada, o puesta en peligro, de muy diversas formas.

Una vez producida la reducción de la competencia de la Jurisdicción Militar, constriniéndola esencialmente a lo que el legislador considera delitos militares, por su inserción en el Código Penal Militar, la valora-

(67) Diario de sesiones, págs. 9759, 9760, 9763, 9764, 9767 y 9768.

(68) Ver Diario de Sesiones, número 217, la del Pleno del Congreso del día 13 de junio de 1.985, págs. 9661, 9966 y 9967.

(69) Ver Diario de Sesiones, número 138, la del Pleno del Senado del día 23 de octubre de 1.983, págs. 6480, 6481 y 6483.

(70) Por Martínez - Cardos Ruiz, Leandro S., ob. cit., págs. 2097 y 2098.

ción doctrinal también ha sido divergente, por cuanto hay quienes han considerado que ahora sí se limita de modo efectivo la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense (71), mientras que otros han considerado insuficiente o estrecho el nuevo marco competencial que la vigente regulación reserva a los tribunales militares (72).

6. Recapitulación y reflexiones finales.

Tras esta amplia panorámica, con apoyo en lo dicho, y a modo de recapitulación, es momento de esbozar una serie de reflexiones y apuntar alguna conclusión.

Parece claro que era constitucional, o, si se prefiere, respetaba las exigencias del artículo 117.5 de la Constitución, el ámbito competencial conformado en la Ley Orgánica 9/1.980, de reforma del Código de Justicia Militar; y lo mismo cabe decir del actualmente fijado por la disposición derogatoria del vigente Código Penal Militar y en la Ley Orgánica 4/1.987, de 15 de julio, "de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar".

Ello es debido a que tal artículo 117.5, partiendo del reconocimiento de la Jurisdicción Militar, prohíbe se expanda hacia lo que carece de precisa y clara vinculación a lo castrense (adjetivo que hay que entender como lo relativo a las Fuerzas Armadas) y utiliza una fórmula elástica que deja una amplia zona indeterminada, a concretar por el legislador, por expreso mandato que a éste dirige la Constitución.

Lo único pues que al legislador prohibieron los constituyentes fue, de una parte, que prescindiera de la Jurisdicción militar en su núcleo indelegable, y, de otra, que, al dotarla de contenido, éste excediera de lo que es su razón específica en tiempo de paz; se dejaba, y sigue dejando, a una decisión de oportunidad política, como quedó patentizado en los debates parlamentarios antes aludidos, el decidir cómo llenar la competencia de los tribunales militares en cada momento.

(71) Así Millán Garrido, Antonio, en el Prólogo de la edición de la "Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar", Biblioteca Textos Legales de Tecnos, Madrid 1.987, pág. 24.

(72) Así, para mí con mejores argumentos que Millán, Rodríguez - Villasante y Prieto, José Luis. "El Código Penal Militar", en Revista General de Derecho, número 499 (abril 1.986), págs. 1.286 y 1.287; y Martínez -Cardos Ruiz, Leandro, ob. cit., págs. 2106 y 2107.

La libertad, por tanto, de que, al respecto, goza el legislador, con unos límites infranqueables por exceso y por defecto, es muy amplia.

Sentado cuanto se viene diciendo, lo que no me parece acertado es, ni el camino seguido para reducir las atribuciones de la jurisdicción militar, ni tampoco el excesivo recorte de ésta; aunque, repito, el artículo 117.5 permite la actual constrictión en la competencia, sin embargo hacerlo así no era exigencia constitucional, siendo posible un más amplio marco competencial que el vigente, a la luz de la doctrina sentada o apuntada por el Tribunal Constitucional y que antes se ha examinado.

Como ya en un trabajo anterior había mantenido (73), la poda progresiva que ha venido experimentando la competencia de los tribunales militares se ha alimentado de unos criterios rectores, válidos como hipótesis de trabajo, pero discutibles en cuanto se toman como principios o dogmas que no admiten fisura.

Los criterios a los que me estoy refiriendo no son otros que el de reservar la jurisdicción militar sólo para militares y el de que únicamente alcance a los delitos militares (74).

El primero de ellos está constitucionalizado en Italia, cuya Carta Magna de 1.947 establece, en el párrafo 3.º del artículo 105, que “los tribunales militares en tiempos de paz tendrán jurisdicción en los delitos cometidos por personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas”.

El segundo lo utilizó nuestra Constitución de 1.931; en efecto, su artículo 95 prescribía, entre otros extremos, que “la jurisdicción penal militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los Institutos armados”, añadiendo que no podía establecerse fuero alguno por razón de las personas o de los lugares y exceptuando “el caso de estado de guerra, con arreglo a la Ley de Orden Público”.

Aunque ya hemos visto como la Sala de Competencias prevista en la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 1.948 aludió a este precepto de la Constitución de la 2.ª República como criterio interpretativo de la hoy vigente (75), estoy, por el contrario, con quienes piensan que los consti-

(73) En “Comentario de urgencia...”, ob. cit., pág. 918.

(74) El programa del Partido Socialista para las elecciones generales del año 1.982 combinaba ambos criterios, acumulándolos restrictivamente. (ver anterior nota 37)

(75) En el auto, antes parcialmente transcrito, de 29 de noviembre de 1.982.

tuyentes de 1.978 rehuyeron el imitar aquel posible modelo y este precedente (76), prescindiendo de ambos criterios, sabedores tal vez de lo problemático que resulta llevarlos a cabo hasta sus últimos extremos e incluso desarrollarlos técnicamente; bien parece que de modo expreso se separaran de ellos y convinieran en consecuencia una formulación más flexible que, no obligando a hacer difíciles equilibrios, sirviera a la clara y fundamental idea de poner freno, tanto a desmesurados alargamientos de la competencia, como a un fácil o cómoda utilización política de los órganos jurisdiccionales militares en materias y ámbitos por completo ajenos a lo castrense.

El que los tribunales marciales sólo puedan tener como justiciables a militares es un corriente equívoco que no tiene razón alguna (77), y, que yo sepa, únicamente tiene ganada carta de naturaleza en Italia por imperativo constitucional, donde ello ha obligado a afrontar una árdua problemática, no sólo a nivel dogmático, sino también práctico.

Como idea de la que partir, puede ser válida para evitar una hipertrofia o codicia de la jurisdicción militar, y así da la impresión de haber sido utilizada de cara a la configuración del marco competencial hoy en vigor; pero el legislador ha respetado las normas generales de participación de extraños en delitos especiales propios (del militar) y además, aunque de manera muy restrictiva, ha acuñado una serie de delitos en que su sujeto activo no precisa ser militar (78); ya al presentar el Proyecto de Ley del Código Penal Militar en el Pleno del Congreso de los Diputados, el propio Ministro de Defensa, con apoyo y cita expresas de la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 1.982, lo dijo con claridad: "... la jurisdicción militar, para cuya tutela se extiende aquella jurisdicción a los procedimientos que se siguen contra cualquier persona, sea esta militar o paisana" (79).

Otra cosa es que, en esa selección de los escasos delitos militares en los que pueden ser autores personas no aforadas, se haya obrado de forma acaso restrictiva y que, además, en determinados supuestos, se haga

(76) Así: Serrano Alberca, José Manuel, ob. cit., pág. 1.673; y Martínez Cardos Ruiz, Leandro, pág. 2.106.

(77) Equívoco que explica la máxima atención periodística cada vez que, ante un tribunal militar, comparece como acusado un no militar, aunque el contenido de injusto del delito enjuiciado, atendido el marco penal, sea mínimo.

(78) Ver, entre otros extremos al respecto, cuáles son estos delitos, en Rodríguez Villasanté y Prieto, José Luis, "El Código Penal Militar", ob. cit., págs. 1.283 a 1.285; del mismo, "Comentarios al Código Penal Militar", ob. cit., pág. 145 y ss.

(79) Diario de Sesiones, número 178, de la del 28 de diciembre de 1.984, pág., 8202.

una separación entre el ilícito común y el militar con una fundamentación poco clara y que pueda parecer arbitraria; ejemplo de lo primero sería el nuevo párrafo 1.º del artículo 221, introducido por la “ley puente” en el Código Penal (80), y de lo segundo esa doble vía de proteger penalmente al centinela, en el texto militar, y al resto de quienes también puedan calificarse de fuerza armada, en el común.

El otro criterio, el de ceñir la jurisdicción castrense a los delitos militares, es sin duda el que se ha utilizado de modo rector, alimentando técnicamente la progresión legislativa hasta llegar a la situación normativa vigente.

Con ello el problema se traslada al del concepto de delito militar, del que el Código ofrece una definición puramente formal, al señalar el párrafo 1.º del artículo 20 del Código penal castrense que “son delitos militares las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas en este Código”; luego, en el Libro Segundo del mismo texto legal, se van describiendo las conductas que, a juicio del legislador, tienen tal carácter, de modo que el legislador selecciona los bienes jurídicos que estima son de naturaleza militar, así como en qué medida y cómo deben ser protegidos penalmente.

Dicho de otro modo, partiendo de un concepto formal, se dota de contenido al delito militar por la naturaleza del bien jurídico.

Ocurre que las categorizaciones al respecto resultan difusas y muy relativas.

Aunque la doctrina ha intentado perfilar los criterios diferenciales entre la infracción militar y la común, e incluso distinguir entre unos delitos exclusivamente militares y otros que, sin dejar de pertenecer al ámbito castrense, tienen un claro carácter pluriofensivo (80), la delimitación ha resultado árdua y, a la postre, baldía, en mi opinión; no es por ello de extrañar que, de modo realista, el legislador español haya prescindido de cualquier distinción, evitándola incluso en la escala y clase de

(80) Párrafo 1º del artículo 221 del Código Penal que, con una técnica defectuosa en sus propios términos y por enquistarse en una sede ajena, castiga, con prisión menor a “el que de palabra, por escrito, impreso u otro modo e posible eficacia, incitare a militares a cometer el delito de sedición militar, a las tropas o (sic) comportamientos de indisciplina o al incumplimiento de deberes militares o hiciera apología de la sedición militar o de los sediciosos”.

penas, y apartándose así de los textos militares anteriores que preveían penas comunes y militares (81).

Pero, al no tener en cuenta otro criterio competencial que el del delito militar, entiendo que, ante la insuficiencia o vaguedad de la pauta que ofrece el carácter del bien jurídico para delimitar el campo castrense, no ha sido congruente, obligando a unas soluciones cuanto menos discutibles y de dudosa bondad técnica, al mezclar dos planos, el sustantivo y el de competencia, que no precisan de una absoluta coincidencia. Trataré de explicarme.

De una parte, para evitar que la jurisdicción castrense conociera determinados delitos “comunes” expresamente por razón del lugar de comisión o de la persona, responsable, se han militarizado algunas infracciones, introduciendo solapadamente aquellos criterios; así, en la ya anotada intervención del Ministerio de Defensa (83), señalaba que “...en el texto del Código Penal Militar se han tipificado conductas atentatorias contra bienes jurídicos de carácter militar en atención al sujeto activo o al lugar de realización”.

El obrar de esta manera ha traído una serie de problemas que derivan en soluciones distorsionantes del sistema, añadiendo dificultades en la aplicación de algunos preceptos y sobrecargando el Código Penal Militar; algunos ejemplos pueden ilustrar lo dicho; de un lado el artículo 155 castiga la imprudencia del militar generadora de graves daños en vehículos militares (84) y el 159 la del que “extralimitándose en acto de servicio de armas” causa, también imprudentemente, muerte, lesiones graves o daños (85); de otro, los artículos 180 a 188, abrazados con la rúbrica de “delito contra la Administración de Justicia”, hubieron de ser introducidos en el Proyecto a última hora, ya en el Senado, militarizando lo que

(81) Por todos ver Venditti, Rodolfo, “Il diritto penale militare nel sistema penale italiano”, 5ª edición, Giuffrè ed., Milán, 1.985, pág. 157 y ss.

(82) En particular ha rehuído absolutamente la utilización de la categoría del delito exclusivamente militar; ver mi referencia a el artículo 22 - 1º, en “Comentarios al Código Penal Militar”, ob. cit., pág. 430.

(83) Ver anterior nota (79).

(84) Donde no se contemplan, a pesar de llevar aparejada una pena de tres meses y un día a dos años, los daños que en propiedad no militar se ocasionen por el mismo hecho, ni, por supuesto, tampoco cualquier lesión de otro bien jurídico (vida o integridad corporal).

(85) Delito que fue retocado por la Ley Orgánica 4/1.987, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, como consecuencia al parecer de haberse suprimido en el Congreso la previsión del correspondiente Proyecto del gobierno que pretendía extender la competencia a los delitos cometidos en acto de servicio de armas.

siempre ha regulado el Código Penal común, pues, de, lo contrario, hubiera conocido de tales delitos la Jurisdicción ordinaria (86).

Por la mezcla de planos, y ante las dificultades técnicas, se aportan unas soluciones de las que derivan añadidos unos nada fáciles problemas concursales, tanto de normas como de delitos.

De otra parte, el que tan sólo se tipifiquen como delitos militares los comportamientos que ofendan intereses de las Fuerzas Armadas (lesión o puesta en peligro de bienes que afecten estrictamente a las mismas) puede ser útil para fijar el núcleo inderogable del delito militar, y descartar lo que nada tiene que ver con los Ejércitos, pero siempre queda una zona intermedia de difícil determinación y, además, son frecuentes los supuestos de pluriofensividad, en los que el hallazgo de un subcriterio discernidor de la adscripción a un campo o a otro se presenta como algo en cierto modo imposible "a priori", porque ahí es donde entran en juego factores de los más heterogéneos y en suma de política legislativa (tradicción, conjuntura o circunstancia política, conveniencia práctica de eficacia, utilidad o de otro orden ...).

Por ello, el llevar a rajatabla la distinción de delito militar o común, en orden a la determinación de la competencia de la jurisdicción castrense, dificulta la solución de este último problema, produciéndose a veces lo que da la impresión de caprichosas adscripciones; tal ocurre con los artículos 235 bis del Código Penal y 85 del Militar, pero también en otros muchos casos (87).

Desarrollando en algo el ejemplo que se acaba de proponer, puede sostenerse en una primera aproximación que, caso de un militar y un paisano que, puestos de acuerdo y simultáneamente, maltraten de obra a fuerza armada, aquel responderá por el artículo 85 del Código Penal Militar y éste en virtud del 235 bis del común; a efectos de competencia, las reglas para determinarla se contienen en los artículos 14º y 15º de la Ley Orgánica 4/1.987, de 15 de julio. ("de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar"), pero, como los expresados artículos 85 y 235

(86) Ver Peña Peña, Virgilio, en "Comentarios al Código Penal Militar". ob. cit., págs. 1.973, 1.974, 1.982 y 1.983

(87) Así el mencionado párrafo 1º del artículo 221 del Código Penal, o, en relación a la Defensa Nacional, con la comparación de los artículos 125 bis e) a 125 bis g) del texto común con los 57 a 62 del castrense que, además de no tener parangón el artículo 61 de este con aquellos, lleva a distinta jurisdicción al militar, que al funcionario que desarrolla su actividad laboral en dependencia castrense. Los ejemplos podrían multiplicarse. Ver también la siguiente nota (88).

bis, no sólo parecen obedecer a distintas políticas criminales, sino que, para configurar el injusto, utilizan técnicas diferentes, la solución recuerda en cierto modo al juego de la lotería y todavía puede complicarse más, tanto para la calificación penal como en orden a la atribución de competencia, si en el caso propuesto, se introduce la variante de que aquel militar y aquel paisano maltratan a un centinela y a su Cabo, Oficial o Suboficial, cuando alguno de estos acude en su auxilio.

En otro orden de ideas, para los supuestos de pluriofensividad, lo determinante no parece que deba ser la entidad de los diversos bienes jurídicos en juego, pues por esa vía la agresión al superior, productora de su muerte, debería trasladarse al Código Penal común, ya que, sin duda, la vida está, en tiempo de paz, por encima de la disciplina (88); antes bien al contrario, el que, con un delito común se vulneren intereses militares, debería significar la posible atracción de competencia sin necesidad, en muchos caos, de militarizar la infracción.

Por último, con el sistema seguido se han sustraído al conocimiento de la jurisdicción militar una serie de delitos, de raíz común, y que desde siempre habrían pertenecido a su ámbito competencial; el ejemplo más claro es de los que se contenían en el artículo 194 del Código de Justicia militar de 1.945; la solución técnica, que se arrastraba en este precepto

(88) Problema distinto, que no menos importante, es el de la penalidad más benigna que pueda resultar en ocasiones de la aplicación del texto marcial, consecuencia de haberse elaborado éste con unos criterios políticos criminales más avanzados que los que inspiran el aún vigente Código Penal Común; la distorsión del sistema es palmaria y esta denunciada por la doctrina; deberíamos contar con un nuevo Código Penal, y, al no ser así, lo correcto parece que hubiera sido, en una ley especial y complementaria como la militar, hacer, no una radicalmente novedosa, sino una reforma de la anterior en congruencia con la Ley orgánica 8/1.983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal.

El mal enfoque de los problemas comporta, una vez advertidos, la mala solución de los mismos; lo digo porque me encuentro con la sorpresa, y cuando prácticamente estaba elaborado este trabajo, de que el Proyecto de Ley Procesal Militar, publicado en el Boletín del Congreso de los Diputados de 15 de abril de 1.988 (serie A, número 79-1), contiene una disposición adicional quinta que pretende redactar el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/1.987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar, de la siguiente manera:

“Los comprendidos en el Código Penal Militar. Salvo lo dispuesto en el artículo 14, en todos los demás casos la jurisdicción militar conocerá de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, incluso en aquellos supuestos en que siendo susceptibles de ser calificados con arreglo al Código Penal común, les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso de aplicará este”.

Una vez más, de convertirse en ley, se mezclarían indebidamente, con repercusiones prácticas, creo que imprevistas, los planos de la competencia con los estrictamente penales.

desde el artículo 175 del Código de Justicia Militar de 1.890, no era correcta desde la perspectiva estrictamente penal, pero la idea, en términos generales, de atribuir con claridad la competencia, en el enjuiciamiento de determinados delitos, por razón de la condición militar de su autor y la circunstancia del lugar castrense de su comisión, o de otras, no debió ser tan fácilmente arrumbada, máxime en unos momentos en que los jueces y tribunales ordinarios se encuentran saturados e incluso colapsados por la avalancha de asuntos que tienen que afrontar.

No es sólo desde tal óptica, tal vez coyuntural, si bien la justicia española desgraciadamente no tiene trazas de caminar hacia metas óptimas (89), que se pueda reivindicar la vuelta a la jurisdicción militar de aquellos, y otros, delitos, pues, permitiéndolo la Constitución y la doctrina del tribunal "ad hoc", el buen régimen de los Ejércitos, e incluso el mantenimiento de la disciplina, aconseja que, los hurtos, lesiones, tráfico drogas y algunos otros delitos cometidos en cuarteles por personas aforadas, sean rápidamente juzgados por los órganos de la justicia castrense; en algunas infracciones contra la libertad, ocurre algo parecido, dándose la paradoja de que si el sujeto activo es superior en sentido estricto habrá infracción militar (90), mientras que, si no lo es, aunque se prevalega de una situación real de superioridad, la infracción será común (91); debería también evitarse que las malversaciones de caudales militares, o bien salgan de la esfera de la competencia militar, o, lo que es peor, se reconduzcan, junto con hurtos y robos con violencia o intimidación en las personas, a los delitos contra la Hacienda Militar, sobre todo a los artículos 195 y 196 del Código marcial, planteando de modo innecesario problemas de concurso y confundiendo la razón de ser de las distintas figuras delictivas en juego.

Creo haber desgranado hasta aquí un grupo de argumentos en contra de la decisión del legislador de conectar la competencia de la jurisdicción castrense a un inaprensible concepto del delito militar. Involucrar el plano penal con el de la competencia, lleva a enturbiar el primero, así como a soluciones técnicas incorrectas.

(89) A lo sumo tan sólo se vislumbran paliativos.

(90) Delito o falta disciplinaria de "abuso de autoridad" o de "extralimitación en el ejercicio del mando" (artículos 103 a 106 y 138 a 142 de Código Penal Militar, y sus correlativos en la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, como pudieran ser las faltas leves 14ª a 17ª del artículo 8 y las graves 11ª, 14ª y 19ª del artículo 9).

(91) En el tema de las llamadas "novatadas" está más que claro: si el que abusa del novato es un superior, hay infracción militar, pero, de no serlo, cual ocurre con frecuencia, se acude en la práctica a la vía disciplinaria despreciándose la penal, aún cuando procediera, por no estar atribuido el posible delito a la competencia castrense.

Más realista me parece, no hinchar el Código Penal Militar, el conocimiento de cuyos delitos sería el núcleo básico de la jurisdicción militar, y ampliar ésta a determinadas infracciones comunes, previamente seleccionadas por su especial incidencia en el ámbito militar, si se quiere mediante el sistema de lista y dejando una fórmula final en que se conectara la competencia por razón del lugar de comisión y de la persona responsable, con fundamento en los criterios que ha pergeñado el Tribunal Constitucional interpretando el "ámbito estrictamente castrense" al que se refiere el artículo 117.5 de la Constitución; esta cláusula final, residual y general, sería la que podría interpretarse restrictivamente, aunque no veo razón para ello, pero previamente el legislador habría diseñado en la lista las infracciones que, siendo de génesis común y no precisando preverlas el texto penal militar, pertenezcan a aquel ámbito.

Finalmente, y en otra perspectiva, es obvio que en un estado de derecho no hay razón para desconfianzas y recelos hacia la jurisdicción militar y que, desde luego, para afrontar con rigor los problemas, estimo, hay que superar prejuicios que sólo conducen a solucionar aquellos insatisfactoriamente.

Si existen unas Fuerzas Armadas, parece necesario, o por lo menos muy conveniente, mantener una jurisdicción militar, que salvaguarde su eficacia; por ese camino discurre nuestra Constitución (92) y en modo alguno se deduce de su artículo 117.5 que deba ahogársela, o constreñirla en exceso.

El evitar impunidades y la prontitud en el castigo es algo predicable de todo orden jurisdiccional, pero muy especialmente del militar, pues es lo que le dota de sentido.

En fin, que el nudo gordiano, como vengo repitiendo desde hace años (93), estriba, no en ser cicateros con la competencia de la jurisdicción, vaciándola o restringiéndola al máximo, sino en organizarla de

(92) Otra cosa es que no haya Fuerzas Armadas; también es verdad que caben estas sin jurisdicción militar, aunque no es menos cierto que es fenómeno reciente en algunos países, donde se detecta un fortalecimiento fáctico de las facultades disciplinarias con evitación de la vía penal, que, a veces, la no existencia de justicia castrense específica obedece a concretas circunstancias políticas y que, como vengo repitiendo, la jurisdicción ordinaria en España no está preparada para asumir las competencias que dejaría la militar.

La noticia más reciente que conozco sobre la situación del derecho comparado la ofrece Almagro Nosete, José, en "Derecho Procesal. El Proceso Penal (2)" (de varios autores), Tirant lo Blanch, Valencia 1.988, págs. 353 y 354.

(93) Ver mi "Comentario de urgencia...", ob. cit., págs. 910 y 911.

acuerdo con la Constitución, lo que además era lógica y expresa exigencia del pasaje con que se cierra el artículo 117.5 (94); amén de que aquellas garantías eran, y son, de aplicación directa, debiendo interpretarse las leyes y aplicarse de modo que quedaran, y queden, salvaguardadas.

(94) En esta línea la Ley Orgánica 1/1987, de 15 de mayo, de Competencia y organización de la Jurisdicción Militar, junto con el Real Decreto 1371/1987, de 17 de octubre, de planta y demarcación de la Jurisdicción Militar, suponen un avance respecto al artículo 117.5 de la Constitución, a falta de una ley procesal militar, de lo dispuesto en el inciso final del artículo 117.5 de la Constitución. Ver nota (88) en relación al Proyecto de Ley Procesal Militar.

ROUSSEAU, ¿UN PENSADOR UTOPICO?*

JOSE LUIS DEL HIERRO

Aún sin ser uno de los aspectos más debatidos del pensamiento de Jean Jacques Rousseau, el del carácter utópico del mismo ocupa un lugar destacado en la historiografía del ginebrino. Y como en otros aspectos esenciales de su obra, tampoco existe acuerdo entre quienes han abordado el tema a la hora de considerarlo dentro o fuera de las corrientes utopistas.

La complejidad de su discurso, la profusión de elementos contradictorios, reales o aparentes, justificarían por sí solas la existencia de tan dispares interpretaciones. Pero en este caso existe un plus de dificultad, una complicación añadida: la que encierra la determinación del concepto utopía.

Quizá por ello exista una tendencia evidente a soslayar este tema, a sumergirse en la obra rousseauiana sin haber previamente establecido qué se entiende por utopía, cuáles son los elementos que caracterizan el pensamiento utópico.

Así, ocurre con frecuencia, con demasiada frecuencia diría yo, que tras un largo debate en el que se ha analizado exhaustivamente la obra de Rousseau en busca de elementos utópicos, la conclusión sea: bien, se puede afirmar o negar la presencia de dichos elementos en el pensamiento de Rousseau dependiendo de lo que cada uno entienda por utopía.

Cualquiera de las interpretaciones posibles (Rousseau en un pensador utópico, Rousseau no está incluido en el pensamiento utópico o existen dos componentes en su obra uno utópico y otro que no lo es) exigiría previamente un posicionamiento, una respuesta clara acerca de lo que la utopía es y significa.

Quienes hayan leído lo que antecede, habrán podido comprender cuál va a ser el camino que voy a transitar en mi análisis. Pretendo en primer término aproximarme al concepto de utopía. Una vez conseguida dicha aproximación aplicaré

* Todas las referencias a la obra de J.J. Rousseau han sido extraídas de las Obras Completas: ROUSSEAU, Oeuvres Completes, L'Integrale, Aux éditions du Seuil, 1967.

Abreviaturas utilizadas: O.C. = Obras Completas; D.C.A. = Discurso sobre las Ciencias y las Artes; D.D. = Discurso sobre el origen y la desigualdad entre los hombres; C.S. = Contrato Social.

el discurso rousseauiano al concepto, buscando concordancias y discrepancias, puntos de referencia, contactos o disidencias.

Creo que sólo trabajando en esta dirección pueden hallarse resultados positivos. Sólo determinando previamente qué se entiende por utopía tendrá sentido la investigación acerca de ese aspecto del pensamiento de Jean Jacques.

I

Hallar una definición omnicomprendiva del término utopía no es tarea fácil. El estudioso que aborde el tema se encontrará como dice Neussus "ante un conglomerado de variadísimos intentos de definición, de apreciaciones teóricas heterogéneas y de aplicaciones del término apenas relacionadas entre sí, pero que han ido desarrollándose y almacenándose de manera sucesiva y paralela" (1).

Por mi parte abundaría en el hecho de que, con demasiada frecuencia se incurre en el error de "tomar al todo por la parte", definiendo la utopía solo en función de aspectos parciales, conceptuándola atendiendo a lo que no es sino alguno de los elementos que la integran.

De esta manera se pueden señalar como variantes principales de la utilización del concepto utopía: aquella que la identifica en la forma literaria de la novela utópica; la que le circunscribe al elemento histórico-intelectual o histórico-científico o la que hace referencia al elemento intencional o concepto intencional de la utopía (2).

No son pocos los autores que reducen el ámbito de la utopía a la utilización de una determinada forma de expresión o narración, considerando como utópicos sólo a quienes se expresan mediante este método narrativo. La aceptación de esta variante conceptual implicaría en puridad que habría que referirse a los seguidores de este género literario como escritores utópicos en lugar de como pensadores utópicos.

Más numerosos son los autores que circunscriben el pensamiento utópico a un momento histórico determinado extramuros del cual solamente cabría hablar de metautopismo o pseudoutopismo. Ese momento histórico suele hacerse coincidir con la modernidad (3). Tan solo merecería la consideración de utópico el pensamiento de esas características surgido en la época moderna; no serían utopías las del mundo greco-latino o clásico, ni las contemporáneas.

Finalmente fue E. Bloch quien por primera vez habló de un concepto intencional de la utopía en lo que sin duda constituye el intento más enjundioso de trascender los meros elementos formales o coyunturales al uso hasta esa fecha, buscándole un sentido pluridimensional y totalizador.

(1) Neussus A.: Dificultades de una sociología del pensamiento utópico." en "Utopía". Barcelona 1971. pág. 9.

(2) En este sentido ver E. Bloch: "Geist der utopie". Franckfort-Maine. 1964.

(3) Op. cit. pág. 24.

Me apresuro a decir que creo, con las matizaciones que iré introduciendo sucesivamente, es esta tercera utilización conceptual aquella que más y mejor nos puede aproximar a la definición de utopía, objetivo que por su parcialidad no pueden alcanzar las dos restantes.

Pero afirmar el elemento de la intencionalidad no es suficiente para definir la utopía. Supone, sí, un decisivo avance en relación a las restantes concepciones, pero no basta. Restan una multiplicidad de aspectos y sólo dándoles a todos ellos una respuesta adecuada se accederá a una noción válida de la utopía.

Desde este punto de partida y reconociendo que quizá suponga una anticipación precipitada, prefiero adelantar ahora mi concepto de utopía sin perjuicio de que posteriormente, a lo largo del trabajo, lo vaya desarrollando pormenorizadamente.

Defino la utopía como: *Creación humana intemporal que entraña la construcción teórica y sistemática de un orden social futuro valorado como óptimo y que se ofrece a la colectividad como alternativa y oposición al presente.*

A partir de esta definición voy a analizar, desglosándolos, cada uno de los elementos que la integran.

La utopía como creación humana.-

La elaboración de un proyecto vital y lo que ello lleva aparejado, es patrimonio exclusivo del ser humano y forma parte de su naturaleza. En ella está la posibilidad, esencial, de idear la vida, su vida, su quehacer en ella, trascendiendo los límites de lo inmediato. En el ser humano "lo que va a ser" está ya contenido en el "siendo", que, de este modo, es, a la vez, realidad de presente y proyección al futuro.

Es esta convicción la que me lleva a afirmar que el ser humano es, en potencia, naturalmente utópico o, dicho de otro modo, que es natural en el hombre su condición utópica (4). Porque la utopía no es sino la determinación de un proyecto vital, una ideación trascendente (tracendente en un doble sentido: a la inmediatez y a la propia individualidad) cuyos caracteres, peculiares, no empecen su calificación como tal. En este sentido se puede decir que no todo proyecto vital será necesariamente utopía pero sí que toda utopía es proyecto vital y en esa medida consustancial a la naturaleza del ser humano (5).

Como dice el profesor Recasens Siches, (6), en el obrar humano se produce

(4) Esta idea aparece reflejada en la obra de J. Ortega y Gasset: "El tema de nuestro tiempo." O. C. Tomo III Págs. 143-207. Madrid 1966 (6ª ed.).

(5) Op. cit. pág. 462.

(6) L. Recasens. "Tratado General de Sociología." México 1982. (3ª ed.).

una inversión del proceso de causalidad; el hombre imagina primero unos efectos y pone luego en acción los medios para lograrlo. Actúa el presente proyectando en él los fines que, imagina, optimizarán su realidad. Ahí se ha consumado la simbiosis presente-futuro y es ahí donde anida la motivación de su hacer.

La utopía es anticipación, proyección de un fin, efecto que antecede a la causa y en ese sentido no solo exclusivamente humana sino, y ello es lo realmente significativo, esencialmente humana. Si en el hombre hay naturaleza corporal y naturaleza psíquica, la esencia de lo humano consiste en esa peculiar estructura de su obrar, la posibilidad de ideación de un proyecto que de esta manera se integra en la realidad presente. Es en este sentido en el que afirmo el carácter esencial de la utopía.

Por otra parte, el ser humano es el único ser que "vive" entendiendo por vivir el plantearse permanentemente el problema de su "yo" frente al "otro" (ese otro puede ser una persona individual o el mundo que le rodea) teniéndolo que resolver en cada momento. Es conflicto y solución. Ambos elementos en forma de crítica (conflicto) y propuesta (solución), se hallan presentes en forma evidente en las utopías. Por ello vivir equivaldría a tener capacidad utópica y ser humano a ser capacitado para pensar o idear utopías.

Esta reflexión que pudiera parecer una disgresión irrelevante va, sin embargo, a adquirir un sentido incisivo a la hora de analizar el segundo de los elementos que a mi entender conforman el concepto utopía.

La utopía un concepto intemporal

He señalado cómo una utilización del concepto de utopía encierra ésta en un momento histórico preciso cual es la Modernidad. Son muchos los autores que afirman el carácter exclusivamente moderno del pensamiento utópico. Así por ejemplo J. A. Maravall escribe: "La utopía es un producto moderno en el que se revela la condición fabril del hombre" (7). Ignacio Sotelo por su parte afirma rotundamente: "Permítasenos enunciarlo a manera de tesis: el pensamiento utópico nace con la Modernidad y al término de ella se disuelve en ideología" (8).

Esta limitación temporal de lo utópico suele ir, lógicamente unida a la identificación utopía-burguesía en el sentido de afirmarse que es esta clase social la inspiradora del pensamiento utópico el cual vendría desarrollado por su especial mentalidad (9).

(7) Maravall J. A. "Utopía y Reformismo en la España de los Austrias". Madrid. 1982. pág. 43.

(8) Sotelo Ignacio: "Razón de Estado y Razón utópica." en Rev. de Occidente Extra IX. nº 33-34. pág. 12.

(9) Maravall: op. cit. pág. 59; Sotelo I.: op. cit. pág. 15; J. Servier: "Histoire de l'utopie." París 1967. pág. 132.

Ambas concepciones-identificaciones son a mi entender inexactas y defiendo frente a ellas el carácter intemporal del pensamiento utópico. Ello es así en primer lugar porque si, consecuentemente con lo expuesto en el epígrafe anterior, se considera consubstancial al ser humano su condición utópica habrá de concluirse que allí donde haya hombre habrá utopía, al menos potencialmente.

Si en el pensamiento utópico concurren dos elementos, uno primero de negación de la realidad existente y un segundo que entraña la proposición de un orden social diferente, ¿no estamos ante un auténtico proyecto vital?

Ahora bien, lo que si es cierto es que cada momento histórico tiene su propia utopía. Así, son diferentes los caracteres del pensamiento utópico greco-latino de los del renacentista que a su vez son diferentes de los de las utopías del siglo XVII y los de éstas de las del siglo XVIII, como también lo son los de éstas si se las compara con las del siglo XIX.

¿Qué ocurre pues?. A mi entender la cuestión radica en que existen en el seno del pensamiento utópico dos clases diferentes de caracteres, primarios unos, secundarios otros. Para calificar como utópico un determinado pensamiento o un determinado autor habrá que examinar si en ellos se dan todos aquellos caracteres que he calificado de primarios. Los caracteres diferenciales secundarios, por contra, no servirían para, basándose en ellos, incluir o excluir en las corrientes utopistas.

La clave del problema radicará ahora en precisar cuales de entre los caracteres presentes en las utopías tienen el carácter de primarios y cuales los de secundarios. Sin perjuicio de que algunos ya han sido citados y de que los restantes serán objeto de estudio más adelante, he aquí resumidos esquemáticamente los que a mi entender tienen la consideración de caracteres primarios:

- el de tratarse de una creación humana en su totalidad. De este modo, niego la condición de utópico al pensamiento milenarista, a la escatología en general, pues en ella el elemento proposición no se concibe como obra humana sino divina.
- Su ambivalencia: la existencia de un elemento crítico y otro intencional. Excluyo tanto a quienes se limitan a la crítica de lo existente sin ofertar un proyecto alternativo como a quienes ofrecen éste desconectado de la realidad y sin un punto de partida de negación crítica del orden presente.
- Su sistematización. La configuración como un sistema ordenado (aunque no necesariamente codificado en un texto único), coherente y pleno. Negaría la condición utópica a los planteamientos descohesionados e incoherentes que sólo serían momentos o expresiones utópicas pero que no merecerían la consideración de pensamiento utópico.
- Su vocación de trascender la individualidad. No es el pensamiento utópico un

pensamiento individualista (moral en el sentido estricto del término). No puede considerarse utópico un pensamiento que carece de una dimensión de colectividad.

Fuera de estos caracteres el resto es accesorio. Serviría tan solo para la adjectivación pero no tendría carácter sustantivo.

Un ejemplo de esos que he llamado caracteres secundarios es el de la llamada a la naturalidad como elemento punto referencial paradigmático de algunas utopías.

Esa apelación a una vuelta a la naturaleza no es sino una concreción del orden futuro deseado, una más de las muchas que puede ofrecer como proyecto; ciertamente una de las más utilizadas pero no la única.

Los perfiles y los contenidos del orden paradigmático son variados. Esa variedad puede llevarnos a clasificar las utopías en utopías de bienestar material y de bienestar espiritual (10); en utopías liberadores y utopías planificadoras (11), en utopías de evasión y utopías de reconstrucción (12) o en utopías proyectadas hacia el pasado y utopías proyectadas hacia el futuro (13). Esta clasificación sólo es a título enunciativo pues en base al criterio expuesto podrían multiplicarse las clases de pensamiento utópico. Pero esas diferenciaciones no dejarán en ningún caso de ser, como dice Maravall, "momentos diferentes de una única y articulada construcción" (14). Como he dicho antes no se trata de alteraciones de lo sustantivo sino de posibilidades de adjectivación. En las variantes utópicas que hemos señalado como en cualquiera otra que pudiéramos proponer, la singularidad no afectaría sino a la concreción del proyecto pero no empecería su consideración como perteneciente e integrante del pensamiento utópico.

Otro tanto cabe decir de otros elementos que no siendo sino meras expresiones coyunturales son apreciados como definitorios de la utopía. Esto ocurre con el carácter racionalista que según determinados autores ha de informar ineluctablemente el pensamiento utópico. Quienes así opinan olvidan que todo proyecto humano, en alguna medida, racionalista, pues allí donde no haya razón no habrá proyecto en sentido estricto. Otra cosa distinta es que no sea o no parezca razonable o que no esté formulado racionalmente. Si lo que se pretende decir es que en la construcción ha de prevalecer el componente racional sobre el emocional y el volitivo (racionalismo psicológico) contestaré que el carácter de racionalidad estará presente en mayor o menor medida según sea mayor o menor el grado de impregnación racionalista de la sociedad o de sus elementos más activos en el momento histórico preciso; pero tal presencia, por sí sola, no constituirá una

(10) Berneri M^a Luisa: "El Futuro: viaje a través de la utopía." Barcelona 1984.

(11) Maravall J. A.: op. cit. págs. 45-46.

(12) Munford, L.: "The story of utopies". Londres 1923. pág. 21.

(13) Servier J.: op. cit. pág. 132.

(14) Op. cit. pág. 46.

nota, un carácter determinante o primario del concepto. El racionalismo, tanto el entendido como psicológico, como el epistemológico o como el metafísico no pueden considerarse como componentes substanciales del concepto utopía aunque sí pueden servirnos para clasificar las utopías, como veíamos cuando el elemento conflictivo era el proyecto; en este caso podría hablarse de utopías eminentemente racionalistas o utopías emotivas o voluntaristas etc... pero sin excluir de la consideración utópica por su acentuación en uno u otro sentido.

Partiendo de la existencia diferenciada de caracteres primarios y de caracteres secundarios y de exclusiva toma en consideración de los primeros para la determinación del concepto, el planteamiento posterior será el de, al margen de los momentos históricos concretos, ver si el pensamiento de tal o cual autor reúne todas aquellas características que previamente hemos convenido en considerar primarias o substantivas. Haciéndolo observo que en las obras de Platón y de Aristófanes, de Bacon y de Campanella, de Winstanley, de Diderot y de Rousseau, de Cabet, de Proudhom y de Marx, se dan, al consuno, todos y cada uno de los elementos considerados por mí primarios. Cada uno de éstos (la enumeración como es obvio no tiene carácter exhaustivo sino meramente indicativo) "utopizan" en épocas diferentes, en momentos históricos distintos.

No puede hablarse de la utopía como patrimonio exclusivo de una clase social determinada ni ubicarla temporalmente en una sola época. Ciertamente, en función de otros factores que analizaré con posterioridad, habrá etapas o coyunturas históricas que favorecerán el desarrollo de utopías, pero ello no puede inducirnos a afirmar que nazcan y mueran sólo en el lapso de un periodo histórico preciso.

Resumiendo se puede decir que, como creación humana, la utopía puede aflorar en cualquier momento del devenir del hombre. Su calificación vendrá dada por la concurrencia de un conjunto de caracteres substantivos, primarios; la presencia de otros caracteres distintos a los primarios sólo permitiría una clasificación intrautópica. La concurrencia de caracteres primarios puede darse en distintas coyunturas históricas; determinadas estructuras o superestructuras sociales favorecerán o entorpecerán el surgimiento o el incremento de concepciones o elementos utópicos; las llamadas "condiciones objetivas" mediatizarán no solo el "cuánto" sino también el "cómo" de las utopías. Pero ninguna circunstancia puede erradicarlas pues ninguna circunstancia puede impedir al hombre que teorice el proyecto de su quehacer vital y que lo haga de esa manera que, por la coexistencia de determinados caracteres, he llamado utópica.

El dualismo esencial del pensamiento utópico

Toda construcción utópica entraña una oferta de modelo de organización social en oposición al existente. Conlleva, pues, una dualidad, lo que Maravall ha

llamado "bifronte dinamismo" de la utopía (15).

El momento inicial viene dado por una situación de insatisfacción respecto del orden social establecido (de su totalidad o de alguno de sus aspectos concretos) insatisfacción que deviene crítica, cristalizando en el deseo de su transformación. El segundo momento es el de la proposición articulada del proyecto de orden social que habrá de sustituir a aquel. Al igual que ocurre en la denuncia de lo existente, la propuesta puede referirse al orden social en su conjunto o solo a aspectos determinados del mismo; así, puede haber utopías políticas, económicas, religiosas, educativas, éticas, etc...

En cualquier caso, será necesaria la concurrencia de ambos elementos para que pueda hablarse con propiedad de pensamiento utópico.

El elemento crítico suele pasar muchas veces desapercibido, oculto por la propuesta innovadora, olvidándose que ésta sólo tiene existencia efectiva en la medida en que se presenta como oposición al orden social existente en el momento de hacerse la propuesta. El impulso creador de la utopía no nace de fantasías de insatisfacción, sino de una realidad existente, degradante, opresiva. Las utopías no han de verse ni como construcciones en el vacío ni como quimeras; no pueden aislarse para su comprensión del contexto político, económico, cultural, etc..., del entorno histórico concreto en el que surgen sino que son producto de él y aquella sólo puede lograrse íntegramente teniéndole como referencial (16).

Ahora bien, esa esterilidad, esa degradación, esa opresión del orden existente ni actúan siempre sobre sujetos idénticos ni afectan o son sentidas en igual medida por los estamentos o clases que conforman la realidad social. Esta es cambiante y sus efectos alcanzan en modo desigual a sus componentes.

En consecuencia con todo lo anterior, creo que son igualmente cambiantes los inspiradores de las utopías. (Parece ocioso recordar que el inspirador es sujeto diferente al creador o formalizador de las utopías, aquellos constituyen su razón de ser, de las cuales son a su vez destinatarios. Es su situación la que inspira a los creadores o formalizadores de utopías la crítica y el proyecto que todas ellas conllevan). Y creo que yerra Cioran cuando reduce las causas inspiradoras de las utopías a la miseria y la indigencia (17).

Creería acertada la afirmación si la refiriéramos a las utopías renacentistas que sí serían "la expresión de las capas desesperadas que tuvieron que soportar el caos de la transición entre dos formas económicas distintas" (18).

(15) Maravall J.A.: op. cit. pág. 36.

(16) En sentido opuesto ver K. Mannheim: "Ideología y utopía". Madrid 1966.

(17) Cioran E. "Histoire et utopie." París 1960. págs. 139-40.

(18) Horkheimer M. "La utopía" rec. por Neussus. op. cit. pág. 91.

Pero no sería, sin embargo, válida para, por ejemplo, las utopías de los siglos XVII o XVIII cuya inspiradora será la burguesía y no buscará por tanto, casa, vestido o pan, pues esa clase social ya detenta el poder económico, sino que cuestionará el ejercicio autocrático del poder político así como el que ese poder político o la participación en él le estén vedados por el absolutismo del príncipe.

A mayor abundamiento, en algunas utopías del siglo XVIII el objetivo último, como ha puesto de manifiesto Muchielli (19), no será la ascensión política de un grupo o clase social sino la plenitud de la persona. El elemento inspirador de estas utopías no lo constituirán ni las capas desesperadas ni la pujante burguesía sino la propia persona humana, la búsqueda de su potenciación; tendrán una inspiración filosófica.

Pero esa crítica al sistema vigente, esa "repulsa de unos contra valores de miseria, de opresión, de error" (20) no tendrían una dimensión auténticamente utópica si no fueran acompañadas de la proposición de un orden concreto alternativo, "la propuesta de aquello que debería existir".

La primera característica de la propuesta utópica es la de su realidad o virtualidad.

El proyecto utópico, como la crítica que en él subyace, es un proyecto real, posible, y no una mera fantasía de quien sólo pretende evadir la realidad; muy por el contrario se trata de un factor de transformación de una realidad a otra realidad.

La imputación de fantasía imposible se le ha venido haciendo a las utopías con harta frecuencia. Herbert Marcuse la definía como aquello que "se refiere a los proyectos de transformación social que se consideran imposibles" (21). En el mismo sentido se han pronunciado Le Senne (22), Popper (23) y las corrientes conservadoras en general (24).

"Imposible perturbador", "aberración impracticable", "ocurrencia irrealizable" son algunos de los calificativos dispensados al pensamiento utópico.

Podría parecer que todas estas valoraciones vienen avaladas desde el propio pensamiento utópico cuando un autor como el propio Campanella afirma en las "Cuestiones a la República Ideal" que siguen a la "Cívitas Soli": "No por ser imposible de realizar exactamente la idea de tal República, resulta inútil cuanto he-

(19) Muchielli: "Le mythe de la cité idéal." París 1960. pág. 83-84.

(20) Maravall J.A. op. cit. pág. 50.

(21) Marcuse H. "El final de la utopía." Barcelona 1968. pág. 8.

(22) En su "Traité de morale générale." París. 1963. pág. 68.

(23) Popper K. "Utopía y violencia." rec. por Neussus. op. cit. pág. 136.

(24) Schwarz P. "Economía frente a utopía." Anales de Economía. n° 25-26.

mos escrito, pues en definitiva, hemos propuesto un modelo que ha imitarse en lo posible" (25).

De la simple lectura de este párrafo resulta obvio que Campanella tan solo se refiere a la perfección absoluta (exacta) como imposible, inalcanzable, pues ninguna obra humana podría lograrla, pero sí la mayor aproximación. Quienes se pretenden servir de este texto lo extrapolan, lo sacan del contexto pues a continuación del mismo, Campanella sitúa su pensamiento en los justos términos de lo que entiende puede ser la utopía cuando dice: "...su posibilidad se demuestra con la vida de los primeros cristianos... Y según Filón y San Jerónimo, en Alejandría se puso en práctica el mismo género de vida en tiempo de San Marcos. Así vivió también el clero hasta el Pontificado de Urbano I en tiempo de San Agustín. Así es también hoy la vida de los monjes de San Juan Crisóstomo, por creerla posible desea ver implantada en toda la ciudad de Constantinopla... Los Santos Padres la creen viable aún ahora pues Cristo nos ha reducido al estado de inocencia" (26).

De cuantas críticas pueden hacerse a las utopías, es la de su irrealizabilidad la más hueca y demagógica. Kant, refiriéndose a la utopía de Platón dijo: "Sería mejor tratar de profundizar en este pensamiento en lugar de considerarlo inútil, pretextando misera y perniciosamente su impracticabilidad" (27).

La historia está llena de "imposibles" hechos realidad, de "ocurrencias irrealizables" que han revolucionado la vida del hombre, así como de "lúcidos profetas" que han asegurado su inviabilidad.

Cosa distinta es la incuestionable dificultad que la realización siquiera aproximada del proyecto utópico entraña, siendo lo usual el que éste se haga presente no de manera inmediata y total (completa) sino paulatina y parcial. (En la segunda parte de este trabajo analizaré la progresiva incorporación al mundo de la realidad de las principales ideas utópicas de J.J. Rousseau).

Resumiendo se puede decir que la utopía es "una visión no de lo probable sino de lo no imposible" (28).

La segunda característica que, desde mi punto de vista, interesa destacar es la de su naturaleza estrictamente humana.

La propuesta utópica como muy bien dice Maravall no es profética; no se trata de anticipar el Paraíso a la tierra ni como afirma Horkheimer "el cielo secu-

(25) Campanella T. "La ciudad del Sol." en Utopías del Renacimiento. Madrid 1980. (6ª reimpresión.) pág. 208.

(26) Ibid.

(27) Kant E. "Crítica de la razón pura." Madrid 1984 (3ª ed.) pág. 311 (A 316).

(28) Shklar J. "Teoría política de la utopía: De la melancolía a la nostalgia." rec. por F.E. Manuel: "Utopías y pensamiento utópico." Madrid. 1982. pág. 143.

larizado" (29). La utopía es un querer rabiosamente humano como la propuesta que contiene.

"Presentamos nuestra República no como dada por Dios, sino como un hallazgo de la filosofía y la razón humana" (30), escribe Campanella. De ahí su diferencia con la escatología; para ésta, el "acto decisivo viene de arriba; para la utopía todo está sometido a la voluntad consciente del hombre" (31). Se trata de un proyecto hecho por los hombres para los hombres y que sean éstos quienes lo llevan a cabo. Por el contrario el milenarismo descansa en el carácter milagroso del hecho, "en el sentido de que debe realizarse por, o con, la ayuda de intervenciones sobrenaturales" (32). El hombre, su actuación, se limita a preparar la llegada del Milenio, "... separando a los enemigos de Cristo de los elegidos..., exterminarlos mediante la espada..." (33). Esta doctrina, dirigida fundamentalmente a los pobres, daba como resultado desórdenes y revueltas que a menudo se confunden con movimientos revolucionarios, olvidando que, meros actos preparatorios, servían un fin sobrenatural, ajeno pues a su voluntad, el reino de Dios, de su Voluntad, del cual y por ella, iba a salir el mundo totalmente redimido y transformado, salvado.

En muchas de las utopías, la presencia de Dios es indudable. Pero es una presencia indirecta; está presente en el hombre, inspirador o hacedor de ellas, criatura suya; puede entenderse que su obrar se produce porque previamente es en el pensamiento o en la voluntad de Dios. Pero son la razón humana, la voluntad consciente del hombre los factores desencadenantes de la utopía.

La diferencia entre escatología y utopía no estará tanto en función del carácter terrenal, ambas aceptarán que el proyecto debe realizarse en la tierra, como en el del carácter milagroso, sobrenatural de las escatologías frente al estrictamente natural, humano, de las utopías.

Derivada de ese carácter humano y natural surge una nueva característica y es la de su relativismo. Las utopías no son, no se conciben, como sistemas de solución total de los problemas sociales (34).

Ningún utópico plantea su proyecto como absolutamente perfecto, inalterable en el espacio y en el tiempo. A esta objeción de considerar ideal y eterna su República contestaba Campanella: "La duración de la República abarcará uno de estos períodos generales que en las cosas humanas señalan el comienzo de un nuevo siglo" (35).

(29) Horkheimer M. op. cit. pág. 97; en el mismo sentido H. Kesting: "Geschichte philosophie und Weltbürgerkrieg." pág. 139.

(30) Op. cit. pág. 206.

(31) Buber. M. "Caminos de utopía." México 1955. pág. 18.

(32) Cohn N. "En pos del Milenio." Madrid 1983. (2ª ed.) pág. 16.

(33) Ibid.

(34) Así la definía el prof. Schwarz en su artículo citado (nota 24).

(35) Campanella T. op. cit. pág. 209.

Lo que suele ocurrir con harta frecuencia es que se confunde su presentación como sistema acabado, cerrado, con su consideración como perfecto y por ende inmutable. Sin embargo, como obra humana que es, se parte de su imperfección, y por tanto de su perfectibilidad. He aquí una nueva diferencia con la escatología en la que, por propia coherencia, al porvenir de la divinidad directamente, el proyecto no sólo es cerrado, sino perfecto e inmutable en su perfección. Como dice N. Cohn el movimiento milenarista concibe el proyecto como un hecho "total, en el sentido de que transformará completamente la vida en la tierra, de tal modo que la nueva dispensa no será una mera mejoría del presente sino *la perfección*" (36).

Por el contrario la utopía surge como una proposición óptima pero coyuntural o como dice Maravall "no niega su perfectibilidad en el porvenir" (37).

Otra característica del proyecto utópico es que éste trasciende la mera individualidad abriéndose al colectivo social todo. La oferta del proyecto utópico no es una oferta de introspección, tampoco es una oferta individualista. El proyecto debe ser disfrutado por los seres humanos como colectividad; se dirige no al sujeto particular, aislado, sino al sujeto colectivo, social. No es, en ese sentido, un movimiento de carácter moral o religioso sino político o cívico. Su fin no está en la salvación individual ni en la consecución de un actuar perfecto también individual. La utopía se desenvuelve en el ámbito de la sociabilidad, de la comunidad. Trata de "influir en el régimen de la coexistencia humana" (38).

En relación con la amplitud de su ámbito he de destacar, finalmente, el carácter multiforme con el que aparece el proyecto utópico. Los aspectos a los que pretende dar respuesta son innumerables, variando sobre todo en función de quien actúe como elemento inspirador: si éste lo constituyen "las capas desesperadas", la utopía abundará en los aspectos económicos, de planificación económica, hallándose con frecuencia respuestas igualitaristas. Si es la burguesía el elemento inspirador, el énfasis se pondrá en los aspectos políticos, de organización política, acentuándose en ellas el carácter de utopías de libertad.

Es en función de la concreción de la respuesta utópica, de la respuesta paradigmática, que se podrá establecer toda una tipología clasificatoria de las utopías: liberadoras o planificadoras (39); de evasión o de reconstrucción (40); "las que buscan la felicidad humana mediante el bienestar material, la inmersión del individuo en el grupo y la grandeza del Estado" o las que "exigiendo también cierta medida de bienestar material, entienden que la felicidad es el resultado de la libre expresión de la personalidad y que ésta no debe ser sacrificada a un código moral arbitrario ni a los intereses del Estado". (41) etc...

(36) Cohn N. op. cit. pág. 15.

(37) Maravall J. A. op. cit. pág. 91.

(38) Polak F. L. "Utopía." rec. por Neussus. op. cit. pág. 169.

(39) ver nota 12.

(40) ver nota 11.

(41) ver nota 9.

Carácter histórico y revolucionario de las utopías

No quisiera terminar esta exposición acerca del pensamiento utópico sin referirme a dos caracteres del mismo, ampliamente discutidos: su historicidad y su revolucionarismo.

Algunos autores han acusado al utopismo de pretender una mutación en la normal evolución de la historia (42). Para ellos, la utopía supone una ruptura del proceso histórico, un salto en el vacío carente, por lo tanto, no solo de virtualidad, sino de sentido. Se llega a calificarla como “plan humano para interrumpir la historia, para saltar fuera de la historia y llegar a una perfección estable” (43).

Unido a lo anterior como su consecuencia, acostumbra a destacarse el carácter no revolucionario de los proyectos utópicos, llegando incluso ciertos autores a afirmar su carácter contrarrevolucionario. Así J. Servier para quien “la utopía se convierte en el refugio de aquellos a quienes espantan las grandes corrientes milenaristas que no cesan de conmover el Occidente desde la llegada del Cristianismo. La utopía moderna habría hecho perder el aguijón revolucionario a las protestas medievales” (44).

Ambas afirmaciones se hallan muy alejadas de la realidad.

En primer lugar ya he hablado de la falsedad que supone afirmar el carácter de perfección estable del proyecto utópico. Pero además también ha quedado expuesto que la utopía parte de una realidad, la del mundo que critica, se asienta en el presente y a partir de ahí pugna por modificarlo creando un orden posible para ese momento y para esa sociedad; un orden dinámico, perfectible, que evolucionará con la sociedad en la que actúa. No es, pues, un elemento de interrupción de la historia sino de dinamización de la misma. La historia es vitalidad. Como dice Cioran “una sociedad incapaz de engendrar utopías y de entregarse a ellas está amenazada de esclerosis y ruina” (45). Sería precisamente esa sociedad autópica, falta de vitalidad y de impulso transformador, la que interrumpiría la historia; ella misma ya no sería historia.

La utopía contiene los elementos suficientes de crítica, de rebeldía, de oposición como para ser considerada como un factor de descomposición del sistema social de primera magnitud. Pero si actúa como tal no cabe duda de que lo hace desde el mismo interior del sistema social que cuestiona, tomando como base la realidad existente y, es más, asumiendo en cierta medida esa realidad presente, pues el pensamiento utópico no desecha la totalidad de factores que configuran el orden social; en modo alguno es, en este sentido, una construcción radical-

(42) Así Mannheim, Popper, Doblín...

(43) Doblín A.: Die Deutsch utopie von 1933 und die Literatur.”

(44) Servier J. op. cit. pág. 35.

(45) Cioran E. op. cit. pág. 138-39.

mente ex-novo. Tanto desde el punto de vista material como desde el de los valores, el utopismo acepta determinados aspectos del orden que es su circunstancia. Construyendo desde esas bases, el pensamiento utópico se constituye como un factor *antitético* del sistema social, su antítesis, y, como tal, incurso en un proceso dialéctico.

La utopía es un elemento dinamizador del proceso social en la historia o como dice Polak "proyecta un paradigma que impulsa y acelera la marcha de una sociedad en la historia; pero no se sale de ésta ni la anula" (46).

Este carácter de dinamizador, "de impulsor" social me lleva a defender su carácter revolucionario.

Si se entiende por revolucionario aquello que socava el orden establecido, introduciendo en él factores de descomposición y propende hacia la creación de un orden nuevo sobre bases reales, la utopía, como negación de la afirmación y como proyecto alternativo paradigmático, será, siempre, potencialmente revolucionaria.

Retomo aquí la frase antes citada de Servier (47) que considero parcial e inexacta. A mi modo de ver el planteamiento es inverso al que él realiza: son las utopías modernas las que ofrecen al hombre una salida real y posible a la encrucijada en la que se hallan. El milenarismo y la escatología en general reduciendo al hombre al papel de mero espectador del quehacer divino (su única tarea consiste en preparar la llegada del Milenio), al ofrecerle como única alternativa el imposible del Milenio, de la Arcadía Divina, del Paraíso perdido, le habían alejado de la realidad y, por ende, de la revolución. Es la escatología la que se sitúa fuera, al margen de la historia y la que conduce a los hombres hacia ninguna parte. Tal y como yo las veo, las prácticas escatológicas serían en el mejor de los casos prerevolucionarias, esto es, prepararían el camino hacia la revolución. Pero la idea escatológica de revolución es la de transformación de un orden humano en uno divino, creado directamente por la divinidad, sin intervención, en ese momento, del hombre.

El pensamiento utópico sitúa el problema de los cambios sociales, de la transformación de lo existente, en el terreno de la realidad humana. Es el hombre por sus propios medios, con sus propios medios, quien pugna por su destino, quien lo hace.

Se puede decir que en la modernidad los procesos transformadores de la realidad son menos violentos, menos radicales que los del medioevo. Es cierto. La razón la hallo en que en los modernos ya no está presente, o lo está en diferente modo y proporción, el componente de misticismo religioso, de fanatismo, con-

(46) Polak. F.L. "Cambio y tarea persistente en la utopía" rec. Neussus. págs. 169.

(47) ver nota 42.

substancial a los medievales. Pero, ¿es ese misticismo religioso, ese fanatismo, el aguijón revolucionario del que habla Servier?. No lo creo. Por el contrario habría que preguntarse qué doctrinas o movimientos han contribuido en mayor medida a los cambios sociales, la profecía Joaquinista, el apocalipsis taborita, las prédicas y las acciones de Thomas Müntzer y sus seguidores o las ideas de Montesquieu, de Rousseau, de Marx. La respuesta se me antoja evidente. No es sólo que las utopías, “ayudando a la descomposición de los hechos sociales... preparen las revoluciones” (48), es, como dice I. Sotelo, que “... al impregnarse de historicidad, la razón utópica salta de crítica a revolucionaria.” (49).

Hasta aquí he expuesto las características que, a mi entender, han de darse para que pueda hablarse de utopía, de pensamiento utópico. Creo haberme movido distante en igual modo de quienes lo reducen a una forma narrativa, literaria, y de quienes lo sitúan en el ilimitado marco de “lo intencional”. La caracterología propuesta puede ser comprensiva de ambas concepciones, pero al tiempo las depasa como hace con los temporalistas. He tratado de encontrar aquellos elementos y sólo aquellos que sean esenciales para la determinación del concepto.

Ensamblándolos, repito aquí mi concepto de utopía: “Creación humana intemporal que entraña la construcción teórica y sistemática de un orden social futuro, valorado como óptimo y que se ofrece a la colectividad como alternativa y oposición al presente.”

II

¿Puede considerarse el pensamiento de Rousseau incluido en las corrientes utópicas? ¿Puede afirmarse que sus ofertas, sus proyectos de organización social, constituyen una forma de utopía?. Una vez más, las opiniones aparecen en la historiografía rousseauniana, divididas. No existe acuerdo entre los diferentes autores a la hora de responder a estos interrogantes. Tanto quienes han estudiado el tema desde la perspectiva de las utopías a lo largo de la historia como quienes lo han hecho desde la obra del pensador de Ginebra, discrepan en sus valoraciones; unos responden negativamente (48) en tanto otros le incluyen entre los utopistas (49); no faltan quienes matizan la respuesta distinguiendo entre escritos o momentos utópicos y escritos o momentos “realistas” dentro de la obra de Rousseau.

Esa falta de acuerdo se explica, a mi modo de ver, bien por una insuficiencia en el análisis del pensamiento de Jean Jacques por parte de aquellos cuya preocupación preeminente es la de caracterizar las utopías en el devenir histórico, bien

(48) Ruyer R. “L’utopie et les utopies.” París 1950. pág. 14.

(49) Sotelo I. op. cit. pág. 12.

(48) Así, entre otros, Fabre, Derathé, Berneri, Shoklar o Horkheimer.

(49) Bacsko, Bloch, Benrekassa, Starobinski o Cassirer.

por la insuficiencia del tratamiento utópico en los analistas rousseauianos. Con estas carencias, no es de extrañar que los resultados aparezcan como insuficientes y contradictorios.

Como he explicado al principio de este trabajo, el responder a las preguntas enunciadas ha de pasar, necesariamente, por el esfuerzo de precisar la caracteriología sustancial del utopismo, para, acto seguido, tratar de incluir en ella los diferentes elementos del pensar rousseauiano. En la primera parte he procedido a enunciar mi concepto de utopía y los elementos consustanciales que han de integrarla; se trata ahora de referirlos al pensamiento de Rousseau, de ver si éste encaja en aquello. El que esto ocurra o no determinará el sentido de la respuesta a si Rousseau es o no un pensador utópico.

He señalado cómo toda construcción utópica entraña una dualidad, constituyendo en su momento inicial, previo al proyecto de modelo de organización social, la crítica del orden presente, de la realidad social existente.

Nadie podrá negar la presencia de este elemento crítico, de este elemento de rechazo del orden establecido en el pensamiento rousseauiano. La crítica que formula Rousseau a la realidad social de su tiempo es, sin duda alguna, de las más acerbas que se expresan en el panorama del pensamiento político de la época. En su caso, además, lo que no ocurre con frecuencia, la virulencia del rechazo va unida a una profundidad en el análisis, en la determinación de las causas, que le convierten en el elemento desestabilizador del antiguo régimen más importante e influyente de cuantos lo cuestionaron, en su enemigo más peligroso.

Desde su primera aparición ante el gran público con el primero de sus Discursos, la filosofía de Rousseau se asienta en el cuestionamiento del orden existente. Ello constituirá el eje alrededor del cual gira todo su quehacer filosófico-político. Esta oposición continuada, lacerante, se encontrará en todos sus escritos, incluso en aquellos que, aparentemente, son sólo autobiográficos; en todos sus actos, incluso los que, a primera vista, pueden ser considerados de acatamiento o integración.

Los poderes públicos de su época, el arzobispo de París Cristophe de Beaumont que ordena la prohibición de sus obras, el procurador Tronchin que las manda quemar en Ginebra, la Facultad de Teología de la Sorbona que le denuncia y persigue, el Tribunal de Justicia del Parlamento de París que ordena su detención, los Consejos de las ciudades de Berna y Ginebra que le expulsan y persiguen, los filósofos "integrados" que le desvirtúan y humillan, comprenden que están ante un crítico especial y temible y conscientes de su enorme capacidad de agitación, de desestabilización del sistema, le censuran, le prohíben, le persiguen.

Leyendo sus obras se comprende perfectamente esta agresiva respuesta del poder porque pocas veces ha visto éste fustigadas sus instituciones, sus costum-

bres, sus valores en la forma y con la profundidad con que lo hace Rousseau.

Pero no fueron solamente los poderes públicos los que advirtieron el enorme potencial revolucionario de sus ideas. Los otros destinatarios del discurso, los pueblos oprimidos, los hombres encadenados, le entendieron también; como afirma Baczko: "L'œuvre de Rousseau procura à la revolution un ensemble d'idees politiques et sociales... lui donna également des modeles esthetiques et religieux, des images et des symboles..." (50). Con mayor o menor razón, las grandes revoluciones contemporáneas, la americana, la francesa, no pueden ser entendidas sin referenciarlas a las ideas de Rousseau. Dicho esto hay que examinar los componentes concretos que configuran la crítica rousseauiana.

El punto de partida de dicha crítica lo constituye la denuncia de la corrupción de la naturaleza humana por la influencia de la civilización, de una "sociedad cuyo progreso y cuya evolución están constitutivamente vinculadas con la opresión" (51). Como dice Grimsley, para Rousseau "el proceso social refuerza la contradicción entre apariencia y realidad, impidiéndonos el conocimiento del verdadero ser humano" (52).

"No bien me hallé en disposición de observar a los hombres, miré sus obras y escuché sus palabras; luego, viendo que sus acciones no guardaban la menor similitud con sus discursos, busqué la razón de esta desemejanza... la encontré en nuestro orden social, que, de todo punto contrario a la naturaleza, la tiraniza sin tregua... seguí esta contradicción en sus consecuencias, y ví que por sí sola explicaba todos los vicios de los hombres y todos los males de la sociedad" (53).

Pero ¿cómo ha podido producirse esta contradicción? ¿cómo se ha llegado a ella?. Rousseau, a partir de la hipótesis del estado de naturaleza analiza cómo se van desarrollando las relaciones interpersonales. Del hombre que "empieza por sentirse idéntico a todos sus semejantes, experiencia primitiva que no olvidará nunca" (54) al que mediante un proceso de aprendizaje aprende a diferenciar a los otros, a su yo de los otros yo, "ciclo maldito que serviría... para separar a unos hombres de otros" (55) que conduciría al más radical de los egoísmos.

Viviendo cada vez más fuera de sí, el hombre se aleja de su verdadera realidad, de su naturaleza; comienza un proceso de disociación entre su ser y su apariencia de ser. Realidad natural (yo) y opinión (otros) se oponen; paulatinamente el motor del comportamiento se va desplazando: importa más lo que los otros

(50) Bronislaw Baczko: "Rousseau, solitude et communauté." Ed. Mouton. pág. 396.

(51) Benrekassa: Introducción a "Escritos de Combate" Ed. Clásicos Alfaguara. pág. XV.

(52) R. Grimsley: "La filosofía de Rousseau". Alianza Ed. pág. 29.

(53) Lettre a C. de Baumont. O. C. T. III, pág. 354.

(54) Cl. Lévi-Strauss: "J.J. Rousseau, fundador de las ciencias del hombre." en "Presencia de Rousseau." Ed. Nueva Visión. pág. 13.

(55) Ibid. pág. 17.

esperan que uno sea, la imagen que de uno tengan, que lo que verdaderamente se es. El hombre se enajena a los demás, a la opinión que los demás tengan de él; se aliena (56) y al no ser nunca el mismo, "se convierte en un extraño a sí mismo" (57).

La consecuencia más relevante de este proceso de degeneración es que "la igualdad real e indestructible del estado de naturaleza" (58) rota tan sólo por las diferencias físicas, da paso a una desigualdad artificial, la que supone la aparición de las cualidades sociales: "cada cual comenzó a mirar a los demás y querer que a su vez le mirasen, y la estimación pública tuvo un precio. El que cantaba o bailaba mejor, el más apuesto, el más fuerte, el más diestro o el más elocuente vino a ser el más considerado, y ese fue el primer paso hacia la desigualdad" (59).

Pero el factor decisivo para la institucionalización de la desigualdad, el agente inductor de la misma en las relaciones interpersonales, fue, al entender de Rousseau, la aparición de la propiedad privada, de las formas privadas de propiedad: "la funesta desigualdad introducida entre los hombres por la distinción de los talentos, la degradación de las virtudes" (60), la desigualdad "primera causa del mal" (61) se desarrolló y potenció con la aparición de las formas privadas de sociedad: "el primero a quien, tras haber cercado un terreno, se le ocurrió decir: "esto es mio" y encontró personas lo bastante simples para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil" (62).

Es preciso aclarar que si bien Rousseau cree que la propiedad privada corrompe la bondad natural del hombre, no es cualquier forma de ella, sino tan sólo "el derecho de propiedad diferente del que resulta de la ley natural" (63). Lo que cuestiona, lo que considera negativo y desigualitario, es el abuso de la propiedad privada y no ésta en sí misma. En este sentido es preciso recordar que el objeto del mismo contrato social es "encontrar una forma de asociación que defienda... los bienes de cada asociado" (64). En el mismo sentido se pronuncia en su artículo "Economie politique" (65) y en el "Emilio" (manuscrito Favre) llega a afirmar que "la primera idea que hay que inculcarle (al niño) no es la de libertad, sino la de propiedad" (66) extendiéndose a continuación en consideraciones acerca del mejor modo para conseguirlo.

(56) Sobre el concepto de "alienación" en Rousseau, ver L. Althusser en "Sur le Contrat Social". Cahiers pour l'analyse, n° 8, Cercle d'epistemologie de l'école Normale Supérieure, Seuil, Paris, 1969.

(57) Rousseau: D.D. O.C. T II, pág. 245.

(58) Ibid, pág. 245.

(59) Ibid, pág. 230.

(60) Rousseau: D.C.A. O.C. T II pág. 63.

(61) Rousseau: Respuesta al rey de Polonia. O.C. T II. pág. 83.

(62) Rousseau: D.D., O.C. T II. pág. 288.

(63) Rousseau: D.D., O.C. T II. pág. 232.

(64) Rousseau: C.S., O.C. T II. pág. 522.

(65) Rousseau: Emilio (Manuscrito Favre), O.C. T II, pág. 450.

(66) Rousseau: Economie Politique: "Il faut ressouvenir ici que le fondement du pacte social est la propriété..." O.C. T II, pág. 280.

Esta posición rousseauiana acerca de la propiedad privada ha suscitado críticas desde diferentes puntos de vista. Así, por ejemplo, Galvano della Volpe ha cuestionado el igualitarismo rousseauiano calificándolo de burgués (“solución igualitaria burguesa”) (67). Desde otro punto de vista Horkheimer, ha utilizado el tratamiento rousseauiano como argumento decisivo para excluir a Rousseau de las corrientes utópicas, afirmando que “existe una importante divergencia de opiniones entre Rousseau y los utopistas, pues aquél no ha intentado una regresión histórica ni tampoco una distribución equitativa de bienes, mientras que ellos proyectaban una sociedad comunista, sin propiedad privada” (68).

He de decir que discrepo de ambas interpretaciones. Si bien es cierto que Rousseau nunca propugnó una regresión histórica: “...que nadie se complazca en evocar la simplicidad de los primeros tiempos. Es aquella una hermosa orilla sin otra provisión que la mano de la naturaleza, hacia la que volvemos incensamente los ojos con pesadumbre de ver cómo nos alejamos de ella” (69), es incierto el que no propugnara una distribución equitativa de bienes; podrá afirmarse como hace Della Volpe que la igualdad descrita por Rousseau es una igualdad extrínseca, formal, abstracta y jurídica, en el sentido de que no es sino la traducción “legal o artificial de pretensiones o derechos naturales” (70); se podrá afirmar que estamos ante una propuesta de sociedad igualitaria no niveladora (71), ante una igualdad consistente en una proporcionalidad universal de desigualdades o diferencias de valor e individualidades empíricas, pero ello no supone en absoluto la falta de equitatividad. Afirmar que la distribución propuesta por Rousseau no es equitativa significa absolutizar la noción de equitatividad en torno a un pretendido carácter sustancial de ella que no es sino su representación en un momento histórico concreto. Significa en definitiva identificar equitatividad con igualitarismo.

Muy por el contrario, entiendo que igualdad no significa identidad o uniformidad sino “relación y proporcionalidad” (72) y que ahí reside, precisamente, la equitatividad, siendo en este sentido en el que afirmo el carácter equitativo de la distribución de bienes en el proyecto rousseauiano. El lo ha explicitado con claridad en diferentes momentos de su obra, así por ejemplo en la nota 19 del “Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres”: “...los ciudadanos deben ser distinguidos y favorecidos en proporción a los servicios prestados...”. Rousseau defiende frente a la igualdad que consiste en hacer participar de las mismas ventajas indiferentemente a todos los ciudadanos la que “estriba en distribuir las conforme al mérito de cada cual”.

(67) G. della Volpe: “Rousseau y Marx” pág. 75.

(68) Horkheimer. op. cit. pág. 95.

(69) Rousseau: D.C.A., O.C. T II, pág. 61.

(70) G. della Volpe: Op. cit. pág. 20.

(71) En oposición al “igualitarismo nivelador” de Morelly o Babeuf.

(72) C. Bougle. “Les idées égalitaires.” París. 1925. pág. 26.

Igualmente expresa es la referencia que del tema hace en el "Proyecto de Constitución para Córcega": "loin de vouloir que l'Etat soit pauvre, je voudrais, au contraire, qu'il eût tout, et que chacun n'eût sa part aux biens commun qu'en proportion de ses services" (73).

Se deduce de ambos párrafos que Rousseau hace depender la igualdad equitativa del diferente trato que cada uno reciba en función de los servicios que preste al bienestar común, a la comunidad. Como afirma Rocco Colangelo: "prefiere (Rousseau) hablar de "servicios reales" y no de "méritos personales" con el propósito evidente de depurar de las implicaciones más conspicuamente individualistas el hecho de la desigualdad de los hombres y de dar así razón de ella en términos de funcionalidad social" (74).

Este dar a cada uno según sus servicios reales ¿no significa una distribución equitativa de bienes en el sentido de relación y proporcionalidad?. Yo afirmo que sí.

Reducir la equitatividad igualitaria a los esquemas del igualitarismo nivelador supone un reduccionismo tendencioso del que siempre se debe procurar huir.

Horkheimer incurre, además, en un segundo error, al unificar a todos los utopistas identificando sus propuestas con una sociedad comunista, sin propiedad privada. Aún a sabiendas de que no es éste el sitio adecuado para responder a tal identificación, permítaseme siquiera un breve excurso.

Si bien es cierto que un buen número de autores utópicos construyeron sus sociedades paradigmáticas basándolas en criterios comunistas, en los que no existía, por tanto, propiedad privada (75), no es menos cierto que son también numerosos los autores, unánimemente considerados dentro de las corrientes utopistas que adoptaron modelos económicos distintos o que orillaron los aspectos económicos en sus proyectos sociales. Gerrard Winstanley el gran pensador utópico de la revolución inglesa, afirma en su obra "The New Law of Righteousness" (1649): "nadie poseerá más tierra que las que pueda cultivar por sí mismo o en fraternal asociación con otros" (76). Winstanley concilia el igualitarismo social con la propiedad privada.

Lord Lytton, otro famoso y unánime utópico, en su libro "The coming race" dice: "entre los Ana (nombre del tronco familiar a que pertenece este pueblo subterráneo (la raza del porvenir que mora en las profundidades de la tierra) la

(73) Rousseau: O.C. T III. pág. 508.

(74) R. Colangelo. "Eguaglianza e società da Rousseau a Marx." *Giornale Critico della Filosofia Italiana*. Anno L, fascicolo II, Florencia 1971.

(75) Platón, Tomás Moro, Campanella...

(76) Cit. por M.L. Berneri en "El futuro...", pág. 173.

pobreza es tan desconocida como el crimen, no porque la propiedad sea común, o absoluta la igualdad de riqueza, sino porque no habiendo diferencias de categoría o posición entre los grados de riqueza..." (77).

Finalmente William Morris en "Noticias de ninguna parte" se muestra tan opuesto a la propiedad privada como a la propiedad estatal.

Por todo ello no puede identificarse utopía con propuesta de modelo comunista de organización económica (78). Como dije en la primera parte de este trabajo la propuesta utópica es polivalente, pluridimensional y no admite su encasillamiento en una única opción. De nuevo, Horkheimer incurre en el reduccionismo tendencioso.

Tras este excursus retomo el hilo de lo que es la crítica rousseauiana.

El abuso de las formas privadas de propiedad convirtió a los hombres en "pobres sin haber perdido nada" (79) y convenció a los ricos de "cuán desventajosa les resultaba una guerra perpetua" (80) por ello el objetivo de éstos fue el buscar fórmulas para la defensa de la propiedad privada mediante su institucionalización y la de las leyes tendentes a protegerla, leyes que "establecieron definitivamente la propiedad y la desigualdad, hicieron derecho irrevocable de una hábil usurpación y en provecho de unos cuantos ambiciosos sometieron a todo el género humano al trabajo, a la servidumbre y a la miseria" (81).

La evolución subsiguiente aparece expuesta con claridad: "si seguimos el proceso de la desigualdad... veremos que la instauración del derecho de propiedad fue su primer término, la institución de la magistratura el segundo, y que el tercero y último fue la transformación del poder legítimo en poder arbitrario; de suerte que la condición de rico y pobre fue autorizada en la primera época, la de poderoso y débil por la segunda, y la tercera autorizó la de amo y esclavo" (82).

Una vez concluido este proceso "llegamos al último límite de la desigualdad y al punto extremo que cierra el círculo y toca el punto de donde hemos partido. Aquí todos los individuos vuelven a ser iguales puesto que no son nada... todo retorna en este punto a la sola ley del más fuerte y, por consiguiente, a un nuevo estado de naturaleza que difiere de aquel por el que comenzamos en que uno era el estado natural en su pureza, mientras que este último es el fruto de un exceso de corrupción" (83).

(77) Pág. 264.

(78) En los momentos actuales se está desarrollando en los E.E.U.U. un movimiento que tiene como lema: El Capitalismo como Utopía.

(79) Rousseau. D.D., O.C. T II, pág. 233.

(80) Ibid. pág. 233.

(81) Ibid. pág. 234.

(82) Ibid. pág. 241.

(83) Ibid. pág. 243.

He aquí, brevemente expuesto, el panorama descrito por Rousseau de la situación del hombre en la sociedad en que vivió. Crítica al hombre mismo y a las estructuras sociales, políticas, jurídicas, económicas. Si el hombre ha llegado a las más altas cimas de la depravación, alienándose, enajenando su naturalidad; si el afán de poseer y el abuso de la propiedad han arrojado a la miseria a la mayoría de la población en beneficio de unos pocos; si los magistrados han bendecido y consagrado este sistema de opresión y desigualdad, todo ello discurre en el marco político de un Estado ilegítimo y arbitrario. Rousseau analiza las instituciones políticas de su época y encuentra que todas ellas tienen como origen y basamento un contrato de sumisión o se legitiman mediante el recurso a la voluntad divina. En cuanto al contrato de sumisión, éste es inaceptable tanto por su motivación como por su resultado. En cuanto al primer aspecto, su motivación, la crítica de Rousseau se centra en tres consideraciones: "ningún hombre tiene autoridad natural sobre sus semejantes" (84); "decir que un hombre se da gratuitamente es decir una cosa absurda e inconcebible. Un acto tal es ilegítimo y nulo por el solo motivo de que quien lo realiza no está en su razón" (85) y finalmente la de que "renunciar a la libertad es renunciar a la cualidad de hombre. No hay compensación posible para quien renuncia a todo" (86).

En definitiva el pacto de sumisión "es una convención vana y contradictoria al estipular de una parte una autoridad absoluta y de otra una obediencia sin límites" (87). De este modo enlaza con la crítica al segundo aspecto, su resultado. Tal tipo de pacto "sólo obligará a una de las partes, en él se pone todo de un lado y nada del otro y solo redundará en perjuicio del que se comprometiese" (88). El contrato de sumisión obliga a los hombres a enajenarse a sí mismos a renunciar a su libertad y por tanto a su propia condición y ello ¿a cambio de qué? de una presunta seguridad que no es sino obediencia ciega a la arbitrariedad porque en virtud de él el poder deviene arbitrario, despótico y, bien por la fuerza, bien por la utilización de una falsa autoridad natural, convierte a los hombres en esclavos, en ganado gobernado por quienes a sí mismos se designan dioses y reyes de reyes, propietarios del Estado.

La legitimación teológica del poder es igualmente criticada por Rousseau quien rastrea y descubre las causas que la justificaron históricamente así como su verdadera pretensión: "... las horribles dimensiones, los desórdenes infinitos que necesariamente acarrearían este peligroso poder (el tiránico) indican mejor que ninguna otra cosa hasta qué punto los gobiernos humanos tenían necesidad de una base más sólida que la exclusiva razón y hasta qué punto era menester para la tranquilidad pública que interviniere la voluntad divina dando a la autoridad soberana un carácter sagrado e inviolable que quitara a los súbditos el fustoso derecho a disponer de ella" (89).

(84) Rousseau. C.S. O.C. T II. pág. 520.

(85) Ibid. pág. 520.

(86) Ibid. pág. 520.

(87) Ibid. pág. 520.

(88) Rousseau. D.D. O.C. T II pág. 238.

(89) Ibid. pág. 238.

Pero esta recusación no lo es tan solo a las ideas filosóficas de Grocio, Puffendorf o Tomás Hobbes, a las teorías contractualistas y legitimistas dominantes. Es una recusación del sistema político vigente, de las monarquías absolutistas que, buscando su justificación en argumentos naturales o convencionales tiranizan a los pueblos cubriéndolos de cadenas. De la "artificialidad y cosificación capitalistas" (90) imperantes en la sociedad.

Otro aspecto de la crítica rousseauiana es el que se refiere a la religión, a la que considera máximo instrumento de opresión. Observa cómo los príncipes se sirven de ella para mejor conseguir sus designios políticos y cómo sus sacerdotes se ponen al servicio de los poderosos olvidando o vendiendo su pristino mensaje, alejándose de Dios y alejando a su vez a los hombres de ellos y de ella. Las religiones han seguido el mismo camino que los hombres, se han desnaturalizado. La religión actual nada tiene que ver con la natural: "si solamente se hubiera escuchado lo que dice Dios al corazón del hombre, nunca hubiera habido más que una religión en la tierra" (91) pero cada pueblo "le hizo hablar a su manera y decir lo que quiso (92). Ya no habla Dios, "son hombres los que me van a referir lo que Dios ha dicho... ¡siempre hombres que me cuentan lo que han contado otros hombres! ¡cuántos hombres entre Dios y yo! (93).

Lo que Rousseau defiende es que todo el mundo pueda encontrar a Dios por sus propios medios; son supérfluos todos los intermediarios, supérflua la propia revelación, que lo que pretende es limitar el uso del entendimiento humano, sujetar la razón e impedirla caminar en pos de la verdad. Critica la irracionalidad y el fanatismo, la soberbia y la intolerancia de las religiones que las ha llevado a guerras constantes entre ellas, "doctrinas abominables ... que ... inducen al crimen, al asesinato... que hacen fanáticos. ¿Y existe algo más abominable en el mundo que erigir en sistema la injusticia y la violencia y hacerlas dimanar de la clemencia de Dios?" (94). "He visto en la religión, concluye Rousseau, la misma falsedad que en la política" (95).

Pero además las religiones hacen a los hombres débiles como ciudadanos, más preocupados por la otra vida que por ésta: "¿qué más da ser libre en este valle de lágrimas que ser esclavo?. Lo esencial es ir al paraíso y la resignación no es sino un medio más para ello (96). "Los verdaderos cristianos están hechos para ser esclavos; lo saben y no les impresiona mucho; esta corta vida tiene muy escaso valor a sus ojos (97).

(90) E. Bloch. "Derecho Natural y Dignidad Humana." pág. 58.

(91) Rousseau. Emilio. O.C. T III. pág. 205.

(92) Ibid. pág. 205.

(93) Ibid. pág. 206.

(94) Rousseau. C.S. O.C. T II, pág. 578.

(95) Ibid. pág. 578.

(96) Ibid. pág. 578.

(97) Ibid. pág. 578.

Tras todo lo expuesto se puede concluir que la crítica rousseauiana se extiende a la práctica totalidad de la realidad social, a sus aspectos morales, económicos, políticos, religiosos... y que no se trata de una crítica meramente formal o superficial, sino profunda y dirigida a lo nuclear de los problemas.

Rousseau hace de esta crítica la piedra angular de su sistema filosófico-político. Como acertadamente pone de manifiesto Baczko "l'anthologie de Jean Jacques étend le concept de liberté au droit de l'individu a s'opposer radicalment aux conditions sociales de son existence et de contester la société dans son ensemble" (98).

El hombre solo puede ser libre, rompiendo los vínculos que le atan con una sociedad cuyas estructuras degeneradas le han alejado de su naturaleza, corrompiéndola, para, a partir de ahí, purificado, construir un futuro mejor.

Como he dicho anteriormente, en el pensamiento de Jean Jacques no se trata sólo de cancelar el orden actual, de rechazar la realidad político-social, sino de construir otra, libre, justa y solidaria que permita al individuo recuperar su naturalidad original. Es menester no sólo la crítica moral y social de la realidad existente sino la elaboración de un proyecto alternativo paradigmático.

Ambas cuestiones aparecen en Rousseau indisolublemente unidas formando un todo homogéneo y sistemático, otra de las características sustanciales de toda utopía, errando quienes han pretendido un corte dicotómico en su pensamiento. No cabe duda que en su pensamiento existen aspectos realistas, en el sentido de crítica del orden existente, e idealistas, en el sentido de oferta y de orden mejor, pero ambos no son sino momentos diferentes de una única realidad: su filosofía política. En él ideal y realidad coexisten permanentemente implicados, si bien es cierto que en una relación de oposición, de negación mutua, siendo precisamente esa contradicción y la tensión interna que resulta e ella las que determinan la visión del mundo rousseauiano. En cualquier caso, ésta, sólo puede ser entendida desde la unidad de su pensamiento, aunque éste no está exento de contradicciones y tensiones. El ideal rousseauiano, su proyecto socio-político paradigmático no es sino la consecuencia lógica de su enfrentamiento al sistema vigente; podríamos decir que es su prolongación natural.

Pasemos ya a examinar los elementos y las características de ese proyecto.

"Fue un hecho revolucionario que Rousseau eliminara completamente el contrato de sumisión del contrato social...; el contrato social de Rousseau no contiene ya en ningún punto una sumisión originaria" (99).

(98) B. Baczko. op. cit. pág. 293.

(99) E. Bloch. Op. cit. pág. 63.

Rousseau, como Hobbes, parte del supuesto de que los hombres han llegado a tal punto que “el género humano perecería si no cambiase de forma de vida” (100). Pero mientras que para el pensador de Malmesbury el único camino posible para ellos es “conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres” (101), para Jean Jacques se trata de “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado y en virtud de la cual, cada uno, uniéndose a todos no obedezca empero más que a sí mismo y quede tan libre como antes” (102).

Como no podía ser de otro modo, de ambas concepciones surgieran modelos convencionales opuestos. El de Hobbes se formularía: “autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho de gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transfirais a él vuestro derecho y autoriceis todos sus actos de la misma manera” (103). El de Rousseau: “cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y nosotros recibimos corporativamente a cada miembro como parte indivisible del todo” (104).

A partir de ahí las filosofías políticas de ambos divergen progresivamente. Hobbes construye un gran artificio político, el Leviathan y lo convierte en el instrumento del poder absoluto erigiéndose en su máximo defensor y legitimador. Por el contrario, Rousseau diseña “la utopía que sigue fascinando, la de una convivencia democrática” (105) y lo hace conciliando dos situaciones que, hasta ese momento, parecían irreconciliables: alienación total y libertad.

Que lo que demanda Rousseau en el pacto es una enajenación total y absoluta, está fuera de toda duda: “las cláusulas del contrato se reducen todas a una sola, a saber: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad” (106). Como muy acertadamente ha puesto de manifiesto Gentile, el pacto social representa, en este sentido, el suicidio del único (107). El hombre cede todo lo que le pertenece, bienes, derechos, libertad y al hacerlo desaparece, deja de ser; es un fenómeno de autodestrucción, de autoalineación. Pero lo que hace diferente el pacto rousseauiano y lo que le da valor, no es el consentimiento, su naturaleza o su alcance, sino su finalidad. Ciertamente también en Hobbes la enajenación era total e ilimitada. La originalidad y el auténtico sentido del pacto rousseauiano radica en primer lugar en que éste no se suscribe entre un individuo y el soberano, o entre individuos, sino con la comunidad de los

(100) Rousseau. C.S. O.C. T II, pág. 522.

(101) T. Hobbes. *Leviathan*. Ed. Tecnos. pág. 161.

(102) Rousseau. C.S. O.C. T II, pág. 522.

(103) T. Hobbes. op. cit. pág. 162.

(104) Rousseau. C.S., O.C. T II, pág. 522.

(105) I. Sotelo. Op. cit. pág. 18.

(106) Rousseau. C.S. O.C. T II, pág. 522.

(107) F. Gentile. “Le jeu politique du promeneur solitaire.” *Rev. Inter. di Filosofia del Diritto*. 1978.

hombres; con ello Rousseau concibe y reconoce a la comunidad como sujeto de derecho político (soberanía popular) hecho éste que va a revolucionar toda la ciencia política. Pero también, y sobre todo, radica en que el fin de aquella autoalienación no es otro sino la libertad; una libertad rescatada enriquecida, pues si en el estado de la naturaleza existían mayores cotas de libertad, ésta devenía ineficaz por las circunstancias en que se desarrollaba. Por contra el pacto social la hace en primer lugar igualitaria; en efecto al ceder todos por igual la condición es también igual para todos; además ya no estamos ante la libertad del individuo frente a los otros o frente al Estado, sino que la descrita es la libertad del hombre en la sociedad, en el Estado; y ante todo, porque la auténtica libertad es “la obediencia a la Ley que uno se ha prescrito” (108) y eso es, precisamente, lo que hace posible el pacto social rousseauiano. Hobbes incluía en la sumisión el derecho a autogobernarse; Rousseau construye el Estado, precisamente a partir de la idea de autogobierno.

Lo que ocurre con la libertad ocurre con todo lo que los particulares enajenan, “la comunidad, lejos de despojarles de sus bienes al aceptarlos no hace más que asegurarles su legítima posesión, trocar la usurpación en verdadero derecho y el usufructo en propiedad” (109).

Los hombres, de esta manera, lo dan todo, pero no pierden nada, porque no se lo dan a otra persona sino a ellos mismos en colectividad. El pacto social deja de ser un pacto de sumisión para convertirse en un pacto de comunidad, en el que los hombres recuperan en ella todo lo que han dado.

Esta es la primera gran aportación al contractualismo que hace Rousseau. El segundo “novum” es la “inalienabilidad del individuo” (110). El tercero, corolario de lo anterior es que el pacto lo sea de y para el autogobierno de la propia colectividad.

Todo ello es posible merced a los conceptos rousseauianos de voluntad general-soberano y ley.

Ya he señalado cómo la enajenación en el pacto era total y sin excepciones singulares; la condición era igual para todos. Esa igualdad de todos es, precisamente, la que hace que se unan con una voluntad común equitativa; cada uno no puede querer algo para sí que no lo quiera al mismo tiempo para los demás. De este modo, la voluntad común se identifica con la voluntad de cada uno, y siendo que ésta sólo puede ya referirse al interés general, pues no hay intereses particulares al haberse enajenado todo en el pacto, la voluntad común deviene voluntad general o de interés general.

(108) Rousseau. C.S. O.C. T II, pág. 524.

(109) *Ibid.* pág. 525.

(110) E. Bloch. *op. cit.* pág. 64.

De esta manera, Rousseau consigue que desaparezcan de la sociabilidad los aspectos más negativos, egoistas, provenientes del “*amour propre*” y resten sólo los derivados del “*amour desoi*” en virtud de los cuales los hombres propenden, naturalmente, al bien.

De ahí que pueda afirmar que el producto del acto de asociación es un cuerpo político, pero también moral. Sus miembros, excluidos los intereses personales, particulares, comparten una idea moral que les es común: el bien, que es, de este modo, un bien general.

El pacto así concebido trasciende su finalidad a la de la mera institución del Estado y se convierte en el elemento generador de una voluntad que no es, ni la resultante de la adición de las voluntades particulares, ni una voluntad simplemente común; es una voluntad que permite la expresión colectiva de objetivos de preservación y bienestar de la comunidad, una voluntad que se refiere “sólo al interés común” (111).

Ciertamente, la voluntad general es un ideal, como lo es el propio pacto social. Admitir que los hombres pueden desprenderse de sus intereses egoistas y pensar y actuar sólo en términos de interés general, de bien común, ¿qué es sino utopía?.

“Con el pacto social hemos dado vida y existencia al cuerpo político. Se trata ahora de darle movimiento y voluntad con la legislación... cuando todo el pueblo estatuye sobre todo el pueblo, sólo así mismo se considera y si entonces se establece una relación, es entre el objeto en su totalidad, desde un punto de vista, y el objeto también en su totalidad desde otro punto de vista, sin ninguna división del todo. Entonces la materia sobre la cual se estatuye es general lo mismo que la voluntad que estatuye. A este acto al que yo llamo una ley” (112).

He aquí la máxima expresión del ideal socio-político rousseauniano, el ideal de la democracia, de la supresión de la división en dirigentes y dirigidos, de la igualdad política. El soberano deja de ser un príncipe, un sanedrín aristocrático o una clase social determinada, así como la ley deja de ser expresión de estas voluntades parciales. El soberano es el pueblo todo y la ley expresión de la voluntad de poder. Porque Rousseau no se limita a una redistribución de la cantidad de poder, sino que “cambia su “cuale”, es decir su origen y su fundamento jurídico” (113). El único soberano, el pueblo; la única fuente de derecho, la voluntad general.

Rousseau se enfrenta a la usurpación del poder por personas o grupos de interés; a la imposición de los fuertes frente a los débiles; de los que poseen bienes

(111) Rousseau. C.S. O.C. T II, pág. 525.

(112) Rousseau. C.S. O.C. T II, págs. 529-30

(113) E. Cassirer. “Filosofía de la Ilustración” F.C.E. pág. 292.

frente a los que nada poseen (114) y oponen su noción de la naturaleza y origen de la autoridad política, su noción de la soberanía política: "en el momento que existe un señor ya no existe soberanía y el cuerpo político queda destruído" (115). Se trata de articular un poder soberano incompatible con una voluntad singular o parcial y así, Rousseau "se aferra a una concepción fuertemente democrática de la soberanía como el derecho indivisible e inalienable del pueblo; en virtud de la equidad de la voluntad general, la autoridad política última puede ser depositada sin peligro alguno en las manos del pueblo" (116).

Pero la utopía rousseauiana no es sólo la de la convivencia democrática; es, igualmente, la utopía de la libertad. Esta adquiere un sentido, un contenido y un alcance radicalmente distintos a los que se le había dado hasta ese momento.

En primer lugar porque se trata de una libertad en igualdad. Rousseau comprende que la libertad sin igualdad es un concepto huero, una retórica sin contenido alguno. ¿Puede existir libertad si existen dirigentes y dirigidos, y sobre todo si existen quienes lo poseen todo y quienes nada poseen? ¿A qué queda reducida la libertad de estos últimos? No es sino ficción, engaño para mantener la dominación. No, no puede haber libertad sin igualdad; sin igualdad política, sin igualdad económica.

Pero además la libertad consiste en el sometimiento a la ley (117). Aquí vuelve a hacerse inevitable la comparación con T. Hobbes. Este utiliza la misma definición de libertad (118) y sin embargo qué diferente es su sentido; en primer lugar porque para Hobbes el soberano está exento de la obediencia a las leyes y tiene por tanto una "libertad mayor" (119), pero sobre todo porque en Hobbes el legislador, el soberano, es una realidad distinta de las personas privadas, de los súbditos.

Por el contrario, afirmar como hace Rousseau, que la libertad es el sometimiento a la ley, significa que es el sometimiento a la voluntad general. Ni hay, pues, jerarquía de libertades, ni hay jerarquía de poderes. Libertad y voluntad constituyen una simbiosis perfecta y se hace realidad el que el hombre es libre porque solo se obedece a sí mismo (120).

Existe un texto donde Jean Jacques resume y reúne las características de su Estado ideal, de esta sociedad utópica en la que cree y por la que lucha; me refiero a la Dedicatoria que a la Ciudad de Ginebra hace del segundo de sus discursos. En él como digo diseña su modelo de Estado y sociedad: "Una sociedad de gran-

(114) Rousseau. Emilio. IV, nota.

(115) Rousseau. C.S. O.C. T II, pág. 530..

(116) R. Grimsley. op. cit. pág. 151.

(117) Rousseau. D.D. O.C. T II, pág. 204.

(118) T. Hobbes. "De Cive" Ed. Tecnos. Cap. IX, ep. 9.

(119) Ibid.

(120) Rousseau. C.S. O.C. T II, pág. 529-530.

deza limitada por la amplitud de las facultades humanas, es decir, por la posibilidad de estar bien gobernada, y en la que bastando cada cual a su empleo, nadie se hubiera visto inducido a confiar a otros el ejercicio de funciones a su propio cargo... Un país en el que el soberano y el pueblo no pudieran tener más que un mismo y único interés... el bien común... que el soberano y el pueblo fueran una misma persona... Un gobierno democrático prudentemente moderado... vivir y morir libre, es decir, sometido de tal modo a las leyes, que ni yo, ni nadie pudiera sacudirse su honroso yugo... (donde) nadie en el Estado hubiera podido considerarse por encima de la ley y nadie pudiera imponer ninguna desde fuera del Estado"; un país donde no hubiera "un jefe nacional y otro extranjero cualquiera que fuera la partición de autoridad que ellos hagan... donde el derecho de legislación fuese común a todos los ciudadanos... una república donde los particulares, contentándose con sancionar las leyes y con decidir en Asambleas... eligieran año tras año a los más capaces y a los más íntegros de sus conciudadanos para administrar la justicia y gobernar el Estado" (121).

He aquí el proyecto alternativo que Rousseau presenta al orden político establecido; su modelo de organización social sustitutiva y que tan acertadamente ha resumido Baczko:

"L'utopie de l'auteur du "Contrat Social" implique l'idée d'un Etat moderne fondé sur la loi et dans lequel l'autorité souveraine reviendrait à l'ensemble des citoyens qui participent activement à la vie politique, tandis que cette participation serait reconnue comme le droit et le devoir indissociables de l'individu. L'idéal de la "Cité patrie" implique l'émancipation de l'individu et du corps politique tout entier des dépendances personnelles et des privilèges, l'abolition des hiérarchies sociales, ainsi que l'égalité des individus devant l'Etat et la loi" (122).

Tanto en la "Memoire présenté á M. de Mably sur l'éducation de son fils" como en la segunda versión de esta obra, considerablemente modificada, "Project pour l'éducation de M. de Saint-Marie", y sobre todo en "Emilio", Rousseau tras cuestionar categóricamente las ideas educativas de la época: "No se conoce la infancia; sobre las falsas ideas que se poseen, cuanto más se abunda, más se yerra. Los más sabios se interesan por lo que importa saber a los hombres, sin considerar lo que los niños están en estado de aprender. Ellos buscan siempre al hombre en el niño, sin pensar en lo que es éste antes de ser hombre" (123). El autoritarismo, el trato discriminatorio, la marginación a la que se somete al niño, la falta de naturalidad y el alejamiento de la naturaleza. Tras ello, digo, expone su doctrina, basada en la dignidad moral y humana de los niños en la observación y seguimiento de la naturaleza, en la potenciación del ejercicio funcional, en la acentuación de la acción y el interés presente, en la individualización educativa. Esquemáticamente esa doctrina puede quedar resumida en el siguiente texto: "Pero téngase en cuenta, en primer lugar, que al querer formar el hombre de la

(121) Rousseau. Dedicatoria D.D. O.C. T II, pág. 204.

(122) B. Baczko. op.cit. pág. 339.

(123) Emilio. O.C. T III. pág. 61.

Naturaleza, no se trata por esto de hacer de él un salvaje y relegarle al interior de los bosques; basta que, envuelto en el porvenir social, no se deje arrastrar por las pasiones ni por las opiniones de los hombres; que vea con sus ojos y sienta con su corazón; que ninguna autoridad le gobierne, fuera de la de su propia razón" (124).

Bastará cotejar lo hasta aquí expuesto del pensamiento rousseauniano, su unidad sistemática, con las características señaladas en la primera parte de este trabajo para concluir que, a mi entender, aquél debe ser considerado como utópico.

En verdad, en pocos autores aparecerá como aparece en J.J. Rousseau ansiosamente, el deseo de modificar lo establecido, trasformándolo en un orden ideal, construído por el hombre (otra característica esencial de la utopía), donde ese hombre y la comunidad se fundan en virtud, en libertad, en democracia. Es la utopía rousseauniana, utopía de lo absoluto, ya que, convencido de que la injusticia absoluta sólo puede ser reparada mediante un ideal absoluto, propone el reino de la virtud y de la voluntad general, uniendo lo individual y lo colectivo, lo particular y lo político en un orden paradigmático, en una utopía en la que "ne s'agit pas d'enlever a l'individu sa liberté et son autonomie, mais de le reintegrer dans la communauté. Il s'agit de fonder sur la cooperation rationelle d'individus autonomes, libres et égaux, une société que associerait la solidarité des intérêts avec la solidarité des aspirations et des sentiments communs" (125).

E. Bloch definió la utopía como "proyección reparadora" (126) y pienso que es ésta la mejor forma de definir la obra de Rousseau: el intento de crear las condiciones necesarias para que el hombre orillando lo existente pueda volver a ser el mismo en una sociedad libre y solidaria, igual y democrática.

(124) Ibid.

(125) B. Baczko. op.cit. pág. 346.

(126) E. Bloch. Op. cit. pág. 210.

LA CARTA DE POBLACION Y FRANQUICIAS DE MENORCA *

ROMAN PIÑA HOMS

SUMARIO: I. Las fuentes para su estudio. II. El peculiar momento político en que se enmarca la concesión. III. La naturaleza jurídica del texto. Su estructura. IV. Principios inspiradores. V. Instituciones más significativas recogidas en la Carta. VI. Una valoración de conjunto.

I. Las fuentes para su estudio

Desgraciadamente, y pese a la feliz circunstancia de la publicación de su texto latino, primeramente por Jaime Villanueva en su *Viage literario a las Iglesias de España* (1) y posteriormente por el menorquín Llabrés y Quintana (2), la *Carta de Població*, también llamada de *Franqueses*, de Menorca, no ha merecido ser objeto del análisis detallado que requería por parte de los estudiosos (3).

A través de la presente comunicación y con la brevedad impuesta a la misma por la organización del *Congrés* al cual se presenta, vamos a

* Traducción en lengua castellana de la comunicación presentada al "XIII Congrès d'Història de la Corona d'Aragó.

(1) Villanueva, Jaime: *Viage literario a las Iglesias de España*, t. XXI. Madrid 1851, págs. 203-217.

(2) Llabrés, Gabriel: *La Carta puebla de Menorca*, en revista "Menorca" 189-97, págs. 57-73.

(3) Las instituciones jurídicas y en particular las político-administrativas, han sido objeto de notables exposiciones de conjunto, pero ha faltado un estudio riguroso centrado expresamente en la Carta de población. Recomendamos, sin embargo, el estudio de Ramis, Antonio: *Noticias relativas a la isla de Menorca*. Mahón 1829.

Cuadernos de la Facultad de Derecho, 16 (Palma de Mallorca 1988).

proceder a este análisis, y lo haremos partiendo de las dos fuentes documentales más fiables de que disponemos. La primera, ya conocida, que es la ya mencionada, publicada por Villanueva, recogiendo el texto latino, transcrito seguramente desde un original desaparecido, al *Llibre Vermell* de Ciutadella, colección de textos legales, por orden cronológico, iniciada a principios del siglo XVI, bajo los auspicios de la *Universitat de Menorca* (4); y la segunda, inédita, que se conserva en el *Arxiu del Regne de Mallorca* (5), en lengua catalana, y que ha sido transcrita y amablemente ofrecida al autor de la presente comunicación, por su apreciado amigo don Antoni Mut, Director del mencionado Archivo, y que, por razones obvias de carácter práctico, es la que utilizaremos para nuestro análisis, sin perder de vista su a veces necesario cotejo con la fuente latina.

II. El peculiar momento político en que se enmarca la concesión.

La Carta de Menorca lleva la fecha de 3 de septiembre de 1301, como la de la firma y entrega de la misma, por parte del monarca, Jaime II de Mallorca, a los síndicos de la municipalidad menorquina, *Sans Garcès de Vergue, fill de cavaller, e en Berenguer des Villar e an Domingo des Torrens*.

Con la preparación y concesión de este texto legal, culmina un período de densa actividad del monarca, en orden a afianzar las estructuras políticas y económicas -reparto de tierras- en dicha isla.

Es verdad que Menorca se había conquistado por los reyes de la Corona de Aragón, con efectivos de todos sus reinos, en 1287, catorce años antes de esta concesión, y que durante este interim había existido tiempo y oportunidades más que suficientes para dictar un estatuto de la vida jurídica menorquina, como el que tratamos de analizar. Entonces, ¿por qué este retraso? No olvidemos que la Carta de Mallorca se concede en 1231, apenas tres meses después de conquistada la capital y cuando aún se lucha contra los focos de resistencia en las montañas; y la de Ibiza se otorga en 1235, con análoga celeridad. Todo parece indicar que en estas islas las cosas tienen que dejarse cuanto antes bien atadas, y que en cambio en Menorca esta premura no es necesaria. ¿Por qué? ¿Permanece incierto su inmediato futuro?.

(4) El *Llibre Vermell* ha sido estudiado recientemente, procediéndose a la edición de un catálogo utilísimo de su documentación. Véase Aragó, Antoni M^a y Conde Rafael: *El Llibre Vermell de Ciutadella*. Barcelona 1977.

(5) *Arxiu del Regne de Mallorca*. Documentación relativa a Menorca. A. H. n^o 4812 fol. 90 vto - 103 vto.

También es verdad, que durante los catorce años indicados, los repobladores de la isla necesitan como cualesquiera otros, de un ordenamiento jurídico al cual referirse, y de hecho lo tienen. Con fecha 27 de febrero de 1287, apenas dominado el nuevo territorio, el conquistador Alfonso III designa a Bernat de Sant Genís, *Batle General* de Menorca. Sus funciones residirán fundamentalmente en el mantenimiento de la paz interior y la administración de justicia, en coordinación con los *batles* locales de *Ciutadella* y *Mahó*, cuyos nombramientos no se producirán hasta 1295 (6). Ya con relación al indicado cargo de *Batle General*, se especifica que en cuanto al cobro de los derechos reales adeudados a la Corona, proceda según costumbre establecida por el *Batle* de Mallorca (7). Pero si hasta el momento es imprecisa la referencia al Derecho aplicable, se elimina toda duda pocos meses después, a través del privilegio dictado con fecha 15 de agosto siguiente, en el que Alfonso III declara que los pobladores de Menorca disfruten de las mismas libertades, privilegios, buenas costumbres y gracias que a los de Mallorca concedieron sus antecesores (8).

La mencionada disposición de agosto de 1287, concedida aún dentro del mismo años en que se ha alcanzado la conquista, parece indicar, con sobrada claridad, que existe en el monarca conquistador el propósito de homologar las instituciones de Mallorca y Menorca -Ibiza es un caso aparte, puesto que tropieza con los derechos adquiridos por sus conquistadores, de corte feudal- y que el mejor procedimiento para esta homologación, por el momento, está en la simple orden de extender a Menorca, el conjunto de privilegios y libertades incluidas en el ordenamiento mallorquín.

Pero en 1301 las circunstancias han cambiado. Ha desaparecido Alfonso III de la escena política, tras su prematura muerte en 1291. Su sucesor, Jaime II de Aragón, de carácter extremadamente pacífico y deseoso de superar los enfrentamientos con el Pontificado, institución valedora de la Corona mallorquina, devolverá a su tío Jaime II de Mallorca, los territorios - Mallorca e Ibiza - que le habían sido arrebatados por Alfonso III, más la isla de Menorca por éste conquistada, y es precisamente en este nuevo clima de afirmación de la monarquía privativa de

(6) Los nombramientos de *batle* de Ciutadella y de Mahó, hechos por Jaime II, recaen en Bononato florís y Miquel de Agramunt, respectivamente, señalándoseles un sueldo de 200 y 150 sueldos barceloneses anuales. Véase A. C. A. Reg. 194, fols. 141 y 140.

(7) Véase Parpal, Cosme: *Oficiales reales de Menorca después de su conquista por Alfonso III*, en revista "Menorca", 1898, pág. 75.

(8) Privilegio de 15 de agosto de 1287. A. C. A. Reg. 75, fol. 26 vto. Publicado por Parpal en revista "Menorca" 1902, pág. 31.

Jaime II de Mallorca, en el que debemos situar la concesión de la Carta de franquicias menorquina.

Efectivamente, Jaime II de Mallorca, casi de inmediato a la fecha de recuperación efectiva de las islas -recordemos que ésta se produce, como consecuencia del tratado de Agnani de 1295, dos años después, en junio de 1298, con la entrevista entre los dos Jaimes en el castillo de Argelers- pone en marcha un vasto plan de reformas políticas y económicas, en el que muestra una especial atención hacia Menorca, cuyo desarrollo institucional, por el momento, solo estaba a la zaga de lo que se establecía para Mallorca.

Para hacer realidad las necesarias reformas, Jaime II incluso se desplaza a la isla, y desde ella dicta importantes disposiciones, bien instando la creación de futuras poblaciones, como Alaïor (9), bien proveyendo a la protección de la principal fuente de riqueza menorquina, que es la ganadería (10). Desplaza además a la isla a dos de sus mejores colaboradores, Arnau de Burgues y Pere Esturs, con el objeto de hacer una mejor planificación de las mejoras y necesidades que exige la isla, in situ, y desde luego, de hacer un reparto más racional y beneficioso para el interés general, de las tierras entre los nuevos pobladores.

Es pues en esta tesitura, las fechas coinciden, de afirmación de la soberanía de la Casa de Mallorca, y de atención a la repoblación y desarrollo económico de las islas -en particular Menorca- en la que debemos contemplar la concesión de esta Carta magna menorquina, en la que, como tendremos ocasión de observar seguidamente, el monarca hace expresa manifestación de su autoridad soberana, maltrecha por su obligado pacto de vasallaje feudal con el rey de Aragón, y evidencia su propósito de hacer de las islas un todo orgánico, con instituciones análogas a nivel insular, pero en modo alguno subordinadas las unas o las otras, bajo el posible pretexto del mayor peso específico de la isla mayor, sede en cierto sentido de la capitalidad, por residir en la misma el rey o su *lloc-tinent*, con jurisdicción sobre la totalidad del archipiélado (11).

(9) Véase Llabrés, G.: *Fundación del pueblo de Alayor*, en revista "Menorca" 1896.

(10) Privilegio de 25 de diciembre de 1301. Archivo Histórico de Ciutadella. *Llibre Vermell*, fol. 2.

(11) Efectivamente, Alfonso III, en 4 de mayo de 1291, había establecido que los lugartenientes y procuradores reales de Menorca y de Ibiza dependiesen de los que desempeñaban análogos cargos en Mallorca, de tal modo que los habitantes de las islas menores podrían recurrir las resoluciones de los primeros ante las magistraturas de la isla mayor. Véase A.R.M. *Llibre de Sant Pere*, fol. 142 vto.

III. La naturaleza jurídica del texto. Su estructura.

El extenso contenido de la Carta y la variedad de instituciones que se contemplan en la misma, nos permite catalogar este documento, siguiendo el cuadro clasificatorio preconizado por Font Rius para el estudio de las Cartas de población y franquicias de Cataluña (12), en el tipo de textos más elaborados, que dicho autor califica de *estatutos primarios de la vida local*, por el deseo que evidencian de formular un conjunto de normas de Derecho procesal y sustantivo, sino completo, al menos básico para la nueva población a regir.

Ya han quedado atrás, en el sistema de las concesiones para poblamientos, las donaciones o licencias *ad populandum*, concediendo lugares a una persona o familias para su poblamiento, al tiempo que se establece entre donante y donatorio, determinado vínculo, generalmente feudal; incluso ha quedado atrás el sistema de *pacto agrario colectivo*, previsto en el marco de las grandes campañas colonizadoras de las llanuras de Lérida, Tarragona, Tortosa y región del Bajo Ebro (13).

Estamos en el pórtico del siglo XIV, en plena efervescencia de la nueva sociedad burguesa; en una época en que el régimen municipalista que engendra y catapultada esta nueva sociedad, ya no constituye mero balbuceo, sino una realidad ya consolidada en ciudades como Valencia, Barcelona y Mallorca, en el contexto de los territorios de la Corona de Aragón, al que nos ceñimos.

Estas consideraciones expuestas, deben estar presentes a la hora del análisis del texto menorquín de 1301, que incluso se resiste a ser calificado como mera Carta de Población, al estilo de las de finales del siglo XII. Evidentemente está llamado a estimularla, pero la burocracia del rey, más tecnificada que en siglos anteriores, ya posee funcionarios y mecanismos suficientes para hacer un reparto meticuloso de la isla, que permita su población y explotación racional, sin perder de vista junto a la creación de municipalidades, la defensa de los derechos patrimoniales de la Corona, encauzada por la temprana creación del procurador real (14).

(12) Font, J.M.: *Cartas de Población y Franquicia de Cataluña*, I. Barcelona 1969, pág. XXVII.

(13) *Ibidem*, pág. XXVIII.

(14) Este nombramiento, efectuado con fecha 1 de marzo de 1287, recaería en Pedro de Lebia, ciudadano honrado de Valencia, que había prestado muy buenos servicios a Pedro III. Véase Serra, María Luisa: *Historia de Menorca*, I, Mahón 1977, pág. 179.

El texto de 1301 es fundamentalmente una Carta de franquicias, entendida como tal, en tanto en cuanto por ella, *lo que se concede en realidad no es una tierra, un término, bajo tales o cuales condiciones de tenencia o disfrute, sino un complejo de exenciones, privilegios o seguridades, aun cuando algunas de éstas pudieran referirse precisamente a la posesión de la tierra* (15).

Desde esta perspectiva, la de una Carta de Franquicias, constataremos en el texto menorquín la nota común a todas ellas, que reside fundamentalmente en el reconocimiento de unos derechos o ventajas; unos derechos o ventajas, *que gravitan por lo regular sobre la condición personal de sus habitantes (relaciones con el suelo, tráfico de bienes, cargas y servicios públicos, etc.* (16), pero que al mismo tiempo, en un proceso de maduración de este modelo de instrumentos, ensayado en los grandes poblamientos de Lérida, Tortosa, Agramunt, y más recientemente, Mallorca, se amplía con disposiciones que refrendan una costumbre o ratifican el contenido de unos privilegios dictados con anterioridad, hasta llegar a conformar, como decíamos, un verdadero estatuto primario de la vida local.

Como tal estatuto, la Carta es fuente de creación del Derecho para una localidad concreta: la *Universitat* de la isla de Menorca. De ahí que la inmensa mayoría de sus disposiciones, lo que hacen es reflejar en un solo texto - por esto deviene como importante fuente de conocimiento del Derecho mallorquín- la serie de disposiciones sobre orden de prelación de fuentes, libertades básicas, administración de justicia y gobierno municipal, y de Derecho sustantivo, que en la isla mayor habían ido acumulándose a lo largo del siglo XIII.

¿Naturaleza paccionada de dicho texto normativo? Pues sí, naturalmente. Las valiosas observaciones de Lalinde Abadía, destacando, como característica del ordenamiento jurídico catalán, la concepción de la ley como *un pacto entre la comunidad y el que la rige* (17), son también, a nuestro juicio, válidas en relación a este texto, que podemos considerar como uno de los más interesantes de los grandes ordenamientos locales, ya tardíos, del contexto jurídico catalán medieval; decimos catalán, pero no del Principado, puesto que quien lo concede, es el titular de una estruc-

(15) Font, obra cit. pág. XXVIII.

(16) Ibidem, pág. XXIX.

(17) Lalinde, Jesús: *La creación del Derecho entre los españoles*, en AHDE, XXXVI (1966) pág. 359.

tura de poder, que, aunque feudataria de los príncipes de Cataluña, ejerce en las islas las facultades normativas derivadas de su soberanía, sin merma alguna y con total independencia de Cataluña.

Como derecho paccionado que consideramos que es, entre quien lo concede - *nos en Jaume, per nos e per los nostros succesors presents e sdevenidors*- y quienes lo reciben, la comunidad de la *Universitat dels homens e de les fembres habitants e habitants en la dita illa de Menorca*- es un Derecho inalterable y, por consiguiente, no derogable por la voluntad unilateral del monarca o de sus sucesores. De ahí la obligación que se reconoce al término del texto, de que todos los oficiales juren su observancia al comenzar su mandato - *que tots los batles e los jutges qui are son e qui per temp seran... en comensament de lur regiment sien tinguts de jurar... presents los jurats e alguns promens de la dita illa, totes e sengles libertats e statuts per nos a els vostres atorgades*-; y la insistencia con que se recuerda, que todos los lugartenientes del monarca en la isla -*presents e esdevenidors*- deben observar el texto concedido -*totes les demunt dites cosses*- como un cuerpo de Derecho firme, de modo que *no li contravenquen per alguna reho*.

En cuanto a su estructura, ya hemos dicho que es un texto amplio. Contiene 67 capítulos o apartados dispositivos, frente a los 37 de la Carta de Mallorca. En relación a ésta, podemos decir que recoge su práctica totalidad, salvo alguna institución que queda descolgada, como a *exorquia* o la limitación de la libre transmisión de la tierra a *cavallers e sants*, sectores sociales que en el capítulo II de la Carta mallorquina son marginados para evitar en ellos la acumulación de la propiedad. Sin embargo también es verdad que en el tratamiento de algunas figuras, como en la sanción del adulterio, la Carta menorquina ofrece una regulación más precisa, en beneficio de la parte acusada. Desde luego la Carta menorquina no se limita a una mera trasposición de materiales comprendidos en la de Mallorca, puesto que los originarios mallorquines aparecen con el orden y buena parte de su redacción alterados.

A partir del capítulo 32 de la Carta menorquina -hasta éste sus capítulos ofrecen notable similitud con los mallorquines- se añaden una serie de disposiciones no previstas en la de Mallorca, pero que en cambio obedecen en gran medida a la normativa legal y consuetudinaria que se había consolidado en la isla mayor a lo largo del siglo XIII; concretamente, entre los capítulos 32 al 46, distinguimos una serie de disposiciones sobre administración de justicia, consagrando la intervención de los *prohomens*, el orden de prelación de fuentes del Derecho aplicable, que al

igual que se ha dispuesto para Mallorca en 1299, da entrada al Derecho común en defecto de *les costumes e les libertats de la illa*; el establecimiento de medidas cautelares que garanticen el recto ejercicio de los cargos públicos, como la que prohíbe que los oficiales reales, *puscan comprar possetions ne coses sehents*, mientras estén en el ejercicio de sus cargos, salvo licencia de la Corona; y ciertas figuras de Derecho sustantivo privado, que reconocen la presencia del *axovar*, el préstamo usurario, la usucapción en su regulación justiniana, el alodio, etc. Del capítulo 46 al 49, se contempla la organización del régimen municipal insular, con una detallada exposición y reconocimiento de importantes atribuciones, como la referida a la capacidad estatutaria de los *Jurats*, que se adelanta a la establecida para Mallorca por el rey Sancho en 1316 (18); y del capítulo 49 al 67, se insiste nuevamente en la regulación de algunas figuras de Derecho sustantivo, ya vigentes en Mallorca, como la *Definició* (19); se trazan las líneas generales de la distribución de las cargas fiscales de los habitantes de la isla, quedando todos sujetos a tributación, *exceptat clergues* (20); y por último digamos que se perfila el adecuado sistema de garantías en orden a la defensa del sistema jurídico vigente, al preverse el recurso contra los actos de los oficiales públicos o del propio monarca, establecidos *per ventura ignorantment contre les franquesses e privilegis de Menorca* (21).

De todo lo expuesto en orden a la estructura del texto, deducimos una notable falta de sistemática. Se confunden, sin búsqueda de orden alguno, normas de procedimiento judicial, con las de Derecho sustantivo público o privado, pero del conjunto podemos deducir el deseo de articular cuatro estratos o elementos básicos, que darán su peculiar fisonomía a este país insular: 1º la libre posesión de la isla por sus habitantes, superando los esquemas feudales (21); 2º el reconocimiento a favor de dichos

(18) Nos referimos al privilegio de 19 de septiembre de 1316. ARM, *Llibre den Abelló*, fol. 91.

(19) La Definición, entendida como finiquito de los derechos legitimarios en la herencia, aparece reconocida en Mallorca por Jaime I en 12 de marzo de 1274. Véase ARM, *Llibre dels privilegis dels reis*, fol. 35.

(20) Dice textualmente el Cap. 60: *Item que tots los abitedos de la dita illa, quals que sien, encare advocats, jutges e legistes de aquella illa sien tinguts de metre en colletes que.s feran a profit comú an profit de la villa de Ciutadella e de tota la illa demunt dita, acceptat Clergues.*

(21) El Cap. 56 dice lo siguiente: *Item, si manement sera fet per nos per ventura ignorantment contre les franquesses e privilegis de Menorca, e de la persona agreujada se apella a nos, que.s degue sobrehir en lo engosi per los officials nostres e dels nostres entrof que le persone agreujade sie comperegude devant nos o ells sucesos nostres, lo quall apellat volem que li sia donat temps convenient.*

habitantes, de un amplio sistema de libertades; 3º la presencia de una normativa básica en orden a la administración de justicia, con el objeto de hacer real este sistema de libertades reconocido; y 4º un preciso desarrollo de las normas tendentes a fortalecer una organización municipal, que prevee, no sólo la existencia de un municipio capitalino, sino incluso la articulación del mismo con otros núcleos municipales incipientes, para garantizar unos cauces de representación supramunicipal, a escala insular: el *Consell General* (22).

IV. Principios inspiradores de la Carta.

A través de la lectura atenta de los 67 capítulos, podemos distinguir unos principios, criterios y al propio tiempo inquietudes básicas, que se derivan de su articulado, y que nos acercan a lo que debían ser las necesidades prioritarias de aquella sociedad, llamada a ser regulada por dicha normativa.

En primer lugar estimamos que destaca el deseo por parte del monarca, de afirmar sus prerrogativas soberanas, su calidad de última instancia de poder sobre el nuevo territorio. No olvidemos que es un territorio de dominio *ex novo*, al contrario de los demás insulares, que son territorios recuperados. El monarca sabe que ha de dejar bien claro a sus nuevos súbditos de Menorca, que, pese al vasallaje feudal que ha contraído con los reyes de Aragón, los menorquines son sus nuevos súbditos, sin rebaja alguna de las prerrogativas que sobre los mismos ostenta *potestas* regia. Por esto, el texto de la Carta se inicia con una referencia expresa a estas circunstancias, diciéndonos que la misma se concede, en tanto en cuanto *com a le Altesa de la Reyal Magestat pertenga als nostres subdits libertats, franqueses e privilegis atorgar*. Este deseo de afirmar las prerrogativas soberanas tiene también su reflejo en el tratamiento del *enorme crim*, el crimen de *lesa magestad*, que incluso podrá conllevar como pena accesoria la confiscación de bienes. En este sentido, dice el capítulo 50 del texto legal, que podrá imponerse *la matexa pena ab tots los bens a mercé del señor rey*; disposición ésta, que entra en contradicción con el capítulo XX-XII de la Carta de Mallorca, en el cual se reconoce que *negú sustenent corporal pena no perda sos bens*. La Carta menorquina recoge este precepto en su capítulo 28, pero limitándolo, al reconocer como excepción

(22) El *Consell General*, como organismo representativo de toda la isla, cuyas bases en Mallorca se establecen a partir de la sentencia arbitral del rey Sancho, de 19 de junio de 1315, en Menorca aparece claramente estructurado en el cap. 48 de la Carta, estableciendo que *en los negosis tocants la Universitat de tote le illa apleguen alguns promens de Meho e del terme del Castell de Santa Aguede e dells altres lochs de le demunt dita illa*.

a la regla, las conductas tipificadas en los delitos de *eretgia* o de *crim de lese magestat* o de *false monede*. la excepción es significativa y está en la línea de endurecimiento del poder real que ofrece esta segunda época del reinado de Jaime II de Mallorca, como muy bien ha destacado Alvaro Santamaría (23).

En segundo lugar, debemos reconocer el modurado criterio o deseo de homologar las instituciones de las islas, a efectos de alcanzar la mayor cohesión posible entre las mismas. Podría haberse acudido a la creación de un Derecho de base territorial o general del archipiélago, pero esto ofrecía más inconvenientes y las propias autonomías insulares parecían no permitirlo. Era más práctico y viable acudir a la uniformización de los tres Derechos u ordenamientos locales, y, en la medida de lo posible, esto es lo que se intenta en Menorca con la *Carta de Franqueses*, trasladando a la isla menor, con ciertos retoques a conveniencia del monarca, instituciones jurídicas ya consolidadas en la isla mayor, sin perjuicio de la base consuetudinaria de tales Derechos - *les bons usos e bones costumes* - reconocidas como elemento dinamizador del orden jurídico en las tres islas.

Por último, debemos destacar, cómo en Menorca, al igual que en Mallorca, las instituciones otorgadas acreditan el afianzamiento de un orden social avanzado, de gran atractivo para una repoblación que por el momento es muy escasa (24), y en el que tanto la libertad civil como los órganos de su Administración municipal aparecen atentamente reglamentados para su efectividad. No tiene que por consiguiente que pasarnos desapercibida la regulación de un sistema de libertades básicas, que exime a sus súbditos de imposiciones y gabelas de corte señorial -*leu-*

(23) Precisaré al respecto dicho autor, enjuiciando las distintas reformas de la etapa que estudiamos: *la revisión ofrece aspectos positivos, pero, en general, se practicó desde una órbita que restringía las libertades, reflejo de una filosofía que para agilizar los trámites judiciales potenció las facultades de los magistrados y, para amparar la convivencia social, incrementó el rigor de las penas al generalizar la rigurosa normativa de los Usatges*. Véase Santamaría, Alvaro: *El Reino de Mallorca (1276-1343)*, en "Historia General de España y América", IV. Madrid 1984, pág. 743.

(24) Siguiendo los documentados estudios de Serra Belabre, podemos considerar que *la inmensa mayoría de los habitantes musulmanes de Menorca fueron vendidos como esclavos en Mallorca, Sicilia, Cataluña y Valencia; que los nobres que acompañaron a Alfonso III, tan pronto se coronó la empresa que a Menorca les había traído, debieron alejarse de ella; que no tiene base alguna un supuesto traslado en masa a Menorca de población cristiana, puesto que la repoblación debió hacerse con ciertas dificultades; y que todo hacer presumir que el personal repoblador se compuso de comerciantes y agricultores o ganaderos, burgueses de las ciudades de Cataluña que acudieron al reclamo de las casas y te-*

de, *portatge e herbatge*-, incluyendo el *bovatge*, impuesto no contemplado en Mallorca, y desde luego *tot host e cavalcade*; que busca un equitativo reparto de las cargas fiscales, exigiendo a todos los habitantes, *qualls que sien, encare advocats, jutges e legistes*, su participación en *collectes que, s feran a profit comú, an profit de la villa de ciutadella e de tota la illa demunt dita, eccetat clerques* (25); que garantiza sus derechos fundamentales, desterrando las pruebas bárbaras - *fer batalle per ferre callent, ne ayugua ny per alguna altre rahó* (26)- y los malos usos señoriales, como la *cogucia* (27), y consagrando la inviolabilidad de domicilio y el principio del *habeas corpus*: *si inquisitio sera feta contra algun en special, que primerament sia scitat he li sien donats capitols sobre los qualls degue esser fete comandes en tro que per nos en altre manera sera hordenat volem que sie fet axi com are usse es fa en la ciutat de Mallorca* (28).

En el afianzamiento de este orden social avanzado, también debemos destacar cómo aparecen igualmente garantizados los principios de publicidad y gratuidad de la justicia, precisando la exigencia de que ésta se dilucide en el marco de las islas -*que per los plets vostres civils o criminals no siats d'anar ne pledetjar fore de les illes de Menorca de Mallorca e de Ivíce* (29)- extremo que acredita una vez más la unidad orgánica del archipiélago, y, desde luego, al igual que en Mallorca, el fenómeno de la penetración avasalladora del *ius commune*, no solo evidenciado en el establecimiento del orden de prelación de fuentes del Derecho menorquín, sino en soluciones varias ofrecidas por la propia Carta, como es el caso del tratamiento de las sentencias interlocutorias, que resuelven alguna duda nacida en el proceso, y cuya distinción de las definitivas o de conjunto, como recuerda Lalinde, *sólo se produce en el proceso avolucionado del Derecho común* (30).

(25) Véase Cap. 60 citado en la nota 20.

(26) Estas garantías aparecen reconocidas en el Cap. 12 de la Carta menorquina, en línea con el XVI de la de Mallorca.

(27) La *cogucia*, entendida como prestación debida al señor por el campesino sometido a su jurisdicción en el caso de adulterio de la mujer de éste, y por la cual el señor que atribuía la mitad de los bienes de la adúltera mientras el marido se quedaba la otra mitad, siempre que se probase que no consentía la infidelidad, aparece desterrada en el Cap. 5 de la Carta, también en línea con el VIII de la mallorquina, al convertirse en delito solo perseguible a instancia de la parte ofendida. En tal sentido dirá: *que ningu adulteri no sie punit en bens ne en persone si dons le fembre o lo marit no feya clam de force o de violense assi feyta; le violentia empero al marit o le muller feyta volem que sie jutgad segons lo dret*.

(28) Cap. 63.

(29) Cap. 35.

(30) Véase Lalinde: *Iniciación Histórica al Derecho Español*. Barcelona 1983, pág. 920.

V. Instituciones de Derecho sustantivo más significativas.

En la nueva sociedad que se consolida en Menorca al amparo de la *Carta de Franqueses*, no podía faltar la conexión con las instituciones más significativas de la tradición jurídica catalana, en el plano familiar, y de la contratación y adquisición de bienes, que además permiten descubrir el impulso renovador del Derecho común.

En cuanto a las primeras, la Carta contempla la presencia del *axovar*, término de origen árabe, que en Tortosa y Levante sirve para denominar la *dote* aportación patrimonial, como podemos recordar, que tiene por objeto ayudar a levantar las cargas del matrimonio, además de constituir una masa de bienes aseguradora de la mujer. Su propiedad corresponde a la cónyuge, aunque la posesión se transmite al marido, que se convierte en administrador. Desde esta perspectiva el capítulo 40 de la Carta prescribe que tales aportaciones, al igual que los *espolícis* -los bienes comprendidos en *spolitis* o pactos matrimoniales- *sien saulls e segus sens algun fermement de señors de feu o de censalls*.

Otra figura de Derecho privado, reconocida en la Carta, es la *Definició*, entendida como anticipo y finiquito de la legítima a favor de los hijos, que aparece en el capítulo 58, y que en Mallorca había sido refrendada legalmente por un privilegio de Jaime I de 12 de marzo de 1274 (31). La importante figura del censo enfiteutico es también objeto de regulación, autorizándose, al igual que en Mallorca, *emperar e ports de les cases tret o aquellas tencar per lo cens o per o tribut o encare per loguar que no sia pegat* (32), y se declaran exentas del pago del alodio, aquellas transmisiones nacidas de donaciones hechas a los hijos por razón del matrimonio o por sucesión *mortis causa* (33).

Otras dos importantes figuras relacionadas con un modelo de sociedad dinámica, de base mercantil y en la que preocupa primordialmente reglamentar los problemas surgidos del tráfico de bienes, son las del préstamo con interés o usura y la usucapión. El préstamo con interés, superando los moldes de un contrato gratuito de cesión, seguramente en manos del importante sector hebreo residente en la isla, aparece regulado en el capítulo 38 de la Carta, al establecerse que *algu no sie tingut de donar a jueus sino quatre diners per liure e lo mes, ne lo jueu no gos rebre*

(31) Véase nota 19.

(32) Cap. 51.

(33) Cap. 62.

mes avant, y en el capítulo 42 se reitera la cuestión, insistiéndose en que jueus e serahins no reheben per usures si no quatre diners en lo mes de vint sous, jatsia aso que altres covinenses sien entre ells; e depuix que le usure sera egollade ab cabal que en nengune manere no cresca pus avant, aus pach lo cabal e le usure aquella agualada, e sie tingut lo creedor de retre les cartes o les penyores e de absoldre les fermences.

La usucapión, entendida como el medio de adquirir la propiedad del inmueble por el transcurso del tiempo en el uso y posesión del mismo, se recoge en el capítulo 43, y evidencia la plena aceptación de los principios del Derecho romano justiniano, aportados por la "Recepción". Así, vemos que la tenencia de *casses o altres possetions*, para que con el transcurso del tiempo *-deu anys sens demande de altre-* transforme dicha tenencia en propiedad *-sia de aqui avant sua-* exige *bona fe e just titol*. Sin embargo nada se especifica sobre la misma institución, como medio de adquisición derivativa de bienes muebles, lo que nos permite suponer su remisión al plazo de tres años en la tenencia, establecido en el Derecho justiniano. Por el contrario, sí aparece regulada en relación al mismo instituto, la ausencia y la menor edad, como situaciones de excepción a la regla general, en línea con el Derecho justiniano, aunque, en lugar de ampliar el requisito del transcurso del tiempo entre ausentes a veinte años, sólo especifica que *aquest stetur no degue noure a pubill o a menor que quatorse anys, que sia o age estar fore de illa de Menorca*. Hecha esta distinción en beneficio del menor de edad y ausente, que ofrece perfiles propios, hemos de precisamente suponer que regiría para los mismos la mencionada remisión del Derecho justiniano, o sea el plazo de veinte años, puesto que habiendo declarado la propia Carta, como fuente del Derecho menorquín, el Derecho común, ésta sólo tendría que distinguir, ofreciendo su formulación legal pertinente, aquellas situaciones de su Derecho local que marcan sus diferencias con el romano-canónico.

VI. Una valoración de conjunto.

El texto que hemos analizado, evidencia, como ya hemos señalado, unos objetivos políticos muy precisos: Primero, afirmar en la isla las prerrogativas regias en orden a la creación del Derecho, por parte de un nuevo monarca discutido y en cierta medida rebajado en su soberanía, por el pacto feudal que se ha visto obligado a contraer, y que, al menos en sus territorios continentales, le exigirá la vigencia del Derecho general de Cataluña y de la moneda del Principado; y segundo, cohesionar la estructura orgánica del archipiélago, homologando las instituciones de gobierno y de Derecho sustantivo de las tres islas mayores, sin perjuicio

de que cada una disponga de su propio ordenamiento jurídico, vivificado por el vigor de sus *bons usos i costums*. De este modo, Jaime II, al conceder la Carta, avanza en un proceso, que se paralizará al concluir el reino privativo, dirigido a hacer realidad una entidad política "*Regne de Mallorca e illes adjacents*", que posteriormente la Corona de Aragón, quizás por temor a nuevas experiencias disgregadoras, no llegará a dotar de instituciones representativas a nivel suprainsular, como habrían sido unas Cortes o un Parlamento, con su correspondiente *Generalitat*.

Desde su plano estructural, la Carta, pese a constituir un texto legal amplio, que podemos catalogar entre los textos locales tardíos del ámbito jurídico catalán, a modo de un auténtico estatuto primario de la vida local, mucho más elaborado que las Cartas de Lérida, Tortosa, Agramunt, y la más reciente de Mallorca, que le ha servido de modelo inmediato, adolece de una redacción improvisada, de escaso alcance técnico, con apenas sistemática, aunque recoja desordenadamente importantes instituciones de Derecho sustantivo, de administración de justicia y de organización municipal, capaces de ofrecer un cuerpo de normas de carácter avanzado, abiertas a un modelo de sociedad nueva y en clara sintonía con las corrientes racionalizadoras del Derecho romano-canónico.

CONSOLIDACIÓN Y DESARROLLO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EUROPA: EL SURGIMIENTO DE ALGUNAS LÍNEAS DE TENDENCIA COMUNES

GIANCARLO ROLLA

Traducción: JOAN OLIVER ARAUJO

SUMARIO: 1. La contribución de la justicia constitucional a la evolución del Derecho constitucional como ciencia jurídica positiva. – 2. La adquisición de un mejor equilibrio entre autonomía de la dirección política y control sobre la legitimidad constitucional de las leyes: el progresivo menguar de las objeciones al desarrollo de la justicia constitucional. – 3. Algunas características comunes a las experiencias europeas de justicia constitucional. En particular, el papel de los jueces constitucionales como garantes del pacto constitucional y del correcto funcionamiento del sistema político y social diseñado por los constituyentes.

1. LA CONTRIBUCIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL A LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO CIENCIA JURÍDICA POSITIVA

Cada vez que se afrontan las relaciones entre las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos y el ordenamiento norteamericano se suele subrayar la importancia fundamental que las primeras revisten con respecto a este último, pudiendo ser consideradas el ingrediente básico del Derecho constitucional americano. Como se ha puesto de relieve en

un acertado esfuerzo de ejemplificación, “cuando los estudiantes de Derecho se dedican al Derecho constitucional, estudian una colección de resoluciones judiciales de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Cuando un abogado aconseja a los clientes, sean éstos particulares o poderes públicos, consulta las sentencias que le proporcionan precedentes como primer e inmediato instrumento de trabajo” (1).

Entre las múltiples razones que han favorecido el signo de esta tendencia, también se debe señalar la circunstancia de que la jurisprudencia constitucional produce efectos normativos, en virtud de una regla, ahora consolidada, por la cual jueces y juristas norteamericanos consideran las decisiones judiciales verdaderas y propias fuentes del Derecho.

La situación europea, aún no siendo comparable —por la diversidad de los presupuestos normativos e institucionales— a la norteamericana, está, sin embargo, viviendo un fenómeno similar, en base al cual la jurisprudencia de las Cortes y de los Tribunales Constitucionales funciona en el interior de los respectivos ordenamientos jurídicos tanto con la función de precedente, como de innovación normativa. Basta considerar, por una parte, la circunstancia de que las motivaciones de las decisiones de los jueces constitucionales asumen en la práctica la eficacia de precedente en orden a las *rationes decidendi* allí contenidas (2); y, por otra

(1) Así: Kauper, “La regola del precedente e la sua applicazione nella giurisprudenza costituzionale degli Stati Uniti” en *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Torino, 1971, p. 227 ss.

(2) Por lo que se refiere a la problemática del valor vinculante de las decisiones del juez constitucional, podemos citar, a título de ejemplo, las contribuciones doctrinales de: Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, p. 263 ss.; Pizzorusso, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1984, p. 675 ss.; Idem, “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi” en *Quaderni Costituzionali*, 1982, p. 522 ss.; Treves, *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Torino, 1971.

Sobre las específicas características que el problema presenta en el ordenamiento español, nos sea permitido reenviar a: Rolla, “Giustizia costituzionale ed indirizzo politico in Spagna: prime riflessioni sull’esperienza del Tribunale Costituzionale” en *Quaderni Costituzionali*, 1984, p. 139 ss.

Por lo que se refiere a la experiencia alemana, Schlaich (“Corte Costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania” en *Quaderni Costituzionali*, 1982, p. 580) ha precisado, de forma significativa, que el particular efecto vinculante sancionado en el párrafo 3 inciso 1 de la Ley sobre la Corte Constitucional alcanza también a las motivaciones de las sentencias “cuando contienen argumentaciones para la interpretación” y cuando no son solamente *obiter dicta*.

Por lo que concierne a los estudiosos españoles, semejante problemática ha sido objeto de particular interés por parte de: García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985; Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1982; Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y poder judicial. Sus relaciones en la aplicación e interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984.

parte, el hecho de que algunos tipos de sentencias se pueden, ahora, enumerar —o por expresa disposición normativa o por reconstrucción doctrinal— en el catálogo de las fuentes del Derecho (3).

Estas simplificadas y esquemáticas consideraciones evidencian no sólo los límites de comprensión presentes en gran parte de las relevantes críticas que, en los diversos ordenamientos, han acompañado el nacimiento de la justicia constitucional, sino también la diferencia —que la experiencia se ha apresurado a ejemplificar— entre las previsiones, las hipótesis iniciales, y la concreta evolución de los modos de control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos con fuerza de ley.

Reflexionando, por ejemplo, sobre la situación italiana, resulta llamativa la contradicción entre el papel adquirido por la Corte Constitucional, como instituto que califica la organización de una democracia moderna y acabada, y los acentos —ásperos, en algunos momentos denigradores— que en el debate de la Asamblea Constituyente hicieron coro a la decisión de instituir un órgano competente para examinar la legitimidad constitucional de las fuentes primarias. Entonces, tal perspectiva fue tildada de absurda, fue considerada el fruto de una “fantasía sin precedentes”, precursora de profundas turbaciones para la vida del Estado (4); hoy, parece difícil negar que la Corte Constitucional constituya un poder consolidado, calificante de la vigente forma de gobierno, no obstante se haya desarrollado —como un “río desviado en su origen” (5)— según un itinerario al principio no previsto.

Los iniciales temores de que este órgano —considerado por competentes juristas un instituto espúreo, lógicamente incompatible con la forma

(3) Cfr., por todos: Pizzorusso, *Le fonti del diritto*, Roma, 1977, p. 274 ss.; Sandulli, “Fonti del diritto” en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII, p. 527 ss. Aunque este último autor, al asimilar las sentencias de la Corte Constitucional que declaran la ilegitimidad de normas contenidas en actos con valor de ley a los referéndums abrogatorios, parece considerar que estas fuentes primarias del ordenamiento operan sólo de manera unidireccional, “ya que sólo actúan en sentido negativo (caducidad de preceptos preexistentes) y no también en sentido positivo (creador de preceptos nuevos)”.

(4) Una atenta reconstrucción de las perplejidades y de las hostilidades que, en el curso de los trabajos de la Asamblea Constituyente, acompañaron la propuesta de instituir en Italia un sistema de justicia constitucional, puede verse en: D’Orazio, *La genesi della Corte Costituzionale*, Milano, 1981, p. 111 ss.; Mezzanotte, *Giudizio sulle leggi e ideologie del costituente*, Milano, 1979.

(5) La expresiva imagen se encuentra en: Rodotà, “La Corte, la politica, l’organizzazione sociale” en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, p. 489 ss.

de gobierno parlamentaria (6)- pudiera adquirir poderes excesivos, al reducir el Parlamento de órgano soberano a "parte" en un proceso político-jurisdiccional, han dejado paso progresivamente al maduro conocimiento de que su presencia en el sistema, "por una parte, ha efectivamente modificado la forma de gobierno querida por los constituyentes, pero por otra ha reforzado aquel garantismo que, no menos que la forma de gobierno, había sido siempre visto por los constituyentes como uno de los pilares de la naciente democracia" (7).

(6) Entre éstos también se debe citar a: V. E. Orlando, "Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948" en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1951, p. 34 ss.

Estos planteamientos, sin embargo, aparecen históricamente datados, en cuanto presuponen una concepción de la forma de gobierno la cual, por una parte, considera únicamente el tradicional equilibrio de los poderes titulares de la actividad de dirección política; y, por otra parte, asume como paradigma fundamental para individualizar sus elementos constitutivos una estrecha correlación entre distribución del poder político y división de los poderes formales del Estado.

Para una actualizada reconsideración del concepto de "forma de gobierno", se pueden ver las contribuciones de: Mortati, *Le forme di governo*, Padova, 1973; Crisafulli, "Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia" en *Studi in onore di E. Crosa*, I, Milano, 1960, p. 601 ss.; Elia, "Governo (forme di)" en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIX, p. 641 ss.; Bobbio, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Torino, 1976; Pace, "Disegno costituzionale e mutamenti della forma di governo" en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1975, p. 1132 ss.; Dogliani, "Spunti metodologici per un'indagine sulle forme di governo" en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, p. 214 ss.; Volpi, *Lo scioglimento del parlamento e la classificazione dei regimi contemporanei*, Rimini, 1983, p. 8 ss.; Amato, "Forme di Stato e forme di governo" en *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, p. 35 ss.; Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1982, p. 529 ss.

Una reconstrucción comparatista de las diversas formas de gobierno también ha sido intentada por: Biscaretti di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, 1975; Ortino, *Forme di governo in diritto comparato*, Firenze, 1975.

(7) Según Barile ("Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia: sintesi" en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, p. 546), "si la democracia italiana se ha mostrado y se muestra todavía empeñada en no morir, también se debe, en suma, a algunas de las direcciones que han prevalecido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional".

Por su parte, y con mucha eficacia, Elia ("Giustizia costituzionale e diritto comparato" en *Quaderni Costituzionali*, 1984, p. 16) se muestra convencido de que la justicia constitucional puede caracterizarse por la "realización de objetivos ciertamente no secundarios, como la conservación del Estado de Derecho y la promoción de los derechos sociales, en la medida en que hoy puedan ser promocionados".

La capacidad de los jueces constitucionales de favorecer la integración democrática y el arraigo social de los valores constitucionales ha sido valorada, en relación con la experiencia española, por: García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985, p. 192 ss.

Además, la eventualidad de que la Corte Constitucional adquiriera un peso político en el sistema es connatural con la decisión misma de activar un control de legitimidad constitucional de tipo concentrado, instituyendo un órgano *ad hoc* e insertándolo entre los poderes supremos del Estado. La preferencia acordada por tal modelo respecto a la forma de la *judicial review* hace posible un papel activo de la justicia constitucional, haciendo de ésta un elemento no marginal del *government* de un determinado orden establecido.

Sobre este punto es posible comprobar que, tanto los conocimientos de los jueces constitucionales como las convicciones de los estudiosos más atentos, concuerdan al considerar que los Tribunales con su actividad no se limitan sólo a controlar la conformidad a la Constitución de las opciones normativas, sino que también concurren a formar o influyen sobre la determinación de la dirección política (8).

Las diferencias en la valoración del fenómeno atienden, en su caso, a la puntual determinación del grado de incidencia de tal instituto sobre la forma de gobierno y los modos a través de los cuales su presencia, *lato sensu* política, se manifiesta. De un lado, en efecto, nos preguntamos si la justicia constitucional concurre directamente a la formación de la dirección política o bien si se limita a condicionarla, estando -como se ha afirmado eficazmente- "junto a la organización de la cumbre del Estado democrático" (9). Por otro lado, nos preguntamos si la justicia constitucional constituye, en el panorama del constitucionalismo contemporáneo, un elemento caracterizante de una específica forma de gobierno o una variable independiente de ésta, cuya presencia se impone en sistemas diversos y, por el contrario, produce en ordenamientos clasificables dentro de la misma forma de gobierno efectos institucionales diferenciados.

El interés de la doctrina por estos perfiles de la materia aparece en continuo crecimiento (10); menor parece, por el contrario, la atención

(8) En este sentido: Barile, "Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia: sintesi" en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., p. 546.

(9) Cfr. Elia, "La Corte nel quadro dei poteri costituzionali" en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., p. 533 ss.

(10) Véanse, por último, por cuanto concierne a la situación italiana, los trabajos de: AA. VV., *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982; Cappelletti, "La Corte Costituzionale nel sistema di governo italiano e nei rapporti con l'ordinamento comunitario" en *Rivista di Diritto Processuale*, 1981, p. 613 ss.; Capotosti, "Tendenze attuali dei rapporti fra Corte Costituzionale e sistema politico-istituzionale" en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1983, p. 1558 ss.

por el hecho de que la consolidación de las experiencias de justicia constitucional, además de influir sobre la forma de gobierno y sobre las relaciones entre los poderes fundamentales del Estado, también haya incidido sobre el carácter y sobre el mismo modo de concebir el Derecho constitucional.

El objeto y la naturaleza de estas consideraciones preliminares nos eximen de un detenido análisis de las razones de semejante fenómeno, aunque no se puede dejar de considerar que la actividad jurisprudencial de las Cortes y de los Tribunales Constitucionales ha sabido responder, de forma natural, a dos distintas exigencias científicas durante mucho tiempo advertidas por la doctrina iuspublicista: por una parte, la afirmación del Derecho constitucional como ciencia jurídica autónoma, dotada de una propia especificidad; por otra parte, una mejor atención en sede analítica por el dinamismo intrínseco al fenómeno constitucional, en cuanto originado por normas que, por su estrecha conexión con el orden social y político, son susceptibles de expresar contenidos y valores en continua evolución.

Para entender la contribución que la jurisprudencia constitucional ha aportado a la primera de las exigencias indicadas, es necesario tener presente que el estudio de los ordenamientos constitucionales ha encontrado numerosas resistencias antes de alcanzar la dignidad de verdadera y propia ciencia jurídica autónoma: habiendo sido esta materia considerada durante mucho tiempo una encrucijada, en donde la historia de las instituciones jurídicas se intersecta con la historia política y social.

En Italia, el estudio de las Constituciones estaba incluido, todavía en los inicios del presente siglo, entre las divisiones de la Ciencia política, en las cuales a la aplicación del método jurídico se sobreponían argumentaciones metajurídicas o de naturaleza filosófica; la misma palabra "Constitución" era, normalmente, conjugada con el término "política" (11).

(11) Es necesario, sin embargo, precisar que en aquellos contextos semejante expresión lingüística asumía un significado distinto del actual. Con el término "política" se identificaba un conjunto de reglas técnicas caracterizadoras de la acción de gobierno: como si fuese una ciencia eurística que estudiaba los medios mediante los cuales el Estado puede perseguir del mejor modo posible sus propios fines.

Se pueden ver, en este sentido, los trabajos de: Brunialti, *Il diritto costituzionale e la politica nelle scienze e nelle istituzioni*, Torino, 1896; Croca, "Il fattore politico e le costituzioni" en *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranelletti*, Padova, 1931, p. 149 ss.; Chimienti, *Diritto costituzionale e politica*, Napoli, 1915.

Incluso a un observador superficial del desarrollo del pensamiento iuspublicista no se le puede escapar que la evolución de la disciplina estuvo pesadamente condicionada por su génesis, por el itinerario histórico que debió seguir. Los escritos y las enseñanzas de Derecho constitucional surgieron en Italia simultáneamente a la difusión de los principios y las instituciones típicas de las revoluciones burguesas y liberales; recibieron impulso y solicitud por la opción política de dar a conocer a las *élites* sociales las nuevas ideas surgidas de la crisis del absolutismo y de favorecer el consenso en los valores y en la ideología expresada por la naciente clase burguesa (12). A consecuencia de ello, los primeros pasos del Derecho constitucional, por la preponderancia de los perfiles políticos e ideológicos, así como por los frecuentes deslizamientos hacia la deontología y hacia la sociología, han contribuido a incluir tal disciplina entre las materias de las ciencias políticas, negándole la calificación de ciencia jurídica autónoma.

El mismo Santi Romano, con ocasión de una notable prolija académica, después de haber recordado que sólo recientemente las nociones fundamentales de la materia comenzaban a tomar cuerpo y los institutos a organizarse en sistema, reconoció que el Derecho constitucional era una "ciencia joven y privada de tradiciones", un "débil sistema, en verdad, delicado organismo que, como es notorio a todos, aquel reconstituyente heroico, que es la técnica y la lógica jurídica, todavía no ha fortalecido, y que con frecuencia se evapora confundándose o con abstracciones filosóficas o con aquellas variadas indagaciones que, más que con

(12) No es casualidad que la primera enseñanza de "Derecho constitucional cispadano y ispubblico universal" tuviera lugar en 1797 en la Universidad de Ferrara, con el explícito propósito de dar a conocer el texto de la Constitución de la República cispadana, así como de difundir las ideologías políticas transmitidas por la revolución jacobina.

En el mismo período fueron activadas enseñanzas de Derecho constitucional en las Universidades de Pavia y de Bolonia, mientras que en Padua y en Génova se votaron resoluciones favorables a la promoción de "la lectura y el entendimiento de la Constitución". En la misma perspectiva se sitúa, por otra parte, la incitación hecha por diversos estudiosos para que se profundizara en el conocimiento de las Constituciones con el fin de valorar mejor las "virtudes republicanas" o de evidenciar el vínculo indisoluble que liga los Textos Constitucionales a las "ideas, prejuicios, costumbres y necesidades del pueblo". Para una profundización en la génesis y en las características de las primeras enseñanzas de Derecho constitucional se reenvía a los escritos de: A. Giannini, "Gli studi di diritto costituzionale in Italia" en *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1949, p. 79 ss.; Cesarini Sforza, "Gli studi di diritto pubblico in Italia negli ultimi 100 anni" en *Civiltà Fascista*, 1938, p. 609 ss.; Galizia, "Diritto costituzionale (profili storici)" en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, p. 962 ss.; Crosa, "Diritto costituzionale" en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, p. 829 ss.; Pizzorusso, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1984, p. 1 ss.

las relaciones jurídicas en sí mismas, tienen que ver con los fenómenos políticos de los cuales estas relaciones derivan" (13).

Con el paso del tiempo -obviamente- el estado de la disciplina se ha modificado profundamente: los estudios y las investigaciones se han perfeccionado, abriéndose enteramente al método jurídico: su inserción en el grupo de las disciplinas jurídicas no ha vuelto a ser discutida.

No por esto, sin embargo, todos los problemas de orden dogmático han sido resueltos, desde el momento en que las dudas relativas a su juridicidad han sido, en parte, sustituidas por aquellas relativas a su autonomía respecto a las otras ramas del Derecho público.

Muy a menudo se suscita el interrogante de si el Derecho constitucional sea una ciencia en sí, o bien una disciplina que trata y recoge objetos propios de otros sectores del fenómeno jurídico. Además, un esfuerzo clasificatorio de los objetos propios del Derecho constitucional aparece complicado por las características de los actuales órdenes políticos, de los cuales las vigentes Cartas Constitucionales constituyen un reflejo puntual: éstas, en efecto, no se limitan -como es notorio- a disciplinar los derechos de libertad, la organización del vértice del Estado, el procedimiento de formación de los principales actos normativos, sino que se preocupan, también, de regular las formas a través de las cuales los poderes públicos intervienen en la economía y en la organización de la vida social; los derechos de libertad no agotan el número de los derechos fundamentales de los ciudadanos; la disciplina de las relaciones interorgánicas se acompaña al reconocimiento de los cuerpos sociales intermedios y de los entes territoriales.

Esto favorece el surgimiento de "zonas grises", de sectores materiales no clasificables mecánicamente entre los tradicionales compartimentos del Derecho, respecto a los cuales parecen esfumarse los márgenes distintivos entre el Derecho constitucional y las otras ciencias publicísticas (14).

(13) Así: S. Romano, "Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche" en *Prolesioni e discorsi accademici*, Modena, 1931, p. 21.

Siempre según este autor, el Derecho constitucional parece consistir en el estudio de las instituciones y los principios comunes a todas las ciencias de Derecho público y a las cuales deben referirse en su desarrollo. En consecuencia, más que una rama del Derecho público parecería constituir "su mismo tronco del cual las ramas particulares se separan".

(14) Basta pensar, a título de ejemplo, por un lado, en la ambivalencia disciplinar de los estudios en el tema del ordenamiento regional, del sistema de los entes locales territoriales, de la intervención pública en la economía; y, por otro lado, en la interdisciplinariedad

Pero al empañamiento del *proprium* disciplinar de la ciencia del Derecho constitucional también concurren, probablemente, factores que están fuera de la complejidad de los ordenamientos contemporáneos y de las modificaciones estructurales que, consecuentemente, han complicado el sistema de relaciones entre orden establecido, sociedad y economía. No se debe, en efecto, infravalorar -ni, en nuestra opinión, pasivamente aceptar- el peso creciente de orientaciones interpretativas y de posiciones doctrinales encaminadas a teorizar (o a practicar) la superación del Derecho constitucional como ciencia prescriptiva y su inclusión entre las de naturaleza descriptiva (15). Se trata de un fenómeno complejo que no puede ser enteramente reconducido a las exigencias -justificadas- de introducir en el estudio del Derecho un conocimiento de los procesos reales, por una parte, y de superar la fragmentación especializada a través de la potenciación de cambios interdisciplinares, por otra parte. Su satisfacción, en efecto, no está, por sí misma, capacitada para determinar una crisis de identidad de esta ciencia jurídica en caso de que no se apoye sobre la mucho más relevante propensión a unificar en el objeto de la interpretación tanto las normas y las reglas, como los hechos regulados (16).

dad exigida en las aproximaciones al estudio de la disciplina de la propiedad, de la finanza pública y de las relaciones de trabajo.

De hecho, las modernas Constituciones reconocen y disciplinan el poder estatutario para conformar la propiedad, para determinar los contenidos esenciales de las diversas situaciones de pertenencia; la iniciativa económica privada encuentra límites en la presencia de estructuras públicas encargadas de la dirección y el control de las opciones económicas fundamentales; la disciplina de las relaciones de trabajo no puede dejar de considerar la tutela constitucional de la huelga y de la libertad de organización sindical.

En este sentido, se deben, a nuestro juicio, compartir las observaciones de Lavagna (*Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1982, p. 45), según el cual "la distinción entre público y privado se ha hecho, en estos últimos decenios, cada vez menos clara, a causa de la continua extensión del primero y, sobre todo, del incesante aumento de la inserción de normas y, por consiguiente, de institutos de Derecho público en el campo tradicional del Derecho privado". De ahí la posibilidad de dar vida a una rama del Derecho calificable como "Derecho común moderno".

(15) Cfr. Dogliani, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985, p. 12 ss.

(16) Particularmente expuesto a una contaminación entre análisis del dato normativo y consideraciones de los comportamientos institucionales producidos por el sistema político parece estar el trabajo de Amato ("Forme di Stato e forme di governo" en *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, p. 62), cuando precisa que "forma de Estado, forma de gobierno y sistema político no son realidades separadas, sino puntos de vista diversos para mirar la realidad histórica". Una afirmación que parece compartible, con tal que se precise que la exigencia de una aproximación interdisciplinar no puede disminuir la especificidad de la disciplina del Derecho constitucional y de sus metodologías de análisis de los fenómenos jurídicos.

Con esta observación no se intenta afirmar que la ampliación de los objetos y de las relaciones reguladas por las Constituciones haya puesto de nuevo en discusión el principio por el cual el Derecho constitucional constituye una disciplina jurídica autónoma y específica, sino, más modestamente, poner de relieve en qué medida la traducción práctica de tal adquisición resulta compleja: casi parece que este Derecho deba someterse necesariamente al mítico destino de Sísifo por el cual, después de ser liberado de los condicionamientos de las ciencias filosóficas y políticas, se arriesga a empañar sus propios rasgos distintivos respecto a las otras disciplinas jurídicas; mientras aspira a consolidar su autonomía conceptual, se abre a la investigación de objetos siempre diversos que favorecen contaminaciones e interferencias.

En este contexto problemático, tanto la tendencia a calificar el control de constitucionalidad en forma de verdadera y propia justicia constitucional, como el progresivo perfeccionamiento de las reglas procesales y de las técnicas interpretativas adquieren, en nuestra opinión, un papel no secundario en la tarea de precisar la especificidad de semejante disciplina. Resulta necesario afirmar que la difusión de la jurisdicción constitucional atribuye al Derecho constitucional una base eminentemente judicial. Es, con todo eso, indudable que las decisiones y los comportamientos institucionales de los órganos encargados del control de constitucionalidad constituyen un rasgo esencial de ello; así como la justiciabilidad de las disposiciones con rango de ley ha favorecido una aproximación a los modos y a los criterios propios del análisis jurídico positivo, dejando espacio a una aplicación en vía interpretativa del Texto Constitucional capaz de revalorizar tanto la fuerza "normativa" de la Constitución como el papel "normativo" del intérprete (17).

Por otra parte, la aportación fundamental que la justicia constitucional ha realizado a la evolución y al perfeccionamiento del Derecho constitucional no constituye un rasgo peculiar de la experiencia italiana, sino que tiende a convertirse en elemento común a todos los ordenamientos en los cuales actúa un órgano encargado del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y de los otros actos con fuerza de ley.

(17) Según Dogliani (*Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, cit., p. 18) este particular papel normativo caracteriza el trabajo del juez constitucional, que, al contrario, aparece "solo" al aplicar la Constitución en vía interpretativa, habiendo disminuido aquel *continuum* entre cultura jurídica y jurisprudencia constitucional que caracterizaba la situación precedente. De la misma opinión parece ser Elia, "Diritto costituzionale" en *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, p. 346 ss.

A este propósito, es útil recordar -meramente a título de ejemplo- la discusión que en estos últimos años se ha desarrollado en España y en Francia; esto es, en contextos caracterizados, uno, por la reciente activación de un articulado e interesante sistema de justicia constitucional, y el otro, por la propensión a recalificar la conducta y el papel del Consejo Constitucional, acentuando los caracteres del órgano que interviene, según criterios rígidamente jurídicos, en el procedimiento de formación de las normas primarias.

En el panorama de los estudios españoles de Derecho constitucional, no es difícil percibir una creciente atención por la disciplina positiva de los institutos jurídicos y, sobre todo, por el relieve que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional asume al objeto de su reconstrucción. Polemizando con la tradición clásica de los estudios de *Derecho Político*, casi exclusivamente dirigidos a la profundización de los perfiles dogmáticos o de los aspectos sociológicos a través de los cuales se manifiesta el fenómeno estatal, crecen las contribuciones que ven en la presencia en el sistema de un órgano de justicia constitucional los signos de una progresiva jurisdiccionalización del Derecho constitucional. En el sentido que la existencia del Tribunal Constitucional impone a los juristas, no ya prescindir de la profundización de los valores contenidos en la Constitución o despreciar el relieve social propio de las normas constitucionales, sino examinar estas últimas con métodos forjados en las técnicas propias del análisis jurídico.

Semejante planteamiento -crítico con los constructores de modelos interpretativos que dedican escaso relieve a la normativa vigente- no ha tenido acogidas unívocas; no obstante la competencia de sus partidarios recibió fuertes críticas de parte de quienes lamentaban que, de este modo, serían progresivamente introducidas en los estudios constitucionalísticos "las categorías características del Derecho administrativo, distintas de las correspondientes al Derecho constitucional, porque una cosa es que tengamos en cuenta la dogmática administrativa en la medida que sirve para explicar cuestiones colaterales o mixtas y otra, muy diferente, que nos rindamos al sometimiento pleno del método y la doctrina administrativas" (18).

Se asiste a una polémica en torno al dilema "¿Quién hace Derecho constitucional?", la cual, presentada en los términos externos de una divergencia sobre la legitimación científica para estudiar los institutos

(18) Cfr. Lucas Verdú, "El Derecho constitucional como Derecho administrativo" en *Revista de Derecho Político*, 1982, núm. 13, p. 20.

constitucionales, puede parecer -como ha sido afirmado- "una especie de tempestad en una copa de agua" (19); pero que reviste, por el contrario, una notable enjundia teórica, cuando se considera que sostiene el punto esencial del reconocimiento del Derecho constitucional como ciencia jurídica positiva, que estudia las normas constitucionales recavables de los textos normativos, de las interpretaciones jurisprudenciales y de los procesos institucionales.

Tampoco en Francia faltan intervenciones doctrinales encaminadas a reconocer no sólo la positiva función desarrollada por el Consejo Constitucional a favor de la reunificación del Derecho público, sino también el estímulo ofrecido a la afirmación de una nueva definición del Derecho constitucional como ciencia jurídica que se *rejurisdicise*. Al revalorizar su naturaleza de disciplina jurídica abierta a las aportaciones de la jurisprudencia algún autor, después de haber advertido que ya no es sólo un Derecho institucional, ha llegado a preguntarse si no existen también en Francia los presupuestos para que el Derecho constitucional *sera-t-il bientôt, comme c'est le cas au Etats-Unis par exemple, étudié à travers la jurisprudence* (20).

Como conclusión de estas sumarias consideraciones nos parece oportuno evidenciar que la importancia de la jurisprudencia en la reconstrucción de los institutos de Derecho constitucional no sólo es consecuencia de la presencia en el sistema de órganos de justicia constitucional, sino también de la consolidación de orientaciones interpretativas favorables a reconocer la inmediata aplicabilidad de todas las disposiciones de la Constitución, incluyendo los principios generales, y por consiguiente el recurso a éstos como parámetro en los juicios de constitucionalidad. Ante el intento de utilizar la distinción entre disposiciones programáti-

(19) Así: García de Enterría, "El Derecho constitucional como Derecho" en *Revista de Derecho Político*, 1982, núm. 15, p. 7 ss. En la misma perspectiva se coloca también: Ignacio de Otto, "Comentario al libro de Bocanegra Sierra *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1982, núm. 6, p. 325 ss.; Martín-Retortillo, "¿Quién hace Derecho constitucional?" en *Bajo el signo de la Constitución*, Madrid, 1983, p. 251 ss.

De contraria opinión es, en cambio, Lucas Verdú, "El Derecho constitucional como Derecho administrativo", *cit.*, p. 7 ss.

(20) Cfr. Favoreu, "L'apport du Conseil Constitutionnel au droit public, Le Conseil Constitutionnel" en *Pouvoirs*, 1980, núm. 13, p. 17 ss.; Idem, "L'influence de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel sur les diverses branches du droit" en *Itinéraires*, París, 1982, p. 235 ss.

También puede verse: Renoux Thierry, *Le Conseil Constitutionnel et l'ambite judiciaire. L'elaboration du droit constitutionnel jurisditionnel*, París, 1984.

cas y preceptivas con el fin de negar valor normativo a partes del Texto Constitucional, las Cortes Constitucionales han asumido una actitud homogénea.

Al igual que el juez italiano, el Tribunal Constitucional español ha reconocido repetidamente la eficacia inmediata de las normas que contienen principios, en cuanto expresión de valores fundamentales caracterizadores del entero ordenamiento: así, desde sus primeros pronunciamientos ha sancionado, por una parte, la posibilidad de utilizarlos para resolver cuestiones de constitucionalidad y para decidir recursos de amparo, mientras que, por otra parte, se ha esforzado en identificar principios inexpresados obtenibles de la interpretación combinada de disposiciones fundamentales (21).

De particular importancia al objeto de una ampliación de los límites del juicio de legitimidad constitucional resultan, en fin, aquellas sentencias del Tribunal Constitucional francés que han atribuido valor jurídico positivo al preámbulo de la Constitución de 1958 y a los textos a los cuales éste se refiere (22). Basta considerar que el preámbulo de la Carta de 1946 contenía una reafirmación solemne de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, así como una llamada a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y en aquellas *particulièrement nécessaires à notre temps*, para captar plenamente la importancia innovadora de esta jurisprudencia. Esta, no por casualidad, fue percibida por la doctrina como el inicio de un verdadero y propio desarrollo respecto al pasado y la apertura de una nueva etapa en la justicia constitucional francesa: tanto bajo el perfil cuantitativo como cualitativo (23).

(21) En este sentido, se vea: Sánchez Agesta, "La justicia constitucional en la perspectiva del tercer aniversario de la Constitución" en *La actualización legislativa de la Constitución española de 1978*, Madrid, 1983, p. 588 ss.; Carrozza, "Alcuni problemi della giustizia costituzionale in Spagna" en *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, p. 1100 ss.

(22) Ver: decisión 71-44 DC del 16 julio 1971; decisión 73-80 L del 28 noviembre 1973; decisión 73-51 DC del 27 diciembre 1973; decisión 75-54 DC del 15 enero 1975.

(23) Según Favoreu-Philip (*Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Paris, 1979, p. 244 ss.), esta apertura a favor de una interpretación extensiva de la Constitución "il est tant d'abord quantitatif, dans la mesure au l'accroissement des dispositons ou principes formant le bloc de constitutionnalité... mais il est aussi et surtout qualitatif", desde el momento que, en consecuencia con semejante orientación, "les possibilités d'extension du bloc de constitutionnalité sont désormais pratiquement illimités".

También se puede ver: Goguel, "Objet et portée de la protection des droits fondamentaux par le Conseil Constitutionnel de la République française" en *La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe*, Aix, 1981, p. 3 ss. (cicl.).

La inclusión de los principios indicados anteriormente entre aquellos utilizables por el juez como parámetro para el propio juicio amplía, sobre todo, el número de las posibles cuestiones de legitimidad constitucional. En segundo lugar, aumenta la discrecionalidad interpretativa del juez constitucional, desde el momento en que semejantes textos de referencia, además de contener afirmaciones genéricas y, a veces, entre ellas difícilmente conciliables, amplían el catálogo de los derechos fundamentales incluyendo también los de naturaleza económica y social.

Esto valoriza la posición del Consejo en el sistema: por una parte, aumenta su capacidad de mediación y de elección entre los diversos valores constitucionalmente tutelados; por otra parte, reconoce su idoneidad para deducir de los principios incluidos en los diversos textos de ley ulteriores valores no expresados, pero sí implícitos. De este modo, la actividad hermenéutica de las Cortes Constitucionales no está sólo instrumentalmente dirigida a verificar la conformidad de los actos normativos primarios a la Constitución, sino que también se revela idónea para individuar los valores jurídicos fundamentales que, en una determinada fase histórica, informan el ordenamiento jurídico y califican sus principales institutos.

La evolución de la justicia constitucional también parece ponerse en sintonía con la exigencia de no oscurecer la particular ambivalencia de la Norma Constitucional, aquella particular caracterización social que la connota no sólo como deber ser, sino también como ser.

No es nuestra intención defender una concepción de la Constitución en la cual perfiles jurídicos y aspectos sociológicos estén indisolublemente entrelazados; ni tampoco argumentar que la atención sobre el funcionamiento efectivo de las instituciones, sobre los resultados fácticos que obtienen las previsiones normativas, sobre las intenciones que se ocultan detrás de las normas y sobre la organización del poder que miden los tiempos y los modos del devenir jurídico, deban prevalecer en las confrontaciones del análisis del texto normativo. Consideramos, por el contrario, reductiva una interpretación que examina la disposición exclusivamente en su dimensión estática: no valorando que la Norma Constitucional, participando tanto de la realidad jurídica como de la vicisitud política y social de un determinado orden estatal, es -según las palabras de un ilustre jurista del siglo pasado- "al mismo tiempo un sistema y una historia" (24).

(24) Así: Arcoleo, *Diritto costituzionale: diritto e storia*, Napoli, 1907, p. 3 ss.

El particular dinamismo, intrínseco al fenómeno constitucional, ha sido acentuado, en formas originales y en modos no del todo previstos, por el desarrollo del control judicial de constitucionalidad, el cual se ampara en las otras fuentes -de las convenciones a la praxis constitucional, de las modificaciones tácitas de la Constitución a los efectos adecuadores propios de toda actividad de interpretación jurídica- que tradicionalmente concurren a determinar la evolución de los significados normativos recavables del mismo dato textual.

En un contexto marcado por una sobresaliente articulación de las fuentes del Derecho constitucional, no puede dejar de merecer una particular atención la creciente tendencia de las Cortes Constitucionales a desarrollar una actividad normativa positiva que, no limitándose a determinar, con la nulidad de las normas en contradicción con el Texto Constitucional, una laguna que corresponde al legislador rellenar, provee directamente a sustituir la norma viciada con otra distinta, compatible con el texto de la Constitución. De este modo, el juez constitucional no es sólo intérprete y "juez", sino también creador de normas jurídicas. Es esta una característica que, lejos de tipificar determinados ordenamientos, tiende -sea, no obstante, con tiempos y características diferenciados- a calificar todos los sistemas en los cuales opera un consolidado modelo de justicia constitucional. Se descubre en los ordenamientos que han codificado el valor normativo de la jurisprudencia: se piense, por ejemplo, en España, en donde el artículo 6-1 del Código Civil enumera la jurisprudencia entre las fuentes del Derecho, precisando que "completará el ordenamiento jurídico". Pero está presente también en aquellas realidades en las cuales, a pesar de la ausencia de tal explícito reconocimiento, el mismo resultado ha sido conseguido conjugando juntos dos caracteres fundamentales y típicos de las decisiones constitucionales: por una parte, su naturaleza de cosa juzgada con eficacia *erga omnes*; y por otra parte, la adopción de una gama tipológica de decisiones en las cuales la declaración de nulidad permite la introducción en el ordenamiento de nuevas normas obtenibles de la misma disposición (25).

(25) Esta tendencia, común a las diversas formas de justicia constitucional, ha sido puesta de relieve con competencia por: Pizzorusso, "I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi" en *Quaderni Costituzionali*, 1982, p. 522 ss.; Elia, "Giustizia costituzionale e diritto comparato" en *Quaderni Costituzionali*, 1984, p. 9 ss.

En particular, Pizzorusso opina que las declaraciones de inconstitucionalidad tienen una eficacia de cosa juzgada que opera *ex tunc* (con excepción de las relaciones agotadas) también en el sistema italiano y en el alemán. De la misma opinión es: Schlaich, "Corte Costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania" en *Quaderni Costituzionali*, 1982, p. 574 ss.

Así, en las más recientes experiencias de control de constitucionalidad de las leyes, el fenómeno de la inserción de las decisiones de las Cortes Constitucionales entre las fuentes del Derecho se enriquece de ulteriores connotaciones, presentando abigarrados filones evolutivos. Por ejemplo, se puede subrayar tanto la tendencia a hacer asumir naturaleza de cosa juzgada y fuerza normativa también a las decisiones de órganos cuya actividad no tiene propiamente características jurisprudenciales -es el caso de las sentencias del Consejo Constitucional francés, en relación a las cuales no faltan posiciones doctrinales favorables a atribuirles eficacia de cosa juzgada (26)-, como la tendencia -evidente en el sistema austriaco, forjado en el planteamiento Kelseniano del "legislador negativo" (27)- a admitir que las declaraciones de inconstitucionalidad tengan eficacia retroactiva.

Además, en los sistemas en los cuales las sentencias de acogimiento tienen fuerza normativa y valor de cosa juzgada, la naturaleza vinculante con eficacia *erga omnes* se va extendiendo progresivamente de la parte dispositiva a la entera decisión, de manera que también los significados normativos contenidos en las *rationes decidendi* se convierten en obligatorios (28).

2. LA ADQUISICIÓN DE UN MEJOR EQUILIBRIO ENTRE AUTONOMÍA DE LA DIRECCIÓN POLÍTICA Y CONTROL SOBRE LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES: EL PROGRESIVO MENGUAR DE LAS OBJECIONES AL DESARROLLO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La evolución y la consolidación de los sistemas de justicia constitucional no han tenido lugar de modo lineal; el consenso de la doctrina, de los otros poderes y del cuerpo social no estaba asegurado. Una reflexión incluso sumaria sobre la experiencia vivida en los principales ordenamientos en los cuales ha sido activado el control de constitucionalidad de las leyes podría, por el contrario, inducir a recavar una impresión opuesta. Tanto la institución de órganos de justicia constitucional, como la ampliación de su radio de acción a campos tradicionalmente reservados a

(26) Entre éstos: Favoreu-Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, París, 1979.

(27) Cfr. Ohlinger, "La giurisdizione costituzionale in Austria" en *Quaderni Costituzionali*, 1982, p. 545 ss.

(28) Para la profundización en este específico efecto de las decisiones del Tribunal Constitucional, puede verse: Rolla, *Indirizzo politico e Tribunale Costituzionale in Spagna*, Napoli, 1986, p. 279 ss.

otros órganos del vértice del Estado, han sido acompañadas de polémicas y de consideraciones críticas; tampoco han faltado por parte de las fuerzas políticas iniciativas dirigidas a limitar sus poderes o bien a condicionar sus orientaciones jurisprudenciales.

Retomando la eficaz expresión de un jurista alemán, se puede afirmar que la justicia constitucional representa, en el panorama del constitucionalismo contemporáneo, un dato "habitual, pero precario" (29): esto es, su existencia, en cuanto consolidada y bajo ciertos perfiles irreversible, no está inmune del periódico replanteamiento de dudas que cuestionan -de una en una o simultáneamente- la misma naturaleza del control judicial de las normas, los caracteres y la composición del órgano, y la amplitud de las competencias (30).

Al igual que un volcán, que después de fases de calma vuelve periódicamente a la actividad, la polémica contra la temida ingerencia de los jueces constitucionales en las opciones políticas del Parlamento o del Gobierno se reproduce cíclicamente, como si un fino, pero ininterrumpido, ligamen comunicase las críticas de los últimos años a los ataques dirigidos, en los inicios del siglo, a la Corte Suprema de los Estados Unidos, acusada de oponerse a la realización de los objetivos fundamentales de la Constitución, aplicando una especie de "darwinismo jurídico".

Tal constatación -que alcanza a las diversas experiencias- evidencia como la posición de las Cortes Constitucionales es "la más delicada en el ámbito del paralelogramo de las fuerzas políticas" (31), en el sentido que las relaciones entre justicia constitucional y poder político representan un punto delicado, pero común a todos los ordenamientos contemporá-

(29) Así: Schlaich, "Corte Costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania", *cit.*, p. 557.

(30) A propósito de ello, el mismo Schlaich (*op. cit.*, p. 560) se ha preguntado "¿si el control constitucional de las normas no comporta el riesgo de una actividad política cada vez más subordinada a la jurisdicción?. ¿No impide el necesario proceso democrático de resolución de los conflictos en el seno del pueblo o del Parlamento?. ¿No está allí el peligro de que fuerzas políticas, particularmente la oposición que se encuentra en minoría, recurran precipitadamente a la Corte Constitucional en vez de asumir una confrontación en el Parlamento?... De este modo, ¿no se instaura acaso una cooperación con los otros órganos directivos del Estado, participando de alguna manera en la dirección estatal?".

Los mismos interrogantes están bastante vivos en el debate actualmente en curso en España, donde no faltan, especialmente a la luz de algunas controvertidas competencias, temores por una actividad del Tribunal Constitucional lesiva a las prerrogativas de los órganos políticos representativos.

(31) Así: Hamberle, "Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit" en *Verfassungsgeschichte*, 1979, p. 10.

neos que han introducido formas de control sobre la legitimidad constitucional de las leyes.

En los Estados Unidos, por ejemplo, después de la gran crisis constitucional que enfrentó, en el espacio de tiempo que va desde 1934 a 1937, la presidencia de Roosevelt a la Corte Suprema, la polémica sobre un presunto exceso de activismo judicial nunca ha menguado. Al contrario, en este último período ha recobrado intensidad, asumiendo vivos acentos: en reacción a la jurisprudencia innovadora elaborada bajo la presidencia del juez Warren -y no rectificadas del todo por el juez Burger- se han desarrollado iniciativas políticas favorables a bloquear la actividad creadora de la Corte Suprema, imponiendo un *strict constructionism* en la interpretación del Texto Constitucional. Por su parte, diversos autores han acusado a los jueces de querer reescribir la Constitución, usurpando -como si gozasen de un poder de verdadera y propia revisión constitucional- poderes y competencias propias de los órganos que expresan directamente la soberanía popular (32).

(32) Operando así la Corte Suprema de los Estados Unidos invadiría, según un importante voto particular referido por Berger (*Government by Judiciary*, Haward, 1977, p. 330), el reino de la decisión política y la misma estructura constitucional que está llamado a proteger.

Por su parte, Ely (*Democracy an Distrust. A theory of judicial review*, Cambridge, 1980, p. 4) ha lamentado el carácter contradictorio de una praxis que permite a un órgano no elegido, ni políticamente responsable, impedir a los elegidos del pueblo gobernar en el modo que consideren más oportuno.

Omitiendo todo juicio de valor, es indudable el impacto político de un activismo jurisprudencial que, según la colorida imagen de Schwartz (*Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, Madrid, 1980, p. 91), ha determinado una incidencia sobre la vida social que "sólo puede compararse al que produce una revolución política o un conflicto armado".

Con mayor moderación, Corvin (*Court over Constitution*, Gloucester, 1957, p. 93) ha reconocido que "*constitutional law is derived chiefly not from the constitutional document but from outside ideas and theories, with regard to which moreover the Court has from the first exercised a highly selective function*". La doctrina que ha profundizado en la materia es amplísima. Ante la imposibilidad de recogerla de modo completo y orgánico, nos limitamos a recordar las contribuciones de: Cox, *The role of the Supreme Court in American Government*, Oxford, 1976; Idem, *The Warren Court constitutional decision as an instrument of reform*, Cambridge, 1973; Becker-Feeley, *The impact of Supreme Court decisions. Empirical Studies*, New York, 1978; Warren, *The Supreme Court in United States history*, New York, 1922; Choper, *Judicial review and the national political process*, Chicago, 1980; Berger, *Death penalties: the Supreme Court's obstacle course*, Cambridge, 1982; Perry, *The Constitution, the Courts and Human rights: an enquiry into the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary*, New Haven, 1982; Bobbit, *Constitutional fate: theory of the Constitution*, New York, 1982; Schwartz, *Le droit aux Etats Unis, une création permanente*, Paris, 1979; Black, *The people and the Court*, Westport, 1977; Bickel, *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*, Indianapolis, 1978; Miller, *The Supreme Court. Myth and reality*, Westport, 1978.

Una realidad institucional profundamente distinta como es la francesa parece registrar un fenómeno asimilable al precedente: se asiste, en efecto, a una curiosa coincidencia entre el esfuerzo del Consejo Constitucional por jurisdiccionalizar el sistema de las propias competencias y emanciparse de su origen de órgano político, y el surgir de polémicas, de contrastes entre su jurisprudencia y las direcciones políticas de la mayoría. Paradójicamente, este órgano, concebido como expresión del parlamentarismo racionalizado e instituido con la tarea fundamental de contener el Parlamento dentro de las estrictas atribuciones establecidas por la Carta Constitucional de 1958, entra más frecuentemente en rumbo de colisión con el poder político a medida que aumenta su empeño por dar vida a un efectivo sistema de justicia constitucional (33).

Las primeras resquebrajaduras en las relaciones entre jurisprudencia constitucional y órganos titulares de la actividad de dirección política han comenzado a evidenciarse paralelamente a la extensión de los poderes judiciales del Consejo Constitucional. En este sentido, ha resultado determinante la concomitancia entre la orientación del Consejo, favorable a asumir como parámetro para el juicio de constitucionalidad también el preámbulo de la Constitución de 1958, al objeto de permitir una mayor tutela a las libertades y a los derechos fundamentales, y los contenidos de la reforma constitucional del 19 de octubre de 1974, que ha ampliado las posibilidades de acceso al juicio de constitucionalidad.

El primero -como ya ha habido ocasión de indicar (34)- acentúa la discrecionalidad y la creatividad de los pronunciamientos, a causa de la pluralidad de sentidos de gran parte de las disposiciones utilizables como parámetro en un juicio de legitimidad constitucional. Los segundos, por

(33) Entre las contribuciones doctrinales que con mayor ahínco han subrayado la necesidad de una progresiva jurisdiccionalización del Consejo Constitucional y su inclusión con pleno título entre las formas de justicia constitucional, pueden verse las siguientes: Favoreu, "Le Conseil Constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics" en *Revue du Droit Public*, 1967, p. 5 ss.; Idem, *Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité. Développements récents en Europe occidentale*, Uppsala, 1984, p. 21 ss.; Favoreu-Philip, *Le Conseil Constitutionnel*, París, 1978; Renoux, *Le Conseil Constitutionnel et l'ambite judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, París, 1984; Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, París, 1980; Rivero, *Le Conseil Constitutionnel et les libertés*, París, 1984.

Entre los autores que, por el contrario, han evidenciado la naturaleza política o el carácter no jurisdiccional del órgano encargado del control de la legitimidad constitucional en Francia, pueden verse: Hamon, *Une République présidentielle*, París, 1977, p. 262 ss.; Hauriou, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, París, 1966, p. 765 ss.; Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, París, 1973, p. 321 ss.

(34) Cfr. *supra* punto 1.

su parte, admitiendo el recurso a petición de 60 diputados o de 60 senadores, por un lado, suministran a la oposición un instrumento de garantía contra abusos del Ejecutivo o de la mayoría parlamentaria y, por otro lado, sitúan al juez constitucional en la delicada posición de deber intervenir, con frecuencia creciente, en el fragor de los contrastes políticos, mediando entre exigencias garantísticas y expectativas de las diversas partes políticas.

Sin embargo, los contrastes entre mayoría política y Consejo Constitucional, a pesar de encontrar sus premisas institucionales en las innovaciones antes recordadas, han subido de tono cuando -con la formación de un Gobierno de orientación socialista- se produjo, por primera vez en la historia de la V República, una diferencia entre orientación política del Ejecutivo y procedencia política de los componentes del *Conseil*: poniendo de actualidad el interrogante (formulado un decenio antes) de quien se preguntaba si el órgano de control de la constitucionalidad de las leyes, "en origen cañón apuntado contra el Parlamento, podía quizás convertirse en un campo minado que protege la propiedad y el individuo contra el programa común del Gobierno" (35).

En particular, los tonos de antiguas críticas, dirigidas a contestar el papel, las atribuciones y la composición del Consejo, o bien a influir sobre sus orientaciones jurisprudenciales a través del ataque político, volvieron a resonar después de la Sentencia de 16 de enero de 1982, con la cual el juez constitucional declaró no conforme a la Constitución las disposiciones que disciplinaban las modalidades de determinación de las indemnizaciones para los accionistas de las sociedades nacionalizadas; sobre todo, fue criticada la decisión del Consejo de impedir la promulgación de la Ley, al estimar que las disposiciones viciadas debían considerarse inseparables de las restantes partes de la Ley (36).

(35) Así: Luchaire, "Le Conseil Constitutionnel et la protection des droits et libertés des citoyens" en *Mélanges Waline*, II, 1974, p. 573.

(36) Una completa y razonada reconstrucción de los motivos de divergencia que, en los años pasados, han enfrentado el Consejo Constitucional a la mayoría gubernamental se encuentra en: Volpi, "Il ruolo del Conseil Constitutionnel nella forma di governo francese" en *Diritto e Società*, 1983, p. 495 ss.; Favoreu, "Les décisions du Conseil Constitutionnel dans l'affaire des nationalisations" en *Revue du Droit Public*, 1982, p. 377 ss.; Idem, "Il Conseil Constitutionnel e l'alternanza" en *Quaderni Costituzionali*, 1982, p. 593 ss.; Portelli, "La maggioranza tra governo dei giudici e tensione intrapartitiche" en *Quaderni Costituzionali*, 1983, p. 195 ss.; Philip, "Le développement du contrôle de constitutionnalité et l'accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel" en *Revue du Droit Public*, 1983, p. 411 ss.

Sobre este tema, también puede verse: De Vita, "I valori costituzionali come valori giuridici superiori nel sistema francese" en *Quaderni Costituzionali*, 1984, p. 61 ss.

Asimismo, en una realidad geográficamente vecina aunque constitucionalmente diferente, como es la italiana, donde la justicia constitucional está más consolidada y aparecen mejor definidas sus relaciones con los órganos titulares de la dirección política, no han faltado fases caracterizadas por el resurgir de ocasiones de discrepancia. Por ejemplo, limitando nuestra atención al período más reciente, ha habido, por una parte, decididas reacciones parlamentarias contra la orientación manifestada por la Corte con ocasión de la Sentencia que reconoció a la Sección de control de la *Corte dei Conti* la legitimación para elevar en vía incidental cuestiones de inconstitucionalidad; por otra parte, también ha habido críticas políticas a diversos pronunciamientos, especialmente en el tema de las limitaciones constitucionales al ejercicio del referéndum abrogativo y en el tema de la determinación de las indemnizaciones que corresponden a los propietarios expropiados (37).

En el primer caso, se temió que la disputa pudiese desembocar en un enfrentamiento institucional entre los dos órganos, desde el momento en que un amplio sector del Parlamento entendió que el juez constitucional, al reconocer a la *Corte dei Conti* la *qualitas* de juez *a quo* con la consecuente competencia para elevar una cuestión de legitimidad constitucional para el examen de un acto con fuerza de ley, había alterado las relaciones entre los poderes constitucionales: le imputó, por un lado, el haber limitado el juicio político del Parlamento sobre la conducta gubernativa; y, por otro lado, el querer sustituir el propio control al de las Asambleas Parlamentarias. En las otras hipótesis, en cambio, los contenidos de las diversas sentencias fueron criticados directamente por las fuerzas políticas, en cuanto considerados lesivos a los derechos pertenecientes al cuerpo electoral o bien en contraste con las orientaciones reformadoras de las Asambleas Legislativas (38).

(37) Una atenta reconstrucción de las causas más recientes de contraste entre jurisprudencia constitucional y Parlamento se encuentra en: Modugno, "Corte Costituzionale e potere legislativo" en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit. p. 19 ss.; Zagrebelsky, "La Corte Costituzionale e il legislatore" en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., p. 103 ss.

(38) Merecen subrayarse, sobre todo, las polémicas y las discordias que han tenido lugar entre jurisprudencia constitucional, por un lado, y fuerzas políticas y competentes sectores de la doctrina, por otro, en el tema de la propiedad privada o en el tema de las limitaciones implícitas al ejercicio del referéndum abrogatorio.

Sobre esta última cuestión se pueden destacar las contribuciones de: Luciani, "La nuova giurisprudenza sul referendum" en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1982, p. 228 ss.; Gabriele, "Profili evolutivi della giurisprudenza costituzionale in materia di limiti all' ammissibilità del referendum" en *Studi in onore di Tosato*, II, Milano, 1984, p. 901 ss.; Raveraira, *Problemi di costituzionalità dell' abrogazione popolare*, Milano, 1983; Modugno, "Rassegna critica delle sentenze sul referendum" en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1981, p. 2090;

Estos ejemplos presentan el común problema de los momentos de divergencia entre jueces constitucionales y órganos titulares de la actividad de dirección política bajo ángulos diversos. Parece evidente, en efecto, que en Francia este problema ha afectado directamente las orientaciones políticas de la mayoría gubernamental, calificando el comportamiento del Consejo Constitucional como de una impropia fuerza de oposición; por el contrario, en Italia, el contencioso parece referirse a la esfera de las relaciones institucionales entre los fundamentales poderes del Estado, más que al ámbito de las relaciones políticas entre Gobierno y oposiciones partidistas.

Finalmente, parece que en los Estados Unidos la polémica se centra preferentemente en torno al tema de la legitimación de la Corte Suprema para ser la depositaria privilegiada de las ideologías constitucionales que informan una determinada fase de la realidad política americana. Mientras que no parece forzada una lectura de las vicisitudes que han caracterizado el régimen español de estos últimos cinco años según la cual los pronunciamientos del Tribunal Constitucional referentes a las leyes de mayor relieve y significado político han sido valorados por la opinión pública, por la prensa y por los otros medios de información según criterios puramente partidistas: viendo en dichos pronunciamientos o la adhesión o la crítica a los objetivos perseguidos por el Gobierno.

La existencia de semejante deformidad no impide, sin embargo, formular dos consideraciones comunes, susceptibles de asumir una validez general.

Ante todo, es evidente que las polémicas, las divergencias -aun siendo intensas y argumentadas- no han conseguido, por lo general, efectos destructores, como para variar la calidad del juicio de constitucionalidad. Si se excluye el caso del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República española, cuya aportación a la tutela de las disposiciones constitucionales fue un fracaso a causa de la composición inadecuada y de la excesiva politización de su conducta (39), la experiencia en-

Bartole, "Conferme e novità nella giurisprudenza costituzionale in materia di referendum" en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1978, p. 167 ss.; Mezzanotte-Nania, "Referendum e forma di governo in Italia" en *Democrazia e Diritto*, 1981, núm. 1-2, p. 51 ss.

Por cuanto concierne, en cambio, a la polémica que se repite en las confrontaciones de las direcciones jurisprudenciales en materia de límites a la propiedad privada, se vea, por todos, el trabajo de: Rodotà, "Art. 42. Rapporti economici" en *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1982, p. 146 ss.

(39) En orden a la experiencia española del Tribunal de Garantías Constitucionales pueden verse, entre otros, los trabajos de: Ruiz Lapeña, *El Tribunal de Garantías Consti-*

seña que los momentos de crisis han sido superados positivamente: constituyendo, a veces, la premisa para determinar mejor la posición del juez constitucional en el ordenamiento y para favorecer su arraigo en el sistema. Un recíproco y vigilado *self restraint*, la voluntad de asegurar sea como sea el respeto de las reglas del juego entre los órganos del vértice del Estado, y una calibrada mutación en las orientaciones jurisprudenciales han evitado que las divergencias se hicieran insalvables, demostrando que los diversos órdenes institucionales poseen en su interior los recursos y los instrumentos necesarios para afrontar las disensiones surgidas entre legislación y jurisprudencia constitucional, por un lado, y entre poder político y Cortes Constitucionales, por otro.

En segundo lugar, merece destacarse que el fenómeno ha implicado a sistemas reconducibles a los diversos "modelos" de justicia constitucional individualizados por la doctrina (abstracto/concreto, concentrado/difuso, preventivo/sucesivo), como si la existencia de una latente conflictividad deba considerarse fisiológica a la misma opción de activar un control de constitucionalidad de tipo jurisdiccional: independientemente de los mecanismos procedimentales o de la naturaleza de las específicas competencias asignadas a los Tribunales Constitucionales. Esta es, por ejemplo, la opinión de aquellos juristas norteamericanos que opinan que un cierto margen de conflictividad constituye, mientras que no se desborde de sus límites institucionales, un positivo factor de evolución del Derecho, *adapted to the various crises of human affairs* (40). Especialmente cuando se considera que la jurisprudencia constitucional representa una importante clave de lectura de las disposiciones de la Constitución, capaz de ponerla en sintonía con las ideologías sociales y económicas predominantes en una determinada fase histórica.

La organización del proceso constitucional y los criterios para la composición del órgano son ciertamente importantes al objeto de asegurar relaciones correctas entre los sujetos titulares de la función de dirección

tucionales en la II República española, Barcelona, 1982; Bassols Coma, *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española*, Madrid, 1981.

(40) Así: Corvin, *Court over Constitution*, Gloucester, 1957, p. 123.

Para mayores referencias sobre el tema de la particular relación que los estudiosos norteamericanos entreen en el sistema de relaciones entre valores constitucionales, dirección política y actividad jurisprudencial, pueden verse los trabajos de: Cox, *The role of the Supreme Court in American Government*, Oxford, 1976; Becker-Feeley, *The impact of Supreme Court decisions. Empirical Studies*, New York, 1978; Haelperm-Lamb, *Supreme Court activism and restraint*, Lexington, 1982; Simon, *In his own image: the Supreme Court in Richard Nixon's America*, New York, 1973; Bickel, *The Supreme Court and the idea of progress*, New York, 1970; Abraham, *The judiciary: the Supreme Court in the governmental process*, Boston, 1980; Berger, *Congress versus the Supreme Court*, Cambridge, 1969.

política y la Corte Constitucional; las crisis más lacerantes afectan, preferentemente, a aquellos sistemas en los cuales el control de constitucionalidad más se diferencia de las connotaciones típicas de la jurisdicción en beneficio de procedimientos y de criterios valorativos de naturaleza eminentemente política.

Sin embargo, las diversas sutilezas técnicas, aun siendo importantes para dotar al sistema de adecuados anticuerpos capaces de evitar que las tensiones generen heridas no marginales, no pueden impedir, por sí mismas, el surgir de tal fenómeno. La posibilidad de enfrentamientos es, en nuestra opinión, connatural a la misma decisión de introducir en el ordenamiento un órgano supremo, expresamente habilitado, de un lado, para juzgar la constitucionalidad de las leyes y, por otro lado, para garantizar la distribución de las competencias y la articulación de los poderes establecidos por la Carta Constitucional.

La activación de formas de juicio concentrado -como ha sido recientemente repetido por una autorizada doctrina- no constituye una consecuencia mecánica del principio de rigidez constitucional, ni la mejor garantía para su correcta y puntual salvaguardia: pudiendo afirmarse que "respecto a la superioridad de la Constitución, si ésta es entendida como directa e inmediata aplicabilidad de sus normas a los casos concretos de la vida, (es)... el propio control difuso entre todos los operadores y por consiguiente, en definitiva, entre todos los jueces, el que representa la mejor forma de realización" (41).

Expresa, más bien, entre los posibles modos de afrontar institucionalmente el problema, la opción de oponer un "contrapoder" jurídico a la actividad política del legislador, de prever una mediación jurisdiccional para resolver conflictos de competencia entre los poderes políticos. De ahí la naturalidad de los conflictos entre jueces constitucionales y órganos supremos del Estado.

(41) Así: Modugno, "La Corte Costituzionale ed il legislatore" en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., p. 3 ss. De la misma opinión parece ser Pizzorusso, "La Corte Costituzionale tra giurisdizione e legislazione" en *Il Foro Italiano*, 1980, V, p. 123. Así, este último autor, reflexionando sobre las perspectivas del sistema a largo plazo, se pregunta si, "una vez concluida la fase de asentamiento del régimen político introducido con la Constitución de 1947, es más conveniente conservar el sistema mixto de justicia constitucional actualmente en vigor, o bien optar por el sistema americano puro y simple". Y responde al interrogante, aunque sea dubitativamente, inclinándose por esta segunda alternativa.

No por casualidad, las objeciones fundamentales a la puesta en marcha de la justicia constitucional reclamaban la atención sobre los graves límites que vendrían impuestos a la discrecionalidad del legislador y de los otros órganos políticos; discutían la oportunidad de atribuir a un órgano con características jurisdiccionales, no electivo ni representativo, el poder de instaurar -según una eficaz expresión- un "proceso al legislador" (42). No han faltado -en el pasado- acentos dirigidos a deslegitimar la posibilidad misma de someter a control las decisiones del Parlamento, en la presunción que la centralidad de las Asambleas electivas, expresión directa de la soberanía popular, representa un valor político absoluto, que no admite ninguna derogación del principio de la omnipotencia de la ley. Es más, en tiempos no recientes era posible coagular sobre este punto una común valoración por parte de personalidades muy diversas por cultura, formación y nacionalidad: basta pensar que si, de un lado, el español Jiménez de Asúa, Presidente de la Comisión parlamentaria encargada de redactar el texto de la Constitución española de 1931, entendía que el Parlamento, máxima expresión de la democracia, no debía estar sometido "por poder alguno, por Tribunal alguno" (43); por otro lado, el italiano V.E. Orlando expresaba, en sede de Asamblea Constituyente, conceptos semejantes, declarándose convencido de que no podía establecerse otra autoridad superior al legislador (44).

Los opositores a la introducción de sistemas de justicia constitucional entreveían en los penetrantes poderes de control atribuidos a las Cortes Constitucionales el riesgo de introducir un freno conservador a la actividad innovadora del Parlamento. Una optimista confianza en la bondad de las opciones legislativas y en la naturaleza progresista y reformadora del Parlamento inducía a considerar un obstáculo a la modernización del sistema todo límite impuesto desde fuera a la discrecionalidad legislativa. Atribuir a un órgano no representativo la tarea de censurar la actividad normativa del Parlamento, bloqueando decisiones políticas fundamentales asumidas por los directos representantes del cuerpo electoral, equivalía -a juicio de algunos autores- a devaluar el mismo principio de la soberanía popular (45). Estas posiciones manifiestan una confianza

(42) Esta expresión se encuentra en: Carnelutti, "Aspetti problematici del processo al legislatore" en *Rivista di Diritto Processuale*, 1959, p. 1 ss.

(43) Cfr. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, 1931-1933, p. 13114.

(44) Para un examen más detallado de ésta y de otras posiciones políticas contrarias a la institución en Italia de un órgano encargado del control de la constitucionalidad de las leyes se reenvía a: D'Orazio, *La genesi della Corte Costituzionale*, Milán, 1981.

(45) Esta crítica aparece con frecuencia en los juicios de las fuerzas políticas cuando intentan oponerse a los órganos de justicia constitucional negando su legitimación, o bien contestando alguna de sus decisiones.

casi de fe en las decisiones normativas asumidas por las mayorías parlamentarias, lo que induce a mirar con recelo cualquier condicionamiento externo al llamado "mercado político" que se manifiesta en las confrontaciones de opciones adoptadas en sede política.

Además, los motivos de crítica, las razones de perplejidad no han quedado circunscritas al ámbito de la oportunidad política, sino que han encontrado apoyo y sustento en competentes planteamientos doctrinales que advierten en la introducción de la justicia constitucional la lesión de dos principios fundamentales caracterizadores de la esencia misma del Estado liberal de Derecho: la separación de poderes y la soberanía popular.

Con referencia al primero, no se puede dejar de recordar la drástica valoración de Schmitt el cual, considerando una contradicción *in terminis* la misma expresión "justicia constitucional", denunciaba el peligro de transformar los jueces en instancias políticas, politizando la justicia en vez de judicializar la actividad política (46).

Impresiona, en este sentido, que en torno a esta crítica lleguen a converger fuerzas diversas, en períodos y ordenamientos también muy diferentes uno del otro. A título de ejemplo, se puede destacar la posición crítica manifestada en la Asamblea Constituyente por Togliatti, el cual, aun no siendo en absoluto contrario a la activación de un órgano encargado de controlar la legitimidad constitucional de las leyes, adelantó en varias ocasiones la preocupación de que la Corte Constitucional pudiera convertirse en un órgano conservador. Así como en tiempos más recientes, el Secretario Nacional del Partido Socialista Francés, criticando la jurisprudencia del Consejo Constitucional, afirmó polémicamente que el juez constitucional se había puesto contra la voluntad de los franceses expresada a través del sufragio universal.

No fueron diferentes las valoraciones expresadas por las fuerzas políticas españolas al enfrentarse con algunas decisiones del Tribunal Constitucional que habían declarado la ilegitimidad de normas contenidas en importantes leyes de reforma.

La imposibilidad de conciliación entre soberanía popular y control jurisdiccional sobre la legitimidad constitucional de las leyes no está defendida sólo por intervenciones de las fuerzas políticas, sino que encuentra competentes soportes doctrinales en los escritos de diversos juristas.

Una reconstrucción crítica de las posiciones doctrinales contrarias a la introducción de formas de justicia constitucional se encuentra en los trabajos de: García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985, p. 129 ss.; Eisenmann-Hamon, *La jurisdiction constitutionnelle en Droit français, Verfassungsgerichtbarkeit in der Gegenwart*, Berlín, 1961; Mezzanotte, *Giudizio sulle leggi e ideologia del costituente*, Milano, 1979; Blondel, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois: étude critique comparative Etats Unis-France*, Aix, 1927; Pizzorusso, "Garanzie costituzionali" en *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1981, p. 17 ss. Por el contrario, Lucas Verdú ("Política y justicia constitucionales. Consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional" en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, p. 1519 ss.) valora positivamente el desarrollo de la justicia constitucional por su natural capacidad de moderar el libre desarrollo de la soberanía parlamentaria.

(46) Cfr. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981, p. 17 ss.

Según esta interpretación, un juicio sobre la conformidad de una ley al Texto Constitucional comporta, sobre todo en presencia de disposiciones constitucionales programáticas susceptibles de asumir una multiplicidad de significados normativos, una valoración de naturaleza eminentemente política: de ahí la inoportunidad de confiarlo a un sujeto extraño al tradicional circuito decisonal.

La invocación del segundo principio demuestra, en fin, hasta que punto está arraigado y es difícil de superar tanto el mito jacobino de la soberanía de las Asambleas Parlamentarias, expresión de la voluntad general, como el correlativo principio que prohíbe a la autoridad judicial -mera e impersonal aplicadora de la ley- interferir, directamente o indirectamente, en el ejercicio de la actividad normativa. En muchas intervenciones, preocupadas por evitar que los órganos de justicia constitucional ejerciten una función *lato sensu* normativa, no es difícil descubrir los ecos lejanos del artículo 10 de la Ley de 16 de agosto de 1790 el cual, emanado en Francia en el período revolucionario, prohibía a los jueces tomar parte en el ejercicio del poder legislativo.

La experiencia de estos años ha desmentido, por lo general, tales temores; la creación de sistemas de justicia constitucional ha generado efectos beneficiosos en medida muy superior a las lamentadas y temidas distorsiones institucionales. Tampoco faltan argumentaciones capaces de hacer superar las observaciones críticas antes examinadas.

A las preocupaciones de orden político se puede replicar diciendo que la justicia constitucional no representa en absoluto un freno a la renovación legislativa y a la acción reformadora del Parlamento. Un juicio de valor es posible sólo en concreto, en relación a los pronunciamientos singulares, pero no puede extenderse indiscriminadamente a la entera actividad de los jueces constitucionales. Es más, un examen puntual de la jurisprudencia permite evidenciar la presencia de orientaciones que, anticipando reformas en discusión dentro de las Asambleas Parlamentarias, pero todavía no convertidas en actos legislativos, resultan factores de democratización y de modernización de algunos sectores; o bien la existencia de posiciones que se revelan como una garantía insustituible para los derechos y libertades fundamentales contra medidas legislativas que indican un retroceso moderado respecto a los contenidos de las disposiciones constitucionales (47).

A propósito también puede ser útil destacar el texto del artículo 10 de la Ley francesa 16-24 agosto 1790, en base al cual "*le tribunaux ne pourrait prendre directement ou indirectement aucune part à l'exécution des décrets du corp législatif, sanctionnés par il Roi, à peine de forfaiture*".

(47) Para una sumaria valoración de la actividad de la Corte Constitucional italiana,

Por otra parte, la justicia constitucional, en el momento que ha resquebrajado el dogma de la omnipotencia de la ley reconduciendo dentro de los límites del principio de legalidad también los actos normativos primarios de los supremos órganos políticos del Estado, no ha pretendido limitar el principio democrático de la soberanía popular, sino el criterio absolutista de la omnipotencia de la mayoría parlamentaria.

En los sistemas contemporáneos, complejos y proteiformes, la ley no puede ser considerada expresión homogénea y unitaria de la voluntad popular o del interés nacional. En una sociedad con muchas clases, la contraposición radical de los intereses y su aglutinación en grupos de presión o de tutela corporativa han incidido sobre la naturaleza y sobre la calidad de la producción normativa de las Asambleas electivas; la ley tiende cada vez más a transformarse de acto de elección a resultado de una compleja mediación, de expresión de una exigencia general a momento de tutela de intereses sectoriales o de un determinado grupo social (48).

En este contexto resultaría, por consiguiente, fácil desmontar el objeto de la crítica, hasta incluso sostener que justamente la ausencia de un moderno y funcional sistema de justicia constitucional puede constituir un peligro para el pleno desarrollo del principio de la soberanía popular: puesto que éste, por una parte, también contempla el reconocimiento de los derechos constitucionales de las oposiciones contra los abusos de las mayorías políticas; y, por otro lado, no debe identificarse con la "soberanía" de las Asambleas electivas, agotándose reductivamente en los canales tradicionales de la representación política y del sufragio universal (49).

puede verse: AA. VV., *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982.

(48) Las nuevas características que en el moderno Estado social con estructura pluralista asume la ley han sido sumariamente esbozadas, entre otros, por: Predieri, *Il legislativo mediatore*, Milano, 1976; De Marco, *La negoziazione legislativa*, Padova, 1984.

(49) Schlaich ("Corte Costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania", *cit.*, p. 561) ha subrayado oportunamente que "los acontecimientos del pasado muestran que la injusticia del Estado puede *disfrazarse* de ley parlamentaria: la institución de un Parlamento elegido por el pueblo no ha sido suficiente para proteger los derechos del ciudadano, ni siquiera la misma Constitución".

Sobre el significado del principio de soberanía popular y su no identificación con el principio representativo y de mayoría, pueden verse: Mortati, "Art. 1. Principi fondamentali" en *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, p. 22 ss.; Romboli, "Problemi interpretativi della nozione giuridica di popolo" en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1984, p. 159 ss.; Pizzorusso, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1984, p. 89 ss.; Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1982, p. 86; Amato, "La sovranità popolare nell'

Una contribución fundamental al establecimiento de sistemas de justicia constitucional proviene, en fin, de la propia experiencia, la cual ha demostrado concretamente que la existencia de Cortes Constitucionales, lejos de alterar la vida de las instituciones, desarrolla una positiva acción de racionalización y de consolidación del ordenamiento. En este sentido, no se puede no estar de acuerdo con quien ha afirmado que “la ya dilatada experiencia de los Tribunales Constitucionales en la Europa Continental ha demostrado en la práctica que esta institución no viene a distorsionar el sistema, sino muy al contrario, ha demostrado su operatividad dentro del mismo, brindando un nuevo soporte de legitimidad en el ejercicio del poder a las fuerzas sociales que lo ejercen” (50).

Donde existe una madura experiencia de justicia constitucional, la presencia de Cortes o Tribunales Constitucionales ya no se pone en discusión: la atención se dirige, en todo caso, sobre la exigencia de corregir aspectos singulares del procedimiento o bien de introducir innovaciones en orden a las competencias y a la composición del órgano. La discusión, en otras palabras, versa no sobre la esencia del control de constitucionalidad, sino sobre los concretos modos de funcionamiento; las hipótesis de reforma tienen por objeto perfiles bien delimitados. Sobre todo es útil puntualizar que las mismas aspiran, preferentemente, a acentuar los caracteres de autonomía y profesionalidad de las Cortes Constitucionales y a mejorar los aspectos jurisdiccionales de los procedimientos, más que a limitar su autonomía en las relaciones con el poder político.

ordinamento italiano” en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1957, p. 101 ss.; Crisafulli, “La sovranità popolare nella Costituzione italiana” en *Scritti per V. E. Orlando*, II, Padova, 1957, p. 33 ss.; Capurso, *I limiti della sovranità negli ordinamenti democratici*, Milano, 1967; Pasini, *Riflessioni in tema de sovranità*, Milano, 1966.

(50) Así: Ruiz Lapeña, *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República española*, Barcelona, 1982, p. XVIII.

Esta autora destaca oportunamente, confirmando la consolidación de la justicia constitucional, que “los problemas que la doctrina actual se plantea en relación con la justicia constitucional suelen ser, ante todo, de carácter técnico, o en muchas ocasiones pretendidamente técnico: de organización, de funcionamiento, de hermenéutica... Pero no se suele cuestionar la institución en sí misma”.

A una conclusión semejante parece llegar -aunque sea analizando una experiencia profundamente distinta como la italiana- Pizzorusso (“La Corte Costituzionale tra giurisdizione e legislazione”, *cit.*, p. 14), en opinión del cual “la discusión sobre las verdaderas y supuestas suplencias o interferencias de la Corte Constitucional no justifica ninguna propuesta dirigida a modificar profundamente el ordenamiento actual; y si alguna rectificación podría resultar oportuna, no se trata ciertamente de aquellas tendentes a acentuar el carácter político o legislativo de la Corte, sino en todo caso de pequeños ajustes de carácter principalmente técnico”.

Si la doctrina austriaca y francesa parecen orientadas a introducir nuevas disposiciones que, asegurando una mejor competencia técnica de los jueces, favorezcan la imparcialidad del órgano (51), los correctivos propuestos en la República Federal Alemana parecen, por su parte, instrumentalmente dirigidos a modificar algunas actitudes de comportamiento, para evitar que el poder de decisión de la Corte se desarrolle excesivamente -en virtud de una tácita delegación por parte del Gobierno y del Parlamento- sobre el terreno de la directa solución de problemas políticos (52). Mientras en Italia, para evitar en la práctica la suplencia o la interferencia política del juez en los enfrentamientos con las opciones del legislador, se defienden algunas perspectivas de reforma que, con criterio realista, intentan redeterminar sus atribuciones, excluyendo aquellas competencias que parecen espúreas respecto a la función pri-

(51) Por lo que concierne a la estructura del Tribunal Constitucional austriaco, Ohlinger ("La giurisdizione costituzionale in Austria" en *Quaderni Costituzionali*, 1982, p. 555) ha puesto en evidencia un doble límite por la circunstancia de que, por un lado, los miembros del Tribunal ejercitan, como regla general, su actividad como segundo empleo, y "en el día de hoy las tareas del Vfgh son tan vastas que una organización de este tipo ya no logra desarrollarlas completamente; y, por otro lado, sus nombramientos se producen en cada caso a través de un partido político y sin ninguna discusión pública".

Confirmando la desviación existente entre análisis de las disfunciones y capacidad de innovar el sistema, el mismo autor pone, sin embargo, de relieve, con un cierto escepticismo, que "ya desde los tiempos de Kelsen se sugerían continuamente nuevas propuestas de reforma que deberían garantizar una alta capacidad profesional de los jueces. Pero a nivel de los partidos políticos este tema representa un tabú". También referido a la situación austriaca, se puede ver: Schreiber, *Die Reform der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich*, 1976, p. 137 ss.

Un rápido repaso de las principales propuestas dirigidas a modificar la composición del Consejo Constitucional francés se encuentra en: Favoreu, "Il Conseil Constitutionnel e l'alternanza", *cit.*, p. 604 ss.; Volpi, "Il ruolo del Conseil Constitutionnel nella forma di governo francese" en *Diritto e Società*, 1983, p. 495 ss.

Este último autor admite la oportunidad de prever un sistema de elección similar al existente en Italia, así como de precisar mejor las causas de ilegitimidad y de incompatibilidad, demandando también una comprobada preparación en materia jurídica.

Del mismo modo, en nuestra opinión, la innovación más significativa debería consistir en la introducción de formas de control sucesivo, al igual que las experiencias actualmente operantes en Europa.

Para una defensa del control de constitucionalidad de carácter preventivo, puede verse: Favoreu, *Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité. Développements récents en Europe occidentale*, Uppsala, 1984. Por el contrario, para una consideración crítica de esta atribución, cfr. Rolla, *Indirizzo politico e Tribunale Costituzionale in Spagna*, *cit.*, p. 177 ss.

Ulteriores indicaciones relativas al debate sobre la reforma del Consejo Constitucional, se encuentran en: Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, París, 1980; Chiroux, "Faut-il réformer le Conseil?" en *Pouvoirs*, 1980, núm. 13, p. 111 ss.

(52) Así lo reconoce expresamente Schlaich, "Corte Costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania", *cit.*, p. 590.

maria, consistente en juzgar la constitucionalidad de las leyes y de los otros actos con fuerza de ley (53).

Cuando se intente encontrar, en la diversidad de las experiencias, una línea de tendencia común, ésta debería buscarse no en la crisis, sino en la creciente difusión de las formas de justicia constitucional. El área de los ordenamientos en los cuales operan órganos encargados del ejercicio de tal actividad se está ampliando rápidamente; no parece paradójico afirmar que ningún Estado tiende a presentarse como un país sin jurisdicción constitucional, ni renuncia *a priori* a la posibilidad de instaurar algún sistema de control de la constitucionalidad de las leyes.

La expansión de la justicia constitucional ha alcanzado a la totalidad de los países de la Europa Meridional: desde España, en donde el Tribunal Constitucional ha sido activado por la Constitución de 1978, hasta Portugal y Grecia.

(53) Sobre los daños y sobre las consecuencias negativas conexas a la atribución a la Corte Constitucional de competencia en el tema de los delitos ministeriales existe en la doctrina una valoración unánime. Entre los numerosos estudios dedicados a la llamada "justicia política" se vean, por último: Scarlato, *I reati ministeriali*, Padova, 1982; Vassalli, "I reati ministeriali tra interpretazione e riforma" en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1982, p. 761 ss.; Tuccari, "Questioni costituzionali nel proceso Lockheed dinanzi alla Corte integrata" en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1980, p. 441 ss.; Taormina, *Procedimenti e giudizi di accusa*, Milano, 1978; Moretti, "Art. 137. Garanzie costituzionali" en *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1981, p. 589 ss.; Zagrebelsky, "La giurisdizione costituzionale" en *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, p. 785 ss.

Las orientaciones predominantes son contrarias a introducir modificaciones significativas en las atribuciones y en los poderes de la Corte Constitucional. Aunque tampoco faltan indicios de perspectivas también favorables a la reconsideración de importantes perfiles organizativos o de enteros sectores competenciales del juez constitucional. En este sentido, Pizzorusso ("La Corte Costituzionale tra giurisdizione e legislazione", *cit.*, p. 123), a pesar de advertir que ninguna reforma parece necesaria a corto plazo, opina que no parece ilógico optar por el sistema americano puro y simple, aunque sea después de haber completado consecuentemente la obra de reordenación del poder judicial.

Por su parte, Elia ("Giustizia costituzionale e diritto comparato", *cit.*, p. 13) rompe una lanza a favor de una ampliación de los poderes procesales de la Corte italiana tomando como modelo los que ya tiene atribuidos el juez constitucional alemán, a la vez que no parece del todo contrario a prever, en relación a las materias circunscritas, la posibilidad de formas de control preventivo.

Amplias innovaciones son, por su parte, propuestas por: Bognetti, "La Corte Costituzionale como garante della Costituzione" en *Verso una nuova Costituzione*, II, Milano, 1983, p. 626 ss.

Sobre este tema también pueden verse: Mezzanotte, "La Corte Costituzionale: esperienze e prospettive" en *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, p. 153 ss.; Pizzetti, "Riforme costituzionali e giustizia costituzionale" en *Vita e Pensiero*, 1982, p. 31 ss.; Capotosti, "Tendenze attuali dei rapporti tra Corte Costituzionale e sistema politico-istituzionale" en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1983, p. 1597 ss.

Los artículos 278 y siguientes de la Constitución portuguesa de 1982 -revisando radicalmente el título I de la parte IV de la precedente Carta Constitucional que atribuía a la Comisión Constitucional y al Consejo de la Revolución la tarea de garantizar el respeto a la Constitución- asignan al Tribunal Constitucional la competencia para ejercitar un control, preventivo y sucesivo, de constitucionalidad, así como de actuar como instancia de apelación en los recursos contra las decisiones de los tribunales que rehúsen la aplicación de normas que consideran inconstitucionales o bien que apliquen normas ya declaradas inconstitucionales (54).

Por cuanto concierne, en fin, al ordenamiento griego, la Constitución ha introducido un sistema mixto: de un lado, el artículo 93, prescribiendo que los jueces no están obligados a aplicar una ley contraria a la Constitución, parece prever un control de legitimidad constitucional de tipo difuso; por el otro lado, el artículo 100 instituye una Corte especial competente, entre otras cosas, para decidir sobre los conflictos entre las diversas jurisdicciones y entre éstas y los órganos administrativos del Estado (55).

Esta tendencia alcanza, además, a ordenamientos pertenecientes a tradiciones jurídicas muy diversas, que se inspiran en principios institucionales y se fundan sobre sistemas sociales opuestos. Basta pensar que la atención por los sistemas de *judicial review* parece alcanzar tanto a países escandinavos como Suecia y Noruega (56), como a Estados surgidos

(54) Puede verse, en este sentido, De Vergottini, "Principio di legalità e revisione della Costituzione portoghese del 1982" en *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, p. 1141 ss. Del mismo autor, cfr. *Le origini della seconda repubblica portoghese*, Milano, 1977.

Una exposición de las principales competencias del Tribunal Constitucional portugués, también se encuentra en: Favoreu, *Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité. Développements récents en Europe occidentale*, cit., p. 11 ss.

(55) Cfr. Favoreu, *op. ult. cit.*, p. 13 ss.; Spiliotopoulos, "Judicial review of legislative acts in Greece" en *Temple Law Quarterly*, 1983, núm. 56, p. 463 ss.; Perifanaki, "La Corte Suprema speciale nella Costituzione greca del 1975" en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1979, p. 183 ss.

Un cuadro sumario de la tendencia a la difusión y generalización de la justicia constitucional fue intentado, hace algunos años, por: Cappelletti, "Il significato del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel mondo contemporaneo" en *Rivista di Diritto Processuale*, 1968, p. 486 ss.; Idem, "Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle" en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1981, p. 639 ss.

(56) Interesantes y actualizadas anotaciones en torno al creciente interés de los estudiosos escandinavos por las diversas formas de control judicial sobre las opciones legislativas, están contenidas en las comunicaciones presentadas por Hiden, Schuessler y Smith en el Coloquio de la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas celebrado en Uppsala, el 26-28 de junio de 1984, sobre el tema: "*Judicial review of legislation: its legitimacy and development*". Sobre esta cuestión también pueden verse: Hiden, "Constitutional rights in the

de las antiguas colonias británicas. Al mismo tiempo que alguna apertura, no obstante sea tímida, al control de constitucionalidad de las leyes parece entreverse también en el interior del sistema anglosajón, el cual -como es notorio- aparece todavía anclado en torno al dogma de la soberanía popular: por ejemplo, algunos jueces han reconocido que *The Treaty of Union* representa un documento constitucional fundamental cuyas previsiones son susceptibles de limitar los poderes normativos del Parlamento (58).

Por cuanto concierne, por su parte, a la situación actual en los países de América Latina, aun siendo evidente que la presencia de mecanismos de control de constitucionalidad es, en muchos ordenamientos, inútil por la naturaleza autoritaria de estos regímenes políticos, es necesario destacar -cuando limitamos la atención a los meros datos normativos- que esta área geográfica se caracteriza por la notable difusión de controles sobre las leyes. Aunque estos controles, claramente traídos por los pesados mecanismos de colonización y de culturización que los sistemas institucionales de América Latina han debido sufrir tanto en épocas remotas como en períodos recientes, aparecen tomados de modelos muy heterogéneos (59).

legislative proces: the finish system of advance control of legislation" en *Scandinavian Studies in Law*, Stoccolma, 1973, p. 97 ss.; Kastari, *La protection constitutionnelle des droits et libertés des citoyens en Finlande*, Lund, 1959, p. 285 ss.

(57) Para referencias más detalladas, cfr. Whyte, *Judicial review of legislation and its legitimacy: developments in the common law world*, Uppsala, 1984; Shapira, "Judicial review without a Constitution: the Israeli paradox" en *Temple Law Quarterly*, 1983, p. 405 ss.; Haley, "The freedom to choose an occupation and the constitutional limits of legislative discretion" en *Law in Japan*, 1975, p. 188 ss.

(58) Sobre esta cuestión, cfr. Barbara de Smith, "The judicial committee as a Constitutional Court" en *Public Law*, 1984, Winter, p. 557 ss.

(59) A título de ejemplo, se puede recordar que el sistema norteamericano ha influenciado el ordenamiento de Argentina, de Brasil, de México y de Ecuador; mientras que el llamado "modelo austriaco" ha encontrado ensayos de puesta en práctica en las realidades constitucionales de Guatemala, de Chile y del Perú. En opinión de la doctrina operan, por el contrario, sistemas mixtos en los ordenamientos de Colombia, Venezuela y Costa Rica. Sobre esta materia, pueden verse: Carpizo-Fix Zamudio, *The necessity for and the legitimacy of the judicial review of the constitutionality of the laws in Latin America*, Uppsala, 1984; Eder, "Judicial review in Latin America" en *Ohio State Law Journal*, 1960, p. 570 ss.; Fix Zamudio, "La justicia constitucional en Ibero-américa y la declaración general de inconstitucionalidad" en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1978, p. 651 ss.; Idem, "Dos leyes orgánicas de Tribunales Constitucionales latinoamericanos. Chile y Perú" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1984, núm. 51; Idem, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, 1985; Paz Soldán, *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*, Lima, 1981, p. 368 ss.; Silva Cimma, *El Tribunal Constitucional de Chile*, Caracas, 1977; Carlos Sachica, *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*, Bogotá, 1980; Brewer-Carias, *La defensa de la Constitución*, Caracas, 1982.

Además, experiencias significativas se van afirmando, con éxitos interesantes, también en el interior de la que ha sido llamada la "familia jurídica socialista" (60). Sirva el ejemplo de la República Socialista Federativa yugoslava, la cual, en la nueva Constitución de 1974, ha valorizado la justicia constitucional, atribuyéndole la tarea de tutelar el principio de legalidad y los valores constitucionales fundamentales. En efecto, la Corte Constitucional yugoslava, según el art. 375 de la Constitución, es competente para juzgar, de un lado, la compatibilidad de las leyes federales y de las provincias con las disposiciones constitucionales y, de otro lado, la coherencia de la normativa de las repúblicas y de las provincias respecto a la legislación federal.

Debe subrayarse que los sectores más avanzados de la doctrina constitucionalista reconocen que el control de constitucionalidad de las leyes no es incompatible con una organización socialista del poder y del Estado, a condición de que no se transforme en un juicio sobre la oportunidad de las leyes, resquebrajando el monopolio de las Asambleas electivas en el tema de la creación de las normas. Así, entendida como una técnica jurídica dirigida a asegurar la supremacía jerárquica de las disposiciones constitucionales, semejante actividad es considerada una consecuencia indispensable de la posición que la Constitución ocupa en los ordenamientos socialistas: a juicio de algunos competentes autores, la protección de los valores y de los principios constitucionales demanda la existencia de formas de control ejercitadas por una autoridad separada y autónoma respecto al poder legislativo (61).

Un actualizado examen del control de constitucionalidad en la República Argentina se encuentra en: Vanossi, *Recurso extraordinario federal. Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, 1984.

(60) La eficaz expresión es de: Cappelletti, "Il significato del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel mondo contemporaneo" en *Rivista di Diritto Processuale*, 1968 '86.

(61). Cfr. Nikolic, *Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité. (Développements récents dans les pays socialistes)*, Uppsala, 1984, p. 21.

Así, en opinión de este autor no sólo "il serait inimaginable que l'exécutif puisse participer, directement ou indirectement, à l'exercice du contrôle de la constitutionnalité des lois", sino que se debe también considerar como *condicio sine qua non* para realizar un efectivo examen de constitucionalidad la independencia y la neutralidad del órgano encargado del control.

En general, sobre el control de constitucionalidad en Yugoslavia, también puede verse: Srzentic, "Les juridictions constitutionnelles yougoslaves" en *La Constitution yougoslave de 1963*, París, 1965; Jovicic, "La nouvelle Constitution yougoslave de 1974: ses particularités et caractéristiques en tant qu'acte juridique général suprême" en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1974, p. 746 ss.

Sobre las perspectivas que, desde el punto de vista de los órdenes constitucionales y de las ideologías jurídicas, iniciarían el reconocimiento de que la justicia constitucional no es incompatible con los principios de la soberanía popular y de la unidad de poder sobre los

3. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS COMUNES A LAS EXPERIENCIAS EUROPEAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL. EN PARTICULAR, EL PAPEL DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES COMO GARANTES DEL PACTO CONSTITUCIONAL Y DEL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA POLÍTICO Y SOCIAL DISEÑADO POR LOS CONSTITUYENTES

Los diversos casos que hemos examinado ejemplifican una tendencia constitucional actual, la cual -no obstante su proteiformidad- permite enunciar algunas consideraciones de orden general.

Ante todo, se puede destacar que la introducción de mecanismos y la activación de órganos encargados del control de constitucionalidad de las leyes -aunque históricamente ha tendido a ligarse al desarrollo de la democracia y del Estado de Derecho- no constituye el rasgo típico de una particular forma de Estado ni de una determinada forma de Gobierno. Si es indudablemente cierto, como se explicará detalladamente a continuación, que un moderno ordenamiento democrático que se inspire en el principio de legalidad no puede prescindir de la activación de un sistema de justicia constitucional, sería, sin embargo, arbitrario llegar a la conclusión opuesta: esto es, afirmar la imposible conciliación formal entre control judicial de constitucionalidad y particulares formas estatales y de Gobierno. Se puede, en otras palabras, entender que este instituto prescinde, en una cierta medida, de los caracteres del régimen político para representar un rasgo propio de los órdenes contemporáneos, capaz de explicar sus funciones dentro de ordenamientos político-institucionales diversos (62).

que se fundan las democracias socialistas. cfr. D'Orazio, *La genesi della Corte Costituzionale*, cit., p. 53; Cappelletti, "Il significato del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel mondo contemporaneo", cit., p. 487.

(62) No sería de otro modo justificable la presencia de Tribunales Constitucionales en ordenamientos -como, por ejemplo, el turco y el chileno- con caracteres claramente autoritarios y donde falta una tutela efectiva tanto de las fundamentales libertades públicas, como de los tradicionales derechos democráticos.

Obviamente, este reconocimiento no puede traducirse en una ocultación valorativa de las diversas experiencias, desde el momento en que la función concretamente ejercitada por los órganos de justicia constitucional en los diversos sistemas está estrechamente conectada a los caracteres propios de cada forma de gobierno. Bajo este perfil se puede estar de acuerdo que los regímenes democráticos aparecen como los más idóneos para acoger modelos jurisprudenciales de control de la legitimidad constitucional de las leyes.

Según Rodríguez Zapata y Pérez ("La Corte Constitucional italiana: ¿modelo o advertencia?" en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, p. 2417), la previsión de eficaces sistemas de justicia constitucional ha tenido lugar sobre todo, en las Constituciones que si-

Con este juicio no pretendemos, de ningún modo, defender la indiferencia de la justicia constitucional respecto a los sistemas políticos. Parece, en efecto, evidente que el control jurisdiccional sobre la actividad legislativa y sobre la correcta utilización de las competencias por parte de los diversos órganos constitucionales resulta desvitalizado, e incluso reducido a mero simulacro formal, en aquellos ordenamientos que no reconocen el carácter fundamental del principio de legalidad o que no cifran en la separación de las competencias el criterio ordenador de la organización estatal.

Del mismo modo, la previsión de procedimientos y de órganos encargados del ejercicio del juicio de constitucionalidad no permite asegurar que, en determinadas realidades o en particulares momentos de la vida política de un país, esté asegurado el respeto puntual y sustancial de las disposiciones constitucionales. Más modestamente, se quiere remarcar que la justicia constitucional puede formar parte del *government* de regímenes muy diferentes uno del otro.

En segundo lugar, cuando se pone la atención exclusivamente en los sistemas de justicia constitucional asentados, es posible encontrar que formas de control pertenecientes a tipos originariamente distintos tienden a asumir rasgos unitarios, a presentar caracteres comunes.

Los dos principales modelos -el control abstracto teorizado por Kelsen y el juicio concreto de derivación norteamericana- han encontrado en la experiencia constitucional europea modificaciones, adaptaciones y evoluciones que les han diferenciado sensiblemente de las fórmulas originarias. En este sentido, ha sido autorizadamente subrayado que "las vicisitudes acaecidas en estos últimos treinta años en varios países han demostrado, sin embargo, como esta bipartición (control abstracto / concreto) no logra poner completamente en evidencia las características de los modelos de justicia constitucional actualmente operantes, sea porque nos encontramos frente a sistemas que, en diferente medida, combinan elementos propios del sistema americano con elementos propios del sistema austriaco, sea porque los criterios utilizados en este ámbito (con-

guen a los regímenes autoritarios, por su capacidad de funcionar como factores de actualización democrática del sistema normativo, "filtro depurador del ordenamiento". Una limitada "indiferencia" de la justicia constitucional respecto a la forma de gobierno también parece admitida por Elia ("Giustizia costituzionale e-diritto comparato", *cit.*, p. 14), al considerar que, en caso contrario, no se podría explicar el fenómeno de su universalización.

centrado-difuso; principal-incidental; constitutivo-declarativo) no parecen agotar el número de rasgos que les califican" (63).

La señalada dificultad clasificatoria es innegable: sus raíces se remontan, en el caso que nos ocupa, no sólo a una condición más general del Derecho constitucional contemporáneo, que sufre mucho más de la incapacidad descriptiva de muchos esquemas clasificatorios consolidados, sino también a la existencia de procesos objetivos de contaminación que determinan fenómenos de progresiva homogeneización tendentes, sino a un modelo unitario, al menos a un sistema integrado en el cual los rasgos de consonancia parecen equilibrar los de distinción. De acuerdo con una línea de tendencia la cual manifiesta -según una sugestiva imagen- "la identidad de experiencias, de forma semejante a como en el arte de la fuga, alemán, tanto el tema inicial, español, como el contrapunto que con él se encadena, italiano, se funden en una figura armónica unitaria" (64).

Esta tendencia contribuye, en nuestra opinión, a hacer de las experiencias de justicia constitucional un terreno muy fértil y beneficioso para las investigaciones de tipo comparativo. A pesar de ello, la frecuencia de las afirmaciones sobre la existencia de institutos, de procedimientos y de competencias similares no puede oscurecer las peculiaridades locales; ni inducir, de forma simplista, a pensar que las semejanzas actuales entre algunas experiencias determine la inevitable homologación de las respectivas realidades.

El ejercicio en ordenamientos distintos de la misma competencia puede generar resultados y determinar efectos diversificados; por el contrario, no se debe ni siquiera excluir la eventualidad de que, en diversas situaciones, se llegue a resultados institucionales sustancialmente unitarios utilizando instrumentos procesales e institutos diferentes.

A modo de sumaria ejemplificación -y reenviando para una demostración más detallada a otro trabajo (65)- se pueden indicar los resultados notablemente diversos producidos en España y en Francia del ejercicio de la misma competencia -el control preventivo sobre las leyes-; o bien los parecidos resultados que en el tema de la libertad y de los dere-

(63) Así: Pizzorusso, "I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi" en *Quaderni Costituzionali*, 1982, p. 522.

(64) Cfr. Rodríguez Zapata y Pérez, "La Corte Constitucional italiana: ¿modelo o advertencia?", *cit.*, p. 2421.

(65) Cfr. Rolla, *Indirizzo politico e Tribunale Costituzionale in Spagna*, *cit.*, p. 161 ss.

chos fundamentales de los ciudadanos han ofrecido procedimientos tan diversos como el recurso de amparo en España y la cuestión incidental de legitimidad constitucional en Italia.

En este sentido, la experiencia constitucional iniciada en España con la Constitución de 1978 puede resultar un punto de referencia útil para la comprensión del fenómeno, desde el momento en que las competencias del Tribunal Constitucional representan una propia y verdadera *summa* de las atribuciones deducibles de los diversos ordenamientos constitucionales. Utilizando con fines descriptivos la clasificación propuesta en un conocido trabajo de Derecho comparado (66), se debería concluir que la jurisdicción constitucional española participa de los caracteres de los diversos sistemas y engloba en sí misma las fundamentales alternativas ofrecidas por las experiencias europeas actuales. En efecto, el Tribunal Constitucional se activa tanto a través de un recurso como a continuación de una excepción de inconstitucionalidad; el control no es sólo sucesivo, sino también preventivo; las decisiones tienen eficacia *erga omnes*, pero cuando se limitan a la estimación subjetiva de un derecho, sólo producen efectos para las partes del proceso. Además, el recurso de amparo ofrece una tutela directa y concreta de los derechos y libertades fundamentales que se aproxima a un juicio esencialmente abstracto sobre la compatibilidad de una norma con fuerza de ley con los preceptos establecidos por las disposiciones constitucionales (67).

Es útil, por otra parte, recordar que en los modernos órdenes constitucionales los órganos de justicia constitucional ejercitan una pluralidad de competencias, asumiendo un abanico de funciones no todas reconducibles al control de constitucionalidad de las leyes. En otras palabras, las Cortes Constitucionales no son órganos monofuncionales, sino titulares de una multiplicidad de delicadas atribuciones, que acentúan su relieve en el interior de las singulares formas de Gobierno. Junto a competencias reconducibles a la exigencia fundamental de garantizar el respeto de las reglas, de las competencias y de los principios establecidos por la Constitución, se añaden poderes de naturaleza más puramente política.

(66) Esta clasificación puede encontrarse en: Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968.

(67) Entre los textos que ofrecen una descripción completa de las atribuciones del Tribunal Constitucional español, se pueden recordar los siguientes: Bon-Moderne-Rodríguez, *La justice constitutionnelle en Espagne*, Aix, 1984; Almagro Nosete, *Justicia constitucional*, Madrid, 1980; AA. VV., *Tribunales Constitucionales: organización y funcionamiento*, Madrid, 1980; Galeotti-Rossi, "El Tribunal Constitucional en la nueva Constitución española: medios de impugnación y legitimados para actuar" en *Revista de Estudios Políticos*, 1979, núm. 7, p. 119 ss.; Aragón Reyes, "La jurisdicción constitucional" en *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1980, p. 781 ss.

Entre estos últimos, se incluyen -en nuestra opinión- la competencia de la Corte de Justicia Constitucional austriaca y del Consejo Constitucional francés en materia electoral y en el tema del referéndum (68); las atribuciones de la Corte Constitucional italiana, del Tribunal Constitucional de la República Federal alemana y de la Corte austriaca en materia de justicia política (69); los cometidos del Tribunal Constitucional portugués y del Consejo Constitucional relativos a la verificación de la muerte y a la certificación del impedimento del Presidente de la República (70); los poderes consultivos del Consejo Constitucional respecto a las medidas adoptadas por el Presidente de la República en virtud del artículo 16 de la Constitución francesa, por un lado, y las decisiones del Tribunal Constitucional alemán sobre la pérdida de los derechos fundamentales y sobre la inconstitucionalidad de los partidos políticos, por otro lado (71).

En este contexto parece constituir una positiva excepción la elección realizada por la Constitución española y por la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, las cuales, no obstante configurar un sistema de competencias particularmente articulado y rico, no han previsto la activación de atribuciones no reconducibles directamente al ejercicio de un juicio sobre la legitimidad constitucional de las normas.

Por último, se puede señalar la propensión de los órganos de justicia constitucional a asumir -en virtud de una expresa disposición normativa o sobre la base de orientaciones jurisprudenciales- una función no sólo juzgadora, sino también de interpretación "auténtica" del significado de las disposiciones constitucionales o bien de verificación de la conformidad constitucional de las decisiones de la autoridad judicial ordinaria. Basta pensar, por una parte, en la previsión del artículo 13 de la Ley de 12 de marzo de 1951 sobre el Tribunal Constitucional alemán, el cual atribuye a este órgano la competencia para decidir sobre la interpretación de la Ley Fundamental tanto con ocasión de controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo federal o de otros interesados, como en los casos de divergencias de opiniones o de

(68) Cfr. el art. 141 de la Ley Constitucional federal austriaca, y los arts. 32 ss. y 46 ss. de la Ley Orgánica sobre el Consejo Constitucional francés.

(69) Cfr. el art. 134 de la Constitución italiana; los arts. 49 ss. de la Ley sobre el Tribunal Constitucional de la República Federal alemana del 12 de marzo de 1951; y los artículos 142 y 143 de la Ley Constitucional federal austriaca.

(70) Cfr. el art. 213 de la Constitución portuguesa y el art. 31 de la Ley Orgánica sobre el Consejo Constitucional francés.

(71) Cfr. las normas contenidas en los títulos primero y segundo de la parte III de la Ley sobre el Tribunal Constitucional de la República Federal alemana.

dudas sobre la compatibilidad formal o sustancial del Derecho federal o de los Länder con la Ley Fundamental, sobre los derechos y deberes del Estado central o de los Länder, y sobre la supervivencia de normas como Derecho federal. Por otra parte, el artículo 40-2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional español, precisa que la jurisprudencia de los jueces ordinarios “habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelven los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad”.

A resultados similares también se llega, sin embargo, en aquellos ordenamientos en los cuales los pronunciamientos de la Corte Constitucional, aun no siendo reconocida *ex lege* esta autoridad, adquieren no sólo valor de cosa juzgada con eficacia *erga omnes*, sino que actúan también con función de precedente. Esto sucede, en primer lugar, a causa de la *auctoritas* que los jueces constitucionales han logrado adquirir y del consenso que sus orientaciones jurisprudenciales obtienen de parte de los operadores jurídicos y de los intérpretes del Derecho. En efecto, si es cierto que en nuestros sistemas el efecto de precedente ejerce una influencia de orden psicológico que se queda, en un cierto sentido, en los márgenes de la experiencia jurídica, también es indudable que, de hecho, las *rationes decidendi* contenidas en los pronunciamientos de las Cortes Constitucionales tienden -como ha sido competentemente reconocido- a hacer nacer un Derecho pretorio, capaz de “influir sobre la vida real del ordenamiento, amparándose, si no en las leyes en sí, en el Derecho como vive y como viene usado por los jueces” (72). Sobre todo en aquellas situaciones en las cuales las posiciones interpretativas hechas valer por el juez constitucional tienden no tanto a contraponerse, como a asumir las interpretaciones dominantes en la doctrina y en la jurisprudencia ordinaria.

Se pone en toda su permanente actualidad la convicción de Betti, según el cual el precedente, revelando la autoridad que el criterio de decisión adoptado puede desarrollar en los procesos del convencimiento de los jueces futuros, no se manifiesta “como un precepto jurídico que debe observarse, sino que apela únicamente a la inteligencia y al sentido crítico de quien decide, llamándolo a evaluar el criterio de decisión adoptado en cuanto a su valor interpretativo: esto es, a reconocer si responde a las exigencias del caso decidido y al diseño de coherencia del *ius conditum*, si representa, en suma, una interpretación exacta de las normas jurídicas en discusión” (73).

(72) Cfr. Elia, “La Corte nel quadro dei poteri costituzionali”, *cit.*, p. 524.

(73) Así: Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 131.

Es necesario, sin embargo, precisar que en particulares circunstancias no faltan a los jueces constitucionales ni siquiera los instrumentos para atribuir a las propias *rationes decidendi* una fuerza persuasiva que no repose sólo sobre la autoridad del juzgador o sobre motivos de naturaleza psicológica: se piense, por ejemplo, en la hipótesis en la cual la Corte emana una sentencia interpretativa de rechazo, “amenazando” o “dejando entender” que, en el caso de que los jueces ordinarios mantuvieran una postura interpretativa distinta, resolvería las futuras cuestiones con una sentencia de acogimiento parcial; o bien en el caso en el cual decide la cuestión a través de una sentencia de acogimiento de tipo creativo (74).

Cuando se nos pregunta sobre las razones por las cuales las Cortes y los Tribunales Constitucionales han adquirido gran relevancia en los modernos sistemas constitucionales y en los diversos regímenes políticos, no se puede, en nuestra opinión, dejar de considerar que su campo de actividad se sitúa en una encrucijada en la cual se cruzan exigencias distintas, inducidas por los caracteres peculiares de los vigentes ordenamientos democráticos. En otras palabras, las atribuciones de las Cortes Constitucionales parecen constituir la coronación y el enriquecimiento de algunos principios fundamentales que caracterizan la forma de Estado contemporáneo.

Del Estado liberal de Derecho la justicia constitucional valora el principio de legalidad, en virtud del cual todos los actos de las autoridades constituidas deben encontrar su fundamento en una previa norma legal que no pueden contravenir. En efecto, la justicia constitucional extiende el alcance de este principio a la misma actividad legislativa, así como “a amplios sectores del área, exquisitamente política, de las relaciones entre los máximos órganos del Estado”, convirtiendo en justificable -según una autorizada puntualización-, a través de la competencia para juzgar los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado, “la repartición del supremo poder estatal entre una pluralidad de órganos diversos, entre ellos recíprocamente equiparados e independientes, en la cual se suele hacer consistir uno de los postulados de la democracia liberal” (75).

(74) Esta particularidad ha sido evidenciada con perspicacia por: Pizzorusso, “Stare decisis e Corte Costituzionale” en *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, cit., p. 31 ss.; Idem, “Effetto di giudicato ed effetto di precedente delle sentenze della Corte Costituzionale” en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1966, p. 1976 ss.

(75) Así: Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, p. 224.

Expresa, en definitiva, la supremacía de la fuente constitucional con respecto a las actividades normativas producidas por los diversos poderes.

Este perfil contribuye, indubitadamente, a legitimar el control judicial de constitucionalidad en los ordenamientos que se inspiran en postulados fundamentales del Estado liberal de Derecho.

Sobre este punto un extraordinario acuerdo une tanto la doctrina, como los *obiter dicta* con los cuales las diversas Cortes Constitucionales han puntualizado la propia función y posición en el sistema. Con referencia a la primera parece suficiente destacar la unidad de juicio entre quienes entienden que el principio de legalidad, al igual que la rigidez de la Constitución, aumenta el fundamento de la justicia constitucional, y quienes sostienen que el principio de legalidad, "en cuanto principio arquitectónico básico del ordenamiento", ha sido completado por el instituto del control de constitucionalidad (76).

Por lo que concierne a los segundos, se puede hacer referencia, por una parte, a la Sentencia de 7 de febrero de 1969, número 15, de la Corte Constitucional italiana, en donde se afirma que el cometido primario de la justicia constitucional es hacer operante el principio de legalidad (77); y, por otra parte, al Pronunciamiento de 2 de julio de 1981, número 22, del Tribunal Constitucional, en el cual se confirma que la tarea de este órgano consiste esencialmente en asegurar la sumisión del legislador y de los otros poderes a la Constitución.

Por otra parte, no se puede dejar de recordar que la plena conciliabilidad de la justicia constitucional con los postulados del Estado liberal de Derecho ya había sido defendida por la Corte Suprema de los Estados Unidos con ocasión de la famosa controversia "Marbury versus Madison", cuando afirmó que un acto normativo contrario a la Constitución

(76) Pueden verse, a título de ejemplo, los escritos de: Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 223 ss.; Rubio Llorente, "Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional" en *Revista de Derecho Político*, 1982-1983, núm. 16, p. 29.

Por su parte, Lucas Verdú (*Curso de Derecho Político*, Madrid, 1974, vol. II, p. 683) consideraba la justicia constitucional como la "autoconciencia de eficacia y dinamismo" del principio de legalidad.

Todavía con referencia a la doctrina española, también puede verse: García Pelayo, "El status del Tribunal Constitucional" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981, núm. 1, p. 18 ss.

(77) Cfr. "Corte Costituzionale 7 febbraio 1969, núm. 15" en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1969, p. 91 ss.

debe considerarse nulo, ya que los poderes de los órganos legislativos son definidos y limitados por la Constitución.

El juicio de constitucionalidad realiza, también, una función de garantía característica del moderno Estado democrático: en favor de los derechos fundamentales de los individuos contra los abusos del legislador, en beneficio de las minorías y de las oposiciones políticas contra las decisiones arbitrarias de la mayoría parlamentaria y del Gobierno. En los sistemas actuales, el juicio de constitucionalidad se siente cada vez menos como una ingerencia, puesta en marcha por un órgano no representativo, en las confrontaciones sobre la autonomía política del Parlamento, o bien como una compresión injustificada de la soberanía de las Asambleas Electivas. Al contrario, es considerado una garantía para la tutela de los derechos y las posiciones subjetivas que la Carta Constitucional reconoce a personas individuales, a grupos y a estructuras organizadas de la sociedad.

Si quisieramos sintetizar el concepto con una expresión se podría afirmar que las Cortes Constitucionales no limitan la autonomía del poder político, pero contribuyen a frenar el absolutismo de las mayorías gubernamentales: de acuerdo con la sabia consideración de quien, durante los trabajos de la Asamblea Constituyente italiana, precisó que "para preparar el texto de una nueva Constitución democrática es más oportuno y prudente proceder desde el punto de vista de la minoría" (78).

Mientras la tutela de las posiciones subjetivas reconocidas por la Constitución está incluida entre los rasgos más evidentes de la acción de estos órganos (79), merece destacarse más significativamente, a los fines

(78) Esta intervención se puede leer en: *Atti Ass. Cost.*, 4 de marzo de 1947. En cuanto a la función garantística a que responden los modernos sistemas de justicia constitucional, se vea, por cuanto concierne a la doctrina italiana: Caretti-Cheli, "Influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale" en *Quaderni Costituzionali*, 1984, p. 27; D'Orazio, *La genesi della Corte Costituzionale*, Milano, 1981.

Entre los autores españoles: García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., p. 184 ss.; De Juan Martín, "Comentarios en torno a la jurisdicción constitucional" en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, vol. II, p. 1340 ss.; Sánchez Agesta, "La justicia constitucional" en *Revista de Derecho Político*, 1982-1983, núm. 16, p. 24 ss.

(79) La doctrina inmediatamente ha recogido, y durante un cierto período incluso privilegiado, la posición fundamental que la justicia constitucional ocupa entre los institutos encargados de la tutela de las posiciones subjetivas y de los derechos reconocidos por la Constitución. Se vean, a título meramente indicativo, los trabajos de: Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955; Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977.

de este sintético cuadro comparativo, su creciente propensión a asumir también una función de garantía de las oposiciones políticas contra posibles abusos de las mayorías parlamentarias.

Parece, en este sentido, sintomática la tendencia a disciplinar las formas de acceso al juicio de constitucionalidad en modo que también grupos de parlamentarios estén legitimados para presentar recurso contra leyes aprobadas por la mayoría. El artículo 162 de la Constitución española atribuye a 50 diputados o a 50 senadores la competencia para interponer recurso de inconstitucionalidad; según la Ley de 12 de marzo de 1951 sobre el Tribunal Constitucional alemán, el control abstracto sobre las normas puede ser solicitado por un tercio de los componentes de la Dieta federal.

En la misma perspectiva se coloca, de un lado, la Ley Orgánica sobre el Consejo Constitucional, cuyo artículo 18 permite a 60 diputados o a 60 senadores elevar una o más demandas de inconstitucionalidad; y, de otro lado, la Ley sobre la Corte de Justicia Constitucional austriaca, la cual legitima a un tercio de los componentes del Consejo Nacional o de la Dieta de un *Land* para presentar demanda de anulación de una ley por vicio de inconstitucionalidad.

En otros ordenamientos, la ausencia de normas asimilables a las que acabamos de referirnos no ha impedido al sistema desarrollarse en la misma dirección, especialmente cuando el juez constitucional está inundado, con mucha regularidad, de cuestiones que en su mayor parte se refieren a las normas que el Parlamento ha aprobado sólo a costa de una clara división entre las fuerzas políticas, portadoras de los diversos intereses sociales. Como prueba de que la natural función garantística de la Corte puede manifestarse también independientemente de la previsión de particulares procedimientos de acceso, se puede volver a considerar la experiencia italiana: donde la mayoría de los problemas que han dividido la vida social y política del país han llegado, sobre todo a través de la iniciativa de los jueces comunes, a la criba de la Corte Constitucional, permitiéndole aproximarse a la bondad jurídica de las argumentaciones sostenidas, durante el *iter* legislativo, por las fuerzas que se oponían a la

Orientaciones más recientes tienden a poner de relieve el papel de los jueces constitucionales como garantes del sistema de valores consagrado por las Constituciones. En esta perspectiva se sitúan, por ejemplo, las contribuciones de: Amirante, "La Costituzione come sistema di valori e la trasformazione dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale federale" en *Politica del Diritto*, 1981, p. 9 ss.; Carrozza, "Alcuni problemi della giustizia costituzionale in Spagna", *cit.*, p. 1094 ss.

aprobación de una determinada normativa; como resultado, todas las leyes de una cierta importancia y complejidad, apenas aprobadas por el Parlamento, son impugnadas, como si la densidad de los problemas, la precariedad de las mediaciones políticas y las divisiones surgidas en el curso de los trabajos parlamentarios tendiesen a buscar en el juicio de constitucionalidad una proyección externa (80).

Por último, es oportuno evidenciar que los vigentes sistemas de justicia constitucional aportan al Estado social el cometido de asegurar el respeto de las recíprocas competencias y el de regular, a través de una delicada obra de mediación, la pluralidad de los intereses constitucionalmente tutelados.

Una de las múltiples funciones que la complejidad de los vigentes ordenamientos parece querer señalar a los órganos encargados del ejercicio de la justicia constitucional se conecta a una concepción de la Constitución como pacto, como manifestación contractual entre las diversas fuerzas y componentes que participan en el proceso constituyente, como común acuerdo en torno a algunos valores o principios o reglas fundamentales de comportamiento (81).

(80) Recientemente, ha afirmado Zagrebelsky ("La giurisdizione costituzionale" en *Manuale di diritto pubblico*, cit., p. 796) que "no existe ley reciente de alguna importancia política y social sobre la cual la Corte no haya sido llamada a pronunciarse repetidamente, casi como si el juicio de constitucionalidad pudiese ser una especie de prolongación de la confrontación parlamentaria, tanto más abierta cuanto las opciones legislativas son -como son en los tiempos que vivimos- más inciertas, compromisorias y contradictorias, en una palabra, políticamente inestables".

(81) Con la expresión "Constitución pactada" hacemos referencia a los perfiles sustanciales y no formales del fenómeno constituyente. No nos adherimos, por tanto, a la definición propuesta por Lavagna (*Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1982, p. 190), en base a la cual la Constitución sería individualizable desde el punto de vista del procedimiento histórico-jurídico que ha llevado a su emanación o formación.

A nuestro juicio, el concepto de "pacto constitucional", considerando tanto el elemento subjetivo del consenso de las fuerzas constituyentes, como el dato objetivo de los valores y de las reglas fundamentales en torno a las cuales tal consenso se ha formado, puede ser aproximado a la figura de la Constitución en sentido sustancial o material.

La doctrina que se ha ocupado de este concepto es muy amplia; ante la imposibilidad de dar una lista completa nos limitamos, a título de ejemplo, a destacar algunos trabajos a cuya lectura reenviamos para ulteriores referencias bibliográficas: Crisafulli, "Costituzione" en *Enciclopedia del novecento*, Roma, 1976, p. 1030 ss.; Mortati, "Dottrine generali sulla Costituzione" en *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1972, p. 144 ss.; Zangara, "Costituzione materiale e Costituzione convenzionale" en *Scritti in onore di Mortati*, I, Milano, 1977, p. 338 ss.; Modugno, "Il concetto di Costituzione" en *Scritti in onore de Mortati*, I, Milano, 1977, p. 210 ss.; Dogliani, *Interpretazione della Costituzione*, Milano, 1982; Roila, *Costituzione materiale e riforma delle istituzioni*, Milano, 1980.

Según esta perspectiva, por un lado, la Constitución expresaría el *idem sentire* de los grupos que tienen un peso en la vida política respecto a los caracteres fundamentales del sistema; por otro lado, la efectiva vigencia de este último puede ser conseguida sólo si subsiste “aquella convicción colectiva que, en el campo constitucional, corresponde a la resultante de los grupos políticos que pretenden sostener la Constitución” (82).

Se trata de una concepción en sentido sustancial de la Constitución que procura asegurar con la rigidez también la estabilidad de los principios allí sancionados. Es notorio, en efecto, que la primera característica concierne al procedimiento de formación y de revisión de las disposiciones constitucionales: por sí misma, en consecuencia, no es idónea para garantizar la permanencia y la efectiva vigencia de las elecciones realizadas por los constituyentes. Corresponde, por su parte, al atributo de la estabilidad valorar la cualidad de la Constitución consistente, por un lado, en conseguir expresar valores reconocibles como actuales por el cuerpo social, y, por otro, en el indicar los procedimientos capaces de regular el lineal funcionamiento de las instituciones.

En otros términos, se debe considerar que la capacidad de una Constitución de perdurar en el tiempo, respondiendo a las necesidades exigidas por la evolución de la vida social, política y económica de un país, reside en la permanencia de aquel pacto leal de recíproco respeto de las reglas del juego que ha sido solemnemente estipulado en el acto de la aprobación de la Carta Constitucional.

Sin embargo, el carácter pactado de una Constitución puede asumir también un significado diverso y más reducido, cuando se considera que las modernas sociedades, con una pluralidad de clases, aparecen recorridas por valores ideológicos no homogéneos, por expectativas enfrentadas, por tensiones diversas no siempre armonizables en una síntesis unitaria. De ello deriva tanto una objetiva dificultad para elegir entre los intereses en juego, como la consecuente propensión a proteger principios no unitarios, quizás antagónicos.

Entre los estudiosos españoles que han afrontado el problema de los caracteres de la Constitución pactada, pueden verse: Jiménez Campo-Porres Azkona, “Conflicto político, técnica jurídica y aplicación inmediata en una Constitución de compromiso: la Constitución española de 1978” en *Revista de Derecho Público*, 1979, núm. 74, p. 83 ss.; García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985.

(82) Así: Barile, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1982, p. 8.

En esta hipótesis el pacto, o mejor el compromiso constitucional, reenvía la elección a la sucesiva intervención de la normación primaria.

La naturaleza pactada de los ordenamientos constitucionales -independientemente de la acepción que el término asuma- influye sobre los caracteres de la justicia constitucional: en un caso, aumentando su peso en el sistema; en el otro, acentuando la delicadeza de su papel y la posibilidad de traspasar límites en áreas tradicionalmente reservadas a la acción de los órganos titulares de la actividad de dirección política.

La presencia en el Texto Constitucional de un complejo de valores comunes enfatiza el cometido de la Corte como garante del pacto constituyente y tutora de su vigencia. Su acción, asumiendo una naturaleza arbitral, intenta solventar los conflictos sometidos a su consideración -no resolubles a través de los mecanismos normales de formación de las voluntades políticas (83)- utilizando como parámetro de referencia los contenidos normativos expresados pactadamente por las fuerzas que han dado vida al proceso constituyente. En este contexto, los órganos de justicia constitucional refuerzan -no obstante la autoridad de las críticas manifestadas por Schmitt (84)- su particular posición de defensores de la Constitución.

Por el contrario, la naturaleza compromisoria de diversas formulaciones constitucionales, que no permite fijar una jerarquía precisa entre los múltiples intereses que deben protegerse, impone a la Corte una obra, muy delicada, de ponderación: no sólo porque la mayoría de las veces la Constitución preventivamente no ha completado una opción, sino también en cuanto que esta elección puede entrar en contradicción directa con la selección de los intereses realizada por el legislador, en la ejecución del programa o de las orientaciones políticas expresadas por la mayoría parlamentaria. Esta eventualidad, consecuencia directa de la existencia de una Constitución rica en disposiciones programáticas, que ofrece tutela jurídica a una gama de valores muy articulada, viene -por su parte- acentuada por la creciente segmentación del cuerpo social y por la corporativización de los intereses (85). La propia complejidad de los

(83) Cheli ("Introduzione" en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., p. 17) augura para el futuro que el "reforzamiento del papel arbitral de nuestro órgano de justicia constitucional termine por representar un objetivo estratégico de esencial importancia para la salvaguarda y el desarrollo de nuestra democracia".

(84) Se vea, en particular, Schmitt, *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981.

(85) Las tendencias actuales a la segmentación, a la fragmentación de las demandas sociales y de los intereses económicos, con las conexas consecuencias sobre la estructura estatal y sobre los procesos de formación de las voluntades públicas, han sido ampliamente

sistemas estatales contemporáneos impide al legislador hacerse intérprete de una supuesta "voluntad general"; en el procedimiento legislativo intervienen mecanismos heterogéneos y se coagulan intereses en posición de recíproco conflicto. Las opciones legislativas se caracterizan cada vez más como la realización de un equilibrio temporal entre exigencias diversas, capaz de conseguir una tregua en el conflicto social; o bien, en términos de sanción, como el prevalecer de un grupo en los enfrentamientos con otro: en cuanto tales, corren el riesgo de ser nuevamente puestos en discusión por la intervención del juez constitucional, cuando considere que se les debe otorgar una jerarquía diversa o bien una diferente legitimación constitucional (86).

Basta dar un vistazo a las disposiciones que regulan las competencias de los órganos de justicia constitucional para valorar la relevancia que reviste, por una parte, la actividad de solución jurídica de los conflictos, y, por otra, la mediación entre los enfrentados intereses en juego. Hasta el punto de que algún autor ha llegado a opinar que los jueces constitucionales han adquirido "la capacidad de realizar el punto de equilibrio entre fuerzas políticas, partes sociales y poder jurisdiccional, a la luz de una lógica ya no separatista de la esfera constitucional con la esfera legislativa ordinaria, en el proceso de superación dialéctica de la distinción entre Estado y sociedad civil" (87).

La posibilidad de canalizar a través de las vías de la jurisdicción constitucional los conflictos institucionales e, indirectamente, los conflictos sociales no es, sin embargo, susceptible de desarrollo ilimitado; encuentra, por el contrario, un límite fisiológico en la idoneidad de las Cortes Constitucionales para resolver solamente los conflictos que acontecen *en el sistema*, pero obviamente no puede solventar aquéllos que expresan la crisis aguda *del sistema*. Esquematisando, se puede afirmar que la obra de mediación de estos órganos contribuye a prevenir las crisis de este úl-

profundizadas por la doctrina.

A título de ejemplo, se pueden destacar los trabajos de: AA.VV., *Consenso e conflitto nella società contemporanea*, Milano, 1982; Fedele, *La deriva del potere*, Bari, 1981; AA.VV., *Trasformazioni e crisi del Welfare State*, Bari, 1983; Ardigò, *Crisi di governabilità e modi vitali*, Bologna, 1980; Barcellona, *Oltre lo Stato sociale*, Bari, 1981; Luhmann, *Potere e complessità sociale*, Milano, 1979; AA.VV., *La governabilità delle società industriali*, Bologna, 1984.

(86) El papel arbitral de la Corte Constitucional ha sido, recientemente, valorizado por: Capotosti, "Tendenze attuali dei rapporti fra Corte Costituzionale e sistema politico-istituzionale" en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1983, p. 1599 ss.

(87) Así: Modugno, "La Corte Costituzionale ed il legislatore" en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., p. 100.

timo tipo, no a resolverlas. Un sistema de justicia constitucional puede funcionar correctamente sólo cuando -según la expresión de un jurista español- la Constitución se revela efectivamente "como realidad normativa y no como mera configuración nominal y semántica" (88).

La puesta en marcha del control jurisdiccional de constitucionalidad ha tenido lugar preferentemente en las fases en las cuales los diversos ordenamientos se disponían a salir de graves, traumáticas, crisis de naturaleza no sólo institucional, sino también social y política; se piense, por una parte, en la experiencia italiana y de la República Federal alemana, en las cuales la decisión de instituir un control de constitucionalidad de las leyes fue reforzada por el recuerdo de las vicisitudes que habían llevado al nacimiento del fascismo y del nazismo; y, por otro lado, en las Constituciones de Grecia, España y Portugal, en donde órganos de justicia constitucional han sido previstos simultáneamente a la consolidación, en estos países, de nuevos regímenes democráticos.

No obstante haber nacido en períodos de transición, no parecen estructuralmente idóneos para actuar en fases de crisis de las instituciones: su cometido esencial es el de garantizar la regularidad, la continuidad de los sistemas, favoreciendo, con obra mediadora, la evolución y el buen funcionamiento del sistema político. Entendemos, en conclusión, que la justicia constitucional sólo puede cumplir esta función si su obra de valorización de los principios y de los valores consagrados en la Constitución se ampara -sin sustituirse- en la acción de las fuerzas políticas y sociales dirigida a renovar constantemente el consenso en las opciones fundamentales realizadas por los constituyentes. En otras palabras, la justicia constitucional asume un papel, no obstante sea siempre complementario y no exclusivo, de garantía de la estabilidad constitucional.

(88) Cfr. De Vega García, "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución" en *Revista de Estudios Políticos*, 1979, núm. 7, p. 95.

EL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL EN EL PROYECTO DE REFORMA DE LA COMPILACION DEL DERECHO CIVIL DE BALEARES ()*

CARME VILA I RIBES

SUMARIO: I. El régimen de separación de bienes como régimen legal en las Baleares. II. Plan a seguir en este comentario. III. La regulación proyectada del régimen de separación. 1. Concepto aproximativo y de fijación del régimen de separación de bienes. 1.1. Bienes de titularidad exclusiva y bienes de titularidad compartida: la presunción de copropiedad. 1.1.1. La prueba de la titularidad de los bienes y los aspectos comunitarios del régimen. 1.1.2. Reducción del ámbito de la presunción de copropiedad en el Proyecto en relación a la que establece la Compilación. 1.2. Ambito de las facultades de los cónyuges sobre sus respectivos patrimonios. 2. Tratamiento en el Proyecto de dos de los aspectos comunitarios a los que se somete el régimen. 2.1. La obligación de los cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. 2.1.1. La obligación de contribuir y el deber de levantar las cargas del matrimonio. Precisiones conceptuales. 2.1.2. La afectación de los patrimonios de los cónyuges al levantamiento de las cargas. 2.1.3. La responsabilidad de los cónyuges por las deudas contraídas en el ejercicio de las actividades encaminadas al levantamiento de las cargas del matrimonio. 2.1.3.1. Ambito y función de la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante. 2.2. La limitación a la facultad de disponer sobre bienes propios por uno de los cónyuges: el consentimiento del cónyuge no titular. 2.2.1. La formulación de la limitación a la facultad de disponer en el Proyecto de reforma y en el Código Civil. 2.2.2. Las dos modalidades de intervención del consentimiento. 2.2.2.1. Cuando sólo uno de los cónyuges es titular. 2.2.2.2. Cuando ambos cónyuges son titulares. 2.2.2.3. Breve referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 135/86 de 31 de octubre. 2.2.3. La protección del adquirente de buena fé. IV. Algunas reflexiones en torno a la oportunidad de la reforma así como en torno al método empleado para llevarla a cabo.

(*) Se trata del Proyecto de Ley sobre la Compilación del Derecho civil de Baleares de 3 de septiembre de 1987 (BOPIB n.º 2, II legislatura de 18 de septiembre). Texto que por lo que al régimen económico se refiere no supone alteración alguna respecto al Proyecto de 6 de marzo de 1986 (BOPIB n.º 59 de 27 de marzo). Véase Coca Payeras Miguel ¿Nue-

I. EL REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES COMO REGIMEN LEGAL EN MALLORCA (2)

A falta de capitulaciones matrimoniales, el régimen económico conyugal será, según dispone el artículo 3, nº 1 del Proyecto de reforma de la Compilación, el de separación de bienes.

En estos términos queda enunciado en el Proyecto el régimen que, a falta de pacto entre los cónyuges y por lo tanto con carácter legal, ha de regir en Baleares, concretamente en Mallorca, como organizador de las relaciones de índole fundamentalmente económica (3) generadas por el matrimonio. En términos parecidos aunque con un contenido no idéntico se expresa el artículo 3 de la Compilación en sus dos primeros párrafos al decir que: "A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá contraído el matrimonio bajo el régimen de absoluta separación de los mismos".

va Compilación de Derecho civil de Baleares o modificaciones de la vigente? en Cuadernos de la facultad de derecho 1985. Págx. 77 a 90

(2). En Baleares el régimen económico legal es el de separación de bienes tanto en Mallorca como en Menorca así como en Ibiza y Formentera. En el proyecto además de las disposiciones que sobre régimen económico son de aplicación en Mallorca, se dedica el artículo 67 a regular de forma específica el régimen de separación tal como ha de ser aplicado en las islas de Ibiza y Formentera.

Si bien a simple vista no se observan grandes diferencias entre ambas regulaciones, la de Mallorca y la de Ibiza, lo cierto es que una lectura detenida de las disposiciones aplicables en Ibiza deja sin sentido la afirmación de que en Baleares rige el régimen de separación sin más. Pues en efecto, pueden ser importantes las diferencias entre una y otra regulación y no tanto por lo que de forma expresa aparece regulado, sino por aquello que no se regula. Concretamente en las disposiciones dirigidas a regular el régimen en Ibiza no aparece la norma por la que se limita la facultad de disponer del cónyuge titular para disponer de la vivienda familiar así como de los muebles. Tampoco se encuentra norma alguna por la que se sujeten los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas. Y da la casualidad que a lo largo de nuestro comentario hemos dedicado una especial atención a estas dos normas que sí aparecen recogidas en las disposiciones aplicables en Mallorca.

Por todo ello creemos que las disposiciones aplicables en Ibiza y Formentera son merecedoras de un comentario a parte. Razón por la que el nuestro va dirigido exclusivamente a tratar sobre las normas de aplicación en la isla de Mallorca y en la de Menorca, sin entrar para nada en la regulación específica que se da para las islas de Ibiza y Formentera.

No obstante hemos titulado nuestro trabajo como el régimen económico matrimonial en el Proyecto de reforma de la Compilación de derecho civil de Baleares, puesto que este es el nombre que se le da al proyecto y porque esta es su función.

(3) Cualquier régimen económico regula aspectos económicos del matrimonio. Lo que sucede es que cada vez más se tienen en cuenta aspectos de carácter personal que con anterioridad a la reforma no eran excesivamente considerados, por ejemplo el trabajo de la mujer en el hogar familiar. Pero en la medida en que el trabajo en el hogar es cuantificable económicamente es evidente que el objeto de cualquier régimen y también del de separación es exclusivamente económico. Véase Lacruz Berdejo, José Luis. *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*. Barcelona, 1982. pág. 278

II. PLAN A SEGUIR EN ESTE COMENTARIO

Uno de los posibles contenidos de este comentario podría ser el que tuviera como objeto de estudio el de la bondad o no del régimen de separación como instrumento regulador de las relaciones económicas del matrimonio. Se trataría, desde esta perspectiva, de poner de relieve los pros y los contras del régimen, para concluir apostando por la continuidad o por la desaparición del mismo atendiendo a razones de índole sociológico.

Este es un discurso que no sólo ha llevado a cabo la doctrina sino que recientemente ha sido utilizado por el legislador de la última reforma del Código Civil en materia de régimen económico y que le ha servido para terminar excluyendo la posibilidad de que el régimen de separación se constituyera en régimen legal en el Código (4).

En efecto, al tratar de los regímenes económicos del matrimonio, los autores suelen dedicar un capítulo de su exposición a analizar los aspectos sociológicos del régimen para derivar de ellos determinadas consecuencias jurídicas. En particular, cuando el régimen comentado es el de separación de bienes son habituales los planteamientos en torno a la bondad o no del régimen en base a criterios de justicia y de igualdad de los cónyuges. De tal manera que la mayor parte de las veces se pierde la perspectiva de lege data del tema y se convierte en un discurso más bien sociológico y por lo tanto de escasa valía jurídico-positiva.

Sin despreciar este tipo de análisis, ya que tienen su importancia, en este comentario prescindiremos de ellos. Siguiendo con esta idea, en este estudio no nos detendremos en analizar el posible enraizamiento del régimen de separación en la sociedad balear en general y mallorquina en particular, entre otras razones, alguna de ellas ya señalada, porque de

(4) En la exposición de motivos de la ley de Reforma, Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación patria potestad y régimen económico del matrimonio se exponía lo que sigue: "La conservación como régimen legal, de la tradición a la sociedad de gananciales, es resultado de una decisión largamente pensada y contrastada frente a quienes pretendían sustituirla por el régimen de separación o por el de participación de las ganancias. Se estimó que el primero de tales regímenes no tiene en cuenta el hecho de que mientras se mantiene la vida en común de los esposos, el lucro, ganancia o incremento patrimonial que cada uno experimenta obedece, en cierta medida, al esfuerzo, la actividad y el espíritu de economía y ahorro de ambos: siendo particularmente injusta la separación frente a la mujer que trabaja en el hogar y no tiene ingresos fuera, o los tiene en menor medida... En *CODIGO CIVIL (Reformas 1978-1983)*. Trabajos Parlamentarios I. Publicaciones del Congreso de los Diputados. Madrid, 1985.

é llo se ha ocupado extensamente la doctrina del lugar (5), ni tampoco vamos a preocuparnos de entrar en valoraciones sobre la equidad o desigualdad que dicho régimen comporta, pues como acabo de afirmar, é llo constituiría o sería más propio de una investigación socio-jurídica que de una labor de exégesis y comentario de los preceptos que en el Proyecto se destinan a regular el régimen de separación. Régimen que en definitiva rige y ha de regir en Baleares con caracter legal.

Descartada esta vía de análisis, este comentario versará sobre dos aspectos estructurados de la forma que a continuación y, una vez señalados cuales son, expondré.

En primer lugar dedicaremos nuestra atención a estudiar los dos artículos que el Proyecto utiliza para regular el régimen de separación. Esta primera parte tendrá a su vez dos apartados. En el primero, que titularemos de "aproximación al régimen", nos proponemos dar un breve repaso a los aspectos que tradicionalmente han definido y constituido la situación de separación de bienes. En el segundo apartado, que constituirá el objeto central del comentario, ocuparemos nuestra atención en analizar dos normas que matizan de tal manera el régimen de separación, que bien podría decirse que lo vacían de significado. Se trata de las reglas referentes a la contribución de los cónyuges al levantamiento de las cargas familiares y a la limitación a la facultad de disponer que representa la necesidad de que el cónyuge no titular preste su consentimiento a fin de dotar de validez a los actos de disposición o gravamen sobre la vivienda familiar o sobre los muebles, realizados por el cónyuge titular.

La segunda parte de este comentario y, en base a los datos que se hayan ido extrayendo de la primera, la dedicaremos a poner de relieve las diferencias entre el régimen de "absoluta separación" de la Compilación y el régimen de separación tal como queda reflejado en el Proyecto. Lo uno y lo otro en relación a las directices que han inspirado la reforma del Código Civil en esta materia. Concluiremos esta parte, esbozando algunas reflexiones sobre la utilidad de la reforma así como sobre la técnica empleada para su materialización.

(5) Ya hace un Siglo, Pedro Ripoll en su *Memoria sobre las Instituciones de Derecho Civil de las Baleares* Palma. 1985, en las págs. 27 y 28 considera imposible que la familia balear pueda acomodarse en su organización a un régimen económico que no sea el de separación. Y un siglo después de que Pedro Ripoll i Palou escribiera sobre el tema, es habitual encontrar quien sigue opinando lo mismo. Véase Noguera Roig, Francisco en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXXI, volumen 1, arts. 1 a 65. Págs. 10 y 11.

III. LA REGULACION PROYECTADA DEL REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES EN MALLORCA.

1. CONCEPTO APROXIMATIVO Y DE FIJACION DEL REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES

En el Proyecto, la fijación del régimen de separación se hace en atención a la existencia de dos patrimonios privativos y a la designación de las distintas facultades que comporta el dominio sobre los bienes que integran los respectivos patrimonios.

No obstante, esta forma de presentar el régimen de separación se muestra un tanto insuficiente por cuanto no sirve para distinguir este régimen de otros. En particular, no sirve para distinguirlo del de gananciales. Sabido es que en el régimen de gananciales existen también dos patrimonios privativos, los de cada uno de los cónyuges, y también sobre éstos, sus titulares gozan de todas aquellas facultades inherentes al dominio.

Es por esta razón que la doctrina, en su mayoría, cuando ha de definir el régimen de separación de bienes lo hace de forma negativa, es decir, poniendo de manifiesto aquellos aspectos que no son propios del régimen de separación y sí del de gananciales, punto obligado de referencia. De esta manera es habitual hallar definiciones del régimen de separación en las que se acentúa el aspecto no ganancial del régimen. Así suele definirse entendiéndose que se trata de un régimen en el que se da: "libertad completa de parte de cada uno de los cónyuges para adquirir toda clase de bienes sin comunicarse aumento ni ganancia" (6), o alegando que se caracteriza por: "la falta de comunidad de bienes" (7).

Sin embargo, la técnica que suele emplearse a la hora de definir el régimen en un texto legal consiste en enunciar aquellas notas que de forma positiva lo caracterizan, obviando, lógicamente, toda referencia a aquellos aspectos que puedan distinguirlo de otros regímenes económicos. Así sucede, por citar algunos ejemplos, en la *Compilación Catalana* (8), o en el *Código civil* (9). De igual forma viene diseñado en el Proyecto de *Reforma de la Compilación Balear*.

(6) Cfr. Ripoll y Palou, Pedro *op. cit.* Pág. 28.

(7) Cfr. Lacruz Berdejo, José Luis *op. cit.* Pág. 518.

(8) El artículo 7 de la *Compilación Catalana* después de establecer que el régimen de separación regirá en defecto de pacto, define el régimen como aquel "que reconoce a cada cónyuge la propiedad, disfrute, administración y disposición de los bienes propios".

(9) Por lo que al *Código civil* se refiere, el régimen de separación se encuentra contemplado en el art. 1437, según el cual "En el régimen de separación pertenecerán a cada cón-

En efecto, en el Proyecto, el régimen de separación de bienes se define atendiendo, por una parte, a la existencia de dos patrimonios privativos, los de cada uno de los cónyuges. Característica que se evidencia en varios de los preceptos dedicados a regular el régimen económico. En el n.º 2 del artículo 3 se habla de la facultad de disposición de los cónyuges sobre sus bienes. En el n.º 3 de este mismo artículo se alude a "los bienes propios de cada cónyuge". De nuevo se habla de bienes propios en el n.º 4 del mismo precepto. Idéntica expresión se recoge en los números 1 y 3 del artículo 4. Por otra parte, el régimen se define enunciando, tal vez de forma innecesaria, las distintas facultades que comporta el dominio sobre los bienes integrantes de cada uno de los patrimonios. En concreto se dispone que "cada cónyuge estará facultado para realizar cualesquiera actos o negocios de dominio, administración, disfrute y disposición de sus bienes..." (artículo 3 n.º 2).

De la conexión de las dos ideas expuestas podría concluirse que el régimen de separación opera sobre una situación, que creada por el matrimonio, se concreta en la existencia de dos patrimonios privativos independientes, sobre los que sus respectivos titulares, cada uno de los cónyuges, pueden ejercer todas y cada una de las facultades inherentes al dominio o a la titularidad que se ostente, sea real, limitada o crediticia. Las de goce y libre disposición *ex* artículo 348 del Código civil, con carácter determinante y todas las demás que les vienen conectadas. A saber: la de administración, ejercida por el titular o por el otro cónyuge si media mandato *ex* artículo 4 n.º 3 del Proyecto de Reforma. Facultades sobre las que no pesan más restricciones que aquellas que se derivan de los aspectos comunitarios del régimen según el Proyecto. Que son: la contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 4 n.º 1) y la correspondiente afección de los bienes de los cónyuges a su levantamiento y, concretamente, la posible adopción por parte del juez y a instancias del otro cónyuge de determinadas medidas cautelares con el fin de asegurar el cumplimiento del deber jurídico de contribuir a su levantamiento (art. 4 n.º 2). Además de la restricción que el n.º 2 del artículo 4 impone cuando se trata de "los actos de disposición y gravamen de los derechos en cuya virtud se ocupa la vivienda constitutiva del hogar familiar", actos para los cuales se necesita el consentimiento del otro cónyuge.

En esta primera y por éllo superficial aproximación a los distintos preceptos que el Proyecto dedica a reglamentar la situación de separa-

yuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiriera por cualquier título. Asimismo corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes".

ción de bienes en el matrimonio, es fácil notar que para el legislador, el régimen de separación de bienes es un "régimen" y permítaseme la redundancia (10).

En efecto, en estos preceptos que hemos ido señalando no sólo se describe una situación con fines diferenciadores de otros regímenes, sino que se dota a la situación de separación de bienes de un régimen específico. Régimen que sin lugar a dudas viene condicionado por la existencia de aspectos comunitarios ya aludidos, y que encuentran su razón de ser, tal como se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos del Proyecto, en uno de los principios fundamentales recogidos en la Constitución, el de protección a la familia. Principio al que ha de subordinarse el de la autonomía, tanto de la voluntad como patrimonial, de los cónyuges.

Como acabamos de decir, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma (11), se pone de manifiesto aunque no de forma expresa, que frente a dos posibles criterios orientadores de la reforma, el de respeto a la tradición histórica (que en nuestro discurso se hubiera reflejado en la idea de "no régimen") se ha optado por un criterio de progresividad inspirado en el principio, ya señalado, de protección a la familia, pues en la citada Exposición de Motivos se dice que: "dando un paso más en la línea de progresividad mostrada por nuestras tradiciones jurídicas en esta materia, se han introducido en la normativa proyectada una serie de modificaciones inspiradas en la mayor protección a la familia y que, en definitiva, no son más que consecuencia del principio fundamental de la obligación de los cónyuges de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio" (12). Respecto a esto último nada que decir por nuestra parte. Consideramos absolutamente loable que la situación de separación de bienes se someta a un régimen y se regule presidida por los criterios de protección a la familia y de igualdad de los cónyuges, lo cual no implica, y sobre este tema nos definiremos más adelante, que nos parezca del todo acertada la forma y la técnica empleada en la proyectada reforma.

(10) Véase M. Massella Ducci Teri. "Separazione dei beni" en *Sulla Riforma del Diritto di Famiglia*. Seminario diretto dal. Prof. Santoro-Passarelli. Padova. 1973. En la pág. 270 se critica la forma en que se lleva la Reforma en materia de Separación de bienes en Italia. Justamente se critica la cualidad de no régimen de la situación de separación de bienes.

(11) Exposición de motivos que precede al Proyecto de Ley sobre la Compilación de Derecho Civil de Baleares de 3 de septiembre de 1987 (BOPIB n.º 2. II legislatura de 18 de septiembre).

(12) La tradición histórica y en general el argumento histórico puede emplearse tanto para defender la intangibilidad de las normas de derecho balear como para justificar su modificación. Recurso este último, utilizado en la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma.

1.1. Bienes de titularidad exclusiva y bienes de titularidad compartida: la presunción de copropiedad.

“Serán bienes propios de cada cónyuge”, dice el n.º 3 del primer párrafo del artículo 3 del Proyecto, “los que le pertenezcan al establecerse el régimen de separación y los que adquiriera por cualquier título mientras el mismo esté vigente”.

El mérito de este precepto respecto al artículo 4 de la Compilación radica en la desaparición, en el Proyecto, de la distinción tradicional entre bienes privativos del marido y los bienes parafernales de la mujer (13), ya que por lo demás el contenido de ambas normas es idéntico: cada cónyuge dispone como propios de los bienes que tuviera al iniciarse el régimen, así como de aquellos que a lo largo de su vigencia fuera adquiriendo por cualquier título, sea oneroso o gratuito (14).

Este aspecto de división y autonomía patrimonial propia del régimen de separación no plantea inicialmente ningún tipo de problema. Es obvio que tratándose de un régimen de separación haya dos patrimonios independientes correspondiendo su titularidad en exclusiva a cada uno de los cónyuges.

Ahora bien, cabe perfectamente, y sobre todo, cuando las rentas son bajas o medias, que los cónyuges adquieran bienes conjuntamente. Pero en estos casos el patrimonio común que se crea, nada tiene que ver con el régimen de separación y no cabe identificarlo tampoco con el patrimonio ganancial. Su única función desde la perspectiva del régimen de separación es su afección al levantamiento de las cargas (art. 4 n.º 1 del Proyecto). La comunidad que en estos casos se instaura es una comunidad ordinaria que deberá regirse por las normas propias de la comunidad de bienes a no ser que el objeto de la comunidad lo sean los muebles del hogar o la vivienda familia, en cuyo caso, como más adelante se verá, las reglas propias de la comunidad ordinaria ceden ante lo dispuesto en el n.º 2 del artículo 4, por lo que supone de limitación a la facultad de disponer.

(13) Véase Masot Miquel Miguel, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Tomo XXXI, Volumen 1, arts. 1 a 65. Comentario al art. 4 pág. 88, 89 y 90. Madrid, 1980. Delgado Echeverría, Jesús. *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*. Zaragoza 1974, cit, págs. 150, 151 y 152.

(14) Véase Masot Miquel, Miguel *Op. y loc. cit.* pág. 88. Para el autor cada uno de los cónyuges “conserva los bienes que ya integraban su patrimonio antes de celebrarse el matrimonio, así como los que adquieren con posterioridad al mismo, siendo indiferente que estos incrementos patrimoniales provengan del propio matrimonio (incrementos ab intra, cual sería el caso de los frutos y rentas de los bienes), como de otras circunstancias ajenas al patrimonio en sí (incrementos ab extra, como ocurre con los salarios, donaciones, adquisiciones por causa de muerte etc... que pueda percibir el titular de cada patrimonio).

Si exceptuamos el caso en que la comunidad tiene por objeto los muebles y la vivienda familiar, la comunidad de bienes entre los cónyuges será de tipo ordinario. Esta es la posibilidad que abre el artículo 1414 del Código civil aunque vaya referido al régimen de participación, al considerar que "si los casados en régimen de participación adquieren conjuntamente algún bien o derecho, les pertenece en proindiviso ordinario", y no parece haber ningún obstáculo importante que impida aplicar analógicamente esta regla a los bienes adquiridos conjuntamente por los cónyuges sometidos al régimen de separación. Así se ha venido manifestando la doctrina (15).

El régimen de separación, en definitiva, se define con precisión a partir de la existencia de dos patrimonios autónomos e independientes sobre los que sus respectivos titulares, insistimos, cada uno de los cónyuges, gozan de todas y cada una de las facultades que conforman el derecho cuya titularidad se ostente. Esto, sin más limitaciones que aquellas que vienen impuestas por la propia realidad socio-económica que representa la familia. Junto a esto, hemos visto ya, cómo cada cónyuge es titular de los bienes que tuviera antes del matrimonio así como de aquellos que adquiera con posterioridad al mismo, tanto a título oneroso como a título gratuito.

1.1.1. *La prueba de la titularidad de los bienes y los aspectos comunitarios del régimen.*

Pues bien, como siempre suele suceder en supuestos tan claros teóricamente, el problema que puede llegar a suscitarse es el de la prueba de la titularidad de dichos bienes. En esta materia hay, no obstante, una regla clara. A saber: basta con la prueba de la adquisición del bien para que se considere al adquirente como titular. No se produce en una situación de separación de bienes, y en materia de prueba, algo fundamental en el régimen de gananciales: tener que probar la procedencia de los fondos empleados para la adquisición del bien en discusión. La razón de que ésta no sea la regla aplicable al régimen de separación es evidente. No es previsible que en el régimen de separación se produzca la confusión de patrimonios, más propia del régimen de gananciales, pues no existen más que dos masas patrimoniales y además, perfectamente diferenciadas. La no posible confusión de patrimonios hace que en el régimen de separación, tal como se ha dicho (16), las aportaciones que uno de los cónyuges hu-

(15) Véase por todos Montes Penedes, Vicente en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*. Volumen II. Madrid, 1984. Comentario al art. 1437 del CC. pág. 1928.

(16) Véase Montes Penedes, Vicente, *op. y loc. cit.* pág. 1928.

biese hecho en las adquisiciones del otro, deban regirse por las reglas generales de los reembolsos y reintegros entre patrimonios distintos.

Como segundo contrapunto de esta claridad teórica con la que se nos presenta el régimen de separación y, desde la perspectiva de la dualidad de patrimonios y la dualidad de titularidades, hay que tener en cuenta algo que se ha venido conceptuando como “aspectos comunitarios del régimen”, aspectos que obviamente imposibilitan esta separación tan nítida y radical de patrimonios y que en la Compilación se expresa con la idea de “separación absoluta de bienes”. Aspectos que, una vez más, hemos de indicar. El primero lo constituye la obligación (que se podría discutir si antes de la reforma era o no de derecho necesario), por la que los cónyuges se ven obligados a contribuir proporcionalmente según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas del matrimonio. El segundo de estos aspectos comunitarios del régimen de separación viene dado, según opinión autorizada de los autores de la reforma, por la situación de hecho que genera el matrimonio: la convivencia de los cónyuges e hijos en un hogar común, con todo lo que dicha situación puede suponer de confusión patrimonial. En desarrollo de lo cual aparece la presunción de copropiedad del párrafo segundo del artículo 3 número 3 del Proyecto de Reforma. Así como la señalada limitación a la facultad de disponer del n.º 2 del artículo 4 de tal Proyecto.

1.1.2. Reducción del ámbito de la presunción de copropiedad en el Proyecto en relación a la que establece la Compilación

El párrafo segundo del art. 3 n.º 3 del Proyecto, formula una presunción de copropiedad pero de un alcance bastante más limitado que el de la presunción de copropiedad que incluye la Compilación de 1961.

En efecto, así como en el artículo 3, último párrafo de la Compilación se establece que “pertenece por mitad y pro indiviso a ambos cónyuges los bienes que no resulten privativos de cada uno”, el citado precepto del Proyecto, restringiendo el ámbito de la presunción, establece que “No obstante, salvo prueba en contrario, se presumirá que pertenecen a los cónyuges por mitad, los bienes integrantes del ajuar doméstico, no entendiéndose comprendidos en la presunción las joyas y objetos artísticos e históricos de considerable valor. Al fallecimiento de uno de los cónyuges, corresponderán aquellos en propiedad al sobreviviente sin computárselo en su haber”.

El precepto del Proyecto es claro en su formulación. Se establece una presunción de copropiedad que tiene por objeto los bienes integrantes del ajuar doméstico del cual se excluyen las joyas y objetos artísticos de extraordinario valor. Se trata de una norma que de forma un tanto simplificada reproduce dos preceptos del Código civil: el 1441, sito en el Capítulo IV, destinado a reglamentar específicamente el régimen de separación de bienes y el 1321 localizado sistemáticamente en sede de Régimen económico primario. El primero de los artículos citado dispone que "Cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad". El art. 1321 por su parte excluye de la consideración de ajuar de la vivienda de los esposos las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor, estableciendo que el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos, es decir, mobiliario y enseres del hogar, se entregarán cuando uno de los cónyuges fallezca, al que sobreviva, sin computárselo en su haber.

Las diferencias que el Proyecto supone en relación a los citados artículos del Código civil tienen un diverso alcance. Una, es de carácter no esencial. Se trata de la diferencia apreciable en torno a la excepción al concepto de ajuar. Mientras que en el Proyecto se habla de "objetos artísticos e históricos de considerable valor" (tal vez con la intención de no aparentar la reproducción de la norma del Código) en el Código se distingue entre alhajas, objetos artísticos, objetos históricos y aún una cuarta categoría, objetos de extraordinario valor. Se trata, como ya he dicho, de una diferencia en la redacción pero que sin embargo puede plantear problemas a la hora de valorar determinados objetos para incluirlos o excluirlos del ámbito de la excepción.

La que sí es una diferencia esencial es la que tiene como base el diferente ámbito sobre el que opera la presunción de copropiedad, diferencia que viene marcada por la presunción de copropiedad recogida en la *Compilación Balear*.

En efecto, la presunción del art. 1441 del Código civil, al igual que la presunción de la *Compilación* tal como está formulada, pueden equipararse. En ambos casos se entiende que la presunción opera cuando no es posible acreditar la titularidad del bien. En la *Compilación* porque esa ha sido la interpretación que le ha dado el Tribunal Supremo (17), en el Código civil porque este es su tenor literal (18).

(17) Sentencias de 2 de noviembre de 1965 y de 2 de marzo de 1977.

(18) El art. 1441 del Código civil dispone que "Cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenecen algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad". Véase: Gadivía Sánchez, Julio. V. *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal*. Madrid 1987.

Sin embargo, en el Proyecto de Reforma desaparece la presunción de copropiedad en los términos en que venía formulada en la Compilación y se reduce ostensiblemente a aquellos bienes constitutivos del ajuar familiar.

Consideramos un acierto la desaparición, en el Proyecto, de la presunción de copropiedad tal como viene formulada en la Compilación. No obstante dicha supresión era de preveer. Y era así, no sólo porque ya había sido anunciada (19), sino porque en sí misma, tal como reiteradamente había puesto de relieve la doctrina (20), resultaba absolutamente incongruente y sin sentido en un régimen como el de separación de bienes.

Ciertamente es impropio de un régimen de separación el hecho de que para la titularidad exclusiva de un bien deba probarse asimismo que dicha adquisición fue hecha con capital propio del cónyuge que adquiere. No siendo suficiente por tanto con la inscripción correspondiente a nombre de uno u otro cónyuge ni mucho menos con la prueba de la adquisición exclusiva del bien.

Esta fue la interpretación que el Tribunal Supremo dio a la presunción de copropiedad de la Compilación Balear, en las Sentencias de 2 de marzo de 1977 y en la de 2 de noviembre de 1975.

Pero lo más grave de la cuestión tal como MASOT MIQUEL reiteradamente ha puesto de manifiesto (21) es que tanto la interpretación que el Tribunal Supremo ha hecho de la presunción del artículo 3 de la Copi-

(19) Masot Miquel, Miguel *op. y loc. cit.* pág. 81 en donde expone que "estando en la actualidad en trance de próxima revisión el texto de nuestra Compilación, puede decirse que es aspiración de la totalidad de autores que han tratado esta materia de que me vengo ocupando la desaparición de la presunción de copropiedad del artículo 3. Tal es la conclusión a que llegó por otra parte, la comisión revisora de la Compilación creada a iniciativa del Colegio de Abogados de Baleares, y en virtud de acuerdo de la Junta general del mismo celebrada en fecha 22 de junio de 1972".

(20) Véase Subias Feliu, Gabriel. "La Compilación del Derecho civil especial de Baleares" en *Rev. General de Legislación y Jurisprudencia* 1961, pág. 619 s 645, tomo 210. Cit. pág. 628. Hernández-Canut y Escrivá, Juan. "La Compilación del Derecho civil especial de Baleares" en *Anuario de Derecho civil* 1961, págs. 659 a 690. En la pág. 667 el autor manifiesta sin embargo, que "no podía faltar una norma preceptiva que cualificase aquellos bienes que, no siendo privados, tienen una titularidad común". Por su parte Clar Garau, Raimundo, "La Compilación del Derecho civil especial de Baleares" en *Estudios de Derecho privado*. Madrid, 1962, págs. 77 a 112. Cit. pág. 91 se manifiesta absolutamente en contra de la presunción en los términos en que viene formulada en la Compilación.

(21) *Op. y loc. cit.* Pág. 79.

lación, como la que con toda claridad se desprende de la letra del precepto escapa en gran medida a las previsiones de los Compiladores ya que no era éste el alcance previsto para la presunción. Según indica el citado autor, el ámbito de operatividad proyectada para la presunción se reducía a los bienes muebles obrantes en el domicilio conyugal (22). Bienes para los que si podía tener una cierto utilidad dicha presunción.

Es para este tipo de bienes que el Proyecto establece la citada presunción de copropiedad. Sólo que a diferencia de la Compilación, el Proyecto se expresa con toda claridad. Se trata de una alteración que la Exposición de Motivos del Proyecto califica de sustancial y que justifica en el criterio de la doctrina más autorizada. Según la cual, se limita el juego de la presunción a los bienes integrantes del ajuar doméstico (23). Quedando fuera del alcance de la presunción los objetos de extraordinario valor, los artísticos, los históricos así como las alhajas.

1.2 Ambito de las facultades de los cónyuges sobre sus respectivos patrimonios

Norma típica de los regímenes de separación de bienes es aquella que otorga a cada uno de los cónyuges y, en base a sus respectivas titularidades, las facultades de goce y disfrute (artículo 348 del Código civil), así como la de libre disposición "sin más limitaciones que las establecidas en las leyes", tal como puntualiza el citado precepto del Código. Y, como consecuencia de éstas, la de gestionar y administrar el patrimonio respectivo.

También la Compilación Balear en el artículo 4 y, el Proyecto de Reforma en el n.º 2 del artículo 3 se hacen eco de esta norma. La Compilación al establecer que "en régimen de separación de bienes cada cónyuge retendrá el dominio y administración de los que le pertenezcan..." y que "tanto el marido con relación a sus bienes privativos, como la esposa con respecto a los parafernales, tiene la plena facultad para ejecutar cualesquiera actos o negocios de adquisición, administración, enajenación, gravamen o disposición y gozarán de plena legitimación activa o pasiva para su gestión y defensa, sin necesidad de que en el ejercicio de tales facultades medie licencia, intervención o consentimiento del otro cónyuge". El Proyecto, por su parte, si bien reproduce en línea de principio las

(22) Masot Miquel, Miguel. Op. y loc. cit. pág. 78.

(23) Cfr. Exposición de motivos del Proyecto de Reforma de la Compilación de Derecho civil de Baleares.

distintas facultades que comporta el dominio, al igual que en la Compilación, reduce el ámbito de dichas facultades, pues introduce algunas limitaciones: una ya está contemplada en la Compilación (la obligación de los cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas), pero la otra no. Esta segunda, no sólo no la refleja la Compilación sino que expresamente queda excluida. Nos referimos a la necesidad de que ambos cónyuges presten su consentimiento cuando se trata de disponer sobre los muebles o sobre la vivienda familiar. Recuértese que la Compilación establece expresamente la innecesariedad de que ningún cónyuge preste su consentimiento para dar validez a los actos de disposición sobre los bienes propios, realizados por el cónyuge titular.

En efecto, el Proyecto pone de relieve que en el régimen de separación "cada cónyuge estará facultado para realizar cualesquiera actos o negocios de dominio, administración, disfrute y disposición de sus bienes, sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente", remisión que va referida al artículo 4 del propio Proyecto, en el que se establecen las dos limitaciones más arriba señaladas.

En la medida en que uno y otro precepto (el Compilado y el del Proyecto) detallan las facultades propias del dominio, con claridad enunciadas en el artículo 348 del Código civil, no presentan un excesivo interés como objeto de comentario, a no ser que el objeto de atención sea la técnica empleada en su redacción. En el caso de la Compilación claramente casuística y ejemplificadora y por ésto de un cariz un tanto pedagógico. En el Proyecto este matiz aleccionador sólo se mantiene con la inclusión de la facultad de administrar. La alusión a la facultad de administrar integrante del contenido del dominio viene siendo habitual en las reformas legislativas que en esta materia se han llevado a cabo, y aunque lo cierto es que dicha alusión parece un tanto innecesaria, también es cierto que tradicionalmente ésta ha sido una facultad que no ha podido ser ejercida por la mujer (24). Desde esta perspectiva la función que la expresión en un texto legal de la facultad de administrar lleva aparejada es la de evidenciar su cualidad de función absolutamente ejercitable por la esposa al igual que por el marido. Por lo tanto, si desde una óptica de depu-

(24) Recuértese la contundencia con la que el derogado artículo 1412 del Código disponía que "el marido es el administrador de la sociedad de gananciales" o el también derogado artículo 1441 del Código en el que se recogían los supuestos en los que la esposa podía pasar a administrar los bienes del matrimonio: "cuando sea tutora de su marido, en caso de ausencia del marido o en el caso de que el marido fuera declarado prófugo". Para este tema puede verse DE LOS MOZOS, José Luis en "La igualdad de los cónyuges y la organización y ejercicio de las potestades domésticas" en *Documentación Jurídica* V.I. Madrid, 1982, págs. 107 y 108.

rada técnica jurídica la alusión a la facultad de administrar como integrante de las facultades que cada cónyuge como titular de su patrimonio puede ejercer, parece un tanto innecesaria, es plausible su inclusión desde una perspectiva, si se quiere, divulgadora de aquellas facultades que por razones históricas le han sido negadas a la esposa: la de administrar y gestionar con absoluta libertad y autonomía su patrimonio.

En definitiva pues, la situación de separación de bienes al mismo tiempo que supone la existencia de dos masas patrimoniales diferenciadas, cada una de ellas con su correspondiente titular, implica que cada uno de los cónyuges y, siempre respecto a su patrimonio privativo, goza de todas y cada una de las facultades inherentes al dominio que el artículo 348 del Código civil resume en los vocables "goce y libre disposición". Facultades cuyo ejercicio viene, no obstante, condicionado por aquellas limitaciones establecidas en las leyes y en todo caso por la fórmula constitucional de "función social de la propiedad" (25).

Antes de terminar con este apartado conviene hacer referencia a dos de estas concretas facultades ya que en el Proyecto son merecedoras de regulación específica: La legitimación de un cónyuge para representar al otro y el tema de la contratación entre cónyuges.

Uno y otro aspecto se hallan tratados en los números 3 y 4 del artículo 4 del Proyecto de Reforma. El n.º 3 establece en su primer párrafo que "cada cónyuge podrá conferir al otro expresa o tácitamente, la administración de sus bienes, así como revocarla, condicionarla o restringirla". Y en el último párrafo añade que "será nulo todo pacto en virtud del cual el cónyuge mandante renuncie a las facultades de revocar, condicionar o restringir el mandato".

Evidentemente, como se ha señalado (26), esta norma pretende regular positivamente una situación de práctica habitual: la representación de uno de los cónyuges por el otro. Representación a veces conferida expresamente, pero las más, llevada a cabo únicamente con el conocimiento del cónyuge representado y, a veces, incluso en contra de su voluntad. En definitiva, se trata de una norma que viene a contemplar la prohibición que el artículo 71 del Código civil establece según la cual, "Ninguno

(25) Véase Coca Payeras, Miguel. *Tanteo y retracto, función social de la propiedad, competencia autonómica*. Bolonia, 1988., pags. 257 - 302.

(26) Cfr. Montes Penedes Vicente, *Op. y loc. cit.* pág. 1941. Aunque la norma comentada por el autor es la del artículo 1439 del Código, lo que se dice al respecto puede hacerse extensible a la norma del Proyecto.

de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiese sido conferida”.

El segundo párrafo del n.º 3 del artículo 4 del Proyecto remite este supuesto a las normas de mandato ya que dispone que “el cónyuge administrador tendrá las obligaciones propias del mandatario”. Aunque con el matiz contemplado en su último párrafo: “la nulidad de todo pacto por el que el cónyuge mandante renuncie a las facultades de revocar, condicionar o restringir el mandato” (27).

Una nota distintiva de este precepto respecto al artículo 1439 del Código civil radica en que en el Proyecto no se establece la prioridad de unos bienes sobre otros a la hora de hacer frente a las cargas del matrimonio. Cosa que sí parece deducirse del citado artículo del Código, al dar a entender que el mandatario no deberá rendir cuentas de los frutos percibidos pero destinados al levantamiento de las cargas (28).

Otra norma un tanto innecesaria, y lo es más si se piensa que va referida a un régimen de separación, es aquella que permite a los cónyuges celebrar entre sí toda clase de contratos así como transmitirse bienes tanto a título oneroso como gratuito. Se trata del principio expresado en el n.º 4 del artículo 4 del Proyecto. Uno de estos posibles negocios transmisivos que los cónyuges pueden celebrar entre sí lo son las donaciones. El Proyecto destina el tercer párrafo del n.º 4 del art. 4 a regular este tema, concretamente a enunciar cuáles son las causas de revocación de dichas donaciones. Para el citado precepto, las donaciones entre cónyuges serán revocables sólo por incumplimiento de cargas y por ingratitud. Entendiendo por ingratitud el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales. Se entiende asimismo como causa de ingratitud la anulación del matrimonio al igual que la separación o el divorcio. En el primer caso, cuando el donatario hubiera obrado de mala fe y, en los dos últimos supuestos, cuando los hechos que los motivaron fueren imputables al donatario (29).

(27) Véase González Pacanowska, Isabel en “Efectos personales del matrimonio y representación de un cónyuge por otro. *¿Legitimación propter matrimonium?* Tapia, Madrid, diciembre 1987.

(28) Rebolledo Varela, Angel Luis. *Separación de bienes en el matrimonio (el régimen convencional de separación de bienes en el Código civil)*. Madrid, 1983, págs. 329 y ss.

(29) Véase por todo Masot Miquel, Miguel en *El contrato sucesorio en el Derecho foral de Mallorca. La donación universal de bienes presentes y futuros*. Palma de Mallorca, 1976, págs. 152 a 186. Y en “La prohibición de donaciones entre cónyuges en el Derecho civil de Mallorca en “Cuadernos de la Facultad de Derecho, nº1. Palma de Mallorca, 1982, págs 91 a 118. Gómez de Enterría Gutiérrez, “La contratación entre cónyuges, en el Código civil y en los derechos especiales”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1978, nº 3, págs. 55 a 103.

Como decíamos hace un momento, no nos parece imprescindible el que todavía se incluyan normas permisivas de la contratación entre cónyuges al legislar sobre régimen económico del matrimonio. Ahora bien, en este tema, como en otros ya señalados, hay una tendencia a predicar abiertamente la posibilidad de desempeñar determinadas actividades que anteriormente o bien estaban prohibidas o por lo menos se hallaban sometidas a ciertas limitaciones. Como es sabido, el tema de la contratación entre cónyuges estaba siempre amenazado por el temor del fraude a los acreedores.

Como norma tendente a evitar el fraude, aparte de las acciones que le son propias (30), en el Proyecto aparecen dos. Por la primera, se establece una presunción de gratuidad cuando el contrato celebrado por los cónyuges entre sí sea objeto de impugnación judicial. Por la segunda, se establece que “en caso de declaración de quiebra o concurso de uno de los cónyuges se presumirá, salvo prueba en contrario, que los bienes adquiridos a título oneroso por su consorte durante el año anterior a la declaración o a la fecha a que se extienda la retroacción, lo fueron con dinero del quebrado o concursado. Esta presunción no regirá si los cónyuges estuvieren separados judicialmente o de hecho” (31).

No podemos entrar a analizar detenidamente el alcance y, sobre todo, la oportunidad de una y otra presunción, pues la importancia y la complejidad de dichas presunciones requeriría un estudio monográfico de las mismas. En este comentario, como ya señalábamos al principio del mismo y por lo que a esta primera parte se refiere, nos hemos dedicado a presentar el contenido del Proyecto de Reforma por lo que al régimen de separación se refiere, sin entrar en grandes consideraciones sobre los temas que constituyen los pilares sobre los que se asienta el régimen en su configuración tradicional: esto es, dos masas patrimoniales autónomas sobre las que sus respectivos titulares, los cónyuges, ejercen apenas sin cortapisas, las facultades inherentes a sus respectivas titularidades. A partir de ahora nos dedicaremos a analizar con un cierto detenimiento los aspectos que podríamos llamar nuevos por lo que hace al régimen de separación.

(30) Puede verse Amorós Guardiola, Manuel, “La garantía patrimonial y sus formas” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1972, págs. 561 a 592.

(31) Normas de este tipo han sido tildadas de anticonstitucionales.

Es acertada la argumentación que emplea el C.D.S. en la enmienda presentada con el fin de que este precepto sea suprimido del proyecto. Véase la enmienda nº 5 del citado grupo parlamentario. Puede verse también Vicent Chuliá Francisco en *Compendio crítico de derecho mercantil* Barcelona 1986, pág. 823.

2. TRATAMIENTO EN EL PROYECTO DE DOS DE LOS ASPECTOS COMUNITARIOS A LOS QUE SE SOMETE EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

Tal como hemos venido anunciando en las páginas precedentes, hay, a nuestro modo de ver, dos temas en el Proyecto que son merecedores de un tratamiento específico en este comentario. Consideramos que son acreedores de un estudio detallado por dos razones fundamentalmente. Por un lado porque se trata de aspectos de difícil incardinación en un régimen de separación sin que éste sufra con ello una cierta desnaturalización; y por otra parte porque se trata de aspectos que en mayor o menor medida son, o bien de nueva aparición con respecto a la Compilación o bien de regulación mucho más detallada, lo cual incide en otro principio del régimen: el de la autonomía privada de los cónyuges. Estos aspectos a los que nos hemos estado refiriendo son: la contribución de los cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio en su vertiente de bienes afectados y criterios de responsabilidad en caso de incumplimiento, y en segundo término, la limitación que el Proyecto incorpora a la facultad de disponer sobre la vivienda familiar y los muebles de uso ordinario por la familia.

Siguiendo este orden de ideas comenzaremos nuestro comentario por lo que se ha venido en llamar la obligación de los cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio.

2.1 La obligación de los cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio

El Proyecto de Reforma de la Compilación balear recoge el tema de las cargas del matrimonio en Mallorca, y por lo tanto de la obligación de los cónyuges de contribuir a su levantamiento, en los dos artículos que se dedican al régimen económico: en el nº 4 del artículo 3 y en los números 1 y 4 del artículo 4. Puede notarse como el tema que nos ocupa, prácticamente agota el contenido de la reforma en materia de régimen económico.

No obstante, a pesar de la cantidad de alusiones al tema de las cargas, se encuentra a faltar una disposición en la que se establezca su exigibilidad si no como obligación jurídica sí como deber (32). Así como otra en

(32) En la Exposición de Motivos del Proyecto sí se formula dicha obligación. En ella se viene a decir que las reformas que en el Proyecto se introducen están inspiradas "en la

la que se explicita el contenido de las cargas o por lo menos se conceptúe la figura. Se podrá decir que lo uno y lo otro es más propio de una labor doctrinal que de una labor legislativa, pero lo cierto, dicho sea de paso, es que no se puede pretender tener un cuerpo legal propio y completo y sin embargo provocar remisiones a otros textos legales, en concreto al Código Civil.

Pues bien, en el Proyecto, aún no estando formulada, se desprende la existencia de una cierta obligación de contribuir al levantamiento de las cargas, ya que dicha obligación es tenida en cuenta en el texto proyectado, a la hora de establecer la comunicación de responsabilidad aunque sea subsidiaria, al cónyuge no contratante por las deudas contraídas para el sostenimiento de las cargas (art. 3, nº 4) y, al determinar en el siguiente artículo (nº 1 del art. 4), la sujeción de los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas. Asimismo se contempla la citada obligación al designar los dos criterios de contribución: uno cuantitativo, la contribución proporcional de los cónyuges y, otro cualitativo, la consideración como contribución del trabajo personal en el hogar (art. 4 nº 1 del Proyecto). A lo que habría que añadir la referencia del Código en el artículo 103, 3º, al final, cuando dispone que “se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicara a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad”.

Más adelante nos ocuparemos de cada uno de estos preceptos que tratan de diseñar el régimen del levantamiento de las cargas en el Proyecto. Ahora, sin embargo, nos dedicaremos a precisar los distintos conceptos que han de funcionar como presupuestos para el estudio del régimen de las cargas. Primero, ¿qué se entiende por obligación de contribuir al levantamiento de las cargas?, o lo que es lo mismo, ¿se trata efectivamente de una obligación?. Y a continuación, intentaremos fijar un concepto de cargas que nos sirva para operar con el régimen de responsabilidad fijado en el Proyecto.

2.1.1. La obligación de contribuir y el deber de levantar las cargas del matrimonio. Precisiones conceptuales.

Suele ser una afirmación habitual en las páginas que los autores dedican al estudio del derecho de familia, en cualquiera de sus facetas, que las instituciones familiares encajan con dificultad el ser analizadas a par-
mayor protección de la familia y que, en definitiva, no son más que una consecuencia del principio fundamental de la obligación de los cónyuges de contribuir a sostenimiento de las cargas del matrimonio”.

tir de las categorías de derecho patrimonial (33). Es cierto. No otra cosa sucede con la llamada obligación de levantar las cargas del matrimonio. En efecto, no es, si hemos de hablar con precisión, una obligación jurídica porque en ella no se dan los presupuestos necesarios para que lo sea. Piénsese que sería una obligación que continuamente se extinguiría por confusión (arts. 1156,5 y 1192 del Código) al coincidir en una misma persona, el cónyuge, la cualidad de obligado y de acreedor en tanto que beneficiario. Por lo tanto, conviene dejar claro que la llamada obligación de contribuir al levantamiento de las cargas no es una obligación y sí, tal como se ha dicho ya con una cierta frecuencia (34), un deber jurídico que tiene como legitimados activos a los dos cónyuges y en su caso a los hijos (art. 155 del Código Civil) y como beneficiarios a los propios cónyuges y a los hijos, tanto los comunes como el o los hijos de uno sólo de los cónyuges cuando convivan en el hogar familiar (art. 1362, 1º, segundo párrafo).

Visto pues que no se trata de una verdadera obligación sino más bien de un deber jurídico, (de hecho el Proyecto en alguna ocasión lo califica como tal, como en el segundo párrafo del nº 1 del artículo 4 al disponer que "si se incumiere, total o parcialmente este deber...") veámos ahora cual es el objeto de este deber jurídico o, lo que es lo mismo, a qué equivale la noción de carga.

Al enfrentarnos con la noción de carga familiar, una vez más nos encontramos con una figura que nada tiene que ver con el concepto de carga que opera en derecho patrimonial (35), a no ser que las identifiquemos a partir de la noción vulgar de carga. Esto es carga como algo que grava.

Inicialmente se puede afirmar que el concepto de carga familiar equivale al de necesidades de la familia, pero no todas las necesidades de los miembros de la familia sino sólo aquellas que deban ser financiadas por el matrimonio y en su caso, por los hijos.

(33) Díez Picazo, Luis. "El Negocio Jurídico del Derecho de Familia" en *Rev. Genarl. de Legislación y Jurisprudencia* T. XLIV, 1962, págs. 71 a 792.

(34) Cfr. Badosa Coll, Fernando en *Comentaris a les reformes del dret civil de Catalunya*. Volum. I. Barcelona, 1987. Comentario a los arts. 26, 27, 29, 20, 31, 35, 36, 41 y 42. Cit. pág. 408. Véase también Miralles González, Isabel en "El deber de contribución a las cargas del matrimonio" en *Revista Jurídica de Catalunya*". Barcelona, 1987. Nº 3, págs. 9 a 41. En concreto págs. 14.

(35) Carga en sentido técnico podría definirse como aquella conducta impuesta a un sujeto, cuya infracción origina un perjuicio o unas consecuencias que le son desfavorables, pero conducta a la que no puede ser compelido. Obviamente esto no sucede en materia de cargas matrimoniales.

Carga es por lo tanto toda necesidad que si no es de carácter patrimonial ha de ser satisfecha y si es de carácter patrimonial ha de ser financiada.

Veámos ahora cuales son esas necesidades que han de ser satisfechas o financiadas. En definitiva, se trata, ahora, de indagar sobre cuales son los criterios que determinan la cualidad de carga familiar de una concreta necesidad.

Estos criterios son dos: el subjetivo, esto es, qué sujetos pueden ser beneficiarios de la prestación por la que se da satisfacción a sus necesidades; y un criterio objetivo, esto es, qué tipo de necesidades son las atendibles y por lo tanto cualitativamente susceptibles de ser conceptuadas como cargas.

Respecto del ámbito personal de las cargas, desde la óptica de los beneficiarios, ya hemos visto como, en principio, lo son los propios cónyuges así como los hijos tanto comunes como de uno sólo de los cónyuges, en el supuesto de que éste conviva en el hogar familiar. Ahora bien, cómo explicar el hecho de que, aún disuelto el matrimonio o mediando separación o divorcio, continúe pesando el deber de financiar determinadas necesidades (art. 90,C; 93 y 103, 3º del Código). Badosa Coll, considera como elemento clave de la atribución de la cualidad de beneficiario el de la "matrimonialidad de las personas" (36). No obstante, este matiz dejaría fuera a los hijos de uno de los cónyuges y no parece ser esta la idea recogida en el citado art. 1362, 1º, segundo párrafo del Código Civil (37).

Mayor dificultad entraña el determinar el ámbito objetivo de las cargas, esto es, qué tipo de necesidades de los sujetos matrimoniales son susceptibles de ser calificadas como cargas y por ello de necesaria financiación por los legitimados u obligados a éllo. Para determinar la cualidad de carga hay que acudir, claro esta, al Código Civil, puesto que,

(36) Cfr. Badosa Coll, Fernando *op. y loc. cit.* págs. 399 y 400.

(37) Para Badosa Coll, Fernando *op. y loc. cit.* Pág. 406, los hijos no son en ningún caso deudores del deber de contribuir. Entiende: "Pel que fa als fills, llur contribució (ex arts. 155, 2º i 1652 del C.c) correspon a un sistema diferent del 'de les càrregues del matrimoni', encara que hi coincideix en la mesura en que ambdós donen lloc a la despersonalització o collectivització del finançament. El sistema dels arts. 155,2 y 165,2 C.c. es fonamenta en la filiació convivència i no en el matrimoni (ambdós articles parlen significativament de 'càrregues de la família', en contrast amb les 'càrregues del matrimoni' dels arts. 1318,2 i 1438 pr. C.c.) i a més a més, es de operativitat eventual, ja que depèn de que el fill tingui mitjans econòmics".

como ya se ha dicho, ni el Proyecto de Reforma ni la propia Compilación ofrecen datos de los que se pueda extraer ningún concepto de carga.

Pese a la normativa del Código Civil, la doctrina suele dejar en este tema, es decir en el de la delimitación del concepto de carga, un amplio margen a la subjetividad, atendiendo a la imposibilidad de reducir el ente familiar a un criterio único y estandar. Subjetividad que todavía alcanza mayores cotas, cuando se trata de cuantificar el gasto con el fin de someterlo o no, al régimen de las cargas.

El campo normativo a partir del cual se puede extraer el concepto de carga desde el punto de vista objetivo viene conformado por un lado, por las normas que regulan la obligación de alimentos (38) y, por el otro, por el de las reglas específicas del régimen económico.

Superponiendo el art. 142 del Código que especifica el concepto de alimentos, con el 1362, también del Código que aunque situado en régimen de gananciales es el precepto que la doctrina toma como referencia para establecer el contenido de las cargas, el resultado que se obtiene es el siguiente: son cargas las necesidades de sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción, gastos de embarazo y parto, así como las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia (39) (40).

El componente de subjetividad, al que hace un momento hacíamos referencia, se tiene en cuenta en un doble sentido. Ya hemos dicho que sirve para delimitar la cuantía del gasto y en función de éllo el carácter, o no, de carga de la necesidad a satisfacer, pero sobre todo sirve para delimitar dos tipos de necesidades imponiendo a su vez dos diversos regímenes de responsabilidad. Nos referimos a las necesidades ordinarias en contraposición a las extraordinarias determinantes, en el Código que no en el Proyecto de reforma, de un tipo de responsabilidad subsidiaria a cargo del cónyuge no contratante.

(38) Badosa Coll, Fernando, *op. y loc. cit.* pág. 399.

(39) La doctrina se ha planteado si las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia, forman parte del concepto de cargas en cualquier régimen económico o sólo en el de gananciales (recuérdese que el art. 1362) es un artículo de gananciales). Para Badosa Coll, F. *op. y loc. cit.* pág. 399, los gastos de previsión son cargas en cualquiera de los regímenes económicos.

(40) En el concepto de cargas de la familia suele incluir la doctrina también, las cargas fiscales y más concretamente, el impuesto sobre la renta. Para este tema véase Miralles González, Isabel en *op y loc. cit.* pág. 21.

En efecto, el Código Civil aísla, diferenciándolas, un tipo de deudas que son aquellas que se contraen, obviamente para satisfacer necesidades, en ejercicio de lo que se viene en llamar potestad doméstica. En un afán de síntesis y evitando el discurso histórico por el que obtendríamos con más precisión el concepto de "deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica" (41), y puesto que es conocido por todos, me limitaré a establecer la equivalencia. Deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica equivale a gastos ordinarios o si se quiere necesidades ordinarias de la familia.

Para simplificar, la potestad doméstica, a pesar de que como criterio diferenciador de las necesidades ordinarias de aquellas necesidades que no lo son, puede resultar un tanto impreciso, convendría objetivarlo lo más precisamente posible por las consecuencias que dicha diferenciación tiene legalmente adjudicadas. Si se presta atención a preceptos como el 1440,2, el 1319, el 83 o el 102,2 se observará inmediatamente el diverso régimen de responsabilidad de los cónyuges según se trate de deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica o en la realización de gastos extraordinarios con el fin de levantar las cargas del matrimonio.

Hasta aquí, un resumen rápido de los conceptos básicos en materia de cargas según la dinámica del Código ya que hubiera sido imposible, o muy difícil, deducirlos de las normas proyectadas. A partir de ahora intentaremos abordar el régimen jurídico de la contribución a las cargas tal como aparece en el texto proyectado.

En el Proyecto de Reforma de la Compilación y por lo que al tema que nos ocupa se refiere se incluyen dos normas que, leídas de pasada, no plantean problemas, pero que leídas con atención producen, por lo menos a mí, una cierta extrañeza.

Estas reglas son: dos formuladas expresamente y otra que, conectada a una de ellas, se halla enunciada de forma implícita. La primera establece que "cada cónyuge responderá con sus bienes propios del cumplimiento de las obligaciones que hubiese contraído. Sin embargo de las causadas por el levantamiento de las cargas del matrimonio será subsi-

(41) Véase Lacruz Berdejo, José Luis, *Elementos de derecho civil IV. Derecho de Familia*. Barcelona 1982, págs. 114 y 115; García Cantero, Gabriel en "Notas sobre el régimen matrimonial primario" en *Documentación Jurídica*. Volumen, I, págs. 229 a 312. Cit. pág. 305.; Badosa Coll, F. en *op. y loc. cit.* ; pág. 399. En cuanto a la distinción entre uno y otro tipo de gastos fuera de España, véase por ejemplo Raucent, Leon *Les régimes matrimoniaux (loi du 14 juillet 1976) et formules d'application*, 2^e ed. Bruxelles, 1978. Cit. pág. 42.

riamente responsable el otro cónyuge". Expresamente se establece la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante por las deudas que el otro hubiese asumido en la actividad encaminada al levantamiento de las cargas. La disposición que se halla implícita es la que ignora, y por lo tanto prescinde, de la distinción entre deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica y las demás, al establecer la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante. (artículo 3, nº 4 del Proyecto).

La tercera regla se halla enunciada en el nº 1 del artículo 4 y establece que "los bienes propios de cada cónyuge estarán afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio". Claramente se dispone una afectación de los patrimonios de los cónyuges al levantamiento de las cargas.

Empezaremos por comentar esta última de las reglas enunciadas.

2.1.2. *La afectación de los patrimonios de los cónyuges al levantamiento de las cargas.*

La pregunta que creo que hay que hacerse al enfrentarnos con la regla transcrita de afectación patrimonial del art. 4, nº 1 es la siguiente: esta es una norma de terceros o no lo es. Es decir la afectación patrimonial afectada de alguna manera a los acreedores de las obligaciones que los cónyuges hubiesen contraído en el levantamiento de las cargas o su función es otra.

Se ha dicho (42) que la afectación de patrimonios a las cargas matrimoniales significa la rotura del principio de responsabilidad individualista del art. 1911 del Código Civil según el cual cada uno debe financiar sus propias necesidades con sus propios recursos para llegar a una situación en la que es indiferente quien sea el titular del patrimonio así como quien sea el titular de la necesidad a satisfacer. La afectación supone pues, que una masa patrimonial (conformada por la suma ideal de dos masas) de la que en este caso hay dos titulares, ha de satisfacer todas las necesidades de cualquiera de los miembros de la familia siempre que se trate de cargas del matrimonio.

(42) Cfr. Badosa Coll, Fernando. *op. y lic. cit.*; pág. 405. De Los Mozos, José Luis, *op. y loc. cit.*; pág. 107; Lacruz Berdejo, José Luis, *La potestad doméstica de la mujer casada, Barcelona, 1963.*

El mismo autor se formula la siguiente pregunta. ¿cómo se traduce en el campo del derecho civil el concepto de adscripción patrimonial?. Pregunta a la que responde diciendo que “el concepte d’adscripció patrimonial elimina o enclou l’aplicació del principi d’enriquiment sense causa en qualsevulla de les seves manifestacions tècniques: quasicontracte, obligació de reembossament, subrogació en lloc del creditor.” (43).

Yo entiendo que el sistema de financiación de las cargas es colectivo y que por lo tanto no se dá ningún tipo de reciprocidad entre el titular de la necesidad y el titular del patrimonio que por disposición legal ha de cubrir dicha necesidad. Efectivamente en esta materia no rige el principio individualista del art. 1911 del Código Civil. Ahora bien, una cosa es que las cargas impongan por su peculiar naturaleza un sistema específico de financiación y otra cosa es que sea necesario establecer la afección de los patrimonios de cada uno de los cónyuges.

Es más, ¿la afección es absoluta o la afección de los bienes es proporcional a la aportación que cada cónyuge deba realizar?, que según dispone el ya citado precepto del Proyecto, será la que se establezca por pacto o en defecto del mismo la contribución será proporcional.

Por lo que parece, la idea de afección patrimonial quiere decir que al margen de quien sea el miembro de la familia al que se le suscite la necesidad, cualquiera de los cónyuges como titulares de los patrimonios afectados deberán asumir la deuda por la que se satisfaga la necesidad. Y según el autor citado será indiferente que el gasto a realizar supere o no la fijada contribución de cada cónyuge, ya que si lo superase no cabría acción de reembolso. Denotando por tanto un especial régimen de solidaridad frente a los miembros de la familia acreedora de las necesidades.

Desde esta perspectiva la afección de patrimonios sólo es contemplada como una regla de funcionamiento interno. Es decir, sólo pretende resolver los problemas de financiación que en el orden interno se susciten. Los patrimonios de los cónyuges, en principio cada uno en la proporción establecida, pero sin que ello llege a ser un obtáculo, han de cubrir necesariamente las distintas necesidades que en cuanto cargas, se susciten a cualquiera de los legitimados para ser beneficiarios: cualquiera de los dos cónyuges, los hijos comunes y los de uno sólo de los cónyuges cuando conviva con él.

(43) Cfr. Badosa Coll, Fernando, *op. y loc. cit.* pág. 407.

Después veremos como funciona esta norma de afección en las relaciones de los cónyuges con terceros, pero antes tal vez convenga que nos planteemos, aunque sea brevemente, la utilidad de dicha afección sobre todo en un régimen como el de separación de bienes.

Esta regla de afección patrimonial, quiérase o no, a lo que tiende es a crear una masa patrimonial que tenga como función la de atender a las necesidades familiares. En definitiva un tercer patrimonio. Y esto, quiérase o no también, choca en gran manera con el régimen de separación. Lo cual no quiere decir que no sea laudable en cuanto facilita las relaciones contables de los propios cónyuges así como las relaciones de éstos con los terceros. De esto trataremos a continuación.

2.1.3. La responsabilidad de los cónyuges por las deudas contraídas en el ejercicio de las actividades encaminadas al levantamiento de las cargas del matrimonio

La otra norma a la que hace un momento aludíamos es una norma de responsabilidad y viene formulada en el nº 4 del artículo 3 del Proyecto de Reforma.

En el citado nº 4 del art. 3 se dispone, como se recordará, que “cada cónyuge responderá con sus bienes propios del cumplimiento de las obligaciones que hubiere contraído. Sin embargo, de las causadas por el levantamiento de las cargas del matrimonio será subsidiariamente responsable el otro cónyuge”.

A pesar de la técnica de redacción utilizada, en este número se dicen tres cosas: primera, que el deudor responde de sus deudas con su patrimonio. Segunda, que de las deudas contraídas en el ejercicio de la actividad encaminada al levantamiento de las cargas, responde con su patrimonio el cónyuge que ha contraído la deuda. Tercera, que de estas mismas deudas responde siempre subsidiariamente el otro cónyuge.

Respecto a la primera nada tengo que decir, se ha optado por el legislador por reproducir la regla de responsabilidad universal del deudor en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Se ha reproducido el art. 1911 del Código Civil según el cual “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros”.

Sí tiene más interés, como objeto de comentario, la segunda y la tercera de las disposiciones enunciadas. La segunda establece exactamente

lo mismo que la primera sólo que reduciendo su ámbito de operatividad al considerar que el cónyuge contratante responde de manera principal del cumplimiento de las deudas contraídas por el levantamiento de las cargas. Esta es una afirmación que no tiene otra función que la de dar entrada a la tercera: de estas mismas deudas responde subsidiariamente el otro cónyuge, o sea, el cónyuge no contratante.

A continuación nos ocuparemos de la regla por la que se establece la responsabilidad de los cónyuges por las deudas contraídas para el levantamiento de las cargas, tanto en su expresión de responsabilidad principal como subsidiaria. Y ésto en una doble vertiente: por un lado analizaremos la norma en sí misma, considerada y en relación al Código civil y, por otro lado trataremos del tema de la responsabilidad subsidiaria en sus semejanzas con la responsabilidad solidaria.

Conviene recordar que por cargas del matrimonio se entiende todos aquellos gastos que necesariamente se han de realizar con el fin de atender a las necesidades de la familia (44). Pues bien, el Proyecto de Reforma de la Compilación hace responsables del cumplimiento de las obligaciones contraídas para dar satisfacción a estas necesidades, a los dos cónyuges. Al contratante, como obligado principal y al otro cónyuge de forma subsidiaria.

En este punto el Proyecto se aparta notablemente de lo legislado en esta materia en el Código Civil. Y se aparta al obviar una distinción esencial: la que en el Código se establece entre cargas en general y lo que, como ya hemos visto (45), se llaman deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica. Diferencia que como también anticipamos, no es sólo conceptual sino que es de una importancia sustantiva por cuanto determina un tipo de responsabilidad cuantitativamente y cualitativamente diferente en el cónyuge.

En efecto, el art. 1440, 2º del Código, precepto situado en el Capítulo IV, titulado "Del régimen de separación de bienes", después de repro-

(44) Para este tema puede verse además de las obras ya citadas Giménez Duart, Tomás, "Cargas y obligaciones del matrimonio" en *Revista de Derecho Privado*, junio 1982, págs. 542 a 555, y en "Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981" en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre 1986, págs. 1020 a 1041. Rebolledo Varela, Angel Luís, op. y cit. págs. 369 a 394; Rueda Pérez, Manuel Angel y Rueda Pérez, José M^a: "Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del C.c. de 13 de mayo de 1981. R.D.P. 1982.

(45) Véase nota 38.

cir la regla de responsabilidad universal al decir que “las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad”, indica que “en cuanto a las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responderán ambos cónyuges en la forma determinada por los artículos 1319 y 1438 de este código”.

La remisión que el art. 1440 hace al art. 1438 nos parece, dicho sea de paso, de lo más desafortunada, por cuanto el art. 1440 trata de la responsabilidad frente a terceros y el 1438 pretende regular la forma de la contribución a las cargas en la esfera interna; a parte de referirse a las cargas y no a las deudas domésticas. Sin embargo sí nos parece más oportuna la remisión que se hace en favor del art. 1319 del Código. Dicha remisión indica que las deudas domésticas a que se refiere el artículo 1440 son los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia... “conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma” (art. 1319, 1º). La citada remisión permite asimismo deducir, que la responsabilidad de ambos cónyuges por este tipo de deudas es la siguiente: principal, la del cónyuge que asume la deuda y, subsidiaria la del otro cónyuge, en caso de incumplimiento del cónyuge contratante (art. 1319,2).

Desde el punto de vista de la responsabilidad el trato es obviamente diferente según el tipo de gasto. Sólo hay comunicación de responsabilidad al cónyuge no contratante cuando el gasto es ordinario; en otro caso, es decir, cuando el gasto es extraordinario sólo hay responsabilidad para el cónyuge contratante. (46).

La diferencia entre el Código y el Proyecto de Reforma de la Compilación en este punto concreto podría enunciarse de la siguiente manera: mientras que en el Código, como acabamos de ver, sólo responde el cónyuge no contratante, aunque subsidiariamente, si la deuda forma parte del ámbito propio de actuación de la potestad doméstica, en el Proyecto de Reforma, se produce un agravamiento de la responsabilidad del cónyuge no contratante, ya que se le hace responder subsidiariamente de todo tipo de deuda de las que se contraen para atender las necesidades de la familia sin distinguir según sean ordinarias o extraordinarias.

Llegados a este punto, intentaremos analizar el porqué de esta diferente regulación, cuando la tónica seguida en la Reforma es convergente

(46) Díez Picazo, Luis en *op. y loc. cit.* 1504 entiende que en el art. 1319 se hacen responder los bienes comunes “porque el acto encaminado a atender las necesidades ordinarias de la familia se parangona con el acto de levantamiento de las cargas del matrimonio”.

con respecto al Código, y trataremos a continuación de la viabilidad de la Reforma en este concreto aspecto.

Con respecto al posible porqué de dicha regulación, inicialmente cabrían dos respuestas: la primera, pensar que en la elaboración del Proyecto de reforma se ha desconocido involuntariamente dicha distinción entre ambos tipos de gastos y en definitiva entre los dos tipos de deudas. Pero esto es impensable dado que se trata de una distinción que no sólo recoge el Código civil, como ya se ha visto, sino que se aprecia en códigos como el francés (47), pero que además reconoce y fomenta la doctrina de los distintos países. Y la segunda, que con toda seguridad es la acertada, que conociendo la distinción y en aras de una mayor concreción y claridad, se ha optado por gravar al cónyuge no contratante con una mayor responsabilidad, lo cual beneficia a los acreedores, dándoles una mayor seguridad, al hacer que responda subsidiariamente de cualquier deuda de aquellas que se contraen en atención a la necesidades de la familia, sin hacer distinción alguna en la calidad y cantidad del gasto.

Nosotros creemos, en línea de principio, que en el Proyecto de reforma se puede contemplar el tema de la responsabilidad del otro cónyuge de la manera que se estime oportuna, pues no parece haber ninguna limitación de peso para éllo. En efecto, creemos que la responsabilidad del cónyuge no contratante tanto se puede agravar como disminuir como incluso hacerla desaparecer, pero siempre desde una óptica competencial. Ahora bien lo que resulta más dudoso es que esta agravación de responsabilidad, en la medida en que suponga una cierta contradicción con preceptos de necesaria aplicación en Baleares, pueda viablemente establecerse. Pero hay que tener en cuenta además otro aspecto. Y es que una vez más se va haciendo comunitario un régimen económico que por definición es todo lo contrario, un régimen de separación, tanto de patrimonios como de responsabilidades. A continuación nos ocuparemos de estos aspectos, empezando por el de la viabilidad de la regla comentada.

(47) No obstante hay aspectos que necesariamente han de ser regulados de forma homogénea. Así todo aquello que atañe a los aspectos registrales que puedan derivarse como consecuencia del divorcio, la nulidad o simplemente la separación. Véase Isaac Aguilar, Antonio, "Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: el uso de la vivienda conyugal" en *Rev. Crítica de Derecho inmoviliario*, nº 577, noviembre-diciembre 1986, págs. 171 a 1734.

Para un estudio de los artículos 102 y 103 del Código en materia de medidas provisionales puede verse Herrero García, María José, "Las medidas provisionales en la crisis matrimonial" en *Rev. de Derecho Notarial*, 1982, I págs. 144 a 252.

Hasta ahora, la distinta regulación que el Código civil y el Proyecto contienen en materia de responsabilidad del cónyuge no contratante, ha sido vista en una situación de constante matrimonio. Situación en la que, de entrada, no se observa problema alguno. Sin embargo el tema se complica, cuando el deber de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio se plantea una vez se ha producido la separación, la nulidad o el divorcio del matrimonio. Desde este punto de vista nos hemos de ocupar ahora de cuál es la normativa aplicable en Mallorca. Si lo son las normas del Código civil en su conjunto o sólo en la medida en que no sean contradictorias con las proyectadas en la Reforma, de acuerdo con el principio establecido en el párrafo tercero del artículo primero del Proyecto y de acuerdo con el párrafo primero del artículo 13 del Código civil. El primero al disponer que “en defecto de leyes y costumbres del Derecho balear se aplicará supletoriamente el Código civil y demás leyes civiles estatales cuando sus normas no se opongan a los principios de su Ordenamiento jurídico”. El segundo de los artículos citados, al fijar como excepción del carácter imperativo del título IV del libro I del Código, “las normas de éste último relativas al régimen económico matrimonial” (48).

La falta, tanto en la Compilación como en el Proyecto de una regulación específica de la nulidad, separación o divorcio (regulación cuya viabilidad discutida no parece ser posible (49)) implica, además de que así lo dispone el citado art. 13,1 del Código, que haya que acudir al Código como ley aplicable para la regulación de este tipo de situaciones. Necesariamente hay que acudir al Código para resolver los derechos y obligaciones de los cónyuges y los hijos en caso de que medie una situación de separación, nulidad o divorcio.

El Código civil, obviamente contiene en materia de nulidad, separación y divorcio, disposiciones que afectan al régimen económico que tuvieran los esposos constante matrimonio. Disposiciones que inicialmente, según acabamos de ver señala el art. 13,1 del Código civil, no son de necesaria aplicación en Baleares; es más, si sólo tuvieramos en cuenta al art. 13,1 habría que decir que en Baleares dichas disposiciones deberían

(48) En efecto el art. 13, párrafo primero del Código civil dice que: Las disposiciones de este título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del título IV del libro I, con excepción general y directa en toda España.

(49) Sí las hay sin embargo en el artículo 66 del Proyecto referido a aspectos concretos para la isla de Ibiza, en el cual se establecen ciertos efectos del divorcio respecto a los capitulos matrimoniales, así como respecto a la dote.

ser totalmente ignoradas. Ahora bien, veamos concretamente en el caso que nos ocupa, esto es, en materia de levantamiento de cargas, como habría que resolver la situación creada por la sentencia de separación, nulidad o divorcio, en Baleares.

En los artículos 90,C y 91 del Código civil, en el primero de forma voluntaria, en el marco del convenio regulador y, en el segundo por imperativo legal y en el marco de la sentencia, se establece, como objeto de necesaria referencia, la necesidad de determinar de qué forma los cónyuges han de seguir contribuyendo al sostenimiento de la familia dando cumplimiento a la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas. Por lo tanto, la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio deviene exigible aún después de disuelto o anulado el matrimonio. Parece ser que esta idea ha de ser igualmente aplicable en Baleares; es decir, también aquí los cónyuges continuarán obligados al levantamiento de las cargas aún después de que haya desaparecido la situación de convivencia. Recuerdese que el criterio que hemos utilizado para determinar la exigencia de este deber es el de la matrimonialidad de las personas. Matrimonialidad no necesariamente de presente.

A los dos preceptos ya citados hay que añadir uno nuevo. El art. 103,3.º en el que se establece, que el juez, y como una de las medidas provisionales a adoptar, fijará la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio.

Pero junto a este grupo de preceptos que inciden en la esfera de la exigibilidad del deber de los cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas, hay otro grupo de preceptos que se fijan en el ámbito de la responsabilidad de los cónyuges por las deudas contraídas en el ejercicio de su deber, pero particularmente de las deudas que han sido contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica. Nos estamos refiriendo a los artículos 83 y 102,2.º, 2 del Código. En ambos casos se considera como un efecto de la sentencia de separación (art. 83) y en cualquier caso como efecto de las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, la desvinculación de los bienes del cónyuge no contratante para el caso de la responsabilidad por deudas del cónyuge contratante cuando las deudas tienen como objeto gastos ordinarios: O sea, se produce la desvinculación cuando el cónyuge contratante actúa en el ejercicio de la potestad doméstica.

En resumen, en el Código civil, tras la separación, nulidad o divorcio, si bien los cónyuges continúan "obligados" al levantamiento de las cargas, dejan de responder mutuamente en caso de incumplimiento tan-

to por lo que se refiere a las cargas en general, porque nunca lo estuvieron, como –y ésta es la particularidad– por lo que a las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica se refiere. En definitiva, cesa la responsabilidad, aunque sea subsidiaria, del cónyuge no contratante.

En el Proyecto de Reforma, por el contrario, constante matrimonio la responsabilidad del cónyuge no contratante es exigible en el supuesto de incumplimiento de cualquier tipo de deuda, de aquellas que integran la categoría de cargas del matrimonio.

Comparando los dos regímenes de responsabilidad, el del Código y el del Proyecto, se puede afirmar que si bien dichas regulaciones no se basan propiamente en principios contradictorios, sí que evidencian diferencias de cierta importancia por lo que al ámbito de la responsabilidad por deudas se refiere. Diferencia que, insistimos, viene marcada por la distinción que el Código civil, al igual que otros ordenamientos, recoge entre los dos ya señalados tipos de gastos: los ordinarios (deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica) y los extraordinarios (gastos necesarios pero de carácter extraordinario).

Si como hemos visto, constante matrimonio se aprecia entre el Código y el Proyecto una importante diferencia, cabría plantearnos ahora, cuál es el régimen de responsabilidad por levantamiento de las cargas, en el Proyecto tras una sentencia de nulidad, separación o divorcio.

En el Proyecto, obviamente, no se hace mención alguna a cuál ha de ser el régimen de responsabilidad de los cónyuges cuando cumpliendo con su obligación de levantar las cargas contraigan deudas con terceros ajenos a los cónyuges. Ante esta falta de regulación específica, hemos visto como el párrafo tercero del artículo primero del Proyecto realiza una remisión al Código civil, siempre que la regulación de éste no se oponga a los principios del Ordenamiento balear. También hemos visto como el Código civil en el artículo 13,1 remite a los distintos ordenamientos especiales la regulación de los aspectos de régimen económico que tengan relación con los temas tratados en el título IV del libro I. Este cruce de remisiones tiene un criterio de solución que hay que hallar en el carácter contradictorio, o no, de las disposiciones del Código con los principios compilados o más concretamente, con los principios proyectados.

Primera posibilidad: los principios que inspiran uno y otro texto son contradictorios en la medida en que el régimen de responsabilidad se asienta en una distinción entre gastos ordinarios y extraordinarios que es desconocida en el Proyecto. En este caso cabría afirmar que no hay ley

aplicable en Baleares que regule el tema de las cargas tras la sentencia de separación nulidad y divorcio, lo cual resulta bastante absurdo.

La segunda posibilidad pasa por entender que no hay contradicción alguna entre ambos textos, el del Código y el Proyecto, negando que la citada distinción afecte a los principios que inspiran ambos ordenamientos. Principios que en situaciones de crisis matrimonial resueltas o en trance de serlo, ya no serán el de protección a la familia sino de protección a los hijos y al cónyuge más necesitado. Principios que, sin ninguna duda, han guiado la regulación del Código en esta materia y están en la base de la del Proyecto.

Pero la primera posibilidad puede plantearse no como una contradicción de principios sino como una contradicción en la concreción normativa de estos principios en cuyo caso aparece igualmente un vacío normativo que hay que llenar.

Acudir al Código civil con el fin de resolver el tema de la contribución a las cargas y el consiguiente régimen de responsabilidad no deja de plantear problemas de coordinación y por tanto de respuesta lógica y coherente a dichos problemas. Si se acude al Código, en Baleares, en una situación de crisis matrimonial, se produciría la desvinculación de los bienes del cónyuge no contratante, por lo tanto dejaría de responder subsidiariamente de las deudas que el otro cónyuge hubiese contraído en el ejercicio de la potestad doméstica, pero, ¿respondería por las demás?. Piensese que se trata de armonizar dos tipos de soluciones diferentes: por un lado una responsabilidad subsidiaria, pero absoluta por cualquier tipo de deuda contraída para levantar las cargas del matrimonio y por otro lado una disposición, la del Código, por la que se suprime la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante pero sólo para el caso en el que éste responde de este tenor, sólo cuando se trata de gastos originarios. Pero dicho esto, es evidente que en Baleares, el cónyuge no contratante no puede quedar desvinculado para un tipo de deudas, que son en cualquier caso las que sí puede justificar la vinculación, y quedar vinculado por el resto.

Es evidente que el Código no puede aplicarse en estos términos porque la normativa del Código queda totalmente desvirtuada por la mixtificación de normas de ambos textos. El Código parte de una situación en la que los cónyuges son sólo responsables de las deudas que contraigan por su cuenta, aunque sean de interés para la familia, y sólo y, con carácter excepcional, se produce una comunicación de responsabilidad del cónyuge contratante hacia el otro. Responsabilidad subsidiaria que de-

saparece cuando cesa la situación de convivencia que la justifica.

Es impensable pues que pueda aplicarse en Baleares de forma fragmentaria la normativa del Código, cuando, como se ha visto el esquema proyectado de funcionamiento de las cargas es otro.

Por lo tanto habrá que intentar una interpretación superadora de las irregularidades que el tema nos plantea tal como hemos ido exponiendo. El resultado de esa interpretación lleva a unas consecuencias tajantes. En Baleares, tras una sentencia de nulidad, separación o divorcio, el cónyuge no contratante queda desvinculado por los gastos hechos por el otro cónyuge para el levantamiento de las cargas en su globalidad sin hacer distinción alguna entre gastos ordinarios de la familia y aquellos que son extraordinarios, hechos, como no, en interés de los hijos y con el fin de dar cumplimiento al deber de los cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas.

Tal vez sería conveniente, en evitación de este tipo de problemas, que el Proyecto se modificara en este punto. Es decir, tal vez fuese oportuno que se introdujera la distinción entre ambos tipos de gastos. Ello, no sólo con la finalidad de coordinar las normas del Código civil y de la Compilación para así poder afrontar el problema que se suscita en una situación de crisis matrimonial, sino sobre todo para restar un grado más de comunidad al proyectado régimen de separación, pues como hemos visto, en el Proyecto se agrava esta situación de comunidad al hacer responsable al cónyuge no contratante en mayor grado que en el Código civil, cuando no creemos que haya motivo que justifique dicha agravación.

Dado un paso más, esto es, pensando que en el Proyecto la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante quedara reducida a sus límites exactos, o sea, al de las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica, veámos ahora, cómo se articula este tipo de responsabilidad y cuál es la función que cumple respecto a los acreedores de las mencionadas deudas.

2.1.3.1 Ambito y función de la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante

Otro de los temas que queremos abarcar en este comentario es, como ya hemos anticipado, el del carácter subsidiario de la responsabilidad del cónyuge no contratante por las deudas contraídas por el otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (Código civil) y en la actividad enca-

minada al levantamiento de las cargas (proyecto de reforma de la Compilación).

El interés por este tema, de por sí complejo, viene marcado por dos tipos de factores. Por un lado, por la falta de regulación específica de que es objeto en nuestros textos legales la institución de la subsidiariedad. Por otro lado, y, dada la influencia que en las últimas reformas del derecho de familia ha tenido la propia reforma de la legislación francesa (50), extraña que se haya optado por una responsabilidad subsidiaria y no de tipo solidario, tal como se dispone en el texto galo (51).

Empezaremos por el primero de los temas apuntados, aunque hay que advertir que lo haremos brevemente pues tampoco constituye objeto específico de este comentario el llevar a cabo una reconstrucción del régimen de subsidiariedad, figura que sólo nos preocupa en tanto constituye uno de los tipos de responsabilidad en el régimen de separación de bienes.

Prescindiremos de las diferencias entre el Código y el Proyecto por lo que a la distinta cualidad de las deudas que motivan la responsabilidad subsidiaria se refiere, para ocuparnos en términos generales de dibujar los límites de dicha responsabilidad.

Recuérdese que el artículo 1319 del Código, precepto al que se remite el artículo 1440 del mismo establece que de las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda, y subsidiariamente los del otro cónyuge. A pesar de que este artículo no consideramos que sea aplicable en un régimen de separación, aunque haya además patrimonio común, lo destacable de este precepto es que establece la responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante. Por su parte el n.º 4 del artículo tercero del Proyecto, con mayor propiedad que el Código dicho sea de paso, fija, como se recordará, que de las deudas "causadas por el levantamiento de las cargas del matrimonio será subsidiariamente responsable el otro cónyuge". En uno y otro caso pues, se marca una responsabilidad subsidiaria. En el Código civil, ésta se refiere a patrimonios, en el Proyecto a los deudores.

(50) García cantero op. y loc. cit.

(51) Véase Marty, Gabriel y Raynaud, Pierre en *Les régimes matrimoniaux*. París 1986, pág. 32, 33 y 34.; Cornu, Gerad, *Les régimes matrimoniaux*, París 1974, págs. 99, 100 y 101.

La doctrina apenas presta atención al tema de la subsidiariedad y es lógico, pues se parte de una idea más o menos vulgarizada según la cual lo subsidiario es sinónimo de lo secundario (52), idea, que aplicada a la noción de responsabilidad indica una diferencia de grado en la obligación.

Sin embargo, creo que el tema no se agota con una remisión al carácter secundario de la vinculación sino que es necesario articular el mecanismo por el que la subsidiariedad entra en juego. Desde esta perspectiva se muestra como imprescindible fijar el momento del nacimiento de la obligación subsidiaria así como el de su exigibilidad. Según como se resuelvan estos temas, se podrá dar respuesta a las diferentes cuestiones que se puedan ir planteando tales como la posibilidad de excepcionar el cumplimiento por parte del deudor subsidiario o la viabilidad o no de la acción de impugnación del negocio celebrado por el obligado principal.

Como dato a tener en cuenta para el estudio del régimen de la subsidiariedad hay que recordar, aquel que viene dado por el rechazo expreso por parte del legislador del régimen de la solidaridad aplicado a la obligación del cónyuge no contratante. En efecto, si se excluye, como hemos visto, el carácter solidario de tal responsabilidad es porque implícitamente se rechaza el planteamiento formal de la solidaridad. Esto es, que se trate de una sola obligación con pluralidad de sujetos deudores. Consecuencia de lo anterior, es que la obligación del cónyuge contratante y la del otro cónyuge no constituyen una única obligación sino que suponen la existencia de dos obligaciones independientes.

Por lo que al régimen jurídico de la obligación subsidiaria se refiere, son pocos los datos que el Código civil suministra para su construcción. Apenas tres o cuatro preceptos reproducen de forma directa la expresión responsabilidad subsidiaria. El art. 1302 del Código civil al considerar como legitimados para ejercitar la acción de nulidad, habla de "los obligados principal o subsidiariamente". El art. 1196 del CC, al establecer como requisito de operatividad de la compensación, que los obligados los estén principalmente, contraponiendo por lo tanto la idea de obligado principal a la de subsidiario. El art. 1197 del CC, al considerar al fiador como obligado no principal, le excluye de la regla sentada en el artículo anterior, o sea en el 1196. Para terminar esta breve relación de preceptos que de alguna forma se refiere a los obligados subsidiarios, cabe citar también al art. 1826, según el cual aparece con toda claridad que el

(52) Un estudio completo de la subsidiariedad aunque referido específicamente a la obligación del fiador, véase Casasnovas Mussons, Anna en *La relación obligatoria de fianza*. Barcelona, 1984. En particular, págs. 14, 15, 16, y 17.

fiador no es un deudor principal, sino un deudor subsidiario a no ser que expresamente se constituya la fianza con caracter solidario.

Tal vez sea una conclusión un tanto apresurada, pero, intuyendo las particularidades del régimen subsidiario de la obligación, que sin ir más lejos evidencia el citado art. 1196, y en base a la escasez de datos que el Código suministra para la construcción de una teoría de la obligación subsidiaria, no nos parece descabellado recurrir al régimen de la fianza para dar respuesta a las diferentes cuestiones que en materia de responsabilidad subsidiaria por el levantamiento de las cargas del matrimonio se vayan suscitando.

A lo largo de las páginas que en este comentario hemos dedicado al tema de las cargas hemos distinguido, siguiendo la dualidad de disposiciones reflejadas en los dos textos, entre las normas de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones contraídas para el levantamiento de las cargas del matrimonio y las normas por las que se sujetan los bienes de los cónyuges al levantamiento de dichas cargas.

Asumiendo dicha distinción, planteábamos, no obstante, nuestras dudas en torno al hecho de que dicha separación pudiera en realidad mantenerse con claridad en la práctica. Y en efecto, continuamos pensando que por muchos esfuerzos que se hagan por limitar el tema de la sujeción patrimonial al ámbito interno de los cónyuges y por dejar las normas de responsabilidad para las relaciones con terceros, la dicha separación no se consigue.

En efecto, esta tendencial separación que con toda nitidez refleja el Proyecto en los artículos 3 y 4, en los números 4 y 1 respectivamente, queda mucho más difuminada en el Código, por cuanto continuamente se alude a la vinculación de patrimonios tanto para referirse a situaciones de responsabilidad para con terceros (arts. 102,2,2º; 83,1219 del Código), como para garantizar el deber de los cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1218 del Código civil).

Y realmente, dejando de lado la particularidad que representa el diferente grado de responsabilidad de cada cónyuge según se trate de gastos ordinarios o extraordinarios, lo cierto es que la sujeción absoluta de los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas puede dejar sin sentido el esquema inicial de responsabilidad. La razón es evidente. Cualquiera de los cónyuges se ve obligado a contratar cuando aparece una necesidad a satisfacer y por lo tanto, se ve obligado a asumir la deuda y éllo al margen de cuál sea su contribución a las cargas en la esfera inter-

na. El mismo esquema funciona, cuando la deuda ya ha sido contraída. Pues la insolvencia del cónyuge contratante no puede dejar sin satisfacción la necesidad que se haya generado y que necesariamente, si ésto es posible, ha de ser satisfecha. En este caso parece evidente que, con el fin de satisfacer la necesidad, el cónyuge no contratante habrá de responder de la deuda ajena, sólo que en este caso extremo, no lo hará en calidad de responsable de deuda ajena sino de deuda propia. Esta es la función, seguramente prevista, de la norma por la que se sujetan los bienes de los cónyuges, sea el régimen económico que sea, al levantamiento de las cargas.

En definitiva, la existencia de cargas del matrimonio implica que éstas han de ser satisfechas por cualquiera de los cónyuges, y ésto a pesar de que su contribución esté fijada en línea de principio, en una cuantía proporcional a sus posibilidades. Pero es que además, la idea de satisfacción supone que en caso de incumplimiento por uno de los cónyuges el otro deba asumir la deuda y por lo tanto responder de élla.

Por todo ello, podemos concluir afirmando que las normas de responsabilidad pretenden ordenar inicialmente las respectivas responsabilidades de los cónyuges, pero en última instancia el criterio que rige es el de la responsabilidad solidaria de ambos cónyuges. Responsabilidad que viene prefigurada a partir de los conceptos de sujeción y vinculación patrimonial.

2.2 La limitación a la facultad de disponer sobre bienes propios por uno de los cónyuges: el consentimiento del cónyuge no titular

El otro aspecto comunitario del régimen de separación viene de la mano de un precepto por el que se limita el principio de autonomía patrimonial de los cónyuges, al establecer la necesidad de que el cónyuge no titular preste su consentimiento para todos aquellos actos de disposición que el cónyuge titular pretenda realizar sobre la vivencia familiar así como sobre los muebles de uso habitual por la familia (53).

En efecto, la autonomía patrimonial de los cónyuges que ha definido tradicionalmente el régimen de separación cede en el diseño del legisla-

(53) Por lo que a la determinación de lo que significa muebles del hogar familiar, véase Quilez Estremera, Martín A. en "La libertad capitular y los artículos 1328, 1320 y otros del Código civil" en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1982, págs. 361 a 427, Cit. pág. 380.

dor, cuando lo que está en juego por lo actos de disposición de uno o de ambos cónyuges es el bienestar y la seguridad de la familia (54).

En evitación de posibles perjuicios para la familia, ya hemos visto como el Código civil, en lo que se ha venido en llamar régimen económico primario (55), arbitra una serie de medidas tendentes a imposibilitar que el ejercicio ilimitado de aquellas facultades inherentes al dominio, o más concretamente, de las facultades que comporta la titularidad de derechos sean reales o de crédito, pueda poner en peligro una institución como la familia. Institución que es objeto de protección tanto en la esfera económica como en la jurídica, por parte de la Constitución (art. 39, 1 C.E.).

En el epígrafe anterior nos hemos referido a algunas de estas medidas. En particular, aquella que impone a los cónyuges el deber de contribuir en la cuantía que se estime oportuna, al levantamiento de las cargas familiares. Ahora nos ocuparemos de otra de estas medidas de protección a la familia aunque no deja de estar relacionada con la que acabamos de citar. Se trata, como ya hemos anticipado, de la necesidad de que el cónyuge no titular, o en su defecto el juez, preste su consentimiento a fin de que los actos de disposición que sobre los muebles o sobre la vivienda habitual de la familia (56) que pueda realizar el cónyuge titular, gocen de plena eficacia.

2.2.1 *La formulación de la limitación a la facultad de disponer en el Proyecto de Reforma y en el Código civil*

Esta limitación a la facultad de disponer aparece por primera vez en el Código civil por obra de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y se materializa en el art. 1320 al establecer que: "para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en

(54) En este sentido se define Díez Picazo, Luis en *op. y loc. cit.* Comentario al art. 1320 del Cc., pág. 1506.

(55) Véase García Cantero, Gabriel en "Notas sobre el régimen matrimonial primario" en *Documentación jurídica*, V.I; enero-diciembre de 1982, págs. 299 a 312.

(56) Albiez Dohrmann, Klaus Jochen, "La aplicación del artículo 1320 del Código civil en caso de una segunda vivienda habitual" en *Actualidad civil*, nº 22, 1987, págs. 1353 a 1363.

su caso autorización judicial". El precepto continúa, en su segundo párrafo, con una extraña norma, generalmente entendida como de protección a los terceros de buena fe, de la que nos ocuparemos más adelante (57).

El Proyecto de reforma de la Copilación balear, fiel a la reforma llevada a cabo en el Código en esta materia, reproduce en términos casi idénticos el transcrito artículo 1320 del Código civil. En efecto, el n.º 2 del artículo 4 del Proyecto insiste en que "los actos de disposición y gravamen de los derechos en cuya virtud se ocupa la vivienda constitutiva del hogar familiar y de sus muebles requerirán el consentimiento de ambos cónyuges y de no prestarlo el cónyuge no titular, autorización judicial". Asimismo el segundo párrafo del citado precepto proyectado, al igual que el Código civil, incorpora la norma de protección a los terceros de buena fe, al indicar que "La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe".

Ninguna diferencia de fondo se observa a primera vista entre los dos artículos. En ambos casos se requiere el consentimiento de ambos cónyuges como requisito de eficacia de los actos de disposición sobre la vivienda y los muebles de uso ordinario por la familia. Y en ambos supuestos normativos se especifica que este consentimiento es esencial cuando uno de los cónyuges no es titular del derecho sobre el que el otro cónyuge, titular, dispone.

El consentimiento de ambos cónyuges para dar validez y dotar de eficacia a los actos de disposición sobre la vivienda y los muebles del hogar familiar se requiere siempre, tanto si la titularidad del derecho sobre el que se pretende disponer pertenece a ambos cónyuges como si se trata de una titularidad exclusiva de uno sólo de ellos (58).

Sin embargo, el Proyecto de reforma, en el n.º 2 del artículo 4, parece contemplar únicamente el supuesto en el que la titularidad del derecho pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges, obviando, seguramente de manera intencionada (59), toda referencia al otro supuesto. Esto es,

(57) Véase más adelante en págs.

(58) Albiez Dohmann, Klaus Jochen en *op. y loc. cit.* pág. 1357 en la que el autor manifiesta su opinión en el sentido de que la norma del art. 1320 está pensada para la titularidad privativa de uno de los cónyuges. Pero, dado su carácter preferencial, esta norma rige también cuando la titularidad es proindiviso o ganancial.

(59) Creemos que de manera intencionada pues lo lógico cuando se regula en materia de régimen de separación es huir de todo aquello que suponga situaciones de comunidad.

cuando la titularidad es y se ejerce conjuntamente por ambos cónyuges. Con un cierto apriorismo podemos encontrar la razón de tal actitud en la tendencia de marcado carácter doctrinal por la que se predica la sumisión de estos supuestos de titularidad conjunta, a las normas generales, o bien de copropiedad o bien de cotitularidad de derechos. Quedando de esta forma sustraída su regulación a las normas más específicas de régimen económico.

Doctrina, sin embargo con la que no estoy completamente de acuerdo, pues entiendo que la misma filosofía que subyace a la norma del n.º 2 del artículo 4 del Proyecto y al artículo 1320 del Código, es decir, el carácter esencialmente protector de la familia, debe hacerse extensiva a las situaciones de cotitularidad. Claro está, que sólo en el caso de que el objeto de la cotitularidad y por lo tanto el bien a disponer por uno de los cónyuges sea la vivienda familiar o los muebles del hogar.

Desde esta perspectiva es evidente que las normas de copropiedad, de comunidad o de cotitularidad deben ser interpretadas y aplicadas según el principio protector de los intereses patrimoniales y personales de la familia, y según la filosofía de la norma, ambos en un plano de absoluta igualdad. (60).

Es por la razón que acabo de exponer que en este comentario nos ocuparemos de ambos supuestos, aunque, obviamente y dada su mayor especificidad, dediquemos mayor atención al supuesto en el que la titularidad del derecho sobre el que se dispone pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges.

Pero no sólo nos ocuparemos de analizar la función, estructura y naturaleza del consentimiento en cada uno de los dos supuestos enunciados. En efecto, dada su íntima relación con este tema, nos ocuparemos, aunque sea brevemente, de una sentencia del Tribunal Constitucional por la que se introducen ciertas matizaciones al esquema de las titularidades conjuntas o exclusivas. Se trata de la Sentencia 135/86, de 31 de octubre por la que en síntesis se viene a decir que el cónyuge no titular, si bien no es parte en el contrato de arrendamiento, se convierte en cotitu-

Para las cuales han de existir normas específicas.

(60) Vendrell Ferrer, Eudal en "La vivienda familiar y su protección. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de octubre de 1986" *Rev. Jurídica de Catalunya*, 1987, nº 4, págs. 155 a 179, cit. pág. 162 Carcaba Fernández María. "La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el art. 1320 del Código civil" en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1987, nº 582, septiembre-octubre, págs. 1431 a 1459. Cit. págs. 1444 y 1445.

lar del derecho arrendaticio. Concretamente se afirma que "el consentimiento de ambos cónyuges ha convertido al interés en derecho *ope legis*, o lo que es lo mismo, que los dos cónyuges ostentan y tienen atribuido el derecho que el contrato de arrendamiento configura".

La importancia de esta sentencia es evidente. Esta sentencia, justa en cuanto a la solución dada al caso planteado, altera no obstante y desde un punto de vista técnico el régimen jurídico de la titularidad exclusiva.

Pero antes de adentrarnos en el análisis de la sentencia veámos cuál es el supuesto recogido en el art. 1320 del CC así como en el citado precepto del proyecto de reforma de la *Compilación Balear*. Para a continuación ver en qué medida ese supuesto tanto en su estructura como en su regulación ha sido matizado por la sentencia. En definitiva, y prescindiendo de la doctrina que ya antes de la sentencia recogía la tesis del Constitucional (61), se podría hablar de los arts. 1320 y 96 del Código civil, antes y después de la Sentencia.

2.2.2. *Las dos modalidades de intervención del consentimiento*

Como paso previo para el análisis del consentimiento reclamado tanto por el art. 1320 como por el n.º 2 del art. 4 del Proyecto, se impone el separar dos supuestos. El primero se estructura a partir de la titularidad exclusiva. Esto es: el objeto sobre el que se dispone o se pretende disponer, sea la vivienda familiar o los muebles, pertenece a uno sólo de los cónyuges, el otro cónyuge carece por tanto de poder de disposición. El segundo supuesto parte de una situación de titularidad conjunta o cotitularidad. A priori se puede afirmar que no se trata de la cotitularidad propia sobre el patrimonio ganancial (el régimen en estudio es el de separación) sino de una comunidad ordinaria (art. 1414 del CC). Aún a riesgo de que pudiera parecer un absurdo, el art. 1320 exige también en este segundo caso el consentimiento de ambos cónyuges. Y puede parecer absurdo porque el acuerdo de ambos cónyuges que parece exigir el art. 1320 ya es exigible según las normas de la comunidad ordinaria. No obstante, como se verá, el art. 1320 en su afán de precepto protector de la institución familiar se superpone ostensiblemente al régimen típico de las comunidades ordinarias.

(61) Ortega y Díaz-Ambrona, Juan Antonio "Constitución y vivienda familiar" en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*. Pamplona 1986, págs. 35 a 57; García Cantero, Gabriel, "Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español" en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales* págs. 61 a 84, cit. l págs. 64 y 65.

Empezaremos por el primero de los supuestos planteados. Esto es, cuando la titularidad es exclusiva de uno sólo de los cónyuges, concretamente, de aquel que quiere o ya ha dispuesto del mueble o de la vivienda familiar.

2.2.2.1 Cuando sólo uno de los cónyuges es titular

Siguiendo el esquema normativo de los arts. 1320 y 1322 del CC, partiremos para nuestro estudio de un supuesto en el que ya se ha celebrado el contrato por el que se dispone de la vivienda o de los muebles sin que ni el otro cónyuge ni el juez hayan prestado su consentimiento. En este caso, el art. 1322 del CC declara el carácter de nulo o anulable del negocio según se haya llevado a cabo a título oneroso o gratuito. Se trata de una sanción que ya antes de la reforma de 1981 recogía el art. 1301 al fijar a partir de qué momento se podía instar la acción de anulabilidad de aquellos actos o contratos “realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro”.

Tradicionalmente se ha dicho que el art. 1301 no recoge más que vicios del consentimiento, y diversificando éstos en dos grupos: lo que son propiamente vicios del consentimiento, ya sea aquellos que inciden en el acto de declaración de la voluntad, tales como la violencia y la intimidación (ex art. 1301,3), como si afectan al contenido volitivo, el dolo o el error, o si recae sobre la causa (art. 1031,4). Y por otra parte recoge lo que también se han llamado vicios del consentimiento pero que en realidad constituye un supuesto de falta de capacidad. Caso en el que estarían incluidos los dos últimos párrafos del citado art. 1301: contratos celebrados por menores e incapacitados y contratos celebrados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, cuando éste fuere necesario. Inmediatamente se me podrá objetar que si bien tradicionalmente este último supuesto era constitutivo de un problema de falta de capacidad, que hoy en día y después de las distintas reformas iniciadas por la de mayo de 1975, este supuesto ha de ser enjuiciado desde la óptica de la falta de disposición y más concretamente desde la perspectiva de las limitaciones a la facultad de disponer. Ya que la mujer goza de plena capacidad de obrar. Efectivamente esto podría interpretarse así.

Pero esta interpretación correctora del último párrafo del art. 1301 ha de hacerse después de analizar el art. 1320, concretamente la función y la estructura del consentimiento del cónyuge no titular. Así como la relación de este consentimiento con el negocio obligacional.

Veámos pues como queda definido el consentimiento del cónyuge no titular.

Es evidente que la función de este consentimiento no es ni la de formar el consentimiento negocial ni siquiera la de completarlo. No lo forma, porque de ser así, su falta supondría la nulidad del negocio por falta de consentimiento y tampoco lo complementa porque el titular del derecho no es un incapaz ni un menor de edad. Se trata por lo tanto de un consentimiento que no incide en el consentimiento contractual. Dicho consentimiento no es requisito ni de existencia ni de perfección del contrato. La estructura de este consentimiento se manifiesta tal como recoge la doctrina (62) y concretamente pone de relieve Badosa Coll, como "un negoci unilateral referit o que té com a pressupòsit un segon negoci celebrat per altri" (63). Esto permite averiguar cual es el contenido de este negocio. Se trata de un negocio de aprobación. Hay, también en este aspecto gran coincidencia en nuestra doctrina (65). El consentimiento del cónyuge no titular se limita a aprobar o rechazar el negocio.

Descartada la posibilidad de que este consentimiento actúe funcionalmente como complemento de la capacidad del titular del derecho pues no se trata de un incapaz, es evidente que el tal consentimiento, (ya hemos dicho que se manifiesta como negocio de aprobación), ha de ir referido a todo el negocio dispositivo. Como se ha dicho (66), este caso ha de englobarse dentro de la categoría de los supuestos en los que se da una cierta insuficiencia del poder de disposición del titular del negocio sobre el objeto del negocio. Insuficiencia que en este caso es de origen legal.

De lo dicho hasta ahora se desprende que la falta de consentimiento en nada afecta a la validez del negocio obligacional aunque éste incorpore un acto de disposición. El contrato es válido por cuanto el consentimiento del cónyuge no titular no es requisito ni de formación ni de perfección del mismo, sino más bien requisito de validez del negocio en

(62) Díez Picazo, Luís, *op. cit.* Comentario al art. 1320 del Código civil pág. 1506 donde el autor afirma que "el consentimiento del otro cónyuge, el no propietario o no titular, es un requisito adicional del negocio jurídico dispositivo, que no puede considerarse como un complemento de capacidad, que no esta limitada, sino que es una declaración de voluntad del tipo de las licencias y de las aprobaciones..."

(63) Cfr. Badosa Coll, Fernando, *op. y loc. cit.* pág. 359.

(64) Badosa Coll, F. *op. y loc. cit.* pág. 359; Carcaba Fernández, María, *loc. cit.*, págs. 1446 y 1447.

(65) Lacruz Berdejo, José Luís y Sancho Rebullida, Francisco. *Elementos de Derecho civil IV. Derecho de familia*. Barcelona, 1982, pág. 301.

(66) Cfr. Badosa Coll, F. *op. y loc. cit.*, pág. 360.

cuanto acto de disposición, no en su esfera obligacional, según la cual el contrato no sólo es válido sino además absolutamente eficaz.

Si por lo que a la calificación del consentimiento se refiere hay una cierta unanimidad en la doctrina (67) ésta queda desdibujada cuando lo que hay que calificar es la anomalía del negocio celebrado sin el consentimiento correspondiente. Hay que decir, no obstante, que esta ambigüedad que se aprecia en los comentarios doctrinales tiene si no su justificación, si su fundamento en dos preceptos tajantes del Código civil. En el art. 1322 al declarar solemnemente el carácter de nulo o anulable del negocio por el que se dispone, celebrado sin el oportuno consentimiento y ésto según que el negocio sea a título oneroso o gratuito. Y en el art. 1301 al fijar el plazo inicial para el ejercicio de la acción de anulabilidad para los contratos celebrados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, cuando dicho consentimiento fuere necesario.

Evidentemente el Código civil toma partido en la calificación de este tipo de negocios. Explícitamente los califica de negocios inválidos, pues los somete al régimen de la nulidad y de la anulabilidad. Es por tanto perfectamente comprensible que la doctrina, no obstante apuntar el carácter de ineficaces, en cuanto negocios de disposición, los someta más tarde y de acuerdo con la normativa expresa del Código civil, al régimen de la invalidez (68).

El consentimiento o asentimiento del cónyuge no titular tiene como función jurídica —la función protectora es de carácter social— la de limitar el poder de disposición del titular del derecho a disponer. Esa limitación del poder de disposición es tenida, tal como acabamos de ver, por el Código civil como causante de la nulidad del negocio, cuando dicha limitación no desaparece por vía de la prestación del oportuno consentimiento. No obstante, entendemos que de ahí no se puede deducir que el régimen jurídico por el que se rigen los supuestos de falta o limitación de la facultad de disponer sea el de la anulabilidad.

Desde esta perspectiva, la falta de consentimiento por parte del cónyuge no titular convierte el negocio celebrado por el titular en un negocio

(67) Ya hemos visto como la doctrina entiende que el consentimiento del cónyuge no titular es un asentimiento y que no constituye el consentimiento del negocio dispositivo. Díez Picazo, Luís *op. y loc. cit.*, pág. 1506.

(68) De La Cuesta Saenz, José María. "La protección de la vivienda familiar en los derechos francés y español. Estudio de Derecho comparado". en *Revista de derecho Notarial*, págs. 129 a 170. Véase pág. 143 y 144, año 1983.

cuya patología constituye un tercer género entre la invalidez contractual y la ineficacia del negocio obligacional en cuanto generador de obligaciones exigibles.

En efecto, que todo aquello que afecte al poder de disposición, sea la falta absoluta o sea una limitación particular, atañe al ámbito de la eficacia real del negocio, es un extremo comprobado (69) y comprobable en el propio Código civil y ello a pesar de su no reconocimiento expreso ya que literalmente el Código habla de invalidez para referirse indistintamente a una y a otra anomalía negocial.

Para demostrar la afirmación que acabo de realizar contamos con una precepto clave: el art. 1160 del Código civil, para cuya comprensión resulta absolutamente imprescindible acudir a su precedente en el Proyecto de García Goyena, concretamente al artículo 1098.

Ambos preceptos, el del Código y el del Proyecto del 51, declaran la invalidez del pago (no del negocio obligatorio) cuando éste (el pago) ha sido hecho sin capacidad suficiente para enajenar y sin la libre disposición de la cosa objeto del pago. La diferencia entre el art. 1160 del Código y el 1089 del Proyecto radica en la ampliación por parte del art. 1160 del número de limitaciones a la facultad de disponer. En efecto, en el Proyecto, tan sólo se hacía referencia a la falta de disposición por el no propietario, mientras que en el art. 1160 del Código se somete a idéntico régimen a todos los casos en los que o no hay poder de disposición, también porque no se es propietario, o sencillamente porque éste está limitado.

Es evidente, y más lo es aún cuando se piensa en el no propietario, que la falta de poder de disposición afecta al ámbito de la eficacia real del acto de disposición y no al de la validez o invalidez del negocio obligatorio que lo genera. Este, no sólo es válido sino que además son exigibles las obligaciones que de él surjan. Compruébese este funcionamiento en artículos como el 1258, 1271, 878 y 1475 del Código. La falta de disposición no afecta en ningún caso a la validez del negocio obligatorio, pero sí con toda claridad, al ámbito de su eficacia posesoria, en definitiva, a la esfera de la eficacia real, ya que difícilmente, en el caso del no propietario podrá transmitirse la propiedad de la cosa pagada y sin embargo si se habrá producido el cumplimiento de su obligación.

(69) Es un clásico en esta materia el trabajo de Fernández de Villavicencio Arevalo, Francisco. "La facultad de disponer" en *Anuario de Derecho civil* 1950, págs. 1025-1056.

Desde esta perspectiva, el negocio dispositivo realizado por el titular del derecho, aún sin el consentimiento del otro cónyuge o el del juez no puede ser tenido como inválido, dando a entender si así se configurarse, que el consentimiento del otro cónyuge, o sea el del no titular integra la estructura negocial del contrato dispositivo.

Llegados a este punto sólo se me ocurren dos vías de explicación de tal situación. O bien entender que el consentimiento al que nos estamos refiriendo a pesar de que no conforma el consentimiento negocial debe ser considerado como integrante de la estructura del negocio obligatorio (70) aunque para éllo no se me ocurre ningún sistema de integración, o bien entender, que una vez más, las reformas legislativas se mueven muchas veces por inercia. En este caso la inercia tendría su origen en el art. 1301 anterior a la reforma de 1975, cuando el consentimiento del otro cónyuge, el del marido, funcionaba como complemento de capacidad del de la mujer. Caso en el que sí era lógico conceptuar el negocio celebrado sin dicho consentimiento como constitutivo de un caso de invalidez por falta de consentimiento en el negocio celebrado por la mujer.

No obstante se puede admitir una tercera explicación a la disfunción que plantean los arts. 1301 y 1160. Disfunción que se origina tal como hemos señalado, al diversificar los motivos de invalidez contractual (art. 1301) y de invalidez del pago o cumplimiento (art. 1160). En el primer caso la invalidez tiene su origen en los vicios del consentimiento contractual, en el otro caso la invalidez nace o bien de un defecto en la capacidad para enajenar o en una falta o limitación del poder de disposición. Disfunción que se manifiesta, una vez diferenciados los supuestos de invalidez, al someter la invalidez del pago a la invalidez del contrato. O lo que es lo mismo: pretendiendo que la ineficacia del pago deba llevar consigo la invalidez del contrato. Esto es lo que sentencia el art. 1322 del CC.

La explicación que se nos ocurre (71) para explicar esta paradójica situación está en ver el régimen de la anulabilidad no como un régimen ex-

(70) Espiau Espiau, Santiago. En un trabajo todavía no publicado apunta la posibilidad de que el asentimiento del cónyuge no titular deba formar parte del negocio dispositivo. De manera que su falta supondría la invalidez del negocio dispositivo. El trabajo al que nos referimos lleva como título provisional el de "La atribución de la vivienda familiar en las situaciones de crisis matrimonial (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de Octubre de 1986).

(71) Posibilidad en cierta manera apuntada, en una conversación mantenida con Fernando Pantaleón.

clusivo de ineficacia contractual por vicios del consentimiento, sino en hacerlo extensible a todos aquellos supuestos necesitados de protección. En el caso que nos ocupa, el cónyuge no titular y que debía prestar su consentimiento para la enajenación hubiera quedado desprovisto de toda acción tendente a controlar la enajenación realizada por el cónyuge. Desde esta óptica no ha de haber ningún inconveniente en hacer extensivo el régimen de la anulabilidad al supuesto en cuestión (posibilidad de confirmar, legitimación para impugnar etc...) Ahora bien tal vez fuera oportuno hacer posible que en caso de impugnación bastara con pedir la invalidez del pago tal como establece el art. 1160, sin necesidad de pretender la invalidez o nulidad del contrato obligatorio.

Como ineditamente veremos, todo este planteamiento esta a años luz del que sugiere la sentencia del Tribunal Constitucional. De igual forma queda desdibujado por la sentencia citada el régimen de las titularidades conjuntas concretamente los supuestos de comunidad ordinaria.

2.2.2.2. *Cuando los dos cónyuges son titulares*

El art. 1414 del CC. -precepto situado en el Capítulo V dedicado al régimen de participación- establece que "si los casados en régimen de participación adquieren conjuntamente algún bien o derecho, les pertenece en proindiviso ordinario". No parece que de esta norma deba excluirse ningún tipo de bien ni por tanto la vivienda conyugal ni cualquiera de los muebles que en ella puedan estar. Y no parece tampoco, y así lo ha puesto de relieve la doctrina (72) que haya ningún inconveniente en hacer aplicable este precepto cuando el régimen económico del matrimonio es el de separación, más cuando el art. 1313 considera que "en todo lo no previsto en este artículo se aplicaran durante la vigencia del régimen de participación, las normas relativas al de separación de bienes".

Si esto es así el tema que nos hemos de plantear es el siguiente: en qué relación se encuentran las normas propias de la comunidad ordinaria con el art. 1320 del CC. o lo que es lo mismo, ¿quedan estas normas en alguna medida matizadas por el citado art. 1320?

Es evidente que en una situación de copropiedad sobre la vivienda y muebles del hogar familiar las normas propias de este tipo de comunidad ceden frente al art. 1320 del CC. El art. 1320 en su función protectora de

(72) Montes Penedés, Vicente, *op. y loc. cit.*, pág. 1922.

la familia deja sin efecto preceptos como el 399 del CC. en el que después de fijar que cada condueño goza de la propiedad de su parte, establece que puede "enajenarla, cederla o hipotecarla". Facultades para las que no es preciso consentimiento ni acuerdo del resto de los condueños. (73). La razón del porqué creemos que este precepto no es directamente aplicable al supuesto en estudio, o que de ser aplicable lo ha de ser con el concurso del consentimiento del otro cónyuge, según dispone el citado art. 1320, es evidente. Si el art. 1320 exige el consentimiento del otro cónyuge cuando el objeto a disponer es propiedad exclusiva del cónyuge que dispone, con más razón se ha de exigir dicho consentimiento cuando el objeto de la disposición pertenece a ambos conjuntamente. Sin embargo son perfectamente aplicables los arts. 397 y 398, pues exigen que ambos cónyuges consientan en la realización de alteraciones en la cosa común, o en los actos de administración y disfrute de la cosa común.

En definitiva, cuando se trata de disponer de la vivienda conyugal o de los muebles de uso ordinario por la familia, poco parece importar quien sea el titular de los derechos sobre esos objetos, pues en cualquier caso se necesita el consentimiento de ambos cónyuges.

Es obvio decir que en caso de enajenación por parte de uno de los condueños de su cuota, sin el consentimiento del otro, el régimen sancionatorio sería idéntico al diseñado para el primer caso. Es decir, anulabilidad del pago por falta de poder de disposición sobre el objeto enajenado.

No obstante, como he venido diciendo, todo el esquema de titularidades conjuntas o en exclusiva carece de sentido después de la citada sentencia del Tribunal Constitucional. En efecto, el T.C. apunta la posibilidad de que la familia sea considerada como una sola persona y por tanto que como tal actúe en el tráfico jurídico, y todo ello prescindiendo de cual sea el miembro de la familia que ostente la titularidad de los derechos.

(73) Tanto Lacruz, Sancho, *op. cit.* pág. 297, como Espiau en el trabajo citado, parecen configurar la situación de cotitularidad como si de bienes gananciales se tratara, es decir, como un supuesto de copropiedad gemánica. Sin embargo entendemos que no es así, y no lo es en ningún caso, cuando el régimen que rige es el de separación de bienes. Otra cosa es que las normas de copropiedad deban matizarse en función del objeto de la cotitularidad, es decir, cuando se trata de disponer de la vivienda familiar y de los muebles de uso ordinario por la familia. García Cantero; Gabriel en "Configuración del concepto..." en *Hogar y ajuar de la familia*, pág. 84.

2.2.2.3. *Breve referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 135/86, de 31 de octubre.*

Esta sentencia, la cotitularidad de ambos cónyuges sobre la posesión arrendaticia la convierte en una cotitularidad de derechos, a pesar de tratarse de un supuesto en el que sólo uno de los cónyuges era parte en el contrato de arrendamiento. (74).

El caso contemplado en la sentencia es el siguiente: tras una separación judicial, el juez había atribuido la vivienda familiar a la mujer y a los hijos. Se trataba de una vivienda dada en arrendamiento cuyo titular era el marido. Por falta de pago, la propietaria de la vivienda promovió juicio de desahucio, dirigiéndose la demanda únicamente contra el marido, titular y firmante exclusivo del contrato de arrendamiento. Enterada la mujer del juicio en curso, se dirige mediante escrito al juzgado para que se la tenga por comparecida e interesada. Tanto el juez en primera instancia como posteriormente en vía de apelación rechazan la pretensión de la mujer. Al poco tiempo recae sentencia decretando el desahucio por falta de pago. La mujer, a quien se le notifica la sentencia, no interpone apelación por estimar que, no siendo parte, no se le hubiera admitido. Esta circunstancia motiva el recurso de amparo resuelto por la Sentencia del T.C. en la que se pone de relieve que a la recurrente debía habersele reconocido su cualidad de parte por considerar a la mujer como titular de la posesión arrendaticia cualidad conferida como consecuencia del contrato arrendaticio celebrado por el marido.

El primer aspecto a tratar de los que plantea esta sentencia hace referencia a la relación entre el consentimiento que los arts. 1320 y 96 del CC exigen, y el tema de las titularidades. Para el T.C., el consentimiento, que ya hemos visto que incidía en el poder de disposición, convierte la titularidad exclusiva de uno de los cónyuges en cotitularidad pues afirma que los citados preceptos en la medida en que exigen el consentimiento indican que “no puede alterarse unilateralmente la disponibilidad posesoria de la vivienda y que el consentimiento de ambos cónyuges convierte el interés en derecho “ope legis”, o lo que es lo mismo, que los dos cónyuges ostentan y tienen atribuido el derecho que el contrato de arrendamiento configura”. Y más adelante añade refiriéndose a ambos precep-

(74) Sobre este tema puede verse Vendrell Ferrer, Eudald “La vivienda familiar y su protección. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de octubre de 1986 en *Revista jurídica de Cataluña* 1987. 4 págs 155-179. y Piñeiro Martínez, Eduardo en el comentario que dedica a la dicha sentencia del T.C. en *Circulares del Colegio notarial de Baleares*.

tos: "normas ambas que responden a la moderna tónica legal de protección del interés común familiar, que viene a configurar a la familia como sujeto colectivo, como sujeto comunitario".

Para el T.C., por tanto, el consentimiento del cónyuge no titular reclamado por el art. 1320 significa: primero, que la familia es un sujeto colectivo o comunitario, y en segundo lugar, que cualquiera de los cónyuges actúa en representación de la familia cuando lleva a cabo, tanto como sujeto activo como pasivo, actos de administración o disposición sobre la vivienda familiar o sobre los muebles del hogar.

Pero también cabría tratar sobre otras de las afirmaciones que se contienen en la sentencia. Pues tal como señala Espiau, también es discutible que dentro del derecho a la posesión arrendaticia puedan distinguirse dos titularidades, la formal, ostentada por el marido y la material por la mujer y los hijos. (75)

Pero de todas las afirmaciones que se contienen en la sentencia la que a nosotros nos interesa es la primera.

Pretender que la familia actúe en el tráfico jurídico como una unidad no es sólo una posibilidad apuntada en la sentencia sino una idea insistentemente sugerida por cierto sector doctrinal (76). No obstante, si dejamos aparte consideraciones de carácter sociológico o religioso, la utilidad jurídica del planteamiento apuntado es a mi modo de ver un tanto escasa además de perturbadora.

No se trata aquí, en este breve comentario sobre la reforma de la Compilación en materia de régimen económico del matrimonio, analizar con detenimiento cuales son las ventajas y los inconvenientes de considerar a la familia como una persona "jurídica". Por ello no lo vamos a hacer. No obstante si creo hay que poner de manifiesto que de prosperar tal planteamiento deja de tener sentido la autonomía de la voluntad de los cónyuges de organizar sus intereses económicos de la forma que crean oportuna. Concretamente deja de tener cada vez más sentido la existencia de distintos regímenes económicos del matrimonio. Si se acepta convertir al matrimonio o a la familia en su sujeto de derecho, el siguiente paso es la uniformidad del régimen económico. (77).

(75) Véase Fonseca González, Rafael. "La vivienda familiar habitual en arrendamiento y la sociedad de gananciales" en R.D. Privado 1983. págs. 261-270.

(76) Cfr. García Cantero, Gabriel en "Notas sobre el régimen..." en *Documentación jurídica...*, pág. 307.

(77) Uniformidad que ya se viene implantando merced a las normas de régimen econó-

En la reforma del 81 ya se muestra evidente que no era esta la voluntad del legislador, sino otra, la de proteger a la familia, eso sí, pero por la vía de la contribución a las cargas del matrimonio y por la vía de exigir el consentimiento de ambos cónyuges actuando a diferente nivel, cuando se trata de disponer sobre objetos imprescindibles para la estabilidad y el bienestar de la familia.

No queremos dar por acabado este tema sin antes plantearnos, aunque somos conscientes de su carácter tangencial, otro aspecto. A saber: ¿los hijos que viven en el hogar familiar deberían asimismo prestar su consentimiento, cuando pudieren hacerlo, para dar eficacia a los actos de disposición realizados por alguno de los cónyuges?. La respuesta a esta pregunta necesariamente deberá ser diferente según la concepción que se tenga de la familia. En efecto, si se atiende a la comentada sentencia del T. C. o a la doctrina que la sustenta, los hijos al igual que la esposa, en el caso planteado en la sentencia, son parte material del contrato de arrendamiento. Y desde esta perspectiva ¿porqué no habrían de prestar su consentimiento?. De hecho, en el Código hay datos suficientes para justificar la necesidad de este consentimiento. Por lo pronto, el Código, en el artículo 155, hace deudores de la obligación de contribuir a las cargas de la familia a los hijos que convivan en el hogar familiar y tengan recursos para éllo. Nótese también que en el art. 96 del Código, uno de los criterios, o tal vez el criterio básico para la atribución de la vivienda en situaciones de crisis matrimonial, lo constituye el hecho de cual de los cónyuges va a ostentar la guarda y custodia de los hijos.

Por mi parte entiendo que no obstante la existente base legal para justificar la necesidad del consentimiento de los hijos, no puede exigirse que se preste dicho consentimiento. Y éllo por varias razones. En primer lugar, porque, como se ha dicho (78), este consentimiento, el de la esposa o en su caso si fuere posible el de los hijos, tiene como función la de controlar la autonomía de la voluntad del cónyuge que dispone. Razón que a su vez comporta otra consecuencia. Su carácter excepcional implica que no pueda ser impuesto acudiendo a la analogía, mecanismo al que habría que acudir para justificar que también los hijos deberían prestar su consentimiento (79).

mico primario, las cuales de forma solapada van invadiendo la esfera propia de los diferentes regímenes económicos. Esto se ve claramente en el Proyecto de reforma de la Compilación, en donde se han incluido todas y cada una de las normas de régimen primario, aún siendo discutible que de forma necesaria fueran aplicables en los territorios con legislación civil propia. Véase en este sentido Giménez Duart, Tomás, "El artículo 1320 del Código civil. ¿es aplicable en Cataluña?" en *Rev. Jurídica de Catalunya*, 1982, págs. 193 y 209.

(78) Crf. Badosa Coll, Fernando, *op. y loc. cit.*, pág. 359.

(79) Véase Rivero Hernández, Francisco en "Com. art. 92 de C.C." en *Matrimonio y*

Y ahora sí, para dar por finalizado el comentario sobre la necesidad de que el cónyuge no titular preste su consentimiento para los actos de disposición por parte del cónyuge titular, nos queda tratar sobre un aspecto que al igual que en el artículo 1320 del Código civil recoge el último párrafo del nº 2 del artículo 4 del Proyecto de Reforma de la compilación. A saber: la protección de los "terceros" que contratan con el cónyuge titular sin que medie el consentimiento del otro.

2.2.3. *La protección del adquirente la buena fé*

Decía hace un momento, que tanto el último párrafo del nº 2 del artículo 4 del Proyecto como el segundo y último del artículo 1320 del Código introducen una extraña norma calificada generalmente como de protección a los terceros de buena fé.

En efecto, en uno y otro texto, en términos idénticos se establece que "La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fé"

De esta norma Gordillo ha dicho que es clara en su formulación importante en su amplitud y significado y de dudosa oportunidad (80). Por mi parte, si bien no comparto en su totalidad y sin matices los distintos calificativos que el citado autor dedica a la norma, si creo que los mismos constituyen a grosso modo, un acertado diagnóstico de la misma.

Para empezar, creo que es difícil que una norma sea clara en su formulación y sin embargo defectuosa en su técnica de redacción. Concretamente, la norma en estudio es tan clara o tan oscura en su formulación como en la técnica empleada para su redacción. No obstante hay que advertir que Gordillo cuando dice que la norma es clara en su formulación, lo que quiere decir es que lo claro es la función de la norma: "función de contrapeso a la limitación dispositiva establecida en el primer párrafo del artículo 1320" (81)

Divorcio Comentarios el nuevo Título IV del libro I del Código civil. Coordinados por La-cruz Berdejo. Madrid 1982.

(80) Cfr. Gordillo, Antonio, "La protección de los terceros de buena fé en la reciente reforma del derecho de familia" en *Anuario de Derecho civil*, 1983; octubre-diciembre, págs. 1111 a 1160. Cit. pág. 1133 y 1134.

(81) Cfr. Gordillo, Antonio, *op. y loc. cit.*, pág. 156.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, creo que la defectuosa técnica en la redacción dificulta extraordinariamente la comprensión de los términos en que viene formulada la norma. Prueba de ello la tenemos en la interpretación que de la citada disposición ha realizado la doctrina.

En efecto, la doctrina entiende que el adquirente de la vivienda familiar o de los muebles es un tercero, que puede ser de buena o de mala fé, y, que con la expresión legal "no perjudicará", se quiere indicar que dicho tercero, si es de buena fé, quedará protegido en la medida en que será mantenido en su adquisición.

Pero lo cierto es que el precepto no habla de terceros sino de adquirente de buena fé, pero es que además, no dice que la situación precontractual no le podrá ser opuesta al adquirente, sino que lo que especifica, es que ésta no le perjudicará.

En resumen, la interpretación que la doctrina lleva a cabo en torno al citado precepto es obviamente una interpretación no literal, lo cual pone de manifiesto lo que hace unos instantes sugeríamos. Es decir, la norma está bien formulada pero mal tratada técnicamente o viceversa.

El párrafo final del artículo 1320 así como el correspondiente del Proyecto no habla de tercero sino de adquirente de buena fé y lo hace con absoluta propiedad por cuanto el sujeto que adquiere del titular no es un tercero, ni civil ni hipotecario, ya que es parte en el negocio dispositivo. Por lo tanto, parece que la situación a proteger es la de la confianza inter partes. En efecto, a pesar de que se hable del tercero para aludir al adquirente de buena fé, creemos que se incurre en una imprecisión. El adquirente es un tercero, si así se le quiere llamar, con respecto a los cónyuges, pero esta situación de tercero no tiene a nuestro modo de ver trascendencia alguna. La protección del sujeto que adquiere se propicia en cuanto parte de una enajenación llevada a cabo por el cónyuge disponente. Negocio en el que, por otra parte, el cónyuge no titular no goza de la cualidad de parte. El adquirente sólo puede verse como tercero cuando efectivamente el cónyuge no titular ha prestado su consentimiento y ello porque en ese caso si que hay un negocio, el de aprobación, que va referido a otro negocio, el de disposición, negocio, este último, en el que es parte el adquirente. Sólo si se relacionan las partes que intervienen en estos dos negocios, el de aprobación y el de disposición, se puede llegar a configurar al adquirente como un tercero, lo único que ocurre es que en este caso dado que se ha prestado por el cónyuge no titular su consentimiento, la figura del adquirente deja de merecer protección pues el negocio no adolece de anomalía alguna. La protección del adquirente,

por lo tanto sólo opera cuando el negocio dispositivo se ha realizado sin el consentimiento del cónyuge no titular.

El enfoque que debe darse pues a la protección del adquirente se basa en las normas de protección de la confianza y de la buena fe en las relaciones entre las partes contratantes. Desde esta óptica se impone analizar la buena o mala fe precontractual, el dolo contractual por parte del disponente, piénsese en el inicio del párrafo de la norma en cuestión "La manifestación errónea o falsa", así como el carácter de causante o incidental del propio dolo en relación con el análisis específico de la buena o mala fe por parte del adquirente.

Una vía de interpretación de la norma podría ser la que atendiera a la existencia o no de dolo precontractual, en cuyo caso el adquirente además de la legitimación de que goza para impugnar el contrato, podría reclamar una indemnización por lo daños y perjuicios que se le hubieren causado. Supuesto éste, en el que efectivamente la impugnación del contrato por parte del cónyuge no titular no le perjudicaría, tal como se afirma en los correspondientes artículos del Código y del Proyecto (82).

Pero no parece ser ésta la vía de protección al adquirente abierta por el párrafo final del artículo 1320 del Código ni lógicamente en el artículo 4 del Proyecto. Ciertamente, el esquema protector del artículo 1320 más se parece al utilizado en la Ley hipotecaria, para proteger al tercero que inscribe. Pero una cosa es que el esquema del artículo 341 de la L.H. valga para explicar el supuesto del artículo 1320 y otra distinta es que al adquirente del artículo 1320 se le proteja de acuerdo con dicho precepto, tal como ha venido apuntando un cierto sector doctrinal (83). Porque lo cierto que el adquirente del art. 1320 no es un tercero y continúa sin serlo tanto si inscribe su derecho como si no lo hace, caso en el que repito, continúa siendo protegido.

Sobra decir que nos estamos refiriendo a la disposición sobre la vivienda familiar no sobre los muebles en cuyo caso no tiene sentido plantearse la posible protección del adquirente por la legislación hipotecaria sino en su caso por la vía del artículo 464 del Código civil.

Hecha esta precisión y, retomando el hilo del razonamiento que estábamos siguiendo, hay que decir que por lo que a la disposición sobre la

(82) Albaladejo, Manuel. *Curso de derecho civil IV*, Barcelona, 1982, pág. 156.

(83) En este sentido véase por todos García Cántero, Gabriel, "Notas sobre el régimen matrimonial..." en *Documentación jurídica...*, pág. 309.

vivienda conyugal se refiere es evidente, que los presupuestos sobre los que opera la protección del artículo 1320 del Código no son los mismos que aquellos que se tienen en cuenta a la hora de aplicar el artículo 34 de la L.H. y en definitiva, de aquellos que se toman en consideración para proteger al tercer hipotecario.

En efecto, en la norma del Proyecto así como en el artículo 1320 se prescinde de que el derecho del disponente esté o no inscrito al igual que resulta irrelevante cuando se trata de proteger al adquirente, el que éste haya inscrito o no su derecho. En el artículo 1320 se protege, sí, la apariencia, pero no necesariamente, la apariencia registral.

Coincidimos plenamente con Gordillo cuando afirma que: "el artículo 1320 es hoy clara prueba de que caben apariencias protegibles relativas a inmuebles y producidas al margen de la publicidad inmobiliaria registral" (84).

Lo que acabamos de afirmar no implica, sin embargo, que al adquirente del artículo 1320 no se le pueda proteger por vía del artículo 34 de la L. Hipotecaria. Al adquirente del artículo 132 O. se le podrá proteger por la vía del art. 34 siempre que en la concreta circunstancia se den los presupuestos de operatividad del artículo 34 y no por el simple hecho de tratarse de un supuesto "semejante" (85)

No obstante, a pesar de la protección pararegistral que dispensa el artículo 1320 del Código y si se aprueba el párrafo correspondiente del artículo 4 del Proyecto, las últimas reformas del artículo 91 del Reglamento hipotecario (86), tienden a frenar no ya la propia protección del adquirente tanto por vía del art. 1320 como por la vía de registro, sino el que pueda producirse el supuesto que la motiva.

(84) Cfr. Gordillo, Antonio *op. y loc. cit.*, pág. 1133.

(85) En contra Carcaba Fernández, María, *op. y loc. cit.* pág. 1456. Para la autora la aplicabilidad del art. 34 de la Ley Hipotecaria parece viable para el supuesto del segundo párrafo del art. 1320, no obstante, haber considerado al adquirente no como tercero sino como parte del negocio de disposición. A pesar de su afirmación inicial, se aprecia en su razonamiento la comentada dualidad de protecciones al adquirente: 1º del art. 34 cuando se trate de un tercero hipotecario (que en un caso normal sólo lo podrá ser el subadquirente), o la propia del art. 1320,2 cuando no lo sea.

(86) En su última redacción, el art. 91 del R.H. dispone lo siguiente: "Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter".

En efecto, el artículo 91 del Reglamento hipotecario, en la medida en que exige que conste en la escritura la manifestación del disponente sobre el no carácter de vivienda familiar del inmueble sobre el que se dispone dificulta en mayor o menor medida, según la buena o mala fe de los implicados en la enajenación, que se puedan llevar a término actos de disposición no consentidos por el otro cónyuge.

Pero dejando a parte esa posible traba que el art. 91 del Reglamento pueda presentar a este tipo de contratos, lo cierto es que resulta insuficiente como vía de paralización. Hay que seguir afirmando que el párrafo final del artículo 1320 deroga absolutamente o si se prefiere en gran medida, la función que el primer párrafo del precepto quiere cumplir: la de proteger a la familia. Sin entrar en valoraciones sobre la oportunidad o no del párrafo final, lo cierto es que por encima del principio de protección a la familia prima con toda certeza el principio de protección y seguridad del tráfico jurídico.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA OPORTUNIDAD Y MOVILES DE LA REFORMA

Vaya por delante que lo que a continuación sigue no van a ser más que reflexiones en torno a uno o dos temas que por sí mismos y cada uno por separado merecerían y de hecho han merecido un estudio y un tratamiento exclusivo.

Estos temas a los que me acabo de referir y que han ido apareciendo a lo largo de este trabajo pueden enunciarse mediante el siguiente esquema: primero respecto de las normas que nosotros hemos venido calificando de aspectos comunitarios del régimen de separación, que el Código civil recoge en un título común a los distintos regímenes económicos y que por esa razón las engloba bajo la rúbrica de "disposiciones generales" del Capítulo Primero del título III. Normas que, en definitiva, el Proyecto de Reforma de la Compilación ha recogido como nuevas total o parcialmente: ¿son, en tanto no se apruebe el Proyecto, aplicables

Este artículo, aparece vía Decreto 2388/1984 de 10 de octubre, y tuvo un predecesor. Se trata del correspondiente precepto que aparece merced al Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre. En él se decía: "Cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, para la inscripción del acto de disposición que recaiga sobre inmueble que constituya la vivienda habitual de la familia, deberá constar el consentimiento del otro cónyuge, a no ser que se justifique que no tiene tal carácter o que el disponente lo manifestare así". Debieron ser bastantes los problemas de interpretación que el precepto suscitaba, pues, como se ha visto, el artículo fué objeto de una ulterior redacción

en Baleares?, y segundo, si lo son, ¿cuál es la función y a qué razones puede obedecer su inclusión expresa en al Compilación? Por último, si no lo son, la pregunta vuelve a ser la misma: ¿Cuáles han sido los móviles que han inducido su acogimiento expreso en el que han de ser nuestro texto legal? Cuarto, y, como consecuencia del planteamiento que precede, ¿a qué obedece la distinta regulación contenida en estas normas, en las disposiciones aplicables en Ibiza y Formentera, por un lado, y en Mallorca por otro? y en quinto lugar nos queda por tratar un aspecto más técnico. A saber: ¿Cómo se incardinan las disposiciones proyectadas en materia de régimen económico, en el sistema del título IV del Libro I del Código civil, sin que ninguno de los dos ordenamientos queden violentados?

A continuación intentaremos responder a algunos de estos interrogantes; otros han quedado sólo planteados.

1. DEL REGIMEN DE “ABSOLUTA SEPARACION” DE LOS ARTICULOS 3 Y 4 DE LA COMPILACION, AL DE “SEPARACION DE BIENES” DE LOS ABIGARRADOS ARTICULOS 3 Y 4 DEL PROYECTO DE REFORMA

En efecto, el párrafo segundo del artículo 3 de la Compilación de Derecho civil de Baleares establece que “a falta de contrato sobre los bienes, se entenderá contraído el matrimonio bajo el régimen de *absoluta* separación de los mismos” (el subrayado es nuestro). En el n.º, 1 del art. 3 del Proyecto se sustituye, sin embargo, el vocablo “separación absoluta” por el de separación de bienes. El cambio que a simple vista carece de importancia, pues el régimen a su nueva regulación. Dando coherencia a la entrada en el articulado del Proyecto de las normas que hemos tildado de aspectos comunitarios del régimen: la regulación de la contribución a la entrada en el articulado del Proyecto de las normas que hemos tildado de aspectos comunitarios del régimen: la regulación de la contribución a las cargas y la necesidad del consentimiento del cónyuge no titular para los actos de disposición sobre la vivienda y los muebles de la misma.

En el Proyecto, se regula *ex novo* la materia de disposición sobre vivienda y muebles del hogar y se detalla con más o menos fortuna el régimen de contribución a las cargas, ya establecido en la Compilación. Por lo tanto, se regulan unos aspectos que tradicionalmente han quedado al margen del régimen de separación de bienes. Son los aspectos comunitarios del régimen. Esta es una realidad que la doctrina intenta justificar aduciendo su cualidad de elementos integrantes del régimen y rechazando

su condición de elementos añadidos (87). Pero este es un tema en el que con facilidad se puede argumentar de forma falaz y, por esa razón conviene ir clarificando conceptos.

Por mi parte, estoy absolutamente a favor de que la situación de separación de bienes se someta a un determinado régimen jurídico propio de la *Compilación Balear*. Asimismo me parece un acierto el que se regule dicha situación en base a criterios de igualdad de los cónyuges y sí se me apura, en base a criterios de protección a la familia. Aunque, dicho sea de paso, el momento en que estas normas protectoras han de entrar en funcionamiento es precisamente cuando la institución familiar ha entrado en crisis. O sea que estas normas se aplicarán para resolver las relaciones de los cónyuges y de los hijos en situaciones de nulidad, separación o divorcio, y no en situación de normalidad. Creo pues, que la regulación de la separación de bienes ha de estar presidida por el criterio de igualdad entre los cónyuges y entiendo como más discutibles el otro criterio, el más citado, de protección a la familia, que a mi modo de ver debería sustituirse por el de protección a los hijos y de protección al cónyuge perjudicado, pero de éste se encargan otro tipo de normas distintas a las del régimen económico, que son las de disolución del matrimonio.

Por lo tanto coincido plenamente con aquellos que piensan que el régimen de separación ha de tener necesariamente aspectos comunitarios. Pero discrepo en la medida en que para mí estos aspectos no pueden ser considerados como implícitos en el régimen ni en la idea de régimen, ya que régimen como sinónimo de regulación no determina el contenido de la materia a regular, que puede ser más o menos extensa. Prueba de lo que digo la tenemos en las dos regulaciones existentes en Mallorca: la de la *Compilación* y la proyectada. Y aún disponemos de otra muestra. El art. 67 del Proyecto regula el régimen de separación para las islas de Ibiza y Formentera. En este precepto que consta de cinco números se define el régimen de separación, se establece la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas, se reproduce la norma de responsabilidad frente a terceros en caso de incumplimiento, pero: ni se establece la norma por la que se sujetan los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas (88) ni se instituye la necesidad del consentimiento del cónyuge

(87) Rebolledo Varela, Angel Luis, *op. cit.*, pág. 28.

(88) En el art. 67 del Proyecto, disposición aplicable sólo a Ibiza y Formentera, y, concretamente en el segundo párrafo del número 4 se deja en manos de los cónyuges el sujetar determinados bienes al levantamiento de las cargas, pero no sólo la cualidad de los bienes sino el hecho mismo de la sujeción. En efecto, el mencionado precepto dispone que "si

ge no titular para los actos de disposición sobre la vivienda y los muebles del hogar (89).

Por todo ello no me parecen acertados del todo razonamientos como el de REBOLLEDO VARELA, asumido por MASOT (90). Razonamientos con los que estoy en desacuerdo en lo que tienen de argumentación lógica, no en el resultado al que se llega, con el que, como ya he manifestado, coincido plenamente. Sólo que para justificar el que se adopten disposiciones del tipo del art. 1320 del Código civil no creo que sea necesario acudir a razonamientos como el del citado REBOLLEDO según el cual "no se puede concebir una separación de bienes absoluta en la que los cónyuges estuvieran sometidos a las normas generales de derecho común porque ya no sería un régimen económico: de su esencia forman parte ciertos principios comunitarios pero no como una intromisión de los regímenes de comunidad, sino como una consecuencia de su carácter: por ser un régimen económico basado en el matrimonio" (91).

En conclusión, como se recordará, decíamos al principio de este trabajo, que la doctrina al definir el régimen de separación lo hace resaltando y negando, aquellas notas que sí tienen otros regímenes y que no tienen el de separación. Recuérdese como enunciado típico aquel que dice que el régimen de Separación de bienes se caracteriza por "la falta de comunidad de bienes" o "por la no comunicación de los cónyuges entre sí de ningún bien ni ganancias". A partir de las distintas reformas del Código y de la Compilación, tal vez convenga, si se quiere ser preciso, variar sensiblemente las definiciones del régimen de separación hasta ahora habituales.

existe dote u otros bienes afectos al sostenimiento de las cargas familiares", por lo tanto sólo si ha habido una afección pactada los bienes de los cónyuges quedarán afectos. No en otro caso. De la lectura de esta norma pueden extraerse dos conclusiones: primera que en Baleares no tiene porque aplicarse supletoriamente el Código civil en esta materia y segunda, seguramente la válida, que a pesar de que parezca que se está hablando del régimen de separación, esta es una norma típica de los "espolits".

(89) Es difícil intuir a qué obedece la distinta regulación del régimen de separación en Ibiza y Mallorca. Tal vez en esta diversidad late un afán diferenciador entre islas o sencillamente obedezca a dos actitudes diferentes delante del propio concepto de derecho balear.

(90) Cfr. Masot Miquel, Miguel. "El proyecto de revisión de la Compilación del Derecho civil de Baleares" en *Actualidad Civil*, nº 23, 1986, págs. 1640 a 1666, cit. pág. 1651 a 1652.

(91) Rebollero Varela, Angel Luis, *op. cit.*, pág. 28.

2. DESPUES DE LA ULTIMA REFORMA DEL CODIGO Y ANTES DE LA APROBACION DEL PROYECTO DE REFORMA DE LA COMPILACION ¿CUAL ES EN BALEARES EL SISTEMA DE FUENTES POR LO QUE AL REGIMEN DE SEPARACION SE REFIERE?

En este apartado queremos reflexionar en torno a la aplicación en Baleares de aquellas normas del Código, que al no estar expresamente recogidas hoy en la Compilación, implican un cierto vacío regulador. Concretamente nos referimos al art. 1320 y en general a los artículos que detallan el régimen de contribución a las cargas del matrimonio.

En cierta manera, éste es un tema que ya ha sido apuntado a lo largo de este trabajo y sobre todo, al tratar del régimen de las cargas. Pero creo oportuno insistir en él, dada su importancia, pero ahora desde una óptica más amplia. No sólo por lo que al tema de las cargas se refiere sino también teniendo en cuenta, como acabo de señalar, el art. 1320 y, en general aquellos preceptos que en el Código se consideran disposiciones generales y que en la Compilación, lógicamente, no están recogidos.

En este tema contamos con dos preceptos claves: por un lado el ya citado artículo 13 del Código, al excluir la aplicación del título IV del Libro I en todo aquello que se refiera al régimen económico, remitiendo su desarrollo a lo que todavía creo pueden llamarse derechos especiales. Y por otra parte, disponemos de una norma compilada, la del primer párrafo del art. 2 de la Compilación. Se trata de una norma por la que se establece el carácter supletorio del Código civil en Baleares. Supletoriedad que presupone el propio art. 13, n.º 2 del Código civil. Ahora bien, llegados a este punto, tradicionalmente la doctrina se ha planteado un nuevo problema. A saber el alcance de la expresión supletoriedad, o dicho de otra manera, ¿qué se entiende por derecho civil Balear? Sólo lo compilado o también lo no compilado pero que formará parte de la tradición de la institución en cuestión (92). Este es un tema que de manera desafortunada resolvió la Compilación en las dos disposiciones finales. En la primera, al derogar las normas de derecho civil especial balear, escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de la Compilación”, y conceptuar el derecho civil Balear como sólo el Compilado. Y en la segunda disposición final al disponer que “en lo no previs-

(92) Véase Pascual y González, Luis, “El derecho romano como supletorio de la Compilación del Derecho civil de Baleares” en *Rev. jurídica de Catalunya*, 1960, págs. 151 y ss. Más recientemente, Roca Trias, Encarna, “Sistema de fuentes del Derecho de Mallorca” en *Anuario de Derecho civil*, 1982, págs. 21 a 39.

to en la presente Compilación regirán los preceptos del Código que no se opongan a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general”.

No obstante esta segunda disposición final deja abierta la posibilidad de evitar la aplicación supletoria del Código al condicionar su aplicación al hecho de que éste no se oponga a ella. Norma, ésta, compleja pero que en situaciones de resistencia ha cumplido su función.

Desde la perspectiva que ofrecía la Compilación creo que en modo alguno deben aplicarse en Baleares artículos como el 1320 del Código civil, ni necesariamente el régimen de contribución a las cargas ha de ser el diseñador en el Código civil, aunque sea más práctico recurrir a él. De todas maneras de los dos tipos de normas coincido con GIMENEZ DUART (93), en que la del 1320 no puede ser nunca de aplicación, el dice en Cataluña, nosotros decimos en Baleares. La razón es evidente, nos guste o no, si en la Compilación se hubiera querido hacer más comunitario el régimen de separación se hubiera hecho de la misma forma que se estableció la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio.

3. LOS MOTIVOS DETERMINANTES DEL CONTENIDO DE LA REFORMA

El siguiente paso lo marca la aprobación de la Constitución española en 1976 y, en ella, la plasmación de principios como el de protección a la familia o el de igualdad de los cónyuges. Principios que en el momento de su inclusión en el texto constitucional no suponían un reflejo normativo concreto, pero que si lo han tenido posteriormente, cuando se ha reformado el Código en materia de derecho de familia. Reforma que se ha justificado en la necesidad de adaptar este derecho a los principios formulados en la Constitución. Y seguramente ha sido el temor a la inconstitucionalidad de la Compilación, amén de otras consideraciones de índole sociológico, la que ha determinado el hilo conductor de la Reforma. Haciendo de la reforma de la Compilación un calco, a veces afortunado y otras desafortunado de la reforma del Código civil. De suerte que se ha incorporado el citado art. 1320 como disposición aplicable en Mallorca, no en Ibiza y Formentera, islas en las que parece no va a ser aplicable. Así mismo se ha incorporado, en este caso defectuosamente, todo el régimen de sujeción de bienes y responsabilidad de los cónyuges por las deudas contraídas en el levantamiento de las cargas del matrimonio.

(93) Giménez Duart, Tomás, “El artículo 1320 del Código civil ¿es aplicable en Cataluña? *Revista jurídica de Catalunya*, 1982, págs. 193 a 209, cit., pág. 202, 203 y 204.

A la luz del proyecto de Reforma la reflexión final que nos hacemos es la siguiente. Si el contenido de la reforma está determinado por el temor a la inconstitucionalidad de una formulación similar a la compilada hoy, dado que creemos que el temor es infundado sin entrar ahora en la bondad del contenido, entendemos que la reforma, en materia de régimen económico, era innecesaria. Si, por el contrario ha venido determinada, por la aplicación de *facto* en Baleares, del Código civil, vía supletoria y precisamente para evitar esa vía, en ese caso considero acertada la reforma y su contenido dejando de lado algunas disfunciones entre normas, ya señaladas a lo largo de este trabajo. Esto por lo que al aspecto formal de la reforma se refiere. En cuanto al contenido de la misma, y siempre por lo que al régimen de separación se refiere, las críticas que pudieran hacerse son las que pueden hacerse a la regulación del Código y que de hecho ya se han realizado a lo largo de estas líneas.

ALBIEZ DOHRMAN, Klaus Johan "La aplicación del artículo 1320 del Código civil en caso de una segunda vivienda habitual" en *Actualidad civil*, nº 22, 1987, págs. 1352 a 1367.

ALVAREZ SALA WALTHER, J. "Aspectos imperativos de la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular" *R.D. Notarial*. 1981 - 2, págs. 7 y ss.

AMOROS GUARDIOLA, Manuel "La garantía patrimonial y sus formas" en *Rev. Gen. Leg. y Jurisprudencia*, 1972 págs. 561 a 592.

BASSOLS COMA, Martín "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978" *Rev. D. U.* oct-dic. 1983, págs. 13 a 42.

BADOSA COLL, Fernando. Comentario a los arts. 26, 27, 29, 30, 31, 36, 41 y 42 en *Comentaris a les reformes del dret civil de Catalunya*. V.I. Barcelona, 1987.

CAMPO VILLEGAS "En torno a la transformación del régimen ganancial en el de separación de bienes" en *R. L. C.*, abril-junio, 1977, págs. 271 y ss.

CARCABA FERNANDEZ, María "La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el art. 1320 del Código civil" en *Rev. Crit. Der. Inmobiliario*, 1987, nº 582, sept-oct.; págs. 1431 a 1459.

- CASTRO Y BRAVO, Federico de, "La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial" en *R.D.P.*, 1932, págs. 193 a 227.
- CERDA GIMENO "La prueba de la titularidades de los bienes conyugales en el régimen de separación de bienes" en *R.G.L.J.*, 1979, págs. 623 y ss. "Comentario al art. 66 de la Compilación balear" en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, XXXI - 2, Madrid, 1981, págs. 36 y ss.
- CLAR GARAU "La Compilación del Derecho civil especial de Baleares" en *Estudios de Derecho privado*, Madrid, 1962, págs. 77 a 112. "De nuevo sobre el régimen de separación de bienes" *Boletín informativo del Colegio de Abogados*, 1973. "Régimen matrimonial de separación de bienes en el derecho foral balear" *Homenaje al ilustre letrado Felix Pons y Marqués*, Palma, 1973.
- COCA PAYERAS, Miguel "¿Nueva Compilación del Derecho civil de Baleares o modificación de la vigente?" *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, nº 12-1985, págs. 77 a 90. *Tanteo y retracto, función social de la propiedad, y competencia autonómica*. Bolonia 1988.
- CORNU, Gérard *Ler régimes matrimoniaux*. París, 1977.
- CUESTA SAENZ, José María de la, "La protección de la vivienda familiar en los Derechos francés y español *Rev. D.N.*, 1983 págs. 129 a 170.
- DELGADO ECHEVERRIA, Jesús *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*. Madrid, 1974.
- DIEZ PICAZO, Luís Comentario al art. 1320 del CC. en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*. Madrid, 1984, "El negocio jurídico del Derecho de familia" en *Rev. General de Leg. y Jur.*, T.XLIV, 1962, págs. 771 a 792.
- FONSECA GONZALEZ, Rafael "La vivienda familiar habitual en arrendamiento y la sociedad de gananciales" en *Rev. Der. Pri.*, 1983, págs. 261 a 270.
- GARCIA CANTERO, Gabriel "Notas sobre el régimen matrimonial primario" en *Documentación jurídica* V.I. págs. 299 a 312., 1982. "Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español" en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, págs. 61 a 84.
- GAVIDIA SANCHEZ, Julio V. *La confesión de privacidad de bienes de la sociedad conyugal*. Madrid 1987.
- GIMENEZ DUART, Tomás "La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981", en *Rev. Der. Not.*, 1981, págs. 73 a 122. "El artículo 1320 del Código civil ¿es aplicable en Cataluña?", *Rev. J.C.*, 1982, págs. 193 a 209. "Cargas y obligacio-

- nes del matrimonio" *Rev. Der. Pr.*, junio 1982, págs. 542 a 555.
- GOMEZ DE ENTERRIA GUTIERREZ, "La contratación entre cónyuges en el C.C. y en los derechos especiales", *Rev. Jur. Cat.*, 1978, págs. 55 a 103.
- GONZALEZ PACANOWSKA, Isabel. "Efectos personales del matrimonio y representación de un cónyuge por el otro. ¿Legitimación propte matrimonium?, Tapia, Madrid, diciembre de 1987.
- GORDILLO, Antonio "La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia", *Anuario Der. Civil*, octubre-diciembre de 1982, págs 1111 a 1160.
- HERNANDEZ-CANUT y ESCRIVA, Juan "La Compilación del Derecho civil especial de Baleares", en *Anuario Derecho Civil*, 1961, págs. 659 a 690.
- HERRERO GARCIA, M.J. "Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el C.C. Español", *Libro homenaje al Profesor Beltran de Heredia y Castaño. Ed. Universidad de Salamanca*, Salamanca, 1984, págs. 303 y ss. "Las medidas provisionales en crisis matrimoniales (Comentario a los artículos 102 y 103 del Código civil)", *Rev. Der. Not.*, 1984, págs. 144 a 252.
- ISABAL, Marceliano "El artículo 1413 del Código civil y las legislaciones forales", *Rev. Der. Priv.*, 1919, págs. 197 a 213.
- ISAC AGUILAR, Antonio "Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: El uso de la vivienda conyugal" en *Rev. Crít. Der. Imnb.*, nº 577, 1986 págs. 1721 a 1734.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, "La reforma del Derecho de familia del Código civil español" Fasc. I. Régimen económico del matrimonio, filiación y patria potestad". Instituto Nacional de prospectiva, Madrid, 1979. *El nuevo régimen de la familia II. Filiación patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar*. Cívitas, Madrid, 1981. *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho familia*. Barcelona, 1982. La potestad doméstica de la mujer casada. Barcelona 1963.
- MAGARIÑOS Y BLANCO, V. "Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores". Jornadas hispalenses, Sevilla, 1982.
- MARTY, G. y RAYNAUD, Pierre *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*. París, 1986.
- MASCARO ALBERTI, Matías *Derecho foral de Mallorca*. Palma, 1904.
- MASOT MIQUEL, Miguel "La prohibición de donaciones entre cónyuges en el derecho civil de Mallorca" en *Cuadernos de la Facultad de Derecho, nº 1*, Palma, 1982, págs. 91 a 118. "El contrato sucesorio en el Derecho foral de Mallorca. La donación universal de bienes pre-

- sentés y futuros. Palma, 1976. "El régimen económico del matrimonio" en *La mujer y el derecho civil canónico*. Primer ciclo de conferencias del seminario sobre la problemática de la mujer en Baleares. Govern Balear..., Palma, 1986. "Comentarios a los artículos 3 y 4 de la Compilación balear, en *Comentarios al C.C. y Compilaciones forales, t. XXXI-1*, Madrid, 1980, págs. 63 a 141. "*El Derecho civil de Mallorca después de la Compilación*, Palma, 1979. "El régimen económico matrimonial en la Compilación de Derecho civil especial de Baleares", *Temis*, Zaragoza, 1962, nº 12. "El Proyecto de revisión de la Compilación del Derecho civil de Baleares" en *Actualidad civil*, nº 123, 1983, págs. 1641 a 1666.
- MASSELLA DUCCITERI, Massimo *Sulla riforma del diritto di famiglia*. Seminario diretto dal Prof. FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI. Padova, 1973.
- MIRALLES GONZALEZ, Isabel "Deber de contribución a las cargas del matrimonio" en *Rev. Jur. de Cat.*, nº 3, Barcelona, 1987, págs. 9 a 41.
- MONTES PENEDES, Vicente "Com. art. 1442", en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*. Vol. II, Madrid, 1984.
- MORO ALVAREZ, María Jesús "Notas en torno a un concepto de cargas familiares en el código civil español" en *R.D.P.*, 1986, págs. 1020 a 1041.
- MOZOS, José Luís "La igualdad de los cónyuges y la organización y ejercicio de las potestades domésticas" en *Documentación jurídica*, V.I. Madrid, 1982.
- NART "El régimen matrimonial de separación de bienes" en *Rev. Der. pr.*, 1951, págs. 30 a 43.
- NOGUERA ROIG "Panorámica del Derecho foral" en *Jornada de derecho foral en homenaje al ilustre letrado Félix Pons y Marques*, Palma, 1973.
- PASCUAL GONZALEZ, Luís *Derecho civil de Mallorca y otras especialidades*, Palma 1951.
- PONS MARQUES, Félix *Derecho civil de Mallorca*. Nueva enciclopedia jurídica. T.I. Barcelona, 1980, págs. 271 a 284.
- QUILEZ ESTREMER, "La libertad capitular y los artículos 1328 y 1320 y otros del Código civil" en *Rev. Crt. Der. Inmb.* 1982, págs. 316 a 427.
- RAUCENT, L. *Les régimes matrimoniaux (loi 14 juillet) et formules d'application*. Bruxelles 1978.
- REBOLLEDO VARELA, Angel Luís *Separación de bienes en el matrimonio. El régimen convencional de separación de bienes en el CC* Madrid 1983.
- RIVERO HERNANDEZ, Fco. "Com. al art. 92 del C.C." en *Comenta-*

- ios al título IV del libro I de Código civil.* Barcelona, 1982.
- RIPOLL Y PALOU *Memoria sobre las instituciones del derecho civil de Baleares.* Palma. 1885.
- ROCA TRIAS, Encarna "Sistema de fuentes del Derecho de Mallorca" en *Anuario de Derecho civil*, 1982, págs. 21 a 39.
- RUEDA PEREZ, M y J. "Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del C.C. del 13 de mayo de 1981", en *R.D.P.*, 1982, págs. 556 y 18.
- SALVA. *Derecho de familia en Mallorca.* Palma 1918.
- SUREDA, Enrique "Existencia y fuentes de la legislación foral de Mallorca", en *R.D.P.*, págs. 33 y 11.
- SUBIAS FELIU, Gabriel "La Compilación del Derecho civil especial de Baleares" en *Rev. Grl. Leg. y Jur.*, tomo 210, 1916, págs. 619 - 645
- VARIOS *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales.* Pamplona, 1986.
- VENDRELL FERRER, Eudald "La vivienda familiar y su protección. Comentarios a la sentencia del T.C. de 31 de octubre de 1986" en *R.J.C.* 1987, págs. 155 - 179.
- VERGER GARAU, Juan "Innovaciones introducidas en el Derecho civil especial de Baleares por la reciente Compilación" en *Rev. Der. Not.* (enero - marzo) 1962, págs. 265 - 299.
- VIRGILI SORRIBES, Fco. "El régimen legal de separación de bienes en la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña" en *R.D.C.*, 1962, págs. 33 - 68.

APROXIMACION A UN ANALISIS LOGICO-LINGÜISTICO DE LAS PROPOSICIONES JURIDICAS *

MARIA JOSE FARIÑAS DULCE

El libro que voy a analizar se centra de lleno en el estudio de una de las partes, que constituyen el objeto de la Filosofía del Derecho, entendida como "Análisis del lenguaje de los juristas", a saber, la "Teoría de las Reglas Jurídicas", que conduce directamente a un estudio global del "Sistema Jurídico". Para ello utiliza el método lógico-lingüístico, que es aquél que considera a las reglas como proposiciones lingüísticas destinadas a regular la acción humana. Se trata de un "Ensayo" de Teoría analítica del derecho, y más concretamente, un "Ensayo" sobre la Teoría de las Reglas Jurídicas. Recalco la palabra "ensayo", porque éste es el estilo literario utilizado por el autor, a través del cual vierte sus opiniones sobre el tema citado.

Sin embargo, para la mejor ubicación del contenido del presente trabajo, es menester tomar el libro por el final, concretamente me estoy refiriendo a su Apéndice II, en el cual se analiza el contenido de la Filosofía del Derecho como análisis del lenguaje de los juristas. La importancia principal de dicho Apéndice, es la visión totalizadora y global de lo que los estudios de Filosofía Jurídica deben ser, que no se aprecia en las obras de otros autores.

Según Robles, podría decirse que la Filosofía del derecho ha pasado por tres etapas a lo largo de la historia: Una primera dominada por la Metafísica y por el Derecho Natural; una segunda etapa dominada por

* La presente nota se ha redactado como comentario al libro del Prof. Robles. *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos*, Palma de Mallorca 1984.

Cuadernos de la Facultad de Derecho, 16 (Palma de Mallorca 1988).

el Positivismo; y una tercera, la actual, que comienza a mediados del siglo XX y se centra, principalmente, en la crítica al positivismo como técnica “descriptiva” exclusivamente. No es posible describir la realidad, porque entre la realidad y la mente humana hay algo intermedio, ya que la descripción de la realidad supone siempre la interpretación de la misma. La idea central en esta tercera etapa es la conciencia de la inmediatez del lenguaje en el problema del conocimiento: la expresión del conocimiento es el lenguaje. Por lo tanto, aparece en el siglo XX una nueva ciencia que predomina sobre las anteriores: la lingüística. Dentro de la lingüística aparecen tres líneas de análisis:

1. La pragmática: Se refiere al uso del lenguaje y su relación con la realidad.
2. La semántica: Tiene por objeto el estudio del sentido de las palabras, siendo “sentido” igual a significado.
3. La sintaxis: Que trata del estudio formal del lenguaje, esto es, de su estructura lógico-formal.

A cada una de estas tres líneas de análisis le corresponden otras tantas en el estudio del lenguaje jurídico:

1. La Pragmática jurídica: Estudia el lenguaje que afecta a la decisión jurídica, sea del legislador, del juez o del abogado. Es aquella parte de la Filosofía del Derecho (como Filosofía del lenguaje jurídico) que trata de estudiar cómo utilizan en la vida real los juristas el lenguaje.
2. La Semántica jurídica: Es el lenguaje de la Dogmática jurídica. La Dogmática trata de entender los significados o los sentidos de las normas y de las demás proposiciones jurídicas que aparecen en los textos jurídicos, para ordenarlos en un sistema coherente, organizado científicamente. Aparecería aquí la siguiente pregunta: ¿Qué es un texto jurídico? Un texto jurídico es un conjunto de signos; hay, por tanto, que conocer esos signos para poder interpretar el texto. La teoría de la Dogmática jurídica se convierte así en la teoría de los textos jurídicos.
3. La Sintaxis jurídica: Consiste en el análisis lógico-lingüístico de las proposiciones jurídicas. Hace falta, para ello, un método estrictamente formalista, más que el utilizado por Kelsen, que es un método normativista. Todo fenómeno cultural, ideológico, psicológico, sociológico..., importantes para el Derecho, no tiene ninguna relevancia para el análisis lógico-lingüístico. Estamos ante una verdadera “Teoría formal del derecho”. Y, precisamente es en este ámbito donde se encuadra el libro de Gregorio Robles.

Cabría preguntarse, además, que papel juegan y de que forma la idea de Justicia y los Valores jurídicos en cada uno de éstos niveles de análisis de la Filosofía del Derecho, como Filosofía del lenguaje jurídico.

En el nivel de la Pragmática jurídica o de la decisión de los juristas aparece la idea de Justicia en su pleno sentido. El problema de la decisión es el problema de la decisión justa. En el ámbito de la Semántica o de la Dogmática jurídica se observa que los textos jurídicos se refieren siempre, expresa o implícitamente, a unos determinados valores. A diferencia del plano de la Decisión, donde se tiene en cuenta la norma que se va a crear y los principios axiológicos del Ordenamiento, en el plano de la Dogmática jurídica, el jurista tiene en cuenta sólo las valoraciones latentes en las normas que analiza. Podría decirse que en el plano de la Dogmática jurídica hay una idea intrasistemática de justicia, mientras que en el nivel de la Decisión jurídica hay una idea extrasistemática de justicia. Por último, en el ámbito de la Sintaxis o de la Teoría del Derecho, la idea de justicia no aparece: los valores no intervienen para nada en el análisis formal y lógico-lingüístico del Derecho. Asimismo, en este ámbito no aparece el problema de los hechos sociales, porque sólo se analizan las proposiciones jurídicas. Se trata de definir el Derecho en su estructura interna, independientemente de que se cumplan o no en la vida real.

La tesis central del libro gira en torno a la concepción del Derecho como un sistema de reglas jurídicas, esto es, como un sistema de proposiciones lingüísticas orientadas a regular la conducta humana y, entre las cuales, se encuentran las normas como una clase más de reglas jurídicas. Se supera así la concepción tradicional del Derecho como "sistema de normas". Para la Teoría general del Derecho, el término "norma" se utilizaba para designar todo tipo de proposición que aparecía en un texto jurídico. Faltaba, no obstante, un análisis lógico-lingüístico de aquéllas, para comprender que no toda proposición jurídica es una norma, puesto que no todas expresan un deber ser.

A mi juicio, el contenido del libro de Gregorio Robles podría dividirse en dos grandes partes. Una primera, que haría referencia al Concepto del derecho, teniendo en cuenta su naturaleza lingüística y, por tanto, convencional. Esto nos conduciría a los dos siguientes temas: a la diferenciación del Derecho respecto de la Moral, los usos sociales y las reglas religiosas, y a la definición de los elementos del Derecho: espacio, tiempo, sujetos, competencias y procedimiento.

Y una segunda parte, consistente en el análisis de las Reglas que forman parte del Ordenamiento jurídico, esto es, de la Teoría de las Reglas Jurídicas. Aquí habría que estudiar: el concepto de regla, los tipos de reglas que confluyen en el Derecho y su articulación en el sistema. Se utiliza el método lógico-lingüístico, que como se ha señalado, es el que entiende la regla como una proposición lingüística perteneciente a un sistema proposicional cuya función intrínseca es regular la acción humana. Con la aplicación de este método podemos conocer también los tipos de reglas que configuran el Ordenamiento jurídico, atendiendo al verbo que les es característico. Surgen entonces, como posteriormente veremos, tres tipos de reglas: las reglas ónticas que expresan un "ser" autoritariamente establecido; las reglas técnico-convencionales o procedimentales que expresan un "tener que" cumplir necesariamente determinados requisitos para que una acción sea jurídicamente válida; y las reglas deónticas, o lo que tradicionalmente se conoce como normas, que expresan "un deber", esto es, una exigencia de comportamiento debido en los sujetos destinatarios de las mismas.

Por último, estas reglas hay que articularlas dentro del Sistema, ya que el lenguaje utilizado por el legislador no tiene por qué coincidir con el modelo aquí propuesto. Procede, por tanto, una labor de construcción de las reglas del Derecho y de las relaciones recíprocas de las mismas.

Antes de entrar a analizar el esquema propuesto, hay que advertir que el título de este libro, al incluir el término "Reglas de los Juegos", pudiera inducir al error de pensar que se trata de un estudio de la llamada "teoría de juegos", la cual supone la aplicación de esquemas matemáticos en ámbitos tales, como la economía, la guerra o la decisión jurídica. Este tipo de enfoque llamado estratégico, en el ámbito del Derecho se utiliza en la "teoría de la decisión jurídica", que evidentemente, por lo ya dicho, no es objeto de estudio en este trabajo. En el ámbito jurídico existen al menos cuatro tipos de enfoques o modelos epistemológicos:

1. El enfoque causalista o genético, cuya finalidad es averiguar la relación existente entre la realidad fáctica y el ordenamiento jurídico. Este enfoque puede ser, a su vez, de diferentes tipos: antropológico, sociológico, psicológico, histórico, según sea el tipo de causas a que se refiere la investigación.
2. El enfoque estratégico, cuyo objetivo consiste en la investigación de la estrategia adecuada para conseguir ganar o perder menos que el contrario; en el Derecho, este enfoque se aplica en los diversos procesos de decisión en que partes antagónicas representan puntos de vista distintos.
3. El enfoque teleológico, cuyo objetivo es averiguar las finalidades per-

seguidas por el derecho.

4. El enfoque lingüístico, que trata de conocer el "texto" en que necesariamente se expresa el Derecho, esto es, las proposiciones lingüísticas que configuran el conjunto de un ordenamiento jurídico. Dicho enfoque se puede manifestar de dos formas: o bien con la pretensión de comprender los contenidos concretos de las proposiciones lingüísticas, o bien con la pretensión de investigar tan sólo la "forma" de dichas proposiciones, las clases de proposiciones que aparecen y la forma en que dichas proposiciones se relacionan entre sí. La primera manifestación corresponde a lo que en la Ciencia jurídica, se ha venido denominando "Dogmática jurídica". La segunda manifestación, llamada método lógico-lingüístico, es lo que se denomina "Teoría General del Derecho" o, simplemente, "Teoría del Derecho." Este último es el enfoque utilizado por el profesor Robles.

Como he dicho anteriormente, el contenido del libro puede dividirse en dos grandes partes:

I. CONCEPTO DEL DERECHO

El primer paso es proceder a la definición del Derecho, mediante el método lingüístico, ya que cualquiera de los otros enfoques citados, suponen la previa existencia del Derecho, es decir, su definición: no se pueden indagar las causas y los efectos del Derecho, ni averiguar la estrategia adecuada para ganar, si previamente no se sabe lo que es el Derecho.

Se parte de la naturaleza convencional del Derecho. Para Gregorio Robles, el Derecho es lenguaje y, consiguientemente, fruto de la convención o del acuerdo fáctico tomado por los hombres. La convención crea los elementos necesarios para que la acción jurídica pueda realizarse, y mediante dichos elementos, se puede definir el ámbito jurídico. Este es un ámbito óntico-práctico, que es áquel en el cual han de contenerse, por una parte, reglas que establezcan los elementos necesarios de la acción, esto es, reglas que señalen el marco espacio-temporal de la acción, creen los sujetos (órganos y personas) del sistema jurídico y les atribuyan competencias, y señalen procedimientos para realizar la acción; y por otra, reglas que contengan exigencias bajo forma de deber. El Derecho, por tanto, es un ámbito óntico-práctico, ya que se configura como un sistema convencional de reglas, que, por una parte, establecen los elementos necesarios de la acción, y por otra, exigencias bajo forma de deberes (normas). La característica diferenciadora con respecto a la

Moral, usos sociales o normas religiosas (ámbitos prácticos), estriba en que éstos son sistemas que no establecen elementos necesarios del sistema (espacio, tiempo, sujetos, competencia y procedimiento), sino únicamente exigencias debidas (normas).

Veamos ahora cuáles son esos elementos necesarios y definitorios del Derecho:

a) El marco espacio-temporal de la acción jurídica. El marco espacial hace referencia a los componentes esenciales del Estado, esto es, del territorio sobre el que aquél ejerce su soberanía. El espacio también tiene carácter convencional, ya que el concepto de territorio no es una cualidad "natural" del Estado, sino algo convencionalmente acotado. El ámbito espacial, a su vez, puede ser organizado internamente dentro del Estado, de tal manera que en cada espacio parcial se constituya un orden jurídico menor, que forma parte y se integra en el orden jurídico general.

b) Los sujetos de la acción son las personas y los órganos jurídicos. Las personas jurídicas se constituyen por la convención creadora del ámbito óptico-práctico, puesto que antes de ella no existe ninguna realidad jurídica, sino simples realidades naturales.

Los órganos son actores de la acción, pero no autores de la misma; realizan la acción en el marco del ámbito óptico-práctico, pero el autor de la acción realizada no es el órgano, que no es persona, sino ésta.

c) La competencia de los sujetos de la acción se define como la capacidad para realizar una acción. Para la doctrina tradicional, el concepto de competencia manifestaba un carácter potestativo o facultativo. Sin embargo, el autor le añade un carácter excluyente o necesario, en el sentido de que el sujeto que tiene poder para realizar una acción, no sólo puede realizarla, sino que es el único que puede y, consiguientemente es él -y nadie más- el que "tiene que" realizar la acción, si la acción ha de tener lugar efectivamente. En otras palabras, la potestad es sólo un aspecto de la competencia, el otro, oculto tras aquélla, es la necesidad.

d) El procedimiento es resultado también de la convención: convencionalmente se señalan cuáles son los pasos o requisitos necesarios para realizar una acción jurídicamente válida. Pero ésta es el resultado obtenido tras un procedimiento, esto es, tras una acción, en cuanto que se actúa o es actuada, como realidad dinámica. Por tanto, el procedimiento no es otra cosa que la acción *in fieri*, la acción como realidad dinámica y no como resultado.

II. ANÁLISIS DE LAS REGLAS JURÍDICAS

Una “regla” es una proposición práctica, esto es, una expresión lingüística, cuya función intrínseca consiste en orientar o dirigir, directa o indirectamente, la acción humana. De esta definición se desprende que existe una primera y básica clasificación de las reglas que componen un ámbito óntico-práctico: reglas directas y reglas indirectas de la acción. Las reglas que orientan directamente la acción humana son aquéllas que exigen un determinado comportamiento. A su vez, esta exigencia de comportamiento puede ser necesaria, cuando se trata de un comportamiento ineludible, en cuyo caso estaríamos ante las llamadas reglas técnicas; o puede ser posible, cuando se trata de un comportamiento deseable o conveniente, en cuyo caso estaríamos ante las reglas deónticas o normas. Por el contrario, las reglas que orientan indirectamente la acción humana son aquéllas que señalan los elementos necesarios de la convención. Es decir, son las reglas que crean las condiciones necesarias para que la acción se produzca y reciben el nombre de reglas ónticas. Resumiendo, tres son los tipos de reglas que configuran el ámbito óntico-práctico del Derecho: las reglas ónticas, que crean los elementos necesarios del ámbito, esto es, los presupuestos espacio-temporales, personales y competenciales de la acción; las reglas técnicas, que señalan el procedimiento de la acción; y las reglas deónticas, que señalan las exigencias debidas con respecto a la acción.

Las *reglas ónticas* son proposiciones “creativas”, descartándose todo posible carácter descriptivo, cualitativo o atributivo, que se expresan a través del verbo “ser”. Al clasificar las reglas en base a su verbo constitutivo, cabría la duda de si la regla óntica es propiamente una definición, o si, quizá, toda regla óntica prescribe una definición. Según Robles, no hay equivalencia entre definición y regla óntica, ya que en aquélla no hay creación. La definición presupone siempre una realidad ya existente, la cual describe, mientras que la regla óntica, no sólo no presupone ninguna realidad, sino que es ella la que precisamente crea esa realidad. La definición, por tanto, presupone la existencia de la regla óntica. Lo que demuestra que ni la definición es una regla, ni la regla es una definición. Incluso, las llamadas “definiciones legales” no son propiamente tales, sino que constituyen verdaderas reglas ónticas que crean un tipo delictivo o contractual en el ámbito jurídico. Lo que sí puede ocurrir es que se elaboren definiciones legales sobre el material lingüístico proporcionado por el legislador. En dicho material no se encuentran definiciones propiamente dichas, pero nada impide que el intérprete defina sobre la base del material legislativo.

Las *reglas técnicas* son las que señalan los medios necesarios para conseguir los fines propuestos. No describe una causa-efecto como hace la ley científico-natural, sino que expresa una pauta de actuación a seguir en virtud de la cual es preciso realizar determinados medios para conseguir la realización de los fines propuestos. Expresa una necesidad, pero es una regla dirigida a un sujeto libre que se plantea unos fines. Se dirige a la acción y, por lo tanto, es una regla con carácter prescriptivo. Existen tres tipos de reglas técnicas: regla técnico-causal, regla técnico-lógica y regla técnico-convencional. Esta última es la que se da en un ámbito óntico-práctico, porque supone una necesidad creada por convención. Se les llama también reglas procedimentales, porque establecen los requisitos necesarios para realizar la acción, esto es, el procedimiento. Son reglas, y no normas, porque suponen una necesidad; son expresión de un "tener que", mientras que las normas expresan un "deber ser", es decir, suponen una posibilidad. Este tipo de reglas, junto con las reglas ónticas, son las que configuran la existencia de un ámbito óntico-práctico, puesto que ellas son las que establecen los presupuestos necesarios de la acción, bien sea los presupuestos estáticos (espacio, tiempo, sujetos y competencias), bien sea los dinámicos (procedimiento). A todos estos elementos, la doctrina tradicional los denomina Derecho Adjetivo, en contraposición al Derecho Sustantivo constituido por las normas o reglas deónticas. La novedad de este planteamiento se centra en la mayor importancia dada al llamado Derecho Adjetivo (el conjunto de reglas ónticas y técnicas o procedimentales pertenecientes a un orden jurídico) frente al Derecho Sustantivo. No supone, sin embargo, desprestigiar el elemento normativo del derecho, sino indicar que el elemento óntico y el procesal son previos a aquél, y sin la existencia de estos últimos no sería posible la existencia del elemento normativo.

Las *reglas deónticas o normas* son las que exigen una acción como debida; suponen, por tanto, la posibilidad: pueden cumplirse o no cumplirse, pero, además, son infringibles, puesto que lo debido implica la exclusión de lo necesario. El autor insiste, reiteradamente, en diferenciar claramente el distinto carácter que tienen las reglas técnicas y las reglas deónticas, dada la confusión que entre estos dos tipos de reglas existe en la doctrina tradicional, que tiende a equiparar las reglas técnicas a las normas, considerando aquéllas como un tipo de normas más. La tesis mantenida aquí evidentemente se opone a tal equiparación, ya que las reglas técnicas, o las mal llamadas normas procesales, no son normas, porque no expresan una conducta debida, sino una conducta necesaria. Que no son normas lo demuestra el hecho de que son pautas necesarias de la acción sin las cuales ésta no existe como tal acción perteneciente al ámbito jurídico, mientras que las normas establecen, dentro de la acción

del ámbito, cuál es la acción debida. Consiguientemente, las reglas técnicas se pueden cumplir o incumplir, según que el sujeto realice o no los requisitos establecidos como necesarios por ella. El incumplimiento supone la no consecución del fin propuesto, por la no realización de los medios prescritos. En cambio, no se puede infringir, puesto que no establece deberes. Por el contrario, las normas pueden ser infringidas, ya que expresan la exigencia de una acción u omisión como debida.

Las reglas deónticas o normas, a su vez, pueden ser de tres tipos según sean los destinatarios de las mismas:

-Norma de conducta, dirigida a todos los súbditos de un Estado.

-Norma de decisión, dirigida a determinados órganos, cuando los súbditos no han cumplido el contenido de las normas de conducta. Dichos órganos tienen el deber de ordenar la imposición de una consecuencia jurídica por el incumplimiento anterior.

-Norma de ejecución, que es la norma decidida por el órgano a quien va dirigida la norma de decisión. El contenido de esta norma puede ir dirigido bien a un súbdito o bien a otro órgano. Si se dirige a un súbdito se trata nuevamente de una norma de conducta. Si el destinatario es otro órgano, éste debe ejecutar la orden dada por el órgano de decisión.

Con referencia a las normas, merece la pena destacar un tema ampliamente debatido por la doctrina: la coacción jurídica. Para Robles, la coactividad es una característica esencial del Derecho, que le diferencia de la Moral, pero no acepta que sea la característica diferenciadora, sin más, del Derecho. Decir que el orden jurídico es coactivo, significa que en dicho orden existen al menos algunas normas de "ejecución", que imponen sanciones, pero no que el orden jurídico prevea siempre y en todo caso tal tipo de reglas. La coactividad es, por tanto, una característica más o un componente más del orden jurídico, derivado de la existencia de un tipo específico de normas, las normas de ejecución, pero teniendo en cuenta que, dentro del orden jurídico, existen reglas ónticas y procedimentales que por sí mismas no establecen ningún tipo de coactividad, y que sólo las reglas deónticas -no todas- lo hacen.

Por último, el autor revisa la clasificación tradicional de las normas a la luz de los tres tipos de reglas jurídicas referidos y, en base a ellos, propone una nueva clasificación de las reglas del Derecho:

1. Reglas deónticas o normas. En este grupo se incluyen las normas imperativas y prohibitivas, los permisos o las llamadas normas jurídicas permisivas, las reglas interpretativas y las reglas admonitivas.

Respecto a las normas imperativas y prohibitivas, está claro su carácter

deóntico, ya que suponen directamente la expresión de un deber, las primeras de manera positiva y las segundas de manera negativa.

Sin embargo, llama la atención la consideración de las llamadas “normas jurídicas permisivas” como impositivas de deberes, esto es, como reglas deónticas, negando el carácter autónomo de tales normas, que la doctrina ha venido manteniendo, como contrario a la prohibición. Se sostiene la tesis de que el permiso es la formulación a *sensu contrario* de un deber y, por tanto, que la norma permisiva no es sino una regla deóntica o norma expresada de otro modo.

En relación con el análisis de las normas permisivas, se realiza una crítica a la existencia de la llamada “Norma de clausura” del ordenamiento jurídico, según la cual “todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido”. Demuestra la falta de sentido de esta supuesta norma, manifestándose contrario a su existencia, con lo cual el lector puede intuir fácilmente cuál es la postura del autor en relación al tema de las lagunas en el Derecho.

En cuanto a las reglas interpretativas, su conceptualización ha sido tradicionalmente problemática, incluso respecto a su misma denominación. Si queremos describir o conocer las reglas y el sistema jurídico, no podemos hacerlo sin una previa interpretación. El carácter deóntico de las reglas interpretativas se manifiesta de varias formas. Unas veces, imponiendo deberes de interpretar de una determinada manera, teniendo en cuenta que estos deberes de interpretación están conectados con el deber de decisión. Y dado que la decisión conlleva necesariamente la interpretación, implica que los deberes interpretativos adquieren todo su sentido en el proceso de decisión. Aquí se pueden citar las “definiciones legales” y las reglas que indican el sentido de una palabra o expresión. Y otras veces, imponiendo al órgano decisor el deber de conocer y aplicar determinadas reglas técnicas interpretativas; sería el caso de las reglas que prescriben determinados cánones o métodos hermenéuticos, y las reglas que establecen la prohibición de determinados modos de interpretación.

Por último, las reglas admonitivas o exhortativas son las que expresan un consejo dirigido a órganos inferiores o a los súbditos. Dicho “consejo” se expresa en realidad bajo la forma de exigencia de un deber, por lo que las reglas admonitivas se consideran como reglas deónticas o normas, si bien de aquellas normas no conectadas con una sanción. Expresan deberes no respaldados por la imposibilidad de una sanción.

2. Reglas técnico-convencionales o procedimentales. Tienen carácter procedimental todas las reglas que se refieren a los procesos judiciales y las que establecen los requisitos necesarios de la acción o actividad de cualquier otro órgano no jurisdiccional o del ciudadano. Constituyen,

pues, la organización del elemento dinámico del sistema.

La doctrina procesalista tradicional ha venido incluyendo dentro de su marco de interés a las normas organizativas y competenciales como un tipo más de reglas procedimentales. Sin embargo, para Robles, tanto las reglas organizativas como las que atribuyen competencias son reglas previas a las que establecen los requisitos necesarios de la acción, es decir, a las reglas procedimentales. Las reglas organizativas y competenciales son reglas indirectas de la acción. No exigen nada de un determinado sujeto, sino que simplemente crean los sujetos de la acción y sus competencias respectivas. Junto con las reglas que crean el marco espacio-temporal, constituyen el conjunto de reglas que hacen posible el marco óptico del sistema. Son, pues, reglas ópticas.

3. Reglas ópticas. Como ha quedado dicho, son las que crean los elementos espacio-temporales de la acción, así como las que señalan la cualidad de sujetos de la misma y sus respectivas competencias: normas organizativas, derogatorias y potestativas.

En resumen, el libro de Gregorio Robles nos introduce, con un lenguaje claro, directo y ameno, en uno de los temas más vanguardistas de nuestra materia, a saber, el análisis lógico-lingüístico de las reglas del Derecho. El esquema que propone en el referido Apéndice II es, si duda, ambicioso y sugerente, haciendo reflexionar al lector sobre la totalidad de los temas que abarca la Filosofía Jurídica.

María José Fariñas Dulce
Departamento Filosofía del Derecho
en la Facultad de Derecho de la
Universidad Complutense de Madrid.

LA PRUEBA PERICIAL DE COTEJO DE LETRAS

MIGUEL FORASTER SERRA
JOAN ARTES MORATA

SUMARIO: 1. Regulación legal del cotejo de letras. 2. Aptitud para ser perito. 3. Responsabilidad del perito. 4. El funcionamiento de la prueba pericial. 5. Fundamentación científica de la actuación del perito calígrafo. 6. Conclusiones.

1. REGULACION LEGAL DEL COTEJO DE LETRAS

La *Constitución española de 1978* establece en su artículo 24 el derecho de todos los ciudadanos de tener una protección judicial de sus derechos, formulando el principio, que queda investido con el rango constitucional, del procedimiento rituario contradictorio. A tal fin, dota a los justiciables de la posibilidad de "utilizar los medios de prueba pertinentes" (apartado 2 del artículo citado). Por razón del rango de la norma no se detalla cuáles son los "medios de prueba admisibles", que se mencionan y especifican en las respectivas leyes de procedimiento y, en algunos supuestos, en las normas de carácter sustantivo.

La Doctrina define los medios de prueba como la actividad procesal encaminada a producir en el juez el convencimiento de la verdad de una alegación de hecho o de la realidad acaecida. El sistema jurídico español admite como medios de prueba la confesión judicial, la documental, la testifical, la pericial, el cotejo de letras y el reconocimiento judicial. El alcance del presente se circunscribe en profundizar en el medio de prueba denominado "cotejo de letras" que, aunque con sustantividad propia otorgada por la Ley de Enjuiciamiento Civil, conceptualmente, es un subtipo de la prueba pericial.

La *prueba pericial* puede conceptuarse como un medio de prueba por el que, a través de los conocimientos especializados de personas con conocimientos específicos y desconocidos por la mayoría de la gente, se intentan fijar hechos controvertidos de carácter especializado, con la finalidad mediata de lograr el convencimiento judicial y la inmediata de aportar máximas de experiencia especializada al proceso.

La *Ley de Enjuiciamiento Civil*, principal norma del Ordenamiento jurídico español relativo al procedimiento en asuntos civiles, trata la prueba pericial en sus artículos 610 a 632, y el cotejo de letras en los artículos 606 a 609.

La *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, principal norma del Ordenamiento jurídico español en materia del procedimiento penal, admite la prueba pericial en sus artículos 456 a 485 en relación a la fase sumarial, y los 723 a 725 para la fase del juicio oral relativas al proceso penal de carácter ordinario. Los procedimientos penales especiales se remiten, en cuanto a la prueba en general y la pericial en especial, a lo regulado para el proceso penal ordinario.

En las *leyes procedimentales administrativas* se admite la prueba para sustentar el "petitum" alegado y, en particular, la realizada por peritos. En este sentido se expresan los artículos 88 a 90 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y 74 y 75 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, según la contención afecte a un tema suscitado frente a los Organos administrativos o sustanciado ante la Jurisdicción.

La *Ley de Procedimiento Laboral*, norma cardinal de la legislación ritarua social, en su artículo 80 hace una remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil en el tema de las pruebas aceptables. Es por ella, que en el procedimiento laboral se admite la prueba de cotejo de letras.

Ciertas *leyes sustantivas*, tales como el Código Civil y el Código de Comercio, dedican algunos artículos a la prueba; sin embargo, el tratamiento extensivo y básico se halla en la Ley de Enjuiciamiento Civil (1).

2) APTITUD PARA SER PERITO

La Ley de Enjuiciamiento Civil define los requisitos del perito en su artículo 615. En el mismo sentido se expresa el artículo 457 de la Ley de

(1) Código Civil, artículos 1214-1253 y otros; Código de Comercio, artículo 51.

Enjuiciamiento Criminal. Estas normas distinguen entre peritos titulados y no titulados, aunque el juez se valdrá con preferencia de aquéllos (Ley de Enjuiciamiento Criminal artículo 458).

Los *peritos titulados* son aquellas personas que tienen un título reconocido oficialmente del arte, ciencia, técnica o práctica respecto de la que pueden efectuar dictámenes.

Los *peritos no titulados* son aquellas personas que no poseen un título reconocido por la Administración del Estado, pero que tienen conocimientos o práctica especial en alguna materia respecto de la que pueden emitir dictámenes o dar informes autorizados.

La Real Orden de 13 de febrero de 1871, publicada en la Gaceta nº 49, de 18 de febrero de 1871, determinó que son aptos como *peritos en letras antiguas y modernas* los anticuarios, los archiveros y los bibliotecarios; en su defecto, pueden actuar los maestros de primera enseñanza. Por Real Orden de 30 de julio de 1917, se extendió a los licenciados en Filosofía y Letras que hayan cursado las materias de Paleografía y Diplomática la capacidad para actuar como peritos calígrafos titulados.

3) RESPONSABILIDAD DEL PERITO

La actuación del perito comporta responsabilidad civil y penal, en armonía con su función dentro del procedimiento.

En el procedimiento penal la *no concurrencia del perito* debidamente citado comporta la imposición de una multa pecuniaria de carácter penal (artículo 463 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que remite al 420 de la misma, y artículo 372.2 del Código Penal). En el mismo sentido, en el procedimiento civil (artículo 618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación al 372.2 del Código Penal).

Los supuestos de *pericia falsa, inexacta o dada mediante cohecho* son sancionables tanto en los procedimientos penales (artículo 330 en relación a los 326 a 328, 331 y 332 del Código Penal) como en los civiles (artículo 330 en relación al 329, 331 y 332 del Código Penal), mediante penas de prisión y pecuniarias.

Adicionalmente la actuación del perito puede comportar responsabilidad *contractual y/o aquiliana*. Es decir, si el perito contratado por una de las partes incumple el contrato de arrendamiento de sus servicios, res-

ponderará de su incumplimiento. Si por su actuación culposa o negligente produce un daño al que ha contratado sus servicios, deberá responder por el daño causado desde el punto de vista civil (artículo 1902 del Código Civil).

4) EL FUNCIONAMIENTO DE LA PRUEBA PERICIAL

A) *Proposición de la prueba pericial*: En el supuesto que una parte legitimada en un procedimiento judicial desee la práctica de una pericia debe proponerla.

En el *procedimiento civil* se realiza en el escrito de proposición de prueba, una vez que el procedimiento se declara abierto a ese fin. En el escrito de proposición debe detallarse el objeto sobre el que debe recaer la prueba pericial y el número de peritos que se desea que intervengan. Una copia de este escrito es trasladada a la parte o partes intervinientes en el procedimiento, que podrán formular las alegaciones que estimen pertinentes, pronunciándose sobre la práctica de la prueba por uno o tres peritos, dentro del término preclusivo de tres días. El juez resolverá sobre la admisibilidad de la prueba pericial por auto, designará el objeto de la prueba y el número de peritos que deben manifestarse (artículos 611 a 613 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En el *procedimiento penal* ordinario, en la fase sumarial, el juez puede nombrar peritos en número de dos. En el supuesto que la prueba pericial ordenada por el juez no pueda reproducirse en la fase oral del juicio, el procesado y los querellantes, si existieren, tendrán derecho a nombrar un perito, mediante escrito dirigido al juez. Este resolverá sobre la admisión de los peritos nombrados, y les manifestará el objeto sobre el que deben pronunciarse en su informe (artículos 459, 466, 471 a 473 y 475 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En el procedimiento penal, en la fase oral, el Ministerio fiscal, el acusado y las partes intervinientes propondrán en su escrito de calificación provisional la prueba pericial, expresando en una lista los peritos que se quieren utilizar. El original de la lista se une a la causa y se da traslado por medio de copias de la lista a las partes personadas, por si estiman su recusación. El Tribunal examinará las pruebas propuestas y se pronunciará en un auto admitiéndolas o rechazándolas (artículos 656, 657 y 659 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

B) *Nombramiento de los peritos*: En el *procedimiento civil* las partes deben ponerse de acuerdo sobre los peritos propuestos. En su defecto se

resuelve por la insaculación, sistema de elección al azar entre posibles candidatos a perito del pleito en cuestión (2).

En los supuestos que una de las partes entienda que un perito propuesto incurre en causa de inhabilidad procederá a recusarlo mediante escrito en el que se hará constar la causa de la recusación y los medios de probarla. El juez convocará al perito para que manifieste si es cierta la causa de recusación. En el supuesto de asentimiento se procede a nombrar otro perito por parte del juez. En el supuesto de negativa se abre un trámite incidental de carácter contradictorio a fin de dilucidar la cuestión, procediéndose por parte del juez a confirmar al perito o sustituirlo por otro (artículos 614, 616, 620, 623 a 625 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Las causas de recusación, de acuerdo con el artículo 621 de la Ley de Enjuiciamiento Civil son:

- 1º Ser pariente por consaguinidad o afinidad dentro del cuarto grado civil de la parte contraria.
- 2º Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante.
- 3º Haber prestado servicios como perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo.
- 4º Tener interés directo o indirecto en el pleito o en otro semejante o participación en sociedad, establecimiento o empresa contra la cual litigue el recusante.
- 5º Enemistad manifiesta.
- 6º Amistad íntima.

Una vez nombrado, el perito debe aceptar el cargo y jurar desempeñarlo "bien y fielmente" (artículo 618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En el *procedimiento penal*, tanto en la fase sumarial como en la oral del juicio ordinario, los peritos propuestos por las distintas partes pueden ser recusados, formalizándose mediante escrito en el que se manifiesta la causa y la prueba acreditativa, resolviendo el Juez o el Tribunal en uso de su soberanía. Son causas de recusación las designadas en el artículo 468 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se corresponde con los motivos enumerados para el procedimiento civil, señalados con los

(2) La Ley de Procedimiento Laboral excluye el procedimiento de insaculación de peritos en su ámbito, en el artículo 83.

números 1º, 4º, 5º y 6º. (artículos 469, 470, 723 y 724 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Adicionalmente, se consideran inhábiles para actuar como peritos los hijos naturales y el letrado del defensor respecto a los hechos confiados por el procesado (artículo 464 en relación al 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Antes de empezar la pericia, el perito nombrado deberá prestar juramento de “proceder bien y fielmente en sus operaciones, y de no proponerse otro fin más que el de descubrir y declarar la verdad” (artículo 474 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

C) *Práctica de la pericia*: Pueden distinguirse, a nivel conceptual, dos momentos, el del reconocimiento pericial y el de la emisión del dictamen.

El *reconocimiento pericial* se efectúa de acuerdo con los conocimientos especializados del perito. El *dictamen* puede hacerse oralmente o por escrito, según las circunstancias, tanto en el procedimiento civil como en el penal (artículos 627 y 629 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Las partes legitimadas en el procedimiento pueden hacer preguntas y pedir aclaraciones a los peritos acerca de su informe oral o su dictamen escrito (artículo 628 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículos 480 y 483 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

D) *Valoración del dictamen pericial*: tal como se ha indicado con anterioridad, la prueba pericial sirve para que el juzgador pueda formarse el convencimiento de la certeza de una alegación de hecho o de la realidad acaecida, y por tanto él es el órgano legitimado para valorarla libremente. En este sentido, el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que “los jueces y Tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos”.

E) *Especificidad de la prueba de cotejo de letras*: La Ley de Enjuiciamiento Civil, en sus artículos 606 a 609, otorga sustantividad propia a la prueba pericial del cotejo de letras. Se realiza mediante comparar la escritura del documento atacado con otro que se considera inatacable por indubitado o, en su defecto, con un cuerpo de escritura realizado por el presunto autor a dictado del juez.

El juez oír a los peritos revisores de letra, hará por sí mismo una

comprobación de los dos cuerpos de letra, y apreciará la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin estar vinculado por el dictamen de los peritos (artículo 609 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

5) FUNDAMENTACIÓN CIENTÍFICA DE LA ACTUACIÓN DEL PERITO CALÍGRAFO

A) *Principios generales*: ¿En qué se basa la actuación del perito calígrafo? Fundamentalmente, en la escritura. El acto de escribir es complejo, posible por la concurrencia de varios órganos y sistemas del cuerpo humano. ¿Qué base científica tiene el estudio de la escritura que permita el pronunciamiento de un perito sobre la autoría de la misma?. Existe una reiteración de sucesos aplicables al acto de la escritura y tipificables como normas de carácter inductivo, que, una vez categorizados, permiten, mediante un proceso deductivo, obtener resultados concretos. Estas normas de carácter universal aplicables al acto escritural son:

a) *Principio de interrelación* entre el complejo anímico y somático, de una parte, y la escritura, por otra parte, de forma biyectiva. Es decir, cualquier variación en el estado síquico, físico o emocional de un individuo repercute en su escritura; y cualquier variación de la escritura de un individuo, implica una modificación de su estado síquico, físico o emocional. Este principio no es más que una concreción de la ley general de causa-efecto.

b) *Principio de la individualidad* de cada persona, de carácter aparentemente obvio, pero de ricas consecuencias. La entidad compleja que es una persona no posibilita la existencia de dos escrituras iguales procedentes de autores distintos. Ello es así a causa de que los signos gráficos más reveladores de la personalidad del autor son los más ocultos y, por tanto, los más difíciles de imitar o disimular. Cualquier intento de disimulación de la propia grafía supone un importante esfuerzo de oposición a los mecanismos adquiridos, de tal forma que, puede afirmarse, no es posible disimular todos los elementos y componentes de la propia escritura, por su concurrencia cumulativa.

c) *Principio del automatismo* de la escritura a causa de su origen biológico, ya que procede del área del lenguaje del cerebro y la actualización o modificación de la escritura se realiza mediante el adiestramiento del órgano empleado para su realización física. La subsistencia y el arraigo del propio modo de escribir de cada individuo emanan de la interiorización del acto escritural, asignando su control al subconciente. En con-

secuencia, el individuo piensa qué quiere escribir sin necesidad de que sea conciente en todo momento de cómo debe reproducir materialmente sus ideas. En relación al particular, es de notar que la idiosincrasia de un individuo no se ve alterada al emplear sistemas de escritura distintos (por ejemplo, alfabeto latino, gótico, cirílico). Adicionalmente, un mismo individuo realiza espontáneamente escrituras homogéneas cualquiera que sea el miembro u órgano adiestrado que utilice en el acto escritural (por ejemplo, la mano, la boca, el pie).

B) *Elementos formales de la escritura*: La Doctrina caligráfica designa como tales a las unidades gráficas, utilizadas en el acto escritural, susceptibles de estudio pormenorizado.

a) La unidad indivisible es el *trazo*. Sus variedades se clasifican atendiendo a su forma. Así el trazo puede ser recto, cóncavo, convexo y mixto. Atendiendo a su orientación espacial, el trazo puede ser aductivo o abductivo, según corresponda a un movimiento flexor o extensor de la mano. En el trazo, el examen del eje vertical virtual permite conocer los mecanismos de autoafirmación del escribiente; el análisis del rasgo inicial o de ataque que se realiza por el primer contacto del útil de escritura con la superficie impresora, y del rasgo último producido por la remoción del útil de la superficie, permite definir características irrepetibles en otros lugares del escrito e individualizadoras del autor. En el modelo caligráfico de cada sujeto se dan rasgos esenciales, que permiten la legibilidad de la escritura, y ornamentales, prolongaciones que aparecen en cualquier posición, no contribuyen a mejorar la legibilidad y constituyen proyecciones del subconciente del individuo. Asimismo, en el análisis de la escritura, se tiene en cuenta los llamados "idiotismos", rasgos que, con independencia de su ubicación en el escrito, presentan elaboraciones personales iterativas que los apartan del modelo caligráfico o se añaden a él.

b) La unidad superior al trazo es la *letra*. Una misma letra puede presentar varios tamaños y formas estandarizados, como es el caso del alfabeto latino, en que pueden ser mayúsculas y minúsculas. En el estudio pericial caligráfico se tiene en cuenta la distribución topológica de las letras entre las dos líneas imaginarias paralelas que contienen el cuerpo principal de las letras. El espacio que existe entre estas dos líneas paralelas imaginarias se denomina "cuerpo" o "caja", y es un dato físicamente medible y característico en el estudio de la grafía individual. Asimismo, el perito estudia las "hampas" y "jambas", prolongaciones hacia arriba y abajo respectivamente de las letras que exceden del cuerpo de escritura.

c) La unidad superior a la letra se denomina *género gráfico*, y supone la conjugación de los trazos y las letras en palabras, líneas y párrafos. ¿Qué se tiene en cuenta en su estudio?

- c.1) *Distribución*: Se trata de analizar la disposición del texto en el soporte, teniendo en cuenta la combinación y proporción de los espacios escritos y en blanco, la distancia entre letras, palabras y líneas, la amplitud de los márgenes y la ubicación de la firma.
- c.2) *Dimensión*: El perito calígrafo analiza el tamaño de los elementos formales de la escritura, en relación a su altura, anchura, dilatación y contracción.
- c.3) *Presión*: Este aspecto comprende tanto la profundidad de la escritura por hendidura del útil en el material de soporte y recepción de la escritura, como la tensión del hilo escritural. Así, la presión es la combinación de la fuerza o apoyo imprimidos al trazo y de la firmeza del gesto, y constituye la tercera dimensión de un material aparentemente plano. El relieve aparente, entendido en cómo destaca la tinta sobre el material escrito, al margen de la profundidad real del trazo, es también una consecuencia directa del tipo de presión, y no depende única y exclusivamente del útil empleado o de la calidad de la tinta.
- c.4) *Forma*: Constituye el compendio de la estética del individuo, y plasma sus tendencias simbólicas subconscientes. Es la ejecución personal del modelo caligráfico aprendido. En cuanto al simbolismo, el test proyectivo por excelencia lo constituye el estudio de la firma y la rúbrica.
- c.5) *Velocidad*: Se trata de examinar la rapidez en la ejecución del escrito y el ritmo, ya que son características personales del individuo, como consecuencia de que cada sujeto tiene un combinación específica de los movimientos musculares al escribir.
- c.6) *Dirección*: El “cuerpo” o “caja” virtual implica que las palabras toman una dirección dominante en relación a su eje imaginario horizontal, característico de cada escritura.
- c.7) *Inclinación*: Con respecto al eje vertical del “cuerpo” o “caja” de escritura, existen unas desviaciones, las cuales pueden medirse dentro de la técnica del análisis científico. En el mismo sentido, deben cuantificarse las oscilaciones en el grado de inclinación.

- c.8) *Cohesión*: Los distintos elementos formales de la escritura se engarzan mediante enlaces. Estos son una constante individual, útil para establecer la autoría.

C) *Elementos materiales de la escritura*: Pueden considerarse como tales las tintas y el papel empleado. El perito, mediante el análisis de la *tinta*, pretende averiguar si dos escritos han sido realizados con la misma tinta o si un texto tachado o añadido corresponde a la tinta del modificado. Para ello, procede el análisis químico de la composición de la tinta, actividad en la que se acostumbra a actuar sinérgicamente con laboratorios químicos. Con respecto a la antigüedad de la tinta utilizada en los escritos, existe fuerte discusión doctrinal sobre la unicidad de los datos obtenibles.

El examen del *papel* comprende su textura (tipo de fibra, rayado, marcas, dimensiones, gramaje, guillotinado) y su composición química (clase de celulosa, sustancias minerales, apresto). El dictamen del perito sobre el particular está en dependencia con el resultado de los análisis químicos de los laboratorios y, al igual que en el caso de las tintas, existen discusiones doctrinales sobre la exactitud de los métodos relativos a la antigüedad del papel.

6) CONCLUSIONES

El proceso contradictorio sobre cualquier supuesto exige la posibilidad de presentación de pruebas dirigidas a sustentar las pretensiones de las partes. El *cotejo de letras* es un supuesto sustantivo de la prueba pericial, configurada como tal en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La habilitación de los *peritos calígrafos* para actuar en la prueba pericial de cotejo de letras está tasada en la norma. Estos facultativos asumen responsabilidad por su actuación que, según corresponda, puede ser de carácter penal, contractual o aquiliana.

La *articulación* de la prueba de cotejo de letras se realiza como el resto de sistemas probatorios. Es decir, en primer lugar se propone, una vez aceptada se procede al nombramiento de peritos que realizan la pericia, y finalmente el Órgano jurisdiccional "a quo" procede a valorar el resultado de la prueba, sin hallarse vinculado por el dictamen realizado por el o los peritos.

Aunque la ley rituaría no obliga al juez o al Tribunal a sujetarse al resultado de la prueba de cotejo de letras, es razonable admitir que el Organó judicial tendrá en cuenta el resultado de esta prueba, en tanto en cuanto su ejecución corresponde a un conocimiento técnico que no necesariamente tiene el juez o Tribunal. Tal como se ha expuesto, el *sustrato científico* sobre el que se sustenta la emisión del dictamen fruto del cotejo de letras, permite coadyuvar a la obtención de conclusiones sobre el supuesto de hecho. Ello es así ya que la actividad del cotejo de letras se sustenta en unos principios generales cuyo contenido refleja la interrelación de la persona con su escritura, la imposibilidad de que una única escritura corresponda a más de una persona, y la realización formal automática (no voluntaria) de la escritura. El perito calígrafo procede a un análisis minucioso de la escritura indubitada y la objeto de investigación mediante el análisis de los elementos formales, que son las unidades analíticas en que se puede dividir a efectos conceptuales, y que se designan con la denominación de "trazo", "letra" y "género gráfico". El perito calígrafo tiene en cuenta, adicionalmente, los elementos materiales de la escritura objeto de investigación, que son la tinta y el papel.

La fundamentación científica de la prueba caligráfica o de cotejo de letras permite concluir que es un valioso instrumento en la fase probatoria y, aunque su valoración está reservada a la soberanía del Organó jurisdiccional, el dictamen sobre la misma permite, por la fiabilidad de sus resultados, ajustar más, si cabe, el pronunciamiento judicial en la sentencia.

EL RECURSO “EN INTERES DE LA LEY” Y LA TUTELA EFECTIVA DE JUECES Y TRIBUNALES DEL ARTICULO 24 DE LA CONSTITUCION.

JAIME JUAN MOREY

I. CONCEPTO Y APLICACION. ORIGEN

“El recurso en interés de la Ley” supone en nuestro ordenamiento jurídico-procesal, un anómalo y singular sistema de impugnación de determinadas resoluciones judiciales, que puede interponer el Ministerio Fiscal, en cualquier tiempo, por *infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia* que fuesen aplicables, en los pleitos en los que no haya sido parte, tal como señala el Artículo 1.718 de nuestra Ley Procesal.

Las sentencias dictadas en estos recursos –sigue diciendo el eferido artículo 1.718 de la L.E.C.–, tendrán eficacia únicamente para formar jurisprudencia sobre las cuestiones legales discutidas y resueltas en el pleito, dejando intactas las situaciones jurídicas particulares creadas por la resolución recurrida.

El recurso (1), que constituye el objeto de nuestra atención, no es exclusivo monopolio de la jurisdicción civil, pues también se da contra las sentencias que dicte el Tribunal Central de Trabajo (2) y a efectos juris-

(1) Serra Domínguez. “El llamado Recurso de Casación en interés de la Ley, ni es recurso, ni implica casación, ni es jurisdiccional. Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Coordinados por Valentín Cortés). Tecnos. 1985, pág. 926.

(2) Permite, este tipo de recurso en el ámbito laboral, unificar la jurisprudencia de dos tribunales cuya jurisdicción abarca a todo el territorio nacional, siendo únicamente la cuantía la que determina un conocimiento diferenciado. Ver Montero Aroca. “El Proceso Laboral”, Barcelona 1981, II, Págs. 133 y ss.

prudenciales. La Abogacía del Estado igualmente, puede impugnar las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo no susceptibles de apelación ordinaria, "cuando estime gravemente dañosa o errónea la resolución dictada (Art. 101 de la L.J.C.A.).

Sólo el Ministerio Fiscal, puede interponer Recurso de Casación en el interés de la Ley según la disposición adicional 5.ª de la Ley 30/1981, de 7 de Julio, sobre procesos matrimoniales.

Sin ánimos de explayar exhaustivamente acerca del nacimiento y formación histórica de este instituto que tiene sus orígenes en la casación francesa en cuyo sistema se permitía al Comisario del Rey impugnar, en cualquier momento la sentencia ilegal, y que es acogida en nuestra regulación en la que se observa ya su existencia en la Real Cédula de 30 de Enero de 1855 (Art. 122) que encomienda al Ministerio Fiscal de oficio la pronunciación de recursos de casación contra fallos de los Tribunales a fin de mantener la observancia de las Leyes, en aras a la uniformidad jurisprudencial, sin trascendencia práctica para las partes.

Este recurso, llega a la L.E.C. de 1.855 (Arts 1100 a 1102), se mantiene en la de 1.881 (Art. 1782) con la trascendental modificación de la obligatoriedad del emplazamiento de las partes y sin modificaciones importantes cristaliza en la Reforma de la L.E.C. que introduce la Ley 34/84 de 6 de Agosto (Art. 1718).

Si partimos de la base de que es opinión compartida de que el recurso de casación en interés de la Ley entonces directamente con la finalidad originaria de la casación, de defensa del *ius constitutionis*, intentando preservar el sentido uniforme de la Ley; y si recordamos que el gran paso del instituto casacional, fue el de ser un baluarte de la legalidad a un medio de impugnación o recurso otorgado al particular, no nos extrañará la observación que De la Plaza plasmó al estudiar la evolución del instituto casacional: "La casación, que hasta entonces había tenido un carácter marcadamente oficioso y desde luego, alejado del interés particular, lo ampara y promueve, y asocia, el *Ius Constitutionis* con el *Ius Litigatoris*" (3)

(3) De la Plaza. "La Casación Civil", pág. 70. Estudiando el autor la evolución de la casación francesa, insiste concordando las tesis de Calamandrei, que la facultad de denunciar las violaciones legales que en la Casación de los tiempos revolucionarios podía construirse como una verdadera *denuncia*, se trueca en un verdadero *medio de impugnación*, en un recurso otorgado al particular que, de tal forma, asocia su interés al interés público.

Esta unión, del denominado *Ius Constitutionis* con el *Ius Litigatoris* y el hecho de que la Casación sea un verdadero *recurso* otorgado al *particular* que cuando lo interpone acciona conjuntamente los resortes de su propio interés con los del interés público, debe ser contemplado con el apoyo de que, como han evidenciado algunos autores, la casación nació en nuestro país, desprendida ya de las concepciones francesas que originariamente vinculaba la institucional casación a la estricta defensa de la Ley (4)

Que nuestra casación, fue desde un principio un órgano jurisdiccional —a diferencia del carácter político inicial de la casación de nuestro país vecino—, queda evidenciado por el hecho de que desde un principio, se le encomendó a nuestro Tribunal Supremo, la censura de determinados vicios procesales cometidas por los Tribunales "a quo" (5).

El Tribunal Supremo, no fue pues instaurado en nuestro país, como en Francia, con el *exclusivo fin* de velar por el cumplimiento y defensa de la Ley, puesto que, junto a éste cometido, se tomaba también en cuenta la justicia del fallo, permitiéndose la revisión de las pruebas de forma muy tímida inicialmente, y con mayor afán posteriormente, como se deduce de la Reforma que supuso la Ley 34/84 que introduce una mayor ampliación en la referida valoración probatoria, eliminando la categoría del "documento auténtico" en el párrafo 4º del Art. 1.692 de la L.E.C., sin suponer ello no obstante, ni pretenderlo, llegar a una tercera instancia.

a) La introducción de la posibilidad de la valoración probatoria —con todos los paliativos inherentes a la naturaleza jurídica del recurso de Casación—, "vino a *quebrar el principio del interés público*" de la casación que en demasiados casos exige, sin verdadero motivo, el sacrificio de la justicia material ante el altar formalista de la seguridad del Derecho" (6).

(4) Vázquez Sotelo, Manuel, "La Casación Civil". Ediser, 1979, pág. 54. Refiriéndose a nuestro país, afirma que no sólo, cambia la estructura y ámbito de aplicación, sino que cambia la filosofía que decidió la implantación del recurso. Añade el autor, que este cambio profundo, que hoy se advierte claramente, estaba ya presente en el origen mismo de la institución, diseñada con un sentido judicial, ajeno a motivaciones políticas, aunque con la evolución, se ha ido consolidando y reafirmando. Ver también, "Rasgos definidores de la Casación Civil Española", del mismo autor en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal nº IV, 1974.

(5) Suau Morey, Jaime. "El quebrantamiento de las formas esenciales del Juicio y el Recurso de Casación", Reus, Madrid 1986. Págs. 60, 61, 63.

(6) Navarro Hernán, Manuel. "El documento auténtico y la Casación Civil y penal". Pág. 207 y 208.

b) Debe tenerse en cuenta que el T.S. que está llamado a estatuir sobre la recta interpretación y aplicación de la Ley, se ve constreñido por la actuación de las partes que, en cualquier estado del recurso (según dispone el Art. 1.726 de la L.E.C. (7) puede separarse de él. Si tanta relevancia tuviese el interés público en el recurso de casación, un litigante, no debería poder impedir la continuación del recurso, que quizá debería continuarse en interés de la Ley y a petición del Fiscal, si llegado este trance, el representante del Ministerio Fiscal estimare conveniente su continuación, más esto no ocurre habida cuenta de que en nuestro recurso de casación, rige el principio de disposición o rogación (8), que otorga a la parte en el proceso la libre facultad de ejercitar sus derechos (9)

c) La jurisprudencia, ha mantenido de forma constante la teoría de que no procede la casación de una sentencia cuando la que hubiere de dictarse en lugar de la casada, debía contener el mismo fallo, aún siendo por *distintos fundamentos* (10). Aunque es notoria esta doctrina jurisprudencial que se remonta a antes de la mitad del siglo (11), valga a título entre tantas, la sentencia del T.S. de 25 de Marzo del 1.981 (R. 1.075) que afirma que "... procede negar la casación en todos aquellos casos en que, aún cometida en la fundamentación del fallo alguna infracción legal, tiene base para mantenerse por otros razonamientos jurídicos ...". La doctrina expuesta, evidencia pues que la casación no se está articulando únicamente para fines tan "ambiciosos" ... como para discernir si la sentencia infringió la Ley, sino que la alegada jurisprudencia, se ha cuidado también y en gran medida, de remediar la injusticia del caso con-

(7) Art. 1.789 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, antes de la reforma de 6 de Agosto de 1984.

(8) Según Gómez Orbaneja y Hercé Quemada, "sin principios dispositivos, no hay ni ha habido nunca, un proceso civil adecuado a su finalidad: la actuación del ordenamiento jurídico-privado". Ver "Derecho Procesal Civil", Madrid, 1978, pág. 215. Y un viejo aforismo latino, reza de la siguiente forma: "nemo invitus agere cogatur" (Nadie puede ser obligado en contra de su voluntad, a proponer su acción).

(9) Un caso particular de la forma en que se manifiesta este derecho derivado del principio dispositivo, es el desistimiento "in voce", en los recursos de casación y revisión; a él se refiere la sentencia del T.S. de 17-7-81 (R.3079). Como dice Tovar Morais, en "el Recurso de Casación Civil", Aranzadi 1985, otra consecuencia del principio dispositivo, es que el recurso de Casación, solo puede ser promovido y seguido por la parte que, en instancias inferiores, haya sido perjudicada en sus derechos sustantivos y procesales ejercitados. (Art. 1691 de la nueva ordenación procesal civil sin precedente explícito en la anterior regulación).

(10) Entre otras muchas, T.S. 31 de Enero de 1980 (R.174).

(11) Véase a título de ejemplo la sentencia de 11 de Marzo de 1952; Fenech Navarro, Miguel, en sus volúmenes de "doctrina Procesal Civil del T.S.", pág. 8.566, cita antiguas sentencias del mismo tenor.

creto, dejando la sentencia en el supuesto de inexistencia de la referida injusticia.

d) El hecho de que sean susceptibles de recurso de Casación los autos dictados en determinadas circunstancias (12), "cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado", hace que indagando en la teología del precepto, vislumbremos la preocupación del legislador por los derechos del justiciable, por la concreta situación del litigante, (*ius litigatoris*), impidiendo que se traspasen, por exceso o por defecto las decisiones contenidas en la sentencia o que se rocen aspectos o puntos no controvertidos en el pleito. La posibilidad que brinda el Art. 1.732 de la L.E.C. de interponer Recurso de Casación contra los laudos en arbitrajes de derecho en los supuestos de haber resuelto los árbitros puntos no sometidos a su decisión, o de haber dictado el laudo fuera del plazo señalado en la escritura de compromiso o en la prórroga, abunda en la frecuente preocupación del legislador en incidir sobre el denominado *ius litigatoris*, en el recurso casacional.

e) La cuestión de la cuantía necesaria para recurrir en casación, refrena también la tesis de que nuestro recurso casacional, aunque tenga como misión la defensa de la Ley y la uniformidad de la jurisprudencia, en muchos aspectos, más de los imaginables, funciona tutelando derechos e intereses que orillan los fines nomofilácticos y uniformadores de la jurisprudencia a los que estamos aludiendo.

Como afirma Serra Domínguez, la utilidad del recurso que estudiamos, se manifestaría precisamente en aquellos supuestos en los que no existe posibilidad de recurrir en casación y precisamente por ello la interpretación legal termina en los Tribunales inferiores, facilitando la posibilidad de discrepancias jurisprudenciales sobre temas del mayor interés (13).

Algunos autores (14), han evidenciado que determinados litigios, por razón de su cuantía, pueden ser, a voluntad única del litigante que se considere agravio, revestidos de condición pública, mientras que los demás, a causa de su inferior valor, no podrán jamás salir de la esfera privada (15).

(12) Artículo 1.687, 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(13) Serra Domínguez, Manuel. "Comentarios a la...", Ob. Cit. Pág. 926.

(14) Condomines Valls. "El Recurso de Casación en materia civil". Ed. Bosch, pág. 53-55.

(15) El autor anteriormente referido concluirá decantándose por la superación de las teorías que revisten a la casación de un carácter público.

II. POSTURA CRITICA DE ALGUNOS AUTORES ANTE ESTE RECURSO

Expuestos los anteriores razonamientos jurídicos que abundan en esclarecer que la regulación del recurso de casación, no es ajena, ni mucho menos, a la justicia sustancial, no está de más que cabilemos, desde una perspectiva práctica, la preocupación de algunos juristas que han considerado necesario llevar a la pluma las inquietudes que les ha causado al verse en estrecha relación con este singular recurso.

Condomines, ha señalado la preocupación y la angustia que produce en los magistrados del T.S., la casación de una sentencia en virtud de un recurso en interés de la Ley interpuesto por el Ministerio Fiscal y después de hacer alusión al supuesto en cuestión, explica la inexplicabilidad y la imposibilidad de explicar a los trabajadores beneficiados por la sentencia del Tribunal Supremo, la inamovilidad práctica de su concreta situación, pese a que heroicamente habían contribuido a la fijación de la uniformidad de la jurisprudencia (16).

Juan Muñoz Campos, Magistrado del Tribunal Supremo, explaya las sentencias de la Sala 6ª del T.S. de fechas 7 de Febrero de 1.966 y de 12 de Diciembre de 1.986 en las que se dejan intactas las situaciones jurídicas particulares creadas por el fallo de estos recursos (17); Resalta las palabras de Federico de Castro con respecto a ésta institución: "parece imprescindible encontrar un camino legal para evitar quede sin remedio el daño causado por una sentencia declarada ilegal. El Estado no puede, sin contradecir su función fundamental, la de hacer justicia, dejar sin resarcir el perjuicio causado por uno de sus órganos, y que otra más elevada ha declarado solemnemente estar basado en una sentencia contra la Ley.

(16) Condomines Valls, Ob. Cit. Pág. 66.

(17) Juan Muñoz Campos. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Revista Jurídica General nº 3/1987, Mayo-Junio. "El Recurso en interés de la Ley: El error judicial, su resarcimiento, los abogados y su colegio", págs. 86 y 87. El autor apunta interesantes soluciones relacionadas con el tema, apuntando posibles soluciones en orden al resarcimiento del daño dimanante del posible error judicial, todo ello de acuerdo con el Art. 121 de la Constitución y los Arts 292 y ss de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de Julio de 1985. Sobre la responsabilidad judicial y el resarcimiento ver también Montero Aroca. "El proceso laboral", pág 139 y Cremades, "El recurso en interés de la Ley" Sevilla, 1969, pág. 137, citados todos por Serra Domínguez en "Comentarios...", Ob. Cit. pág. 930.

III. EL RECURSO OBJETO DE ESTUDIO Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA TUTELA JURISDICCIONAL

Lo cierto y seguro es que la solución que pueda darse al problema que se le presenta al justiciable cuando el Ministerio Fiscal se acoge al Recurso de Casación en interés de la Ley, y éste prospera, no puede contravenir ni la letra ni el espíritu del Art. 42,1 de la Constitución que reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales ... etc. "El Derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho a toda persona a que se le *haga justicia*, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso".

Afirma Guasp que una exigencia derivada inmediatamente del Derecho Natural (19), impide al Estado desentenderse, en cualquier supuesto, del problema de si existen o no en el conjunto de sus actividades algunas dirigidas a la realización de la Justicia, matizando que el proceso no es el único medio que tiene el poder público para realizar tal misión; "pero al acudir a la institución procesal, no puede desnaturalizarla con medidas que le impida realizar su fin natural" (20).

Del tenor literal del Art. 24 de nuestra Ley de Leyes, el derecho a la tutela jurídica efectiva se reconoce a *todas las personas*; esta referencia plural, —a todas las personas— debe interpretarse en el sentido de incluir a todo tipo de personas (físicas, jurídicas, públicas, privadas (21) y en to-

(18) González Pérez, Jesús. "El Derecho a la tutela jurisdiccional". Civitas, 1984, pág. 29. Aclara el referido autor que "el derecho a la justicia existe con independencia a que figure en las Declaraciones de derechos humanos y pactos internacionales, Constituciones u leyes de cada Estado. Como los demás derechos humanos es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres. Los Ordenamientos positivos se limitan a recogerle, como recogen otros principios de Derecho Natural, al lado de los principios políticos y tradicionales". Pág. 22 de Ob. Cit. Ver también de la Oliva Santos, Andrés. "El Derecho a la tutela jurisdiccional"

(19) El derecho a la justicia, sin excepciones, aparte de ser un principio de derecho natural, figura como tal en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10), en el Pacto de Derechos civiles y políticos de 1966 (Art. 14), en el Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Art. 6) y en las Constituciones de países del más diverso signo político.

(20) Guasp, "Administración de Justicia y Derechos de la personalidad". Revista de Estudios políticos, núm. 17, pág. 77.

(21) Así lo reconoce la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de Febrero de 1982 (S. 4/82), insistiendo en que el derecho fundamental acogido en el Art. 24 de la Constitución, es "predicable de todos los sujetos jurídicos".

En la sentencia del mismo Tribunal, de 23 de Julio de 1981, nº 46/81, partiendo, después de afirmarse que se debe partir del carácter de principio general de la norma contenida en el Art. 24, establece que todo el Ordenamiento debe interpretarse de forma que se evite el resultado no pretendido por el referido artículo.

das y cada una de las circunstancias en las que exista soporte jurídico para ello, siendo obvio decir que una sentencia del Tribunal Supremo, dictada como consecuencia de un recurso interpuesto por quien sea, constituye un soporte jurídico más que suficiente para no dar solución al problema que surge dejando intactas situaciones jurídicas particulares de acuerdo con lo prescrito en nuestra ley de Enjuiciamiento Civil al tratar del Recurso de Casación en interés de la Ley.

Sin entrar en un estudio exhaustivo acerca de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la que me remito, interesa destacar que la doctrina ha sido unánime en proclamar que el derecho a la tutela jurisdiccional, despliega sus efectos en tres momentos distintos: a en el acceso a la Justicia, b una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable y c una vez dictada sentencia, la *plena efectividad de sus pronunciamientos* (22). En este orden de ideas, proclama la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de Junio de 1.982 (23) que el derecho a la tutela efectiva, exige que el fallo judicial se *cumpla* y que *el recurrente, sea repuesto en su derecho y compensado*, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan a favor de alguna de las partes en meras declaraciones de intenciones”.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Con lo expuesto en estas líneas no quiero ensombrecer, nada más lejos de mi ánimo, la importancia, el valor y la necesidad de la uniformidad jurisprudencial, cuya aspiración constituye uno de los baluartes sobre los que se asienta el Recurso de Casación; ahora bien, lo que sí estimo necesario recalcar es que: a) la intangibilidad de las situaciones jurídicas particulares e individualizadas en los supuestos en los que prospera un recurso de casación en interés de la Ley, pugna con la letra, el espíritu y la jurisprudencia interpretativa del derecho a la tutela jurídica efectiva de Jueces y Tribunales que consagra el Art. 24 de nuestra Constitución y que con tanto ardor defiende la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

(22) Ver Fernández López, Miguel Angel. “El proceso de Ejecución”

(23) Sentencia nº 32/82 del Tribunal Constitucional. En ella se explicita que el tan referido derecho a la tutela efectiva, no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, ni se limita a garantizar una resolución de fondo fundada... si concurren todos los requisitos procesales.

b) La elogiada preocupación del legislador de conseguir la uniformidad jurisprudencial, no resultaría defraudada si en los supuestos a los que nos referimos en el apartado anterior, se dispusiere la acomodación y acoplamiento de las situaciones reales a las decisiones emanadas de la jurisdicción, toda vez que al Estado, no solo le incumbe "decir o definir el derecho" sino que después de haberlo definido en una controversia, debe administrar Justicia.

c) En la finalidad de conseguir la unidad era la interpretación de la Ley, no contribuye en gran medida el recurso de Casación en interés de la Ley, en la forma en que actualmente está regulado, toda vez que quedan relegadas de la posibilidad de uniformidad jurisprudencial, -como ha resaltado algún autor muy cualificado- muchas cuestiones en las que por la naturaleza del proceso o por su cuantía, no les sea posible un normal acceso al recurso de casación.

d) En este orden de ideas, con respecto al tema objeto de nuestros estudio, es obligado observar que algunos juristas deducen su inutilidad del no uso del comentado recurso - de Casación en interés de la Ley durante años, otros se lamentan de las consecuencias inherentes a las divergencias entre lo declarado legal y solemnemente y la situación jurídica real inalterable subsiguiente a tal pronunciamiento con su consiguiente promulgación y publicidad, otros, finalmente, evidencian que la finalidad perseguida por este tipo de recurso, -la uniformidad en la jurisprudencia, garantía de la seguridad jurídica- no se logra al quedar orilladas muchas cuestiones por razones inherentes a la naturaleza o cuantía del proceso, siendo así que estas cuestiones, necesitarían pasar por un tamizificador de criterios.

Si muchos son los detractores de esta institución, pocos son los partidarios de la misma *tal como está regulada actualmente* aunque, insistimos, jamás puede ni debe olvidarse la necesidad de la uniformidad jurisprudencial, baluarte de un derecho constitucionalmente proclamado también, *el derecho a la seguridad jurídica*.

No quiero incurrir en la imprudencia, al menos por el momento, de apuntar soluciones al respecto, voces y plumas más autorizadas, serán quienes, si lo consideran oportuno, se pronuncien sobre el tema, lo que sí quiero es constatar la eiciente insatisfacción que produce la institución objeto de estudio y el choque, de consecuencias imprevisibles -que considero puede existir entre la *actual* regulación y determinados derechos constitucionales como el de la tutela jurídica efectiva de Jueces y Tribu-

nales, derecho que debe respetarse en todas las ocasiones y sin excepciones de supuestos o de personas.

El conjugar este derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, armonizándolo con el derecho a la seguridad jurídica, velando siempre por la uniformidad de la jurisprudencia, son las notas que se deben siempre tener en cuenta al pensar "de lege ferenda" en dar solución a la problemática que late en el corazón de la institución jurídica, cuyo estudio hemos modestamente abordado.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LA CORTE SUPREMA NORTEAMERICANA A TRAVÉS DE LA "JUDICIAL REVIEW": ALGUNAS IDEAS

JOAN OLIVER ARAUJO

Como es sabido, fue en el histórico caso *Marbury versus Madison* (1803) cuando el Tribunal Supremo norteamericano se atribuyó el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes federales (1). El Presidente del Tribunal Supremo John Marshall expuso su criterio a través de un elemental razonamiento: si en un caso concreto una ley se encuentra en contradicción con la Constitución, la alternativa es muy simple; o se apli-

(1) En el establecimiento del sistema de control de la constitucionalidad de las leyes por los jueces ordinarios influyó, indubitadamente, la doctrina sentada por el juez inglés Sir Edwar Coke en el clásico asunto del Doctor Bonham (1610). Cfr. López Guerra, Luis: *Apuntes de Derecho Político I*, Departamento de Derecho Político, Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, Cáceres, 1979-1980, vol. II, págs. 41-42; Fix Zamudio, Héctor: *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México-Editorial Civitas, Madrid, 1982, págs. 80-81; Idem: "Protección procesal interna y derechos humanos" en *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, U.N.A.M., México, 1974, pág. 195.

Los supuestos fácticos del caso *Marbury versus Madison* fueron los siguientes: Marbury, en los últimos días del mandato del Presidente Adams (1801), fue legalmente nombrado juez de paz del Distrito de Columbia. Madison, Secretario del Gobierno, siguiendo las indicaciones del nuevo Presidente (Jefferson), se negó a darle posesión del cargo. "Requerida la orden de *mandamus* contra Madison, éste no se defendió y la causa siguió en rebeldía". Cfr. Boechat Rodrigues, Lêda: *La Suprema Corte y el Derecho Constitucional norteamericanos*, Pormaca, México, 1965, págs. 29-32.

ca la ley, en cuyo caso la Constitución no se aplica; o, por el contrario, se aplica la Constitución y, en consecuencia, la ley ordinaria queda inaplicada. Como la Constitución, en su artículo VI (2), se autodefine como la "suprema ley del país" (*supreme Law of the Land*), el juez debe optar por la segunda solución, que Marshall juzgaba "*the very essence of judicial duty*" (3). La lógica y la rotundidad de dicho planteamiento queda patente en el siguiente fragmento de esta conocida sentencia: "Es una proposición demasiado simple para que pueda discutirse que o bien la Constitución controla cualquier acto legislativo que la contradiga, o bien el legislativo podrá alterar la Constitución por una ley ordinaria. Entre esa alternativa no hay término medio. O la Constitución es un Derecho superior o supremo, inmodificable por los medios ordinarios, o está al mismo nivel que los actos legislativos y, como cualquier otra ley, es modificable cuando al legislativo le plazca hacerlo. Si el primer término de la alternativa es verdadero, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es Derecho; si fuese verdad el segundo término, entonces las Constituciones escritas serían intentos absurdos, por parte del pueblo, de limitar un poder que por su propia naturaleza sería ilimitable. Ciertamente, todos los que han establecido Constituciones escritas contemplan a éstas como formando el Derecho supremo y fundamental de la nación, y, consecuentemente, la teoría de los respectivos gobiernos debe ser que una ley del legislativo ordinario que contradiga a la Constitución es nula" (4).

A partir de la sentencia del caso *Marbury versus Madison*, se desarrolló ampliamente la facultad de los jueces de cualquier jerarquía para conocer y decidir, de forma incidental, sobre la constitucionalidad de las

(2) El artículo VI, sección segunda, está redactado con el siguiente tenor: "Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la *suprema ley del país* y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, aun cuando se encuentre en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado alguna disposición que lo contradiga". La posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes de los Estados miembros no ofrecía ninguna duda, y con anterioridad ya se habían dictado varias resoluciones en este sentido.

(3) Un brillante comentario al razonamiento del juez Marshall puede consultarse en el trabajo del profesor Eduardo García de Enterría titulado: "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981, esp. págs. 39-40. También merece destacarse la obra de Mauro Cappelletti: *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho Comparado*, Publicaciones de la Revista de la Facultad de Derecho, México, 1966, esp. pág. 32.

(4) Traducción tomada del trabajo de Eduardo García de Enterría citado en la nota anterior (págs. 80-81).

disposiciones legales aplicables a los procesos concretos sometidos a su consideración (5). Cuando -como ocurre en el sistema norteamericano- son los jueces ordinarios los encargados de controlar la constitucionalidad de las leyes, se habla de "sistema de control difuso". Sus dos caracteres más destacados son (6):

1º) La cuestión se plantea siempre incidentalmente, en el curso de un litigio concreto, en el que una de las partes alega que una ley que le afecta es inconstitucional. No cabe, en consecuencia, una acción directa de inconstitucionalidad (en la terminología de nuestra Constitución "un recurso de inconstitucionalidad").

2º) La sentencia produce sólo efectos *inter partes*, limitándose a desaplicar en el caso concreto la ley estimada inconstitucional. Como indica el profesor López Guerra, no se produce una declaración *erga omnes* de inconstitucionalidad, y el texto sigue *on the books*, aunque los jueces no lo apliquen.

En principio, el hecho de que cualquier juez pueda negarse a aplicar en el caso sometido a su consideración una ley que reputa inconstitucional, puede ser fuente de una gran inseguridad jurídica. Sin embargo, el peligro de resoluciones contradictorias, a causa de esta pluralidad de órganos legitimados, está controlado en el sistema judicial norteamericano gracias al principio *stare decisis* (de *stare decisis et non quieta movere*) (7). Este principio "viene a significar que los tribunales inferiores se atenderán a las decisiones de los tribunales superiores, y, en casos similares, se apoyarán en los casos precedentes solventados por los tribunales superiores para decidir en la misma forma. Por ello, si el Tribunal Supremo decide no aplicar en un caso concreto una ley, por juzgarla anticonstitucional, todos los jueces harán lo mismo en casos del mismo tipo. La ley no es formalmente derogada, pero de hecho deja de tener fuerza normativa" (8).

El principio *stare decisis* conlleva una cierta armonización de criterios judiciales, "superando posibles divergencias entre las diversas instancias

(5) Cfr. Fix Zamudio, Héctor: *La protección procesal...*, *op. cit.*, pág. 81.

(6) Cfr. López Guerra, Luis: *Apuntes...*, *op. cit.*, pág. 44; Idem: "El Tribunal Constitucional y el principio *stare decisis*" en *El Tribunal Constitucional*, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, vol. II, pág. 1446; Almagro Nosete, José: *Justicia Constitucional*, Dykinson, Madrid, 1980, pág. 10.

(7) En torno a la vigencia del principio *stare decisis* en el Derecho español, cfr. López Guerra, Luis: "El Tribunal Constitucional...", *op. cit.*

(8) Cfr. López Guerra, Luis: *Apuntes...*, *op. cit.*, pág. 42.

jurisdiccionales, y haciendo posible la introducción de criterios comunes a todas ellas" (9). En efecto, a través de este mecanismo se evita que el sistema de control difuso acarree un elevado grado de inseguridad jurídica.

La técnica de la *judicial review* ha posibilitado el planteamiento de una serie de cuestiones vitales para la efectiva vigencia de los derechos humanos en los Estados Unidos, ya que el Tribunal Supremo ha resuelto sobre la inconstitucionalidad de determinadas leyes que vulneraban los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Federal (10). Hay que constatar, no obstante lo anterior, que el Tribunal Supremo, durante más de un siglo, mostró una notable insensibilidad hacia los derechos fundamentales, con excepción del derecho "de propiedad y de contratación o de libre empresa a él vinculados" (11). En esencia, la Alta Corte interpretó la "libertad" como ausencia de intervención pública en el ámbito de las relaciones económicas privadas (protección absoluta del *laissez faire* económico) (12).

A raíz de la gran crisis de 1929 -con la secuela de diez millones de parados en los Estados Unidos-, el Presidente Franklin D. Roosevelt puso en marcha una nueva concepción de la política económica, poniendo coto al "liberalismo salvaje" que condena toda intervención pública en la vida económica. La reacción del Tribunal Supremo no se hizo esperar, entre 1934 y principios de 1937 declaró inconstitucionales doce leyes del *New Deal*. Roosevelt se le enfrentó abierta y duramente. En marzo de 1937 la Corte cedía y reformaba la jurisprudencia sentada en sentencias anteriores. La primera resolución que reveló el cambio de orientación fue la dictada el 29 de marzo de 1937, en el caso *West Coast Hotel versus Parrish*, en que declaró constitucional la Ley del salario mínimo del Distrito de Columbia. A juicio del profesor García de Enterría, esta crisis entre el Presidente F.D. Roosevelt y el Tribunal Supremo Federal "ha

(9) Cfr. López Guerra, Luis: "El Tribunal Constitucional...", *op. cit.*, pág. 1439. Con criterio análogo, aunque desde una perspectiva distinta, puede verse el trabajo del profesor Kauper: "La regola del precedente e la sua applicazione nella giurisprudenza costituzionale degli Stati Uniti" en *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Torino, 1971, págs. 227 y siguientes.

(10) Cfr. Becker-Feely: *The impact of Supreme Court decisions. Empirical Studies*, New York, 1978; Berger: *Congress versus the Supreme Court*, Cambridge, 1969; Fix Zamudio, Héctor: *La protección procesal...*, *op. cit.*, págs. 80, 82 y 84; Almagro Nosete, José: *Justicia Constitucional...*, *op. cit.*, pág. 12.

(11) Cfr. García de Enterría, Eduardo: "La posición jurídica...", *op. cit.*, pág. 54; Peces-Barba, Gregorio: *Derechos fundamentales*, Latina Universitaria, Madrid, 1980, pág. 198.

(12) Cfr. Boechat Rodrigues, Lêda: *La Suprema Corte...*, *op. cit.*, págs. 71 y 91.

sido positivamente beneficiosa, porque ha permitido depurar los límites de la *judicial review* y canalizarla predominantemente hacia la protección de los derechos fundamentales, abandonando el arbitrario terreno de las concepciones económicas" (13).

Sin ningún propósito de exhaustividad, y a efectos meramente indicativos, vamos a poner de relieve algunas de las principales orientaciones que, en materia de derechos humanos, ha mantenido el Tribunal Supremo norteamericano:

1. *Debido proceso legal*. En primer lugar hay que destacar que, además de protección de los derechos sustantivos, la cláusula del *due process of Law* (enmienda XIV) ha actuado como garantía procesal. Según el profesor Corwin, se consideran exigencias esenciales del *due process* las siguientes: tener conocimiento de la acusación formulada, tener defensor, no ser obligado a declarar contra sí mismo, no ser forzado a confesar, no padecer registros o embargos irrazonables, no ser condenado por causa de testimonio no comprobado, estar presente en el juicio, ser juzgado públicamente y por un tribunal imparcial (14). En opinión de la Corte Suprema, para que una ley no infrinja los límites del *due process* debe ser "razonable" (*reasonable*) y "no arbitraria". Ley "razonable" es aquella que parece "sensata, digna de aplauso y comprensible a los intérpretes" (15).

2. *Libertad religiosa*. Las sentencias dictadas en esta materia tuvieron como motivación, básicamente, las actividades públicas de los Testigos de Jehová. El Tribunal, en diversas ocasiones (16), se pronunció favorablemente a los miembros de esta confesión religiosa, reconociendo su derecho a distribuir propaganda, solicitar ayuda económica y exponer pacíficamente sus creencias (17). Así, por ejemplo, en la sentencia que resolvió el caso *Martin versus City of Struthers* (1943), el Tribunal Supre-

(13) Cfr. García de Enterría, Eduardo: "La posición jurídica...", *op. cit.*, pág. 75.

(14) A título de ejemplo, podemos recordar las sentencias dictadas en los casos *Jencks versus United States* (1957), *Palermo versus United States* (1959), *Campbell versus United States* (1961) y *Silverman versus United States* (1961). Cfr. Boechat Rodrigues, Lêda: *La Suprema Corte...*, *op. cit.*, págs. 122-123 y 210-211.

(15) Cfr. Boechat Rodrigues, Lêda: *La Suprema Corte...*, *op. cit.*, págs. 109-110; Almagro Nosete, José: *Justicia...*, *op. cit.*, pág. 12.

(16) Casos *Lovell versus City of Griffin* (1938), *Schneider versus Irvington* (1939), *Cantwell versus Connecticut* (1940), *West Virginia State B. of E. versus Barnette* (1943), *Murdock versus Pennsylvania* (1943) *Martin versus City of Struthers* (1943), *Marsh versus Alabama* (1946), etc.

(17) Cfr. Boechat Rodrigues, Lêda: *La Suprema Corte...*, *op. cit.*, págs. 186-191.

mo declaró inconstitucional una ley local que prohibía que se tocara el timbre de la puerta para entregar en mano propaganda religiosa. El razonamiento de la Alta Corte, mostrando una notable calidad humana de sus componentes, fue del siguiente tenor: "La distribución de circulares de puerta en puerta es esencial para las causas pobremente financiadas de la gente común... La libertad de distribuir informaciones a todos los ciudadanos es tan claramente vital a la preservación de una sociedad libre que... debe ser protegida integralmente". Por otra parte, la Corte consideró que la exigencia preceptiva de "juramento religioso" para acceder a un empleo público violaba la libertad de creencias y de religión (caso *Torcaso versus Watkins*, 1961).

3. *Integración racial*. El Tribunal Supremo presidido por Earl Warren dictó, el 17 de mayo de 1954, la importante sentencia que declaraba, por vez primera, la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas públicas (caso *Brown versus Board of Education of Topeka*). Esta decisión suponía poner fin a la doctrina del "separado pero igual", sentada en el caso *Plessy versus Ferguson* (1896), que ahora se consideraba contraria a la conciencia jurídica y a las convicciones sociales imperantes (18). Con posterioridad a la sentencia de 1954, la Corte dictó otros muchos fallos dirigidos a conseguir la integración racial en los diversos ámbitos: en las playas, en los parques, en el trabajo, en los restaurantes, en los hoteles, en las residencias, en los campos de deportes, en los transportes, etc. (19).

4. *Restricciones a la aplicación de la pena de muerte*. La sentencia que resolvió el caso *Furman versus Georgia* (1972) declaró que la pena de muerte, sin ser inconstitucional *per se*, en determinadas circunstancias podía constituir una sanción "cruel" e "inusitada", violadora de la octava enmienda de la Constitución Federal (20). Esta sentencia obligó a modificar determinadas leyes estatales que consagran dicha pena, al ob-

(18) La sentencia que resolvió el caso *Brown versus Board of Education of Topeka* afirmaba que: "... la segregación de los niños en las escuelas públicas sólo por motivo racial priva a los grupos minoritarios de la igual oportunidad educacional ... Separarlos de otros, de edad y condiciones semejantes, por motivo de la raza, engendra un sentimiento de inferioridad en cuando a su *status* en la comunidad que puede contaminar sus corazones y espíritus de una manera irreparable".

(19) Cfr. López Guerra, Luis: *Apuntes de...*, *op. cit.*, pág. 45; Fix Zamudio, Héctor: *La protección procesal...*, *op. cit.*, pág. 83; Boechat Rodrigues, Lêda: *La Suprema Corte...*, *op. cit.*, págs. 133, 146-148 y 222-227.

(20) La octava enmienda de la Constitución Federal dice así: "No se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán penas crueles y desusadas".

jeto de adecuarlas al criterio restrictivo mantenido por la Suprema Corte (21).

5. *Libertad de asociación.* Al comienzo de la guerra fría, el Tribunal Supremo se contagió de la rígida posición anticomunista de la Administración norteamericana, manteniendo la peligrosa tesis de que "no hay libertad para los enemigos de la libertad" (22). Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial se vio modificada por el aire democrático que la presidencia del juez Warren aportó a la Corte. Así, en esta nueva línea, la sentencia que resolvió el caso *National Association for the Advancement of Colored People versus Alabama* (1958) afirmó que estaba "fuera de debate que la libertad de asociarse para la propaganda de creencias e ideas es un aspecto inseparable de la 'libertad' garantizada por la cláusula del *due process*". Con análogo criterio, la sentencia que resolvió el caso *Shelton versus Tucker* (1960), declaró inconstitucional una ley del Estado de Arkansas que obligaba a los profesores de las escuelas públicas a declarar a qué organizaciones habían pertenecido o habían ayudado en los últimos cinco años, al entender que tal exigencia violaba la libertad de asociación garantizada constitucionalmente (23).

6. *Libertad de expresión.* En esta materia debemos destacar la notable labor realizada por los jueces Holmes y Brandeis al elaborar la doctrina del "peligro evidente y actual" (*clear and present danger*); doctrina sumamente favorable a un desarrollo sin restricciones de la libertad de expresión (24). En el caso *Abrams versus United States* (1919), el juez Holmes, en un voto particular también suscrito por Brandeis, hizo una notable síntesis de esta posición. A su juicio, "deberíamos permanecer eternamente vigilantes para evitar cualquier intento de impedir la expresión de opiniones que nos son aborrecibles y a las que consideramos de índole mortal, salvo en el caso de que constituyan una amenaza tan inminente contra los legítimos e imperiosos propósitos de la ley, que para salvar el país haya que ponerles coto sin demora" (25). Aunque en las pri-

(21) Cfr. Fix Zamudio, Héctor: *La protección procesal...*, op. cit., pág. 84; Yáñez Román, Pedro-Luis: "Anticonstitucionalidad de la pena de muerte en los Estados Unidos de América. *Furman versus Georgia*" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, mayo-agosto de 1973, págs. 231-296.

(22) Cfr. Peces-Barba, Gregorio: *Derechos...*, op. cit., pág. 199.

(23) Cfr. Boechat Rodrigues, Léda: *La Suprema Corte...*, op. cit., pág. 207.

(24) La primera enmienda de la Constitución Federal está redactada con el siguiente tenor: "El Congreso no dictará ninguna ley... que restrinja la libertad de palabra o de imprenta...".

(25) Cfr. Wyzanski, Charles E.: *Reflexiones de un juez. La función judicial, la ética y el Derecho*, Trillas, México, 1967, pág. 49; Peces-Barba, Gregorio: *Derechos...*, op. cit., págs. 198-199.

meras décadas de este siglo la doctrina del “peligro evidente y actual” estuvo en minoría, iba ganando progresivamente terreno y pronto obtendría el respaldo de la mayoría. Así, en 1931, bajo la presidencia del juez Hughes, la Corte Suprema declaró inconstitucional una ley del Estado de California que prohibía enarbolar la bandera roja del Partido Comunista (caso *Stromberg versus California*). También fue el juez Hughes el ponente de la sentencia que resolvió el caso *Near versus Minnesota* (1931), en donde se afirmó de forma taxativa que violaba la libertad de prensa toda ley que impusiera la censura previa a las publicaciones (26). Esta línea jurisprudencial favorable a un pleno desarrollo de la libertad de expresión, aun con algunos altibajos, se ha consolidado y sedimentado en la doctrina de la Corte Suprema norteamericana (27).

(26) Cfr. Boechat Rodrigues, Lêda: *La Suprema Corte...*, *op. cit.*, págs. 115-122.

(27) *Ibidem*, págs. 194-198 y 207-208.

EN TORNO AL CONTROL CONSTITUCIONAL DE NORMAS Y LA AUTONOMIA DE LAS CAMARAS LEGISLATIVAS: EL CASO DE LOS "INTERNA CORPORIS"

*ANTONIO PARAMIO DURAN Y M^o DOLORES GONZALEZ
AYALA*

I

Las raíces históricas del control de normas son múltiples y aún se mantienen en la actualidad. Todavía es hoy practicado el llamado control judicial, tal como lo formuló la Corte Suprema Americana en la famosa y conocida decisión *Marbury v. Madison* de 1803, debida al juez Marshall, cuyo pensamiento básico es simple: "La Constitución es la ley de mayor rango. Cualquier ley inferior sólo es aplicable cuando se corresponde con la norma de mayor rango".

En Europa, a pesar de conocerse la jurisprudencia de la Corte Suprema Americana, el derecho de control judicial en relación a la constitucionalidad de las leyes fue discutido durante largo tiempo, siendo llevado a la praxis tardíamente, y, aún hoy, en la concepción dogmática de este control de normas de los Tribunales Constitucionales sigue dominando la inseguridad, y, así, se sigue formulando la pregunta de si ese control constitucional se trata de una verdadera función judicial.

El control constitucional de normas rebasa, efectivamente, la decisión sobre asuntos y casos que es específica de los Tribunales Constitucionales, y, la propia implantación de los mismos -como ha señalado

Starck- no se ajusta a la concepción tradicional de los Tribunales en la organización del Estado, sobre todo, porque los Tribunales Constitucionales deciden sobre la Constitucionalidad de las leyes en litigios jurídicos entre órganos constitucionales.

Más, en la actualidad, puede afirmarse que, se ha implantado la concepción que ve en el control de los Tribunales Constitucionales un hecho normal de la actividad judicial, y, así, se considera que, también las decisiones de control de normas, por parte del Tribunal Constitucional, es jurisprudencia, es decir, aplicación de una ley -la Constitución- a un caso -la norma-.

Como ha señalado Bettermann, el control de normas judicial, se manifieste en la forma que se manifieste, conlleva las tres funciones de la jurisprudencia: la sentencia, la garantía de protección jurídica y el control jurídico.

II

Más, al monopolio del control de normas de los Tribunales Constitucionales, parecen interponerse ciertos obstáculos representados por aquel "viejo principio" de los actos internos de las Cámaras (*interna corporis*), puesto que, en virtud del mismo, existiría en las Asambleas legislativas un ámbito autónomo de actos no sometidos a control o fiscalización por parte de ningún Tribunal.

Estos actos internos de las Cámaras -cuyos orígenes histórico-políticos- están, como se sabe, en la exigencia de tutelar las Cámaras parlamentarias de sujetos y órganos extraños a las mismas, principalmente del poder ejecutivo- vendrían a constituir la manifestación jurídica más sobresaliente de la autonomía e independencia de aquéllas, y, supondría la imposibilidad jurídica de penetrar en las mismas.

Este vetusto principio, mito o "viejo fetiche", como ha sido denominado, y del que ya se dijo que constituía un "caos indeterminado y aún mal analizado de investigación científica" (Santi Romano), planteó una serie de importantes problemas, cuyo desarrollo no puede ser indagado en estas breves páginas, pretendiendo fijar nuestra atención en aquellas orientaciones que el Tribunal Constitucional va estableciendo respecto a los "*interna corporis*" y su relación con la autonomía de las Cámaras.

En este sentido, Autos y Sentencias del Tribunal Constitucional indi-

can una tendencia a favor del control de los actos internos de las Cámaras en determinados supuestos; más, ello no supondrá por parte del Tribunal Constitucional el desconocimiento de la exigencia de garantizar una esfera de discrecionalidad de las Cámaras, por cuanto, como el propio Tribunal señala, es preciso “atribuir a las Cámaras y a sus miembros un amplio margen de libertad en el uso de esos privilegios, pues, su finalidad es asegurar el buen funcionamiento de las instituciones parlamentarias, cuya importancia en un sistema democrático es decisiva, entre otras cosas, para la defensa de los derechos fundamentales” (Auto nº 147/82 de 22 de Abril).

El Tribunal constitucional es consciente pues, de que las Asambleas legislativas deben tener una amplia esfera de libertad de decisión -“para un ejercicio razonable de las funciones que les están atribuidas” (Auto citado)- y, que en consecuencia debe autolimitar su injerencia en la vida interna de las Cámaras para evitar que, aquella denominada “centralidad del Parlamento” se convierta en una “centralidad del Tribunal Constitucional”, es decir, en un “panconstitucionalismo” que ahogue la esfera discrecional de las Cámaras.

La “centralidad de las Cámaras” no comporta, ahora, exclusión de controles constitucionales, por cuanto de lo que se trata es que el libre ejercicio de cualquier actividad de las Cámaras -otorgada por la propia Constitución- no quede “exenta del principio de sometimiento a la Constitución Española que, con carácter general, impone su artículo 9-1 a los poderes públicos” (Sentencia del Tribunal Constitucional 90/85 de 22 de Julio).

Consideramos que el Tribunal Constitucional va delimitando y estableciendo reducciones de los “interna corporis” a proporciones que nos parecen justas y equilibradas, entre aquellas tesis extremas doctrinales, según las cuales todo lo que ocurriera en el interior de las Cámaras no podría ser sometido a ningún control en virtud de la soberanía e independencia de los órganos representativos y, aquellas otras corrientes para las cuales este principio es sólo vestigio del pasado hoy inoperante.

III

En el entramado de relaciones jurídicas del tipo más diverso que se dan en el ordenamiento parlamentario, serán impugnables, en primer lugar, según el Tribunal Constitucional, *cualquier acto del Parlamento con relevancia jurídica externa* y, ello porque si así no fuera sería tanto

-dice expresamente el Tribunal- como consagrar en nuestro ordenamiento la arbitrariedad.

El Auto n^o 183/84 de 21 de Marzo, había distinguido en las Cámaras un ámbito autónomo constituido por "*actos puramente internos de un órgano constitucional*" en los que existiría, en un principio, la imposibilidad jurídica de penetrar, al menos que se diera la circunstancia de que afectaran a *relaciones externas del órgano* -caso de los terceros vinculados con la Cámara por relaciones contractuales o funcionariales.

Con posterioridad, la Sentencia 90/85 de 22 de Junio, confirmó esta doctrina del Tribunal, estableciendo expresamente que, "cualquier acto del Parlamento con relevancia jurídica externa, esto es, que afecte a situaciones que excedan del ámbito estrictamente propio del funcionamiento interno de las Cámaras, queda sujeto, comenzando por los de naturaleza legislativa, no sólo a las normas de procedimiento que en su caso establezca la Constitución Española, sino asimismo al conjunto de normas materiales que en la misma Constitución se contienen".

Más, el efecto de la declaración del Tribunal Constitucional era en esta Sentencia mucho más macroscópico por cuanto terminaba señalando "que no puede por ello aceptarse que la libertad con que se produce un acto parlamentario con esa relevancia jurídica para terceros, llegue a rebasar el marco de tales normas, pues ello en nuestro ordenamiento sería tanto como aceptar la arbitrariedad".

Con esta doctrina nuestro Tribunal comienza a delimitar los actos puramente internos de las Cámaras, sobre los que reina una gran incertidumbre jurídica (Crisafulli). Efectivamente, tal como ha señalado Achterberg, los conceptos de actos jurídicos internos y actos jurídicos externos no son términos absolutos, sino relativos, estando más bien presente en el ordenamiento jurídico parlamentario un entramado de relaciones jurídicas del tipo más diverso que, más que internas o externas, se plantean como relaciones entrelazadas y como relaciones que se desarrollan unas junto a otras.

Por ello, se hace necesario verificar en nuestro ordenamiento parlamentario con la mayor precisión qué actos de las Cámaras tienen naturaleza meramente interna o como el Tribunal Constitucional dice qué actos "son puramente internos de un órgano Constitucional".

Para ello, el Tribunal Constitucional establece un primer silogismo que puede ser formulado de la siguiente manera: norma interna con relevancia jurídica externa-norma controlable/norma no controlable-norma con relevancia jurídica interna.

Es decir, que cualquier acto parlamentario, comenzando por los de naturaleza legislativa, que tenga carácter externo, o lo que es igual, que esté destinado a tener validez jurídica en las relaciones de sujetos diver-

sos de los miembros y de los órganos de las Cámaras, podrá ser sometido al control del Tribunal Constitucional.

En el caso concreto de la Sentencia 90/85, el Tribunal invade la esfera interna de las Cortes Generales revisando el acto del Senado por el que esta Cámara acordó denegar la autorización para procesar a uno de sus miembros, y al igual que ya ocurrió con la Sentencia 51/85 de 10 de Abril -relativa a la inviolabilidad- el Tribunal ejerce sus competencias de control en el ámbito interno de las Cortes Generales para obtener la tutela de las normas materiales que la Constitución contiene, frente a los institutos parlamentarios de la inmunidad y la inviolabilidad que, no pueden asumir una naturaleza meramente interna ya que afectan a relaciones externas del órgano y consiguientemente el Tribunal Constitucional ejercita su función de control jurisdiccional.

En realidad, podíamos decir que, el banco de prueba de la posible relevancia externa de los "interna corporis", se puede entender, en un primer momento, estrechamente vinculado a los Reglamentos parlamentarios. No puede olvidarse, en efecto, que los reglamentos constituyen la expresión más sobresaliente de la autonomía e independencia de las Cámaras legislativas. Si autonomía quiere decir potestad normativa en las relaciones de organización y funcionamiento de un órgano, no hay duda que los Reglamentos parlamentarios constituyen la máxima expresión de la autonomía de las Cámaras, prevista expresamente en el artículo 72-1 de la Constitución Española y en disposiciones análogas de los respectivos Estatutos de Autonomía.

En Italia, por ejemplo, la Sentencia de la Corte Constitucional nº 154, de 23 de Mayo de 1985, ha declarado no controlable (insindicabilia) los Reglamentos parlamentarios, precisamente, en base a la autonomía e independencia de las Cámaras, dando así un vuelco atrás en el control de los actos de las Cámaras respecto a la doctrina precedente de la propia Corte establecida en la Sentencia nº 9 de 1959. En la Sentencia nº 54 leemos expresamente "en el sistema de democracia parlamentaria instaurado por la Constitución republicana en el cual el Parlamento se coloca en el centro como instituto caracterizante del ordenamiento... en la lógica de tal sistema a las Cámaras corresponde una independencia garantista en las relaciones de cualquier otro poder, por lo que debe considerarse excluido cualquier control de los actos de autonomía normativa previsto en el artículo 64-1 de la Constitución. El Parlamento, en cuanto expresión inmediata de la soberanía popular, es directo partícipe de tal soberanía y los Reglamentos en cuanto desarrollo directo de la Constitución tienen una peculiaridad y dimensión que impide su control si no se quiere negar que la reserva constitucional de competencia reglamentaria esté entre las garantías dispuestas por la Constitución para asegurar la independencia del órgano soberano de cualquier poder".

Entre nosotros, contrariamente, una cierta "desmitificación" de la soberanía de las Cámaras -representada por el Reglamento- se inicia con la L.O.T.C. al sujetar, en su artículo 27-2-d y 27-2-f los Reglamentos de las Cortes y de las Cámaras autonómicas al control de constitucionalidad, tal como con posterioridad ha confirmado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia (entre otras, la Sentencia 101/83 de 18 de Noviembre), lo que supone aquello que podemos denominar, el primer paso en la "muerte natural" de los "interna corporis".

Más el propio Tribunal Constitucional ha dado otros importantes pasos en la reducción de los "interna corporis". Efectivamente, la posibilidad de hacer valer el parámetro de las normas constitucionales en el interior de las Cámaras se concreta en la "redacción de normas objetivas y generales susceptibles de control de inconstitucionalidad" (Auto 183/84), como es el caso de las Resoluciones presidenciales de las Cámaras legislativas, tanto de las Cortes Generales como de las Asambleas autonómicas.

El Auto dictado con posterioridad, en el Recurso de Amparo nº 194/86, reafirma esta doctrina del Tribunal, estableciendo expresamente que "las resoluciones de la Presidencia de la Asamblea de Madrid que se recurren son disposiciones de carácter general, susceptibles de una pluralidad de actos concretos de aplicación singular que se integran en el ordenamiento reglamentario de la Asamblea en cuanto que suplen las lagunas de éste y producen los mismos efectos que el propio Reglamento. En tal sentido, constituyen normas con varlor de ley... y puede ser objeto de control de constitucionalidad".

El control de estas normas objetivas y generales reconducibles, en los supuestos examinados, por el Tribunal Constitucional a las Resoluciones presidenciales, tendrá en las relaciones jurídicas parlamentarias una importancia fundamental por cuanto supone establecer unos límites al monopolio interpretativo no ya sólo del Presidente de las Cámaras, sino de la Mesa y de la Junta de Portavoces, órganos que han de expresar su parecer favorable en las Resoluciones Presidenciales.

La incidencia que esta doctrina ha de tener en el propio derecho parlamentario será decisiva y, en la misma encontrarán las minorías parlamentarias protección a la lesión de sus derechos fundamentales.

Pero, la reducción de los "interna corporis" viene por otro camino. La vía jurídica está abierta para todos aquellos actos y resoluciones sin valor de ley, es decir "decisiones que en la teminología habitual entre nosotros tienen contenido singular y no general" (Auto 183/84), emanados de las Cámaras legislativas (Cortes Generales y Cámaras Autonómicas)

y sus órganos, entendiéndolo por tales, a aquellos que son capaces de imputar su actividad a la Cámara (Presidentes, Mesas, Junta de Portavoces, Diputación Permanente, Comisiones y Pleno), siempre que se violen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (artículo 42 de la L.O.T.C.). Como ha señalado el Tribunal Constitucional, en el Auto 147/82 de 22 de Abril, "el Diputado o Senador, individualmente considerado, en tanto que no puede originar disposiciones o actos susceptibles de imponer obligaciones o lesionar derechos y libertades, no puede ser considerado como órgano de la Cámara... como tales miembros de las Cortes Generales, los Diputados y senadores no son en su actuación individual y sin mengua de la alta representación que ostentan y de la función pública que ejercen, poderes públicos... ni agentes ni funcionarios de éstas".

El criterio decisivo del Tribunal Constitucional, en este supuesto, serán aquellas decisiones parlamentarias que sean reconducibles a una vulneración de derechos y libertades -en concreto, los recogidos en los artículos 14 a 29, incluida la objeción de conciencia del artículo 30 de la Constitución española- que posibilite su impugnación mediante el recurso de amparo directo previsto en la norma citada que, se aleja así del sistema general de agotamiento necesario de la vía judicial previa contra actos del Gobierno o del Poder Judicial (artículos 43 y 44 de la ley) y actos del Parlamento referidos a situaciones administrativas, por la necesidad de firmeza de los mismos (Auto nº 241/84 de 11 de Abril).

En este sentido, podemos mencionar la problemática planteada en la Asamblea de Extremadura, cuando por acuerdo de la Mesa quedó disuelto el G.P. Extremadura Unida al abandonar cuatro de sus seis miembros el G. Parlamentario. Una vez que los Diputados regionalistas habían impugnado ante la propia Mesa el acuerdo de su extinción, al ser ratificada su disolución, plantearon recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia territorial de Cáceres, siendo desestimado por incompetencia de jurisdicción. La Audiencia indicaba en Auto de 6 de Mayo de 1986 como única vía posible de impugnar el acuerdo de la Mesa de la Cámara autonómica, el acceso directo al Tribunal Constitucional mediante el pertinente recurso de amparo (como se establece en el artículo 42 de la L.O.T.C.).

Ningún indicio, ni siquiera implícito, encontramos en el texto positivo citado -artículo 42 de la L.O.T.C.- en orden a la naturaleza interna o externa del acto controlable, a pesar de que algún sector doctrinal haya pretendido ver una delimitación del Tribunal Constitucional en este supuesto normativo, negando la posibilidad de acceso directo al Tribunal

mediante el recurso de amparo.

Con ello llegamos a otra conclusión, y es que, el control sobre los actos parlamentarios puede desarrollarse sobre parámetros que prescindan de la problemática sobre las normas internas, o, más exactamente, que por lo menos la dejen en un segundo plano.

Con ello queremos decir que, desde el momento en que es posible el control del Tribunal Constitucional en cualquier hipótesis de vulneración de normas constitucionales -marcando así los confines de los "interna corporis"- se produce un vuelco metodológico, por cuanto el control del Tribunal se deduce de la previa demostración de aquella lesión de derechos y libertades y no en principio del valor interno o externo del acto parlamentario.

Donde hay lesión de derechos y libertades, el control del Tribunal Constitucional no encuentra límites algunos, ya sea en la fase de decisión parlamentaria de los órganos internos de las Cámaras, como en la propia fase de organización del procedimiento parlamentario. Habiéndose superado, por lo tanto, el primer silogismo y debiendo concluir en la afirmación de que:

Acto del Parlamento que lesione derechos y libertades=Acto controlable.

y no, Acto controlable=Acto interno o externo del Parlamento.

IV

Esta orientación del Tribunal Constitucional estableciendo un estrecho control sobre cualquier acto parlamentario que se reduzca a decisiones de carácter singular de las Cámaras y sus órganos cuando violen derechos y libertades (o que se concrete en la aprobación de normas generales con valor de ley), la entendemos plenamente concordante con los principios del Estado de Derecho.

Pretender que aquellos actos de las Cámaras parlamentarias cubiertos por el principio de "interna corporis" tuvieran después relevancia externa sin ningún control jurisdiccional, no supondría más que una contradicción con el propio Estado de Derecho, en el que la conformidad al Derecho, es, según nos enseñó Kelsen, condición genérica de la juridicidad de cualquier actividad.

En realidad, la doctrina del Tribunal Constitucional citada sobre los "interna corporis", supone una concepción de las relaciones entre el Estado de Derecho y los principios de autonomía de las Cámaras legislativas, como órganos constitucionales. Característica de ésta -afirma el propio Tribunal Constitucional- es la independencia y, el aseguramiento de ésta, obliga al Tribunal (Auto 183/84).

Se trata de dos principios presentes en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional que el Tribunal Constitucional pretende en su praxis sobre los "interna corporis" armonizar.

El principio de independencia y autonomía de las Cámaras puede configurarse extensivamente -al modo que lo hace, como hemos visto, la Corte Constitucional italiana- adquiriendo connotaciones de épocas pasadas en que la división de poderes implicaba la impenetrabilidad y un no control de los respectivos actos. Tal supuesto supondría, en la actualidad, una recesión del modelo del Estado de Derecho.

En sentido opuesto, pueden ser configurados extensivamente los principios del Estado de Derecho, comportando una total penetrabilidad de los poderes del control constitucional sobre la vida interna de las Cámaras.

En esta dialéctica, el Tribunal Constitucional, en el reconocimiento de una esfera de discrecionalidad a las Cámaras, no la separa del ejercicio de un control sobre los actos parlamentarios para hacer vales sobre los mismos el parámetro de las normas constitucionales.

Con ello, la ratio de la autonomía e independencia de las Cámaras legislativas, presenta en la doctrina del Tribunal sobre los "interna corporis", una concepción alejada de aquella filosofía que veía al Parlamento como "fortaleza asediada" y que suponía entender autonomía e independencia de una forma radical, para combatir el absolutismo monárquico.

Ahora, el reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional de una esfera de discrecionalidad de las Cámaras, no implica exclusión de controles constitucionales, y, éstos no se traducen en una invasión ciega del espacio reservado a las Cámaras que anule la posición prevalente de las mismas en nuestro ordenamiento.

Se comienza, de este modo, a configurar una doctrina del Tribunal Constitucional de protección legal contra actos jurídicos internos y ex-

ternos de las Cámaras y de sus órganos que lesionen derechos y libertades fundamentales, de tal manera que hoy, puede afirmarse que el Tribunal Constitucional ha superado el "viejo fetiche" ejerciendo una plena controlabilidad, tanto de aquellos "interna corporis" expresión de la autonomía administrativa de las Cámaras, como sobre aquellos "interna corporis" manifestación de la posición jurídico-constitucional del órgano legislativo.

Más, en su "universalidad global" de competencias, también el Tribunal Constitucional enuncia en su doctrina un "principio de autoconciencia" (*Selbstverständlichkeit*) por el que facilita a la Cámaras un amplio margen de libertad en el ejercicio de sus funciones.

Quizás, puede terminarse señalando, con Manzella, que el contencioso Parlamento-Tribunal Constitucional pasa hoy por otros "frentes calientes" en presencia de los cuales "la histórica querrela de los interna corporis sirve sólo como terreno de ejercicio con soldados de plomo".

NOTAS SOBRE EL ESTADO REGIONAL DE LA CONSTITUCION ITALIANA DE 1947

ANDRES RIBAS MAURA

SUMARIO: O. Introducción. 1. Orígenes y formación de las regiones italianas. 2. Las regiones italianas: naturaleza, estatutos y competencias: A) La naturaleza constitucional de las regiones. B) Los Estatutos regionales: naturaleza jurídica y contenido. C) Las competencias regionales. 3. La organización regional: A) El Consejo regional. B) La Junta y el Presidente regional. C) Organos estatales en la región: el Comisario del Gobierno y la Comisión de control. 4. La potestad normativa regional y su control.

O. Introducción

A finales del presente año 1987, se cumple el cuarenta aniversario de la promulgación de la Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947. Con dicha Constitución Italia se acogió, en cierto modo, al modelo teórico construido por la doctrina a partir de la Constitución de la IIIª República española, esto es, el llamado "Estado regional". Las analogías entre ambas Constituciones en lo referente a la organización territorial son numerosas; ahora bien, la creación de las regiones por la Constitución italiana fue -señala *Virga* (1)- "el resultado de una lenta evolución secular para resolver el problema de la organización del Estado". Ciertamente, aunque la Constitución italiana (en concreto, el Título V de la Parte 2ª) se inspirara -como así fue- en la republicana española su elaboración

(1) Cfr. *Virga*, Pietro. *Diritto Costituzionale*, Giuffrè editore, Milano, 1979, pág. 329.

está claramente motivada por la propia realidad italiana (2).

La realización práctica de dicho modelo regional, sin embargo, se retrasó considerablemente; de forma que puede decirse que aún no han transcurrido veinte años desde la puesta en funcionamiento de las regiones (excepción hecha de las llamadas especiales). Incluso hoy cabe señalar -como destaca la doctrina en general- que la culminación del proceso regional no se ha cumplido en absoluto. En la actualidad, "ha alcanzado un punto de equilibrio en el aspecto que podríamos llamar de diseño de atribuciones, pero falta aún en el orden organizativo y sobre todo funcional" (2 bis).

1. Orígenes y formación de las regiones italianas

Los orígenes del regionalismo italiano (3) se remontan a los ideales del "Risorgimento" y al problema de la unión de Italia (siglo XIX). En aquellos momentos, se manifestaron tanto las tendencias federalistas como las unitarias; sin embargo fueron estas últimas las que prevalecieron al producirse la unificación italiana. A partir de entonces, se aplicó al Estado recién surgido un centralismo administrativo (Ley Ratazzi, de 23 de octubre de 1859) inspirado en el francés, eliminando las diversidades socio-culturales de los antes Estados independientes, sin que llegaran ni siquiera a ser discutidos los intentos y proyectos descentralizados (por ej., proyecto Minghetti, 18 de marzo de 1861). En el periodo entreguerras hubo un relanzamiento del regionalismo que fue después sofocado por el Fascismo, hostil a toda tendencia descentralizadora. En la postguerra, con la caída del Fascismo, las exigencias regionalistas devinieron mayoritarias, fuera como reacción ante el centralismo actuado por el fascismo, o como defensa ante las tendencias separatistas manifestadas en algunas regiones -Sicilia, Valle de Aosta- (4).

(2) Cfr. Ferrando Badia, Juan, *El Estado unitario, el federal y el Estado regional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1978, págs. 236-237.

(2 bis) Cfr. Giannini, Massimo Severo, *Las Regiones en Italia*, Ed. Civitas, Madrid, 1984, pág. 292.

(3) Sobre este tema y sobre la formación de las regiones italianas, cfr., entre otros, Ferrando Badia, J., *El Estado unitario... op. cit.*, págs. 223-235; Gizzi, Elio, *Manuale di Diritto regionale*, Giuffrè ed., Milano, 1981, págs. 1-16; Martines, Temistocle, *Diritto Costituzionale*, Giuffrè ed., Milano, 1984, págs. 755-758; Virga, P., *Diritto... op. cit.*, págs. 329-330; Crisafulli, Vezio, *Lezioni di Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1970, págs. 133-135; Mortati, Costantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, II, Cedam, Padova, 1976, págs. 886-895.

(4) Cfr., entre otros, Virga, P., *Diritto... op. cit.*, pág. 330.

Los *Constituyentes italianos*, conscientes del problema y frente a otras tendencias extremas, federalistas y simplemente descentralizados, reconocieron en el artículo 5 de la Constitución la autonomía local y la descentralización dentro de la unidad de la República. Así, en el artículo 114, se decía que la República se dividía en Regiones, Provincias y Municipios.

El principio proclamado en el citado artículo 5 se desarrolla en el Título V de la Parte Segunda de la Constitución, uno de los más controvertidos y censurados (5). En este Título se distinguen dos tipos de regiones, las de Estatuto especial y las de Estatuto común u ordinario.

A las primeras, enumeradas en el artículo 116, les correspondían "formas y condiciones particulares de autonomía, según estatutos especiales adoptados por leyes constitucionales". Dichas leyes constitucionales fueron aprobadas por la misma Asamblea constituyente (6) con fecha de 26 de febrero de 1948, números 2, 3, 4 y 5, correspondientes respectivamente a los Estatutos especiales de Sicilia (7), Cerdeña, Valle de Aosta y Trento-Alto Adigio. A ellas hay que añadir la correspondiente a la región de Friuli-Venecia Julia (Ley Constitucional de 31 de enero de 1963, núm. 1) cuya aprobación se vió postergada al estar pendiente de la resolución de la cuestión internacional de Trieste.

Respecto a las regiones de Estatuto ordinario su realización se vió retrasada por la falta de una serie de leyes ordinarias y actos estatales necesarios para su efectiva formación. Ello estaba motivado por la ausencia de una auténtica voluntad política para poner en funcionamiento, para cumplir en suma, el ordenamiento regional establecido por la Constitución (8). En efecto, está señalado en su disposición transitoria VIII que

(5) Cfr. Paladin, Livio, "Riforme istituzionale e autonomie regionali", *Le riforme istituzionali. Atti del convegno di Padova. 25, 26 e 27 maggio 1984*, Cedam, Padova, 1985, págs. 206-207.

(6) Cfr. la disposición transitoria XVII de la Constitución italiana.

(7) El caso de Sicilia es peculiar. Su Estatuto regional fue aprobado antes que la Constitución por Real Decreto legislativo de 15 de mayo de 1946 a fin de "apaciguar" las tendencias separatistas manifestadas. La Ley Constitucional no hizo más que "elevar el rango" de la norma sin entrar a discutir sobre el fondo del Estatuto. Al respecto, Paladin, L., en "Riforme...", *op. cit.*, págs. 206-207, denuncia la grave descoordinación que existe entre dicho Estatuto y la Constitución.

(8) Cfr. Bassanini, Franco, "Le regioni" en *La Costituzione italiana. Il disegno originario e la realtà attuale*, Giuffrè ed., Milano, 1980, págs. 226-228. Un amplio estudio sobre las causas de dicho retraso puede verse en Ferrando Badia, J., *El Estado unitario...op.cit.*, págs. 237-276.

las elecciones para los Consejos Regionales (como veremos, órgano legislativo de la región cuya primera función era la de elaborar el Estatuto) debían celebrarse dentro del año siguiente a la entrada en vigor de la Constitución. Sin embargo, las primeras elecciones no se celebraron hasta el año 1970 (junio), en virtud de la ley electoral promulgada el 17 de febrero de 1969 (núm. 108). La constitución y funcionamiento de los órganos regionales elegidos se rigió por la llamada ley "Scelba", dictada ya el 10 de febrero de 1953 (núm. 62), e inaplicada hasta entonces. En cuanto a las competencias, las transferencias se iniciaron en 1972 -año en el cual entran propiamente en funcionamiento las regiones al haberse elaborado y aprobado sus Estatutos- y finalizaron el año 1977 con el Decreto legislativo de 24 de julio (núm. 616); mientras que los recursos financieros regionales se regularon por leyes de 16 de mayo y 23 de diciembre de 1970 (núms. 281 y 1804).

2. Las regiones italianas: naturaleza, estatutos y competencias.

La Constitución italiana, al contrario que su inspiradora la española de 1931, no concibe la autonomía regional como una facultad o derecho de las regiones interesadas, sino que designa expresamente aquéllas que deberán constituirse (9). Cualquier modificación, sea por fusión de varias ya existentes o creación de nuevas, deberá realizarse por ley constitucional (art. 132).

A) La naturaleza constitucional de las regiones

Las regiones así designadas, son definidas por la Constitución como "entes autónomos con poderes y funciones propias, conforme a los principios establecidos en la Constitución" (art. 115). De este precepto y del contexto del Título V de la Segunda Parte, se desprende que su consideración sobrepasa la de meros entes descentralizados. Así, *Virga* (10) define a las regiones como entes públicos territoriales dotados de auto-

(9) Cfr. art. 131, reformado por Ley Constitucional de 27 de diciembre de 1963, núm. 3. Las regiones italianas son las siguientes: a) *especiales*: Valle de Aosta, Trentino-Alto Adigio, Friuli-Venecia Julia, Sicilia y Cerdeña; b) *comunes*: Piemonte, Lombardia, Veneto, Liguria, Emilia-Romaña, Toscana, Umbria, Marcas, Lacio, Abruzos, Molise, Campania, Puglia, Basilicata y Calabria. En total veinte regiones, de las cuales cinco son especiales.

(10) Cfr. *Virga*, P., *Diritto... op. cit.*, págs. 330-332. En el mismo sentido, cfr. Mortati, C., *Istituzioni... op. cit.*, págs. 991-994; Lavagna, Carlo, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Utet, Torino, 1979, págs. 887-906.

mía legislativa, con eficacia igual a la estatal; rasgo éste que las distingue de los entes locales, poseedores tan sólo de una potestad administrativa o reglamentaria en el marco de la ley estatal.

Al respecto, la doctrina italiana ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de las regiones. Las opiniones están divididas entre aquéllos -*Balladore, Virga* (11)- que consideran a la región como un “ente de naturaleza constitucional”, en cuanto encuentra directamente el fundamento de su poder y la garantía de sus competencias en la Constitución; y aquéllos -*Biscaretti, Martines* (12)- que afirman que son sólo “entes de relevancia constitucional” debido, entre otras razones, a los múltiples controles por parte de órganos estatales. La Constitución contiene disposiciones relativas a su existencia, organización y funciones, pero no es un ente constitucional por su posición de no relativa independencia respecto al Estado.

B) *Los Estatutos regionales: naturaleza jurídica y contenido*

Los Estatutos constituyen la máxima manifestación de su autonomía y son normas fundamentales relativas a la organización y funcionamiento de las regiones, con una función parecida a la Constitución aunque con una formación, eficacia y validez muy distinta ya que se halla limitada por una realidad constitucional ya preestablecida (13).

Para su estudio es preciso distinguir entre los Estatutos especiales (art. 116) y los Estatutos ordinarios (regla general, art. 123), ya que éstos constituyen uno de los rasgos diferenciadores, junto con el ámbito competencial respectivo, entre ambos tipos de regiones.

a) Los *Estatutos especiales* son aprobados por leyes constitucionales, fórmula establecida por el artículo 116 de la Constitución.

Esto es necesario debido a que, al tratarse de “formas y condiciones particulares de autonomía”, se realiza una derogación de la propia Constitución al no aplicarse a estas regiones -salvo con carácter supletorio- los artículos comprendidos en el Título V de la Parte Segunda. De ahí su ca-

(11) Cfr. Balladore, Pallieri G., *Diritto Costituzionale*, Giuffrè ed., Milano, 1976, págs. 372-375; Virga, P., *Diritto...op.cit.*, págs. 330-332.

(12) Cfr., entre otros, Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1973, págs. 634-635; Martines, T., *Diritto...op.cit.*, págs. 763-764.

(13) Cfr. Gizzi, E., *Manuale...op.cit.*, págs.93-99; Pizzorusso, Alessandro, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tomo II, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, págs. 287-291.

rácter o naturaleza formal y materialmente constitucional. Son actos del Estado sin posible intervención de la región (14).

b) Los *Estatutos ordinarios* son adoptados por el Consejo regional por mayoría absoluta de sus miembros y aprobados mediante ley de la República. Las Cámaras no pueden modificar el texto remitido, sólo pueden aprobarlo o rechazarlo en bloque, reenviándolo al Consejo para su nueva redacción por no correspondencia con la Constitución (Tít. V, art. 2) o con las leyes de la República, o por contraste con el interés nacional o de otras regiones (15).

Debido a este peculiar procedimiento, la doctrina italiana discute acerca de la naturaleza de los Estatutos ordinarios. Las opiniones se hallan divididas entre quiénes consideran que es un acto complejo del Estado y de la región (16) y aquéllos que afirman que lo decisivo es la voluntad del Consejo regional mientras que la ley de aprobación de la República pertenece a la fase de control. Esta última es la opinión dominante (17).

El contenido mínimo y necesario de los Estatutos ordinarios viene establecido en la Constitución (art. 123); y comprende organización interna, derecho de iniciativa y referéndum sobre leyes o disposiciones administrativas de la región, publicación de leyes y reglamentos regionales. Además, puede contener otras disposiciones (funcionarios regionales, revisión del Estatuto, delegación de funciones administrativas a órganos locales, etc.) pero siempre dentro de los límites de la Constitución y las leyes de la República (18).

(14) Cfr., Virga, P., *Diritto...op.cit.*, págs. 383-385; Pizzorusso, A., *Lecciones...op.cit.*, pág. 290.

(15) Cfr. art. 6 Ley de 10 de febrero de 1953, núm. 62, Ley "Scelba". Entre otros, su transcripción puede consultarse en Bassani, M., y otros, *Leggi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano*, Ed. Cistalpino-La Goliardica, Milano, 1980, págs. 355-377.

(16) Cfr., entre otros, Paladini, Livio, *Diritto regionale*, Cedam, Padova, 1979, págs. 53-56. Opina este autor que no es totalmente cierto que la aprobación por las Cámaras sea un mero requisito de eficacia, ya que en realidad no se ha hecho una aplicación rigurosa del art. 6 de la Ley "Scelba" debido a la actuación del Senado.

(17) Cfr., entre otros, Virga, P., *Diritto...op.cit.*, págs. 336-337; Pizzorusso, A., *Lecciones...op.cit.*, págs. 287-288; Biscaretti di Ruffia, P., *Derecho...op.cit.* pág. 636; Martines, T., *Diritto...op.cit.*, págs. 776-777; Crisafulli, V., *Lezioni...op.cit.*, págs. 95-96; Mortati, C., *Istituzioni...op.cit.*, págs. 919-920.

(18) Para un estudio detallado de cada uno de los Estatutos regionales, inclusive los especiales, puede consultarse alguna de las siguientes colecciones; *L'ordinamento amministrativo delle regioni*, Varios autores, Milano; y *Commento allo statuto delle Regioni*, Varios autores, Giuffrè ed., Milano.

Respecto a su eficacia en el ordenamiento estatal, se regula por el principio de competencia: los estatutos regionales prevalecen en la esfera de sus competencias. Mientras que con relación al ordenamiento regional, se rige por el principio de jerarquía o superioridad de rango sobre las normas de la región.

C) *Las competencias regionales.*

Las regiones italianas poseen facultades de tipo legislativo y administrativo. No tienen en cambio poderes jurisdiccionales, actividad que está reservada exclusivamente al Estado. También aquí, como al tratar de los Estatutos, distinguiremos ambas clases de regiones ya que, como dijimos, éste es otro de los rasgos diferenciadores entre ellas.

Las competencias legislativas vienen fijadas en el artículo 117 de la Constitución, en el caso de las Regiones ordinarias, y por sus respectivos Estatutos, en las Regiones especiales. Dicho artículo 117 presenta un notable margen de ambigüedad e incertidumbre, y da la impresión -en palabras gráficas de *Paladín* (19)- de un barullo poco descifrable, en el que se yuxtaponen materias heterogéneas, y en el cual los criterios de concreción son susceptibles de una interpretación y aplicación diversa.

Respecto a las funciones administrativas, éstas se corresponden, en principio, con las materias en las que tenga competencia legislativa la región (art. 118), tanto en uno como en otro tipo, aunque con límites diferentes (20). A éstas hay que añadir las posibles delegaciones de funciones administrativas por ley del Estado (art. 118, párrf. 2º).

La potestad legislativa regional puede ser de tres clases: a) plena o exclusiva, también llamada primaria (21), b) concurrente o compartida, c) integrativa o de actuación ("attuativa"). Sólo las Regiones especiales gozan de potestad exclusiva; las demás corresponden a ambos tipos de regiones aunque con alcance diferente (22). El rasgo común entre todas ellas se encuentra en los límites de carácter general: material, territorial,

(19) Cfr. *Paladín, L.*, "Riforme...", *op. cit.*, págs. 207-208. En sentido parecido, *Bassanini, F.*, "Le regioni", *op. cit.*, págs. 229-230.

(20) Cfr. *Virga, P.*, *Diritto...op.cit.*, pág. 353-354 y 389.

(21) Cfr., entre otros, *Crisafulli, V.*, *Lezioni...op.cit.*, pág. 97.

(22) Aquí se halla otra de las diferencias que la distinguen de la Constitución española de 1931, ya que en ésta se permite, en teoría, que toda región tenga competencias exclusivas. Cfr. *Muñoz Machado, S.*, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, I, Ed. Civitas, Madrid, 1982, pág. 103.

normas y principios constitucionales, grandes reformas económico-sociales del Estado, obligaciones internacionales, y el interés nacional (23).

a) *Plena o exclusiva*

Corresponde sólo a las Regiones especiales (24), y está recogida y desarrollada en sus respectivos Estatutos: Sicilia (art. 14), Cerdeña (art. 3), Trentino-Alto Adigio (arts. 4 y 11), Valle de Aosta (arts. 2, 42 y 43) y Friuli-Venecia Julia (art. 4).

En las materias en las que se atribuye competencia exclusiva, la ley regional prevalece sobre la estatal, a la que puede modificar o derogar, y que sólo se aplicará para suplir las lagunas en caso de que existan. Sus únicos límites son los fijados con carácter general para todas las leyes regionales.

b) *Concurrente o compartida*

Dicha facultad es otorgada por el artículo 117 de la Constitución a las Regiones ordinarias en una serie de materias, que enumera, y dentro de los "principios fundamentales establecidos por las leyes del Estado." Estos principios pueden fijarse expresamente en una ley-marco (*leggi-cornice*), o en su defecto se deducirán del conjunto de leyes estatales sobre la materia, sin perjuicio de la promulgación, en cualquier momento, de una ley-marco estatal. En el caso de que exista una ley-marco, ésta debe dejar suficiente ámbito para la ley regional complementaria, la cual prevalecerá sobre las estatales siempre que se adecúe a los principios establecidos (25).

Al respecto, algunos autores (26) han criticado la falta de un verdadero sistema de leyes-marco. Esto que, a primera vista, parecía otorgar al legislador regional una discrecionalidad mayor, ha supuesto, en la

(23) Cfr. Pizzorusso, A., *Lecciones...op.cit.*, pág. 294; Virga, P., *Diritto...op.cit.*, págs. 344-347.

(24) A éstos hay que añadir las provincias de Bolzano y Trento, pertenecientes a la región especial de Trento-Alto Adigio, y que según su Estatuto gozan de potestades legislativas exclusivas (art. 8), concurrentes (art. 9) e integrativas (art. 10).

(25) Cfr. Virga, P., *Diritto...op.cit.*, págs. 341-342.

(26) Cfr. Gizzi, E., *Manuale...op.cit.*, pág. 336; Bassanini, F., "Le regioni", *op.cit.*, págs. 238-239. Igualmente, aunque con otro criterio, cfr. Giannini, Massimo Severo, *Las regiones en Italia*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, págs. 49-50.

práctica, su reducción, ya que dichos “principios inspiradores” se han tenido que deducir de una legislación estatal a menudo anticuada, lo cual ha provocado su poca adecuación a la realidad actual.

En el caso de las Regiones especiales, las competencias concurrentes (compartida o complementaria) tienen distintos alcances. Los Estatutos de Cerdeña (art. 4) Trento-Alto Adigio (art. 5) y Friuli-Venecia Julia (art. 5) preveen la potestad legislativa concurrente de las Regiones, dentro de los principios derivados de las leyes del Estado; mientras que no se contempla en el Estatuto del Valle de Aosta. El supuesto de Sicilia es diferente. El artículo 17 de su Estatuto prevé que “dentro de los límites de los principios y los intereses generales que informen la legislación” la Asamblea legislativa de la Región podrá emanar leyes en determinadas materias. Aquí la doctrina (27) se divide entre quiénes opinan que se trata de una competencia concurrente o complementaria y quiénes afirman que es una potestad exclusiva ya que la ley regional suple e impide la aplicación de la estatal: los “principios e intereses generales” limitadores se refieren no a una ley sino al conjunto legislativo sobre la materia. En todo caso, lo que está claro es que sus límites exceden y no son asumibles en ningún caso a los señalados comúnmente para toda legislación concurrente.

Finalmente, señalar la forma fragmentaria en la que se han transpasado las competencias, lo cual ha provocado una actividad legislativa y administrativa regional de tipo intersticial (“interstiziale”), en la que prevalecen, no los grandes diseños, sino la actividad de derogación y adaptación de los procedimientos estatales (28).

C) Integrativa o “attuativa” (de actuación)

Dicha potestad corresponde a todas las Regiones, salvo Sicilia. En unos casos -las ordinarias -, otorgadas expresamente por leyes estatales; en otros - las especiales -, conferida directamente por sus Estatutos: Cerdeña (art. 5), Trento-Alto Adigio (art. 6), Valle de Aosta (art. 3) y Friuli-Venecia Julia (art. 6).

Consiste esta facultad en la posibilidad de adaptar, a sus particulares exigencias, las disposiciones legales de la República mediante normas de actuación e integración que no son simples reglamentos sino que tienen

(27) Sobre este punto, cfr. Ferrando Badia, J., *El Estado unitario...op.cit.*, págs. 395-399.

(28) Cfr. Bassanini, F., “Le regioni”, *op.cit.*, págs. 240-243.

eficacia formal de ley. Sus límites son aquí mucho más estrictos que en los otros casos (29).

Para finalizar dos precisiones: a) La doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional (S.50/1959, 28 de julio de 1959) niegan la posibilidad de Decretos-leyes regionales y son reacias a admitir las leyes delegadas (30); y b) las regiones tienen, además, la facultad de emanar *reglamentos*, potestad que se reserva siempre al Consejo Regional (órgano legislativo) en las Regiones ordinarias (art. 121 Constitución); mientras que en las Regiones especiales la solución no es uniforme. Así, se atribuye al Consejo Regional en Cerdeña, Friuli-Venecia Julia y Valle de Aosta; al Gobierno en Sicilia y al Presidente en Trento-Alto Adigio.

3. La organización regional

La organización de poderes no difiere esencialmente entre las regiones especiales y las ordinarias. Los rasgos entre ambas en este aspecto son más bien parecidos, siendo las diferencias prácticamente puntuales, aunque de importancia en algunos casos. La regulación de los órganos regionales se realiza, en el caso de las Regiones ordinarias, por la Constitución y por su propio Estatuto, y tan sólo por éste en el caso de las Regiones especiales.

Los órganos regionales son los siguientes: A) Consejo regional llamado "Asamblea regional" en Sicilia y "Consejo del Valle" en el Valle de Aosta- con funciones legislativas, reglamentarias y de control de la Junta y el Presidente; B) Junta regional, órgano ejecutivo; y su Presidente, jefe de la misma y representante de la Región.

Antes de entrar con mayor detalle en la elección, composición y funciones de estos órganos haremos una breve referencia a la forma de gobierno regional.

El sistema de relaciones entre estos órganos permite hablar de una *forma de gobierno* de la región a partir de consideraciones semejantes a las usadas al tratar de la forma de gobierno de los Estados (31). Así Virga (32) señala que, aunque existe una amplia autonomía estatutaria, de las Constitución se desprende un modelo parlamentario con amplia autonomía de la Junta en la dirección político-administrativa y una relación fi-

(29) Cfr. Virga, P., *Diritto...op.cit.*, págs. 386 y 388.

(30) Cfr. Pizzorusso, A., *Lecciones...op.cit.*, pág. 305; Biscaretti di Ruffia, P., *Derecho...op.cit.*, pág. 644; Virga, P., *Diritto...op.cit.*, pág. 380.

(31) Cfr. Pizzorusso, A., *Lecciones...op.cit.*, pág. 113. Para un estudio más detallado, con referencia a Estatutos, cfr. Padilla Serra, Alfonso, "La organización regional italiana", en *Revista de Estudios Sociales*, núms. 23-24, julio 1979-febrero 1980, págs. 37-45.

(32) Cfr. Virga, P., *Diritto...op.cit.*, págs. 369-370.

duciaria de ésta con el Consejo. Sin embargo, *Paladín* (33) indica que se han adoptado soluciones diversas en los estatutos ordinarios y especiales. En los primeros se sigue con nitidez un *régimen de asamblea* con una potenciación del Consejo que asume la dirección política y administrativa de la región, siendo la Junta un instrumento de su política; no excluye la relación fiduciaria, pero se reduce a la elección. En los segundos, especiales, la tendencia es hacia el *parlamentarismo* reforzándose la Junta a la cual se le atribuye, casi exclusivamente, el monopolio de las funciones administrativas.

A) El Consejo Regional

Es un órgano representativo elegido por los ciudadanos residentes en la Región (inscritos en el censo electoral de los municipios de la región), mayores de edad y en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos. No existe, sin embargo, un cuerpo electoral regional identificable de un modo determinado, con un status específico. No hay una "ciudadanía regional", la inscripción en el censo electoral no tiene efectos constitutivos, sólo en los casos de Trento-Alto Adigio y del Valle de Aosta se da una diferenciación al exigirse, además, cuatro años de residencia continuada para el electorado activo. En definitiva, no se trata más que de una articulación interna del electorado estatal, aunque en las regiones tiene mayor protagonismo (34).

El sistema electoral se regula por una ley estatal (Ley 17 de julio de 1968, núm. 108) única para todas las regiones ordinarias; mientras que cada Región especial tiene su propia ley electoral, salvo el Valle de Aosta que se rige por una ley del Estado. Tanto unos como otros siguen un sistema proporcional de voto universal, personal, igual, libre y secreto (art. 4 Constitución).

El *Consejo regional* (35), a diferencia del Parlamento estatal, es un órgano monocameral, inferior en número y más simple, elegido por un

(33) Cfr. Paladín, L., *Diritto...op.cit.*, págs. 258-276. En sentido parecido, Pizzorusso, A., *Lecciones...op.cit.*, págs. 118-119. Por contra, Mortati, C., *Instituzioni...op.cit.*, págs. 902-904, considera que no se da un régimen de asamblea en las regiones ordinarias.

(34) Sobre todo lo anterior, cfr. Pizzorusso, A., *Lecciones...op.cit.*, págs. 113-115.

(35) Para un estudio más desarrollado, cfr., entre otros, Martines, T., *Il Consiglio regionale*, Giuffrè ed., Milano, 1981; Angiolini, Vittorio, *Gli organi di governo della Regione*, Giuffrè ed., Milano, 1983, págs. 13-29; Gizzi, E., *Manuale...op.cit.*, págs. 119-164 y 185-192; Padilla Serra, A., "La organización...", *op.cit.*, págs. 45-58; Virga, P., *Diritto...op.cit.*, págs. 370-372 y 389-390.

período de 5 años (36). Sus miembros, los Consejeros regionales, cuyo número varía según la población, no están sujetos a mandato imperativo y gozan de irresponsabilidad por las opiniones vertidas en ejercicio de sus funciones aunque no de inmunidad penal. Sus incompatibilidades e inelegibilidades vienen reguladas por la ley electoral estatal, o, en su caso, por las respectivas leyes regionales.

El Consejo se *disuelve* por expiración de su mandato a los 5 años (37), aunque también se prevé su disolución anticipada por Decreto motivado del Presidente de la República, a iniciativa del Gobierno del Estado, y oída la Comisión de Diputados y Senadores para Asuntos Regionales cuyo informe no tiene carácter vinculante. Las causas que lo justifican son (art. 126): a) Actos contrarios a la Constitución o grave violación de la ley; b) Ineficacia funcional; y c) Razones de seguridad nacional. Las Regiones especiales lo recogen también con pocas diferencias. El decreto de disolución debe convocar, a la vez, nuevas elecciones dentro de un plazo máximo de tres meses; mientras tanto, funciona una Comisión nombrada en el mismo decreto. Esta comisión se compone por tres ciudadanos, que sean elegibles al Consejo regional, y su función es la administración ordinaria (38).

Por último, respecto a sus *funciones*, el Consejo tiene la potestad legislativa en las materias y con el alcance ya indicado; la potestad reglamentaria -con las excepciones ya señaladas-; la elección, inspección y control de la Junta y su Presidente; y otras (proposición de leyes al Parlamento estatal, aprobación de balances, reglamento interno, etc.).

Sobre la función legislativa versará el siguiente apartado; la elección y control del órgano ejecutivo se tratará a continuación.

B) La Junta y el Presidente regional

La Junta es el órgano ejecutivo de la Región. Se compone por el Presidente y demás miembros, llamados comúnmente Asesores, elegidos todos ellos por el Consejo regional de entre sus miembros (39). Ni la

(36) En las Regiones especiales el periodo común era de 4 años; sin embargo, por la Ley Constitucional de 27 de febrero de 1972, núm.1, se uniformó con las ordinarias.

(37) En las Regiones ordinarias los Consejeros, salvo la Junta y su Presidente, cesan 46 días antes de la fecha de las elecciones. En las especiales se prorroga su mandato hasta que se reúnan los nuevos Consejeros. Cfr. Padilla Serra, A., "La organización...", *op.cit.*, pág. 46.

(38) En Sicilia la Comisión es elegida por la Asamblea regional.

(39) Para su estudio, cfr., entre otros, Virga, P., *Diritto...op.cit.*, págs. 374-377; Ferrando Badia, J., *El Estado unitario...op.cit.*, págs. 336-338 y 354-357; Padilla Serra, A., "La organización..." *op.cit.*, págs. 58-66; Angiolini, V., *Gli organo...op.cit.*, págs. 29-109; Gizzi, E., *Manuale...op.cit.*, págs. 165-176 y 193-205.

Constitución ni los Estatutos especifican claramente la relación existente entre el Presidente y los demás miembros; por ello existen dos tendencias doctrinales contrapuestas: la monocrática -el poder ejecutivo pertenece sólo al Presidente- y la colegial pura -el Presidente como un "primus inter pares". *Paladín* (40) rechaza el segundo por considerar que es contrario a la tesis constitucional y afirma que se inclina hacia la tendencia monocrática aunque no completamente. *Pizzorusso* (41) indica que el ejercicio de poderes se realiza de modo colegial, pero el Presidente tiene sus propias funciones: dirigir y coordinar la acción de la Junta.

La *elección* del Presidente y de los Asesores -cuyo número es variable (42)- se realiza por distintos procedimientos y, normalmente, por mayoría absoluta, al menos en la primera votación, y con quórumms diversos. Así, en las Regiones especiales de Cerdeña, Valle de Aosta y Friuli-Venecia Julia, se elige primero al Presidente y luego a los Asesores propuestos por aquél. En Sicilia y en Trento-Alto Adigio, en cambio, la elección es simultánea. En las Regiones ordinarias también se dan ambos procedimientos: elección simultánea y sucesivas, la segunda (Asesores) vinculada a la primera (Presidente) o totalmente independientes.

Consecuentemente con su elección por el Consejo, la Junta *responde* políticamente ante aquél. Dicha responsabilidad se exige a través de la negativa en el voto de confianza ("fiducia") propuesto por el Presidente en nombre de la Junta, o por determinado número de miembros del Consejo (43). Su pérdida obliga a dimitir a la Junta. No ocurre así en el caso de un simple voto en contra frente a una propuesta de la Junta.

Respecto a las *funciones* de la Junta, a ésta como órgano ejecutivo que es, le corresponde el cumplimiento de las leyes y decisiones del Consejo, así como la competencia administrativa general (44), la administración del patrimonio regional y otras atribuciones en relación con el Consejo regional: iniciativa legislativa, presentación de balances, preparación de planes y programas económicos, etc.

(40) Cfr. *Paladín, L., Diritto...op. cit.*, págs. 329-339.

(41) Cfr. *Pizzorusso, A., Lecciones...op. cit.*, págs. 119-120.

(42) Para las Regiones ordinarias la Ley "Scelba" fija un número máximo según la población, número que a veces es concretado por los respectivos Estatutos. En las Regiones especiales, se deja a criterio del Consejo. Cfr. *Padilla Serra, A., "La organización..."*, *op. cit.*, pág. 58.

(43) En este caso, -cfr. *Gizzi, E., Manuale...op. cit.*, pág. 172- se exige el transcurso de determinado plazo para su discusión a fin de evitar el peligro de iniciativas imprevistas o "colpi di mano" de mayorías ocasionales y no cualificadas.

(44) A ésta hay que añadir la potestad reglamentaria en las Regiones especiales de Sicilia y Trento-Alto Adigio. En esta última región tal facultad corresponde al Presidente.

Por último hay que hacer mención aparte sobre el *Presidente* de la Junta. Este desempeña un doble papel como Jefe del gobierno regional y representante de la Región ante el Estado y las demás Regiones. La Constitución y los Estatutos le atribuyen una serie de funciones que le distinguen y destacan del resto de la Junta, aunque no es en realidad un auténtico Jefe de Gobierno según el modelo estatal ya que no puede imponer su criterio a la Junta, pero sí la coordina. Siguiendo a *Virga* (45), sus funciones son: representación de la Región, promulgación de leyes y reglamentos del Consejo, convocar y presidir la Junta, Jefe de la administración regional y sus atribuciones inherentes, dirigir las funciones administrativas delegadas por el Estado, convocar referéndums regionales, y participar en los Consejos de Ministros estatales, con voto consultivo (46), en los asuntos que afectan a la Región.

C) Organos estatales en la Región: el Comisario del Gobierno y la Comisión de control

El Comisario del Gobierno (art. 124 Constitución y art. 40 Ley "Scelba") -llamado "Representante del Gobierno" en Cerdeña debido a los recelos provocados por tal denominación, y "Representante del Ministerio del Interior" en Valle de Aosta-, y la Comisión de Control (art. 125 Constitución y arts. 41 a 49 Ley "Scelba") son órganos estatales con sede en la región y cuya misión es la de controlar la actividad y creación normativa de los órganos de ésta (47).

El *Comisario del Gobierno*, que es la suprema autoridad estatal en la Región, es nombrado por el Presidente de la República a propuesta del Presidente del Consejo de Ministros. Le corresponden las siguientes funciones: dirección de la Administración del Estado en la Región y su coordinación con la regional, el control de las leyes regionales -a desarrollar en el siguiente apartado-, y otras tales como la convocatoria extraordinaria del Consejo para sustituir a la Junta y al Presidente, el control administrativo dentro de la Comisión de Control, etc.

(45) Cfr. *Virga*, P., *Diritto...op.cit.*, págs. 375-376.

(46) Cfr. art. 21, párrafo 3º, del Estatuto siciliano: "Con rango de Ministros participan en el Consejo de Ministros con voto deliberativo en las materias que interesen a la Región".

(47) He aquí otra de las diferencias que Muñoz Machado, S., *Derecho público...op.cit.*, págs. 102-103, destaca como rasgo diferenciador respecto a la Constitución española de 1931: sus mayores controles.

La *Comisión de Control* es nombrada, también, por el Presidente de la República a propuesta del Presidente del Consejo de Ministros. Está compuesta por el Comisario del Gobierno, que preside, un Magistrado del Tribunal de Cuentas, tres funcionarios estatales, dos expertos en Derecho Administrativo y tres suplentes. Su función es el control de legalidad y de oportunidad de los actos administrativos. Para ello dispone de un plazo de 20 días, durante los cuales se suspende la aplicación del acto, y en los que puede ocurrir: a) que se aplique finalmente el acto, b) que se anule por falta de legalidad, y c) que se reenvie por razones de oportunidad. En tal caso, si vuelve a aprobarse, sólo puede anularse por ilegalidad, no reenviarse. Su función es realizada en las Regiones especiales por el Tribunal de Cuentas.

4. La potestad normativa regional y su control

La potestad normativa en general, y concretamente la posibilidad de creación de leyes por entes territoriales dependientes del Estado -las Regiones-, constituye una de las peculiaridades del modelo de Estado recogido por la Constitución italiana de 1947 (48). Su eficacia, ámbito y límites han sido vistos anteriormente; véamos aquí su proceso de creación y su control.

Distinguiremos tres grandes fases (49):

- a) Iniciativa.
- b) Aprobación.
- c) Integración de eficacia.

A éstas es posible se le añada una cuarta fase (d) de control posterior.

a) Iniciativa legislativa

Los Estatutos establecen cuáles son los titulares de la potestad de iniciativa legislativa. Estos, en general, atribuyen dicha facultad a los Consejeros regionales y a la Junta. Además, se prevé la iniciativa popular (cuerpo electoral de la Región) y de los entes locales, Provincias y Municipios, de la Región.

(48) Para mayor profundidad sobre el tema de las leyes regionales, cfr., entre otros, Ferrando Badia, J., *El Estado unitario...op.cit.*, págs. 379-424; Gizzi, E., *Manuale...op.cit.*, págs. 311-389; Martínez, T., *Diritto...op.cit.*, págs. 800-841; Id., *Il Consiglio...op.cit.*, págs. 85-89; Pizzorusso, A., *Lecciones...op.cit.*, págs. 293-305; Virga, P., *Diritto...op.cit.*, págs. 379-382; Cheli, Enzo y Caretti, Paolo. "El proceso legislativo en Italia", *Revista de Derecho Constitucional Español*, núm. 16, enero-abril 1986, págs. 203-222.

(49) Cfr. Pizzorusso, A., *Lecciones...op.cit.*, págs. 295-299; y Biscaretti di Ruffia, P., *Derecho...op.cit.*, págs. 639-641.

b) Fase constitutiva o de aprobación

Corresponde dicha fase exclusivamente al Consejo regional. El procedimiento que se sigue es el siguiente: Previo examen por la Comisión de competencias del Consejo, en el que es posible la participación, con voto consultivo, de representantes de sectores profesionales y expertos técnicos, el proyecto es discutido y aprobado, en su caso, por el Pleno. Existen, además, procedimientos de urgencia y procedimientos especiales con mayoría reforzada.

c) Fase de integración de eficacia

Dentro de esta fase se incluyen, a su vez, distintos trámites o subfases: control estatal, promulgación y publicación, que corresponden a diferentes sujetos.

La propia Constitución, en su artículo 127 -desarrollado por el artículo 11 de la Ley "Scelba", y por los respectivos Estatutos- obliga a que toda ley regional sea "visada" por el Comisario del Gobierno para que tenga eficacia y pueda ser aplicada. En las Regiones especiales también se dispone este control "preventivo" (50) por parte del Estado respecto de las leyes regionales.

Una vez aprobada por el Consejo, la ley debe ser comunicada al Comisario de la Región por el Presidente de la Junta en un plazo de 5 días. El Comisario dispone de 30 días para su examen. Transcurridos éstos, deberá "visarla" -en tal caso será promulgada y publicada- o devolverla al Consejo por considerar que viola los límites de la competencia regional o por entender que va contra el interés nacional o de otras Regiones. Reenviada al Consejo, éste deberá examinarla y, en su caso, aprobarla de nuevo. Si la aprobación supone modificaciones sustanciales en la ley, ésta se considera una ley nueva por lo que vuelve a empezar el ciclo. Si, por el contrario, no hay modificaciones, deberá ser aprobada por mayoría absoluta. Comunicada al Gobierno de la República, éste dispondrá de 15 días para impugnarla planteando, o bien la "cuestión de legalidad" ante la Corte Constitucional, o bien la "cuestión de mérito" por conflicto de intereses ante las Cámaras (51). Si se admite la impugnación, la ley es

(50) Es una excepción a este control "preventivo" el caso de Sicilia. En su Estatuto no se prevé el visado del Comisario del Gobierno; la ley regional sólo puede ser impugnada después de su promulgación y su publicación ante la Corte Constitucional italiana.

(51) Padilla Serra, A., "La organización...", *op.cit.*, pág. 68, señala que en la práctica el Gobierno nunca ha acudido al Parlamento por lo que hay que considerar esta impugnación como un recurso extraordinario que sólo se utilizará en situaciones extremas.

rechazada; si, por el contrario, no se admite, o no llega ni siquiera a presentarse, la ley regional sigue su curso.

Obtenido el visado del Comisario del Gobierno y pasados, en su caso, los trámites de control, la ley será *promulgada* por el Presidente de la Junta y *publicada* en el Boletín Oficial de la Región (Bolletino Ufficiale della Regione), entrando en vigor no antes de los 15 días desde su publicación, salvo declaración de urgencia.

d) Trámites posteriores posibles

Una vez publicada la ley regional, la legislación italiana prevé la posibilidad de un *control posterior* y distinto del previsto en el artículo 127 de la Constitución. Así, el artículo 2, párrafo 2º de la Ley constitucional 1/1948, de 9 de febrero, sobre la Corte Constitucional (52), señala que una ley regional puede ser impugnada por otra Región que entienda que lesiona sus propias competencias. Para ello es necesario la deliberación de su Junta y que se impugne en un plazo de 60 días desde la publicación. La Corte Constitucional podrá, en este caso, reconocer la legalidad de la ley o anularla, sea total o parcialmente.

Otro posible acontecimiento posterior a la publicación de la ley es el referéndum. Esto se preveía ya en la Constitución aunque sin indicar su carácter. Algunos Estatutos lo han desarrollado posibilitando el referéndum *consultivo* sobre propuesta de ley y el referéndum *abrogativo* sobre leyes ya promulgadas -además de sobre reglamentos, no meramente ejecutivos, y sobre actos administrativos-. El referéndum abrogativo, total o parcial, se propone a iniciativa de un número determinado de Municipios y Provincias o por determinado número de electores. Se excluyen una serie de temas, tales como la modificación del Estatuto y las leyes tributarias y de aprobación de balances.

(52) Cfr. Ley Constitucional de 9 de febrero de 1948, núm. 1, transcrita por Bassani, M. y otros, *Leggi fondamentali...op. cit.*, pág. 295.

EL PRINCIPIO ACUSATORIO

LADISLAO ROIG BUSTOS

1. SU JUSTIFICACION

Uno de los principios que rigen nuestro derecho penal es el principio acusatorio, conforme al cual no cabe que los Tribunales condenen por delito más grave que aquel que por la acusación correspondiente le haya sido imputado en la calificación definitiva a quien aparezca como acusado. Principio que, recogido tradicionalmente en nuestros textos jurídicos, quedó definitivamente consagrado al recogerlo como principio constitucional el artículo 24-2 de la Constitución: "... todos tienen derecho... a ser informados de la acusación formulada contra ellos" Sin embargo toda una serie de dudas, legales unas, de práctica judicial otras, siguen manteniéndose en orden a la efectividad de su aplicación y ello pese a que el Tribunal Constitucional haya definido su contenido al afirmar que consiste en "la identidad del hecho punible de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia, junto con otra condición consistente en la homogeneidad de los delitos objeto de la condena y de la acusación" (S. 29/10/86) o bien que se trata de que la acción sea identificada "subjctivamente por la persona del acusado y objetivamente por el hecho sobre el que recae la acusación" (S. 10/12/86), afirmando igualmente nuestro más alto Tribunal que "el principio acusatorio forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal" (S. 7/5/87).

La vigencia hoy del citado principio no ofrece dudas, tanto por el citado artículo 24-2 de la Constitución como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que no sólo, como acabamos de ver, lo sigue manteniendo, sino que incluso ha ampliado su ámbito de aplicación al extender su eficacia a los juicios de faltas donde tradicionalmente no recogía el principio acusatorio (a título de ejemplo, entre otras muchas, S. 4/10/85), manteniéndolo igualmente en materia de indemnizaciones por daños derivados de delito o falta (S. 12/2/87).

Una primordial razón para la vigencia del principio acusatorio radica en la propia situación del acusado; una defensa mínimamente eficaz sólo puede nacer de un conocimiento previo de aquello de lo que es acusado. Y si bien es cierto que sobre la acusación pesa la carga de la prueba, precisamente por ello ésta, la acusación, sólo se fundará en tanto en cuanto quien la sustente piense haber acumulado suficiente material probatorio para mantenerla. En contrapartida la situación de quien es acusado puede ser en principio de quietismo, de estar simplemente a la espera, pues de entrada tiene la presunción de inocencia a su favor y es claro que quien puede ser condenado a penas tan graves como la privación de su libertad tiene el mínimo derecho de utilizar todos aquellos argumentos legales o válidos y ello conlleva saber de qué se le acusa para así saber de qué tiene que defenderse.

Este es el sentido dado por el Tribunal Constitucional al principio que tratamos. Así la sentencia de 18/4/85: "La acusación debe ser previamente formulada y conocida... con la evidente finalidad de que se puede ejercitar el derecho de defensa"; o la de fecha 6/2/84: "Debe darse oportunidad para que el acusado presente prueba de descargo sobre la acusación formulada", la sentencia de 7/5/87 es aún más precisa: "El sistema acusatorio impone una contienda procesal entre dos partes netamente contrapuestas, acusador y acusado, resuelta por un órgano que se coloca por encima de ambos..." para añadir que "el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de contestación o rechazo a la acusación, o sea, el enfrentamiento dialéctico entre las partes, y hace posible el conocer los argumentos de la otra parte, el manifestar ante el Juez los propios, el indicar los elementos fácticos que constituyen su base y el ejercitar una actividad plena en el proceso".

Con todo ello se realiza la plena eficacia en nuestro derecho del principio de presunción de inocencia; quien aparece como acusado es, todavía, inocente y consecuentemente nada tiene en principio que probar; es a aquel que pide una condena a quien le corresponda probar los hechos y hacerlo además dentro de unos cauces formales que conlleven las suficientes y mínimas garantías para el imputado. Felizmente ya han pasado los tiempos que nos relata Tellechea Idígoras en su obra "Cárceles inquisitoriales", cuando nos señala como al detenido, acusado de haber cometido un delito, era totalmente aislado del mundo exterior al efecto de no poder preparar una defensa eficaz y asegurar así la "verdad" del proceso. Hoy, en un Estado de Derecho, ya no basta con condenar a quien comete un delito si esa condena no está avalada por el más exquisito respecto a las garantías y derechos básicos de los ciudadanos (y los delincuentes y presuntos delincuentes siguen teniendo esa condición), porque

la razón de ser de un Estado no está en “la razón de Estado”, sino en que el Estado, y sus instituciones, se carguen de razón a la hora de ejercer sus legítimas funciones represivas, demostrando que es más importante poseer la “autoridad”, el poder moral, que el “imperium”, el poder material. Sólo en tanto en cuanto la primera domina al segundo, la autoritas al imperium, estamos ante un Estado de Derecho, porque la verdad del proceso reside en el pleno respeto del ciudadano, que no súbdito, en sus derechos fundamentales, aunque ello suponga en ocasiones la imposibilidad de demostrar una verdad material en un caso concreto. Por ello cualquier limitación a las garantías fundamentales de un acusado, y el principio acusatorio es una de ellas, es una quiebra grave de los pilares en los que debe asentarse un Estado Democrático y de Derecho.

Junto a este argumento hay otro que se nos aparece como de similar entidad para justificar la existencia del principio acusatorio, como es la de la propia limitación a quien ostenta el poder. Porque efectivamente es en los Jueces y Magistrados individualmente considerados en cuanto Tribunales de Justicia donde radica realmente el Poder Judicial. Y aunque hoy por hoy dicho Poder está en fase embrionaria, iniciando la difícil andadura de reconvertir lo que era Administración de Justicia en poder judicial, en lo que sólo se convertirá cuando los demás Poderes y poderes (institucionales y fácticos) asuman que el Juez es Poder, no es menos cierto que si de un Estado Democrático y de Derecho hablamos, de la misma forma que el Poder para ser tal necesita de medios y atribuciones para ejercerlo, ese poder necesita de limitaciones, de freno, de controles que lo hagan realmente Poder Democrático y no absolutista.

Y es en este marco someramente expuesto donde el principio acusatorio se enmarca, porque en el ámbito penal dicho principio es el único límite que los Tribunales penales tiene. Quienes conforman un Poder, con mayúsculas, es evidente que deben tener poderes, con minúsculas; y es igualmente evidente que Jueces y Magistrados penales tiene facultades quasi-omnípodas cuando un asunto les llega a su esfera de competencia: la incoación o no del procedimiento, la selección de cual debe ser éste, la adopción de medidas cautelares (prisiones, fianzas, embargos), los dictados de autos de procesamiento, al que ahora nos referimos y cuyas repercusiones sociales son de particular gravedad, la absolución o archivo de las causas, la condena inferior a aquella que la acusación solicitaba, todo ello se hace, como es lógico en un sistema judicial, con la única sujeción a la Ley, a la norma, ente a veces tan abstracto y tan susceptible de interpretaciones diversas como para dar lugar a tantos temas pendientes ante los Tribunales de Justicia. Pero quienes forman un Poder, si lo ejercen en un Estado social y democrático de Derecho, también DEBEN tener un control, unas limitaciones a sus poderes; y en nuestro

sistema judicial, junto al sistema de recursos, que se utiliza frente a una medida YA adoptada, no puede resultar gratuito que precisamente en lo más nocivo para el ciudadano, la condena, normalmente aparejada a un bien de tanta envidia como el de la libertad, se tenga por Jueces y Magistrados el control de no condenar ni por algo que no se acusa ni por más de lo que acusa.

2. FASE PROCESAL DONDE INCARDINARIO

A la vista de lo antedicho en el sentido de que el principio acusatorio equivale al derecho del acusado de ser informado de la acusación que pesa sobre él, el problema de donde se inicia ese derecho queda resuelto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al señalar que es en el escrito de acusación o de calificación provisional, toda vez que el principio queda cumplido siempre que EN EL JUICIO se de oportunidad para que el acusado presente pruebas de descargo sobre la acusación allí formulada, pues en tal caso no puede decirse que no haya conocido a tiempo la acusación (sentencia Tribunal Constitucional 6/2/84; y en similar sentido sentencias de 29/10/86 y 10/12/86).

Tal doctrina, sin embargo, lleve aparejada la pregunta de si con ello se hace desaparecer toda la eficacia y virtualidad que hasta ahora se le otorgaba, L.E. Criminal en la mano, al Auto de procesamiento. Dicho en otros términos, admitida como doctrina pacífica, jurisprudencial y doctrinalmente, que la calificación jurídica que de los hechos haga el juez Instructor en el auto de procesamiento en nada vincula ni afecta a la posterior actividad de Fiscales, Abogados, Tribunales, el paso siguiente a la luz de la citada doctrina del Tribunal Constitucional es que tampoco los hechos que el Juez Instructor recoja en el Auto de Procesamiento vinculan en nada la actividad posterior. Quizá con un ejemplo se vea más claro: Detenido un individuo como presunto autor de dos delitos de robo, el juez incoa sumario y tras la práctica de las correspondientes pruebas sumariales decide procesarle por un delito de robo (no por los dos), le recibe declaración indagatoria (lógicamente por un solo hecho y un solo robo), concluye el sumario y le emplaza; entregando el sumario al Fiscal para evacuar su escrito de calificación, éste decide acusar por dos delitos de robo (o más) y tras el correspondiente juicio la Sala condena por dos delitos de robo. ¿Se ha cumplido en este caso con las garantías contenidas en el principio acusatorio?

La respuesta es afirmativa si a la doctrina del Tribunal Constitucional antes citada nos atenemos, pues si el principio queda cumplido siempre

que en el juicio se de oportunidad al acusado para presentar las pruebas de descargo sobre la acusación "allí" (en el juicio), formulada, es decir, en el escrito de acusación o de conclusiones, será indiferente aquello por lo que el Juez Instructor haya procesado para centrarnos, EXCLUSIVAMENTE, a aquello recogido en él o los escritos de Acusación, único momento donde se fija la litis en cuanto hechos y derecho. Con ello se sigue la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo al afirmar que el auto de procesamiento tiene como única virtualidad la de dirigir el procedimiento, separar las partes acusadoras de las acusadas y ordenar la adopción de medidas cautelares, sin ningún tipo de vinculación posterior cara al Juicio Oral y en la línea igualmente admitida de forma unánime que es en el Juicio Oral, en el Plenario, donde se produce la auténtica aportación de la prueba y el auténtico debate contradictorio con igualdad de oportunidades entre las partes, siendo toda la fase sumarial sólo de mera preparación de la prueba que se aportará al juicio oral (S. Tribunal Supremo 5 y 8 de mayo de 1.987).

Todo lo hasta ahora dicho no hace sino tratar de realzar la importancia del juicio oral, tal y como nuestro viejo legislador lo plasmó en la ley de Enjuiciamiento Criminal, y que paulatinamente ha ido degradándose con corruptelas acomodaticias que llegaron, y llegan, en ocasiones, a convertir el acto fundamental del proceso penal, el juicio oral, en otro trámite más e incluso a veces en un mero trámite formal de manera que el sumario, la preparación del juicio, se convierte en la esencia y el juicio en poco menos que la guinda que corona la tarta ya sacada del horno, en una inversión de valores claramente inaceptable. Pero sí todo ello es así, no lo es menos que con todo lo dicho se está haciendo ineficaz un instituto como es el auto de procesamiento y con ello derogando de facto más de un artículo de la L.E. Criminal, a los que se convierte tan sólo en instrumentos dilatorios, amén de limitar las primeras defensas que el acusado puede poner frente a la acusación.

Efectivamente, la anterior doctrina hace en buena medida inútiles e ineficaces artículos como el 384, párrafo 2º y 5º y el 388 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Establece el párrafo 2º del Artículo 384 que "el procesado podrá, desde el momento de serlo... solicitar la práctica de las diligencias que le interesen... pudiendo apelar ante la Audiencia si el Juez Instructor no accediese a sus deseos"; el párrafo 5º del mismo artículo instaura los recursos de reforma y subsidiaria apelación contra el auto de procesamiento y el artículo 388 regula la llamada declaración indagatoria en la que el procesado "será preguntado... si conoce el motivo por el que se la ha procesado". Pues bien, si los hechos recogidos en el auto de procesamiento en nada vinculan ni limitan a lo que después puede ser el cuerpo de la acusación y del juicio en sentido estricto, ¿para qué

se le ha de preguntar al procesado si conoce el motivo de su procesamiento?; habrá que preguntarle si sabe de qué puede ser acusado visto el contenido del sumario y abstracción hecha de aquello en concreto por lo que ha sido procesado. Y la solicitud de la práctica de diligencias que le interesen o la interposición de los recursos de reforma y subsidiaria apelación, ligados lógicamente por su incursión en el artículo 384 ya citado al auto de procesamiento, y ligado, no lo olvidemos, a los hechos, puesto que su calificación jurídica nunca es vinculante, pierden buena parte de su virtualidad pues no tiene demasiado sentido centrar la práctica de nuevas diligencias o un recurso sobre unos hechos que no son exclusivos, para tener que centrarse en todo aquello que tenga posibilidad de ser objeto de acusación con la necesaria concreción y generalización que ello llevará consigo. Igual sucederá, *mutata mutandis*, con los párrafos penúltimo y último del mismo artículo 384.

Esta pérdida de eficacia del auto de procesamiento supone una evidente disminución de los medios y derechos de defensa del procesado, Gimeno Sendra, aún partidario de la tesis expuesta de la no vinculación de los hechos, no por ello deja de reconocer que dicho auto “ilustra fehacientemente al procesado y a su abogado del hecho delictivo cuya comisión es aquél atribuido”, “posibilita la defensa privada del propio procesado ya que en la indagatoria podrá exculparse” y “robustece la defensa del abogado mediante el ejercicio de los medios de impugnación contra el propio auto”. Pero es lo cierto que si los hechos no vinculan, ya no hay “ilustración fehaciente” y se disminuye la eficacia de la exculpación que pueda hacer en la indagatoria, lo mismo que no cabe hablar de “robustecer la defensa” mediante el sistema de recursos por lo acabado antes de exponer.

De otro lado, es evidente que quien se sabe “no procesado” por uno o unos determinados hechos se abstendrá de proponer práctica de pruebas sobre ellos (a él no le corresponde probar in genere su inocencia que se le presume) y si bien es cierto que es en el acto del juicio oral donde se han de practicar las pruebas en su totalidad y plenitud, no es menos cierto que es en la fase sumarial donde esas pruebas pueden y deben ser preparadas y que alguna de esas pruebas no practicadas en fase de instrucción por una omisión lógica de quien se sabe “no procesado”, difícilmente podrán aportarse debidamente preparadas, por su falta de inmediación y desconexión temporal, en el acto de la vista (así, imposibilidad de las pruebas anticipadas).

Porque siguiendo con el ejemplo anterior (individuo detenido por dos robos y procesado sólo por uno), si la parte acusadora se aquieta ante la notificación del auto de procesamiento primero y del auto de conclusión del sumario después, el procesado no pondrá pruebas ni recurri-

rá contra el auto de procesamiento por aquellos hechos por los que no ha sido procesado (¿cómo podría recurrirlos si sobre ellos no hay procesamiento?) ni, en definitiva, preparará su defensa por aquel hecho por el que fue detenido pero no procesado y no la prepara precisamente durante el trámite procesal destinado a ello, la instrucción del sumario, y sin embargo podrá verse acusado de esos hechos no incluidos en el procesamiento si la acusación lo estima pertinente.

Con todo lo expuesto no tratamos sino de abogar por el criterio de que el auto de procesamiento debe dársele la eficacia y la importancia que el propio legislador preveyó en los arts. antes citados de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin olvidar tampoco la evidente trascendencia social que el auto de procesamiento tiene ante la opinión pública; entendemos que dicho auto no puede quedar relegado a separar las partes acusadoras de las acusadas, claramente diferenciados en el noventa y nueve por cien de las ocasiones, ni a ordenar la adopción de medidas cautelares, para lo que ya existen las correspondientes piezas separadas (de situación personal y de responsabilidad civil) y que son dictadas a través de auto, y por tanto fundadamente y recurribles, ni puede el auto de procesamiento quedar reducido a una mera inculpación genérica sin una mínima especificación de los hechos que indiciariamente se imputan a la persona en cuestión.

Todo ello tampoco significa en modo alguno dejar al arbitrio del Juez Instructor los hechos que pueden ser enjuiciados, convirtiendo el auto de procesamiento en una criba infranqueable cara a dirigir la acusación; quien ostente la condición de parte acusadora tiene los recursos de reforma y subsidiaria apelación para lograr que se extienda el auto de procesamiento a aquellos otros hechos sobre los que crea que también existen indicios racionales de criminalidad, así como la posibilidad de que concluido el sumario pueda pedir del Tribunal la revocación del auto de conclusión del sumario y la extensión del procesamiento en la forma antes señalada. Con ello no se limita en modo alguno las facultades de la acusación, respetando sin embargo todas las posibilidades de defensa y todos los medios con los que desde un principio pueda contraargumentar quien aparezca como acusado.

En toda esta materia no se puede olvidar que estamos ante una faceta del Derecho, el penal, con evidentes caracteres represivos y que las privaciones de derechos a ciudadanos sólo es válida, ya lo dijimos, en tanto en cuanto haya una plena legalidad y legitimidad para ello. Por eso, mantener que los hechos descritos en el auto de procesamiento deben vincular a la acusación, y por ende al enjuiciamiento posterior, que tiene a su vez remedios legales ya expuestos para su ampliación, en nada obstaculiza la función acusadora y garantiza, en cambio, una plena eficacia de la

posible defensa de los acusados desde el primer momento en que formalmente tienen tal carácter de acusados, es decir, desde el momento en que son, precisamente, procesados.

3. SU EXCEPCION: LA TESIS DEL ARTICULO 733 DE LA L.E. CRIMINAL

Si a lo largo de lo visto hasta ahora hemos expuesto la vigencia entre nuestros principios penales del principio acusatorio, el mismo tiene su excepción en el art. 733 de la L.E. Criminal en cuyos párrafos 1º y 2º se afirma: "Si juzgando por el resultado de las pruebas entendiere el Tribunal que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error, podrá el Presidente emplear la siguiente fórmula: "Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y los defensores del procesado (o los defensores de las partes cuando fuesen varias) le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de... o si existe la circunstancia eximente de responsabilidad a que se refiere el número... del artículo.... del Código Penal".

Esta facultad que la Ley otorga al Tribunal es la única posibilidad en nuestro derecho de que un procesado pueda ser condenado por un delito de mayor gravedad que aquél de que venía siendo objeto de acusación, y en tal sentido la propia Ley lo califica, en el párrafo 3º del artículo citado, como "facultad excepcional, de que el Tribunal usará con moderación..." y ello no sólo, y como razón fundamental, por el riesgo de indefensión que puede conllevar para el procesado, sino igualmente porque como afirma el Tribunal Constitucional en sentencia de 12-2-87, "debe preservarse el principio acusatorio para alcanzar la mejor independencia y equilibrio del Juez, sin que éste pueda anular o sustituir las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal", lo que liga con lo ya explicado al inicio en orden a la justificación del principio que aquí tratamos.

Una primera matización a esta facultad excepcional debe centrarse en que la misma solo puede referirse a la calificación jurídica, no a los hechos objeto de debate; efectivamente, el artículo 733 de la L.E. Criminal se refiere, por dos veces, "al hecho justiciable" calificado con manifiesto error, de lo que debe derivarse que la llamada "tesis" debe respetar absolutamente los hechos que al Tribunal le son presentados, única posibilidad de que no se produzca la indefensión del procesado al conocer "hechos nuevos" tras la celebración, stricto sensu, del juicio. Numerosos son los autores que se manifiestan en este sentido y así Jiménez Asenjo (Derecho procesal Penal, volúmen 2, págs. 211 y ss.) afirma como las fa-

cultades del 733 “solo pueden utilizarse sobre la conclusión segunda” y como “los posibles errores de las partes en la valoración material de las pruebas vinculan al Tribunal”; Miguel Fenech (Derecho Procesal Penal, tomo 3º, págs. 101 y ss.) señala que esta facultad se refiere exclusivamente “a modificar el fundamento jurídico de la pretensión punitiva”; y en la misma línea de pensamiento Aguilera (Comentarios a la L.E. Criminal, págs. 505 y ss.) al hablar del momento en que la tesis debe ser planteada asegura que debe ser “aquél en que ha de quedar fijada la *litis*”, es decir cuando “resultan ya definitivamente determinadas las cuestiones que han de ser objeto del fallo”. No cabe pues que el Tribunal, a través de esta facultad excepcional, añada nuevos hechos o los modifique sustancialmente con necesaria incidencia posterior en la calificación jurídica, sino que los hechos y su determinación les vienen dados por la actividad probatoria desarrollada por las partes, sin que quepa suplir por los Tribunales su deficiencia; la deducción de testimonio de aquellos hechos que no han sido en sentido estricto enjuiciados y la depuración de responsabilidades por omisión de la acusación que no ha sabido ejercerla con eficacia son las únicas posibilidades que le son permitidas al Tribunal.

Una segunda matización viene derivada igualmente de la propia redacción del artículo 733, que habla de cuando el Tribunal entendiere “que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error...” Estamos pues no solo ante un supuesto error de la calificación jurídica, sino que además ese error debe ser “manifiesto”. Con ello no cabe que los Tribunales puedan utilizar la citada facultad en aquellos supuestos en que, por ser dudosa la calificación jurídica, la acusación opte por una teoría distinta a la que a priori pudiera tener el Tribunal si ella (la teoría mantenida por la acusación) no es claramente errónea; así por ejemplo si es dudosa la intensidad de la violencia utilizada para arrebatar el bolso a una viandante y la acusación opta por entender que los hechos son un hurto y no un robo con violencia ó si es dudosa la valoración de la prueba practicada en orden a determinar si los hechos son un robo (prisión menor) ó una receptación (prisión menor y multa, delito por tanto más grave) y la acusación se inclina por hacerlo por robo. En todos estos supuestos estamos ante una opción de la acusación plenamente válida; no hay, por tanto, manifiesto error en la calificación, lo que permitiría la “tesis”, sino interpretación de las normas o de las pruebas practicadas que limita y vincula al Tribunal aunque este hubiera preferido optar por otra vía interpretativa. En definitiva, sólo cuando hay un error manifiesto en la calificación jurídica podrán los Tribunales utilizar la “tesis”, no cuando lo que haya sea un distinta interpretación de las normas o de los hechos entre la acusación y el Tribunal; la interpretación de aquella vincula a

éste, so pena en caso contrario de anular ó sustituir invadiendo las funciones del Ministerio Fiscal ó de la acusación particular como señala la sentencia del Tribunal Constitucional antes reseñada.

Esta interpretación del artículo 733 no hace sino ser conforme a esa cualidad de esta facultad que además de ser excepcional, ya indicamos que así la califica la propia Ley, es claramente contraria a los intereses del reo, por tanto si es usada por los Jueces lo es en tanto el procesado puede ser condenado a delito más grave que aquél por lo que era acusado. Dos condiciones pués, excepcionalidad y perjuicio del reo, claramente conectadas entre sí, que conllevan casi necesariamente a esa rigidez interpretativa de la norma. Y así lo ha entendido el propio Tribunal Supremo cuando en sentencias de 4-11-86 y 21-4-87 ha entendido derogado por inconstitucional el párrafo 3º del artículo 733 (referido a que los Tribunales podrán apreciar, sin necesidad de acudir a la "tesis", circunstancias agravantes aunque la acusación no las haya apreciado) por entender que "dicho párrafo debe entenderse como no vigente toda vez que la libre apreciación por el Tribunal de circunstancias agravantes no invocas una contradicción con el artículo 24.1 de la Constitución, al propiciar situaciones de indefensión... El Tribunal no puede introducir elementos de cargo nuevos".

Queda claro, una vez más, la plena vigencia y efectividad del principio acusatorio; éste queda formulado ó incorporado en el escrito de acusación (salvedad hecha de la teoría relativa al auto de procesamiento antes expuesta) y los hechos allí formulados por el órgano acusador vinculan plenamente al Tribunal; su facultad de proponer la "tesis" alcanza solo a la calificación jurídica realizada con manifiesto error, no a los hechos ni a criterios interpretativos, y en cualquier caso dicha facultad debe ser usada con moderación y con criterios restringidos derivados de su excepcionalidad y su configuración contra los intereses del reo.

Sin embargo la teoría aplicada a la práctica puede generar no pocos problemas y dudas; quizás uno de los ejemplos más típicos sea el que plantea los delitos de robo y receptación: Producido en la mañana del día 10 un robo de una cadena por el procedimiento del tirón, en la tarde del mismo día una persona vende la cadena robada en un establecimiento de compra-venta; en base a ello el Fiscal acusa como autor de un delito de robo con violencia al vendedor de la cadena y aporta como prueba el hecho mismo de la venta y la conexión temporal entre el hecho del robo y el hecho de la venta del objeto robado. El Tribunal, por contra, terminada la fase probatoria del juicio, entiende que no hay prueba suficiente para condenar al procesado como autor del robo, pero que sí la hay para condenarle por un delito de receptación, sin poder hacerlo al ser un delito más grave (prisión menor para el robo con violencia, prisión menor y

multa para la receptación). ¿Se puede en este caso plantear la "tesis"?

A nuestro juicio no. De un lado estamos ante la valoración de la prueba practicada que, como ya expusimos, vincula al Tribunal; de otro lado no hay "manifiesto error" en la calificación jurídica, pues la acusación relata unos hechos que se corresponden con la tipificación delictiva; y, finalmente, se produciría una indefensión del procesado al que se le acusa de un hecho, robar, y se le puede condenar por otro hecho, vender un objeto robado, hechos pues conexos pero no iguales, rompiendo así la identidad objetiva que configura el principio acusatorio tal y como señalan las sentencias ya citadas del Tribunal Constitucional de 29-10-86 y 10-12-86. Porque si la razón del principio acusatorio es conocer la acusación para poder oponer una defensa eficaz, y si al procesado se le acusa de dar un "tiron" en una determinada fecha y en un determinado lugar, defensa eficaz será buscar y presentar testigos que acrediten que ese día y a esa hora el acusado estaba en lugar distinto a aquél en donde se produjo el hecho. Y si a través de la "tesis", formulada por el Tribunal una vez elevadas a definitivas las calificaciones provisionales de las partes y, por consiguiente, sin que se pueda ya proponer ni practicar prueba alguna, se cambian los hechos y por ende la calificación jurídica, el procesado se encontrará con que ahora de lo que tiene que defenderse es de no haber vendido un objeto robado ó de no saber la procedencia de dicho objeto, y tendrá que hacerlo, precisamente, en un momento procesal en el que ya no cabe practicar prueba.

Entendemos que en estricta legalidad habrá que absolver por falta de pruebas si así lo entiende el Tribunal, del delito de robo de que en concreto el procesado venía acusado sin perjuicio de la posible deducción de testimonio por el delito de receptación, sin que este supuesto pudiera hablarse de cosa juzgada por faltar esa identidad de hecho, la identidad objetiva a la que antes nos hemos referido.

Otro tema conflictivo es aquel en que la acusación lo hace por un solo hecho y un solo delito y el Tribunal entiende que hay más hechos constitutivos igualmente de delitos; así, acusado el procesado de un delito de imprudencia con vehículo de motor y resultado muerte, el Tribunal entiende que pueda existir, además, un delito de omisión del deber de socorro. Entendemos que tampoco aquí cabe la aplicación de la "tesis", toda vez que estamos ante un hecho nuevo, entendiendo por nuevo en el sentido de que el procesado no ha sido informado de esa acusación hasta el último momento, y por tanto no puede oponer a ello ningún tipo de prueba que constituya una defensa mínimamente eficaz. De nuevo la deducción de testimonio de esa "hecho nuevo" aparece como la única solución eficaz.

Otro punto debatible en esta materia es el del momento procesal en

que la "tesis" es planteada, una vez elevadas a definitivas las calificaciones provisionales de las partes, punto al que ya antes hicimos referencia. Dice el párrafo último del artículo 733 que "si el Fiscal ó cualquiera de los defensores de las partes indicaran que no están suficientemente preparados para discutir la cuestión propuesta por el Presidente, se suspenderá la decisión hasta el siguiente día", de esta forma el plazo de un día que se otorga a las partes si ellas lo piden es tan solo para preparar su informe, no para realizar ningún tipo de prueba puesto que el periodo probatorio ya ha sido concluído. Sin embargo, ello no puede considerarse como indefensión, pues si la "tesis" no puede abarcar ni afectar a los hechos y si el principio acusatorio consiste en que el acusado sea informado de los hechos en que se basa la acusación, esos hechos siguen ahí inmutables, la "tesis" solo se refiere al derecho, a la norma aplicable, y por tanto la defensa ha podido oponerse eficazmente a esos hechos independientemente de su calificación jurídica que es materia del informe final. De otro lado la tesis solo puede plantearse precisamente en ese momento procesal y únicamente en ese momento, pues es entonces cuando se han practicado ya todas las pruebas que configuran el hecho finalmente enjuiciable.

En resumen de lo dicho, ante el artículo 733 de la L.E. Criminal pueden plantearse cuatro cuestiones:

A) El Tribunal entiende que los hechos son distintos a los que propone la acusación y que su configuración penal constituye un delito más grave (supuesto de robo y receptación antes señalado): Entendemos que el Tribunal debe absolver de los hechos que han sido estricto sensu objeto del juicio y, en su caso, ordenar deducir testimonio de los "otros" hechos.

B) El Tribunal entiende que además de los hechos que propone la acusación, hay otros hechos igualmente constitutivos de delito (supuesto de la imprudencia y la omisión del deber de socorro): El Tribunal podrá condenar por los hechos que se han enjuiciado y deducir testimonio de los otros hechos que en sí no han sido objeto de juicio por falta de acusación prima facie sobre ellos.

C) Fijados los hechos y aceptados por el Tribunal, éste configura una interpretación jurídica de los mismos distinta a la que ofrece la acusación (robo con violencia o falta de hurto): No cabe plantear la tesis por quedar vinculado el Tribunal a lo que es una interpretación, no un error.

D) Fijados los hechos y aceptados por el Tribunal, la acusación incurre en un manifiesto error en su calificación jurídica (se dice que entró por una ventana y se llevó un video y se califica de hurto): Unico supuesto en el que cabe la aplicación del artículo 733.

Cierto que todo ello puede suponer, y de hecho supone, una limita-

ción a Jueces y Tribunales que a veces puede parecer excesiva; piénsese en aquel supuesto en que la acusación califica de falta de lesiones y el Tribunal piensa que es homicidio frustrado (herida por navaja en el estómago que cura a los 10 días tras operación quirúrgica); los hechos están aceptados y lo que varía es la interpretación jurídica de los mismos o la valoración de la intención del atacante (*ánimus necanni* o *laendendi*) que es en definitiva una valoración de la prueba y, por ende, vinculado el Tribunal a la tesis de la acusación. Pero aunque ello pueda parecer un exceso, ya quedan expuestas todas las razones en favor de esa limitación al Poder Judicial; si a los jueces les corresponde la doble tarea de instruir y decidir (a veces unidas en una simbiosis no demasiado acertada), es la acusación el único tamiz a su potestad, esa es su función y su responsabilidad y, de alguna forma, su razón de ser.

No se pueden terminar estas líneas sin hacer una alusión a la modificación de conclusiones en la labor de la acusación. Efectivamente, terminada toda la fase probatoria, a las partes se les ofrece la posibilidad de modificar las conclusiones provisionales para elevarlas a definitivas, y es en ese momento cuando la acusación puede variar también los hechos. El ejemplo de robo-receptación antes expuesto es plenamente válido para los que ahora tratamos y buena parte de lo dicho hasta ahora al hablar de la "tesis" es plenamente aplicable a la modificación de conclusiones cuando de variar los hechos se trata, pues también aquí el procesado ve como en el último momento y cuando ya no cabe practicar ninguna prueba, le son cambiados los hechos de la acusación.

Si de un lado es cierto que sólo tras el plenario, con la práctica real de la prueba, se pueden determinar los hechos, no es menos cierto que quien se defiende lo hace en orden a unos hechos que no por provisionales dejan de ser la base fáctica sobre la que defenderse. Este conflicto de intereses, la acusación fija definitivamente los hechos concluso el periodo probatorio (no podrá hacerlo antes), la defensa tiene que saber de qué exactamente tiene que defenderse y no puede basar su defensa en las múltiples suposiciones de lo que la acusación puede pensar una vez practicada la prueba, tiene difícil solución con nuestra actual legislación; quizás de lege ferenda una solución sería que cuando la acusación modifique sus conclusiones en el sentido de variar sustancialmente los hechos, se otorgase a instancia de parte un mínimo plazo de ampliación del periodo probatorio para que la defensa, a la vista del cambio de hechos, pudiese planear una nueva estrategia que le permitiera una defensa eficaz.

A lo largo de todo lo escrito quizá una frase haya sido la más repetida: "Defensa Eficaz". Y la repetición ha sido consciente. Al principio dijimos lo que ahora nos sirve para concluir: Cuando en un Estado de Derecho un ciudadano se ve privado de derechos tan fundamentales como el

de la libertad, debe serlo con todo tipo de garantías que impidan una condena arbitraria y que eviten convertir el legítimo derecho punitivo del Estado en una venganza o en un acto represivo del más poderoso por el mero hecho de serlo. Sólo quien ha podido tener una defensa eficaz puede ser legítimamente condenado, y en ello juega y debe jugar un papel destacado el principio acusatorio.

LA INFLUENCIA DE LUIS JIMENEZ DE ASUA EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PENAL

SEBASTIAN URBINA

La Institución Libre de Enseñanza, que constituyó el medio de expresión y actuación de la burguesía liberal en el terreno de la enseñanza y de la cultura en general, prolongó sus beneficiosos efectos hasta las primeras décadas del siglo veinte.

Fué discípulo de esta Institución, el sociólogo y criminólogo Constantino Barnaldo de Quirós, quien apoyó decisivamente para que la Junta de Ampliación de Estudios, en 1913, eligiera a Jiménez de Asúa para otorgarle una pensión de estudio en el extranjero, concretamente en Francia, Alemania, Suiza y Suecia. Con tal motivo y terminada ya su tesis doctoral sobre "La sentencia indeterminada", pasa una breve estancia en París con el profesor Garçon, luego en Suiza donde trabaja con los profesores Gautier y Stoos, estudiando el proyecto de Código penal de la Confederación Helvética, que dará lugar a la publicación de un libro con el título "La unificación del Derecho penal en Suiza". También tiene ocasión de trabajar en Berlín en los seminarios del profesor Franz von Litzst, terminando su viaje de estudios en Suecia en 1915, en la Universidad de Lund donde el profesor Thyren estaba elaborando el proyecto de Código penal sueco.

En este mismo año, y ya de vuelta a España, inicia su actividad docente en la cátedra de Derecho penal de Madrid, logrando dicha cátedra por oposición en 1918.

El viaje de estudios que realiza Jiménez de Asúa le permite conocer no sólo a destacados profesores de Derecho penal sino también los sistemas utilizados en las diversas Universidades que visitó.

La enseñanza del Derecho penal que Jiménez de Asúa puso en práctica a su llegada a España no puede desconectarse de su visión o concepción de la Universidad. De ahí que para comprender sus concepciones pedagógicas, sea necesario exponer la función de la Universidad desde la óptica de Jiménez de Asúa. Las funciones fundamentales de la Universidad serían las siguientes: profesional, cultural, investigadora y formadora de los grupos directores.

En cuanto al aspecto profesional, sigue el criterio orteguiano de rechazar a los "técnicos bárbaros". Si bien la Universidad debe formar profesionales competentes, no puede hacer dejación de la responsabilidad de formar ciudadanos, y para Jiménez de Asúa un ciudadano universitario por lo menos, debe saber opinar de música, de pintura, literatura, arquitectura, política etc., añadiendo a su conocimientos específicos los conocimientos generales que le convertirán en verdadero profesional y ciudadano (visión global del conocimiento que recuerda los postulados educativos de Augusto Comte, como revolución espiritual previa a toda revolución política).

Junto a estas funciones profesional y cultural, la de carácter investigador, si bien se considera imprescindible, el objeto de una matización, en el sentido de que tal labor no debe ser realizada en el trabajo normal y cotidiano de las aulas universitarias sino en Institutos especiales, aunque estén situados en la propia Universidad. El motivo de tal diferenciación es que Jiménez de Asúa no considera que tan excepcional quehacer, como así lo denomina, pueda realizarse habitualmente por cualquier estudiante. Combatiendo lo que considera un error, el que todo estudiante que pase por un seminario tenga que hacer investigación, dice Jiménez de Asúa: "Hay que investigar en la Universidad. Pero con quienes tengan vocación de investigadores y conocimientos bastantes para la tarea. Cuando se encuentre un joven con vocación de sabio hay que guiarle, procurarle cuantos medios necesite y ponerle en camino de perfeccionarse en su altísima y noble faena. Pero no falsificarla y decir que está investigando un muchacho de primero o segundo curso de carrera, porque copie doce párrafos de tres libros escritos en castellano y alcance de todos..." (1).

(1) Luis Jiménez de Asúa, "El Criminalista", 2ª serie, Tomo III, Zavallía editor, Buenos Aires, 1960, pág. 178.

Prosigue Jiménez de Asúa con la última de las funciones de la Universidad, la formadora de grupos dirigentes, refiriéndose con ello no sólo a los gobernantes sino a los hombres de mayor cultura, que podrán señalar nuevos caminos y nuevas formas de vida. Dice en este sentido: "La Universidad es la máxima aristocracia; lo que requiere vocación intelectual de profesores y estudiantes; no puede venir cualquiera a la Universidad; mejor dicho, sí puede venir cualquiera, no importa su situación económica; lo que sí interesa es que tenga una vocación extraordinaria, decisiva, por la intelectualidad; eso es lo que son las Universidades. El hablar de una Universidad popular es una *contradictio in terminis*; al contrario, la Universidad es la máxima élite que un país debe tener para formar su élite, la élite que debe dirigirlo". (2)

Por eso es partidario de la confusión entre los que llama seminarios científicos, a los que se dedicarían los alumnos con especial vocación y capacidad, y los seminarios profesionales, para aquellos alumnos que pretenden dedicarse al ejercicio de la profesión que hayan elegido.

El sistema del llamado seminario profesional se basaba en las clases prácticas y representaba uno de los pilares del método pedagógico de Jiménez de Asúa. Consistía fundamentalmente en lo siguiente: el Trabajo práctico que realizaba en la Cátedra de Derecho Penal de Madrid, por medio de los casos penales, se debatía entre sus ocho ayudantes, el profesor auxiliar y el propio Asúa, antes de ser presentado a los estudiantes. Diez días después se volvían a reunir en el domicilio de Jiménez de Asúa para que todos los profesores expusieran su punto de vista sobre el caso. Después de un largo debate se llegaba a un acuerdo (no menciona la posibilidad de desacuerdo) sobre la solución que debía darse y sobre los razonamientos que conducían a tal solución. Al día siguiente, los profesores se reunían con los alumnos y escuchaban la solución que éstos habían dado al caso. Los alumnos estaban divididos en diez secciones, es decir, tantas como profesores. Los alumnos tenían que presentar sus soluciones por escrito, leyéndose una de ellas para iniciar el debate. Posteriormente, el profesor de la correspondiente sección calificaba los trabajos, aclarándose también las posibles dudas. (3).

¿Qué aporta Jiménez de Asúa desde 1916 en que ocupa la cátedra de Derecho penal?

(2) L.J. de A, "El Criminalista", 2ª serie, tomo IV, Zavallía editor, B. Aires, 1960, pág. 144.

(3) L.J. de A, "El Criminalista", 1ª serie, tomo V, editorial La Ley, B. Aires, 1945, págs. 100 a 103.

En primer lugar, la disminución de la importancia de la clase magistral dentro del contexto global de la labor docente. Y esta disminución de su importancia se realizó por medio de clases más sencillas y elementales, lo que se debía a su convicción de que la verdadera labor docente se materializaba a través de un contacto más íntimo con el alumnado y con una mayor atención al trabajo de dogmática jurídica, en directa colaboración con los alumnos. Así pues, la exposición doctrinaria, a través de la clase magistral, que Jiménez de Asúa consideraba excesiva, tanto por la importancia que se le concedía como por el nivel demasiado elevado, fué atenuado por el seminario profesional con la finalidad primordial de formar profesionales competentes. Dice Jiménez de Asúa en este sentido: "La sociedad ha confiado a las Universidades la formación de sus médicos, abogados, etc., en garantía de que la estilográfica con que escriben la receta no sea una ametralladora, ni el escrito del letrado, una ganzúa contra el pobre litigante...". (4)

Por lo tanto, el primer aspecto docente comprende tanto la clase magistral, a la que no podía renunciar, según sus propias palabras, por el excesivo número de alumnos, y el seminario profesional consistente en las clases prácticas mencionadas.

Desde esta perspectiva, su gran preocupación era la superación de la dicotomía entre teoría y práctica, a fin de que los alumnos pudieran aplicar la doctrina que estudiaban a los supuestos de hecho que el profesorado presentaba, como remedio de la actividad profesional que en su día tendrían que realizar.

En segundo lugar, igual empeño puso Jiménez de Asúa en la desvalorización del tradicional examen, ya que no pudo eliminarlo del todo, igualmente, según decía, por el elevado número de alumnos. Sin embargo, la existencia de diez profesores en su cátedra de Derecho penal, incluido el mismo, permitían un seguimiento aceptable de los alumnos a través de los casos prácticos que se han mencionado, superando, por lo menos parcialmente, el carácter memorista del tradicional examen por el más reflexivo de los casos prácticos penales.

Junto a este primer aspecto que podemos llamar profesional, está el otro aspecto, el investigador. Opina así Jiménez de Asúa: "... esta labor de ciencia y de investigación no puede hacerse en las aulas ordinarias de la Facultad de Derecho. La faena de cultura jurídica, que puede competir a los seminarios, se cumple mejor, cuando hay Institutos de Altos es-

(4) L.J. de A, "El Criminalista", 2ª serie, tomo III, cit., págs.31 y 32.

tudios... Junto a mí, en las aulas, en el seminario, en la Biblioteca, en mi propia casa y hasta en el paseo ya que sólo se forman discípulos en el íntimo contacto con el maestro-, se han iniciado primero, cuajado después y perfilado al fin, todos los profesores, sin una sola excepción, que desde 1923 han ido ocupando las cátedras universitarias de Derecho penal en España". (5)

Jiménez de Asúa establece una primera distinción entre el alumno, que estaría situado dentro de las coordenadas del seminario profesional, y el discípulo, que tiene un tratamiento distinto, tanto a nivel personal como a nivel científico. No es ocioso mencionar a algunos de los discípulos que realizaron trabajos de investigación dirigidos por Jiménez de Asúa: Joaquín Garrigues y Díaz Cañabate, José Antón Oneca, José Arturo Rodríguez Muñoz, Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Isaias Sánchez Tejerina, Emilio González López y tantos otros.

Desde su seminario de Derecho penal y desde el Instituto de Estudios Penales de Madrid, desgraciadamente de corta vida, llevaba a cabo una labor científica de alto nivel. El referido Instituto, que contaba con profesores de tanta nombradía como Constancio Bernaldo de Quirós, José Sanchís Banús, Mariano Ruiz Funes, José Antón Oneca y el propio Jiménez de Asúa, entre otros, representaba de alguna manera la continuación de la importante labor que a principios de siglo iniciara el ilustre criminólogo Rafael Salillas. Se impartían materias como Criminología, Psiquiatría, Psicopatología, Biología criminal, Pedagogía correccional, Métodos de identificación judicial, etc. Precisamente fue Jiménez de Asúa quien introdujo en su cátedra nociones criminológicas. No por casualidad perduró en su vida una utopía criminológica, es decir, la esperanza de que algún día el Derecho penal sería absorbido por la Criminología. No obstante, se dió perfecta cuenta de que, hasta la llegada de la sociedad sin contradicciones a la que aspiraba, la dogmática jurídica constituía el baluarte más eficaz frente a la prepotencia del Estado y como defensa de las grantías ciudadanas.

Si es cierto que la aportación de Jiménez de Asúa, como de cualquier otro investigador, debe entenderse y afrontarse desde la sociedad que le tocó vivir, no podremos desconocer que, junto al planteamiento parcialmente elitista de un militante socialista al que se le podrá reprochar, por ejemplo, no haber planteado el problema de la división entre trabajo manual y trabajo intelectual, está el hecho de que Jiménez de Asúa aportó una modernización en la enseñanza del Derecho penal, elevando el ni-

(5) L.J. de A, "El Criminalista", 1ª serie, tomo V, cit., págs. 90 y 92.

vel científico, no solamente en cuanto a la formación de futuros profesionales que, no lo olvidemos, debían completar sus conocimientos profesionales para no convertirse en “técnicos bárbaros”, sino también por medio de su labor profesoral en el Instituto de Estudios penales y su dirección de vocaciones científicas. La incorporación a España de las experiencias acumuladas en su viaje de estudios por las Universidades de Suiza, Alemania o Suecia, permitió que un hombre de su capacidad y vocación universitarias acortara el tremendo distanciamiento entre teoría y práctica y, prestigiando y elevando el nivel de la dogmática jurídica, consiguiera resultados docentes, y no sólo docentes, que no son suales ni siquiera en la Universidad de nuestros días.

JAVIER BOIX REIG y JUAN BUSTOS RAMIREZ: *Delitos contra la Hacienda Pública*, Tecnos, Madrid, 1987.

Esta interesante obra de los profesores Javier Boix Reig y Juan Bustos Ramírez, catedráticos respectivamente de las Universidades de Alicante y Autónoma de Barcelona, se divide en dos apartados que abordan desde perspectivas convergentes los delitos que dan título al volumen. El profesor Bustos dedica la primera parte del libro al estudio del problema del bien jurídico y su relación con los tipos legales, entrando el Profesor Boix en lo que por la doctrina se ha dado en llamar dogmática jurídico-penal, útil instrumento para un mejor conocimiento del contenido y alcance de estos delitos.

Siguiendo la sistemática de la obra, que se contempla con abundante bibliografía, intentaremos trazar las líneas generales de cada una de sus partes entrando sucintamente en alguna de las muchas cuestiones que a lo largo de la misma despiertan gran interés.

Comenzando con el contenido de la primera parte del libro titulada "Bien jurídico y tipificación en la reforma de los delitos contra la Hacienda Pública", el profesor Bustos indica que el problema del bien jurídico en estos delitos se plantea en un primer lugar a la hora de inclinarse en su determinación hacia un criterio microsocioal o macrosocioal. La propia naturaleza de delito socioeconómico hace que se eviten posturas meramente individualistas, para trascender a otras de carácter social como determinantes del bien jurídico. El autor dentro de los distintos criterios que sobre esta cuestión se ha barajado tanto por la doctrina como por las distintas legislaciones, destaca los siguientes; la fe pública, el deber de lealtad, el patrimonio, la Hacienda Pública o Erario Público y, por último, la función del tributo.

El primero de ellos fue el recogido en el "Delito Fiscal" del artículo 319 del Código Penal, precepto derogado a raíz de la Reforma operada por la Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril, que introduce en dicho texto legal los delitos contra la Hacienda Pública. El anterior delito se incluía con el artículo único en el capí-

tulo VI del Título III que la Parte Especial del Código dedica a las falsedades, con la incongruencia de que no se hallaba el problema de este delito en una cuestión de veracidad o no jurídica de los hechos, si no en el ánimo defraudatorio del sujeto activo, no constituyendo la falsificación de por sí el injusto siendo sólo un medio para la comisión de un delito análogo a los delitos contra el Patrimonio, eso sí, con la particularidad de ser el sujeto pasivo la Hacienda estatal o local. Consecuencia de esta visión del bien jurídico era que únicamente cabía por la estructura típica de la falsificación la comisión dolosa, aunque se pudiera aceptar junto a la acción la comisión por omisión. El hecho de que el peso del delito recayera en su aspecto patrimonial y no en el formal de la falsedad, aparecía nitidamente cuando el 319 establecía la presunción del ánimo de defraudar en el caso de falsedades contables.

En segundo lugar, al deber de lealtad como determinante del bien jurídico ya se refirió Groizard, y así lo recoge el profesor Bustos, cuando afirmó que el delito fiscal lo es de desobediencia. Su comisión produce un quebrantamiento del deber de fidelidad para con el Estado que se trasladaría, conforme a los postulados de la Escuela de Kiel, al centro de la teoría del delito sin recurrir al expediente del bien jurídico. Consecuencia de esta teoría es que la tipificación no tendría límite alguno y dependería de la concepción político-criminal del legislador respecto de dicho "deber", cabiendo por lo tanto la posibilidad de formas dolosas y culposas, de acción y de omisión.

El Patrimonio, correspondiendo a un planteamiento individualista y privatista, es la tercera posición para determinar el bien jurídico. Su protección será siempre adjetivada por concurrir engaño y ánimo de defraudar o de lucro, limitando en exceso los perfiles del injusto, quedando excluida la apreciación de formas omisas y la comisión culposa.

Por otra parte el autor señala que para una protección del bien jurídico así concebido sería suficiente con acudir a los delitos defraudatorios ya existentes.

A continuación y siguiendo dentro de esta problemática, se plantea la obra a la Hacienda Pública o Erario Público como bien jurídico objeto de protección penal en el delito fiscal, lo que supondría la tipificación de un delito pluriofensivo que tendría como objeto por un lado el patrimonio público destinatario de los tributos y, de forma mediata, determinados valores políticos que el Estado fija como metas a satisfacer con los recursos fiscales. Ello supone una postura ecléctica que en parte es correlativa con la concepción patrimonialista y que arrastraría los problemas de tipificar los hechos como defraudatorios, y que en parte se alienan con la idea de protección de bienes jurídicos de carácter económico.

Finalmente, el profesor de Barcelona señala como último criterio lo que denomina "la función del tributo", por la necesaria protección de todo el proceso de recaudación y de distribución o de redistribución de ingresos. Se soslayan así las perspectivas al conjunto de los ciudadanos destinatarios del gasto público. Hay que aclarar que la circunstancia de que este bien jurídico supraindividual se

corresponda on los fines que el Estado fije a los tributos, no significa que el problema se transforme en una cuestión de lealtad respecto de aquél, pues lo determinante es que no se trata de un deber de lealtad ilimitado sino de un deber personal circunscrito al contenido del bien jurídico. Desde este punto de vista cabrían las formas de comisión tanto dolosa como culposa.

Una vez que por el autor se ha llevado a cabo la exhaustiva y rica exposición del problema del bien jurídico, en el que se inclina por la última de las tesis, se enfrenta al análisis de la reforma desde la misma perspectiva. Señala en primer lugar el significativo traslado del "Delito Fiscal" desde el Título III relativo a las falsedades a un Título autónomo, el VI, con el epígrafe "Delitos contra la Hacienda Pública", reflejándose desde un principio un abandono de la fe pública como fundamento del delito y de la necesidad de recurrir a las formas comisivas previstas para las falsificaciones. El bien jurídico pasa a ser la "Hacienda Pública" con su doble carácter; el individualista, como protección del patrimonio del Erario Público, y el supraindividual ya indicado.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/1985, sigue en el orden sistemático del trabajo como ilustrativa de la finalidad político-criminal de la reforma al intensificar la prevención general en este tipo de delitos. Merece no obstante las críticas del autor el que para ello se acuda a una mayor criminalización de ilícitos administrativos como claramente ocurre con el artículo 350 bis, sin que a su juicio existan datos empíricos suficientes para sustentar que esta vía provoque una mayor coacción psicológica en los destinatarios de la norma. La barrera de la punibilidad se adelanta pues, al sancionar "actitudes" defraudatorias que se presumen en el incumplimiento de obligaciones formales de índole fiscal nacidas de la colaboración de los sujetos pasivos tributarios con la Hacienda Pública. La comentada Exposición de Motivos se refiere asimismo a la supresión que la Disposición Derogatoria hace de la barrera prejudicial establecida en el artículo 37 de la Ley 50, 1987, de 14 de Noviembre, que exigía el agotamiento de la vía administrativa previo al ejercicio de la acción penal, correspondiéndose esta reforma con la operada en la Ley General Tributaria (en adelante L. G. T.) por la Ley 10/1985, del 26 de Abril, que entre otros preceptos dió nueva redacción, al artículo 77 nº 6, estableciendo que cuando las infracciones tributarias pudieran ser constitutivas de delito, la Administración se abstendrá de continuar el procedimiento sancionador y pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente.

Estas anteriores precisiones relativas al Título VI y a la Exposición de motivos de la Ley de Reforma, sirven al autor de introducción al estudio desde la perspectiva del bien jurídico de los tres tipos legales que componen esta última. Empecemos pues con el primero de los artículos, el 349, del que el autor rechaza el prurito patrimonialista que permanece reflejado al exigirse el requisito de la defraudación, con el componente de engaño y ánimo de lucro que conlleva, impidiendo consecuentemente apreciar la imprudencia sin que se justifique razón política-criminal para ello.

Por su parte en el tipo legal del 350 se abandona el criterio partimonialista al

no requerirse un comportamiento defraudatorio, estando afectada como bien jurídico la función distributiva que de sus ingresos hace el Estado a través de las subvenciones y desgravaciones.

El último artículo del Título es el 350 bis que en cuatro apartados recoge distintas figuras delictivas, de las que nos referimos en este comentario sólo a la primera de ellas por ser la que a nuestro juicio plantea comentario más interesante.

La letra a) del indicado artículo sanciona a aquellos sujetos pasivos que estando obligados por ley tributaria a llevar contabilidad mercantil o libros o registros fiscales, incumplieran absolutamente dicha obligación en régimen de estimación directa de bases tributarias. El profesor Bustos señala que caben aquí dos interpretaciones: La primera que apreciaría la existencia de un delito de peligro abstracto en el que se presumiría, mediante técnica contraria al Estado de Derecho, la lesión o puesta en peligro del proceso de recaudación de ingresos del Estado. La otra interpretación, conciliable con el principio de legalidad, entendería que lo que se castiga es un determinado acto preparatorio relacionado con la actividad propiamente delictiva del artículo 349, y como tal sólo admitiría la forma dolosa propia de todo plan delictivo, llegando el autor más allá negando incluso la posibilidad de participación en este delito, pues por el principio de accesoria aquélla solo puede darse respecto de actos ejecutivos y no preparatorios. En este punto a nuestro juicio el autor acertó al recurrir al expediente del acto preparatorio para explicar el adelanto de la punición, pero puede parecer incorrecto el no considerar que ese acto de naturaleza preparatoria pasa a ser, por su propia configuración típica, un acto ejecutivo de un determinado delito, en el que cabe por tanto una eventual participación en su comisión.

Termina esta primera parte de la obra abordando el profesor Bustos la relación entre ilícito penal tributario y criminal. Tras señalar la igualdad cualitativa entre ambos ilícitos, pone de manifiesto las contradicciones que observa en las regulaciones que de estos hacen sus respectivos cuerpos legales. En un primer término la posibilidad que recoge el artículo 77.1. de la LGT de sancionar la simple negligencia en las infracciones tributarias, siendo en cambio difícil de aceptar el delito culposo contra la Hacienda Pública. En segundo lugar, el artículo 77.3. de la citada Ley admite la posibilidad de que sean sujetos activos de las infracciones tributarias las personas jurídicas, pero hubiera sido más correcto, dada la inexistencia de una diferencia cualitativa con el ilícito criminal, el recurso a la institución del "actuar por otro" sin atribuir imputabilidad a la persona jurídica. No obstante tal vez se admitió el criterio adoptado en la Ley por la distinta naturaleza que la sanción tiene en uno y otro orden, al no haber en el tributario la imposición de aquella que suponga privación o restricción de libertad.

Para concluir el comentario de la primera parte de la obra, decir que el profesor Bustos reflexiona a cerca de la diferencia entre ambos ilícitos por la configuración de los tipos, tentándose en el ilícito penal administrativo a la sanción de actos preparatorios o de actos de peligro abstracto, lo que en derecho penal criminal no sería admisible por la exigencia de afección al bien jurídico, ya por su

puesta en peligro concreto o por lesión.

Pasemos ahora a la recensión de la parte de la obra correspondiente al profesor Boix Reig y que a nuestro juicio puede atenerse al siguiente esquema: principios informantes del régimen sancionador tributario y, desde esta perspectiva, regulaciones administrativa y penal anteriores y consecuentes a la reforma operada en 1985. En la introducción se delimita ya el fin de dicha reforma tanto del Código Penal como de la LGT, que a la sazón es el evitar, mediante un incremento y mejora de las técnicas represivas, el fraude fiscal. En este punto el autor reproduce el planteamiento de los tres bloques de temas que ya apuntó Cobo del Rosal: primero, las condiciones o requisitos, esencialmente de orden sociológico, para poder eliminar el fraude fiscal; segundo, la problemática de la infracción tributaria, desde la perspectiva de los derechos del contribuyente, y en tercer lugar la necesidad de incorporar al derecho sancionador tributario los principios que informan al derecho penal.

Enlazando con este último punto nos adentramos en el estudio de los principios informadores del régimen sancionador en materia administrativa, partiendo del postulado de que no aparece diferencia ontológica sino meramente cuantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, teniendo como corolario el que le son de aplicación al derecho sancionatorio tributario los mismos principios del derecho penal y que en sus líneas fundamentales perfila el artículo 25.1. de nuestra Constitución, a saber, los de legalidad, y retroactividad de la ley, tipicidad, culpabilidad y personalidad de la pena, mereciendo especial atención el de "non bis in idem" en el que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional convergen dos vertientes, material y procesal; la primera exige la no duplicidad o multiplicidad de sanciones por unos mismos hechos, sea cual fuere la autoridad, administrativa o judicial, que previamente la haya impuesto, conteniendo la segunda de aquéllas el principio de subordinación de la actuación administrativa a la judicial, lo que tiene como máximo esponente el respecto a la cosa juzgada incluso en el supuesto de remisión de las actuaciones del órgano judicial al administrativo, por apreciar la inexistencia de indicios de criminalidad, debiendo este último respetar los hechos que hubieran sido declarados probados en la primera de las instancias.

Entrando ya en la perspectiva positiva del tema genérico de la obra, aparece cronológicamente en primer lugar la regulación anterior a la reforma de 1985, recogida en el régimen sancionador tanto de la LGT de 28 de diciembre de 1963, como del Código Penal en su artículo 319, precepto introducido por la Ley de medidas urgentes de reforma fiscal de 1977. Este delito fiscal a juicio del profesor de Alicante tuvo un corto alcance así como inaplicación, debido principalmente en el orden penal a las siguientes razones: las que con carácter general se dan en los delitos denominados de "cuello blanco", la propia y técnicamente deficiente estructura del delito y, por último, las dificultades para su perseguibilidad, para la que exigía el artículo 37.1. de la citada Ley de medidas urgentes la instancia de la administración tributaria como única legitimada para promover el ejercicio de la acción penal.

El artículo 319 presentaba pues problemas de orden sistemático dada su incoordinación entre los delitos de falsedades, planteando discusiones respecto del bien jurídico protegido e incorporando presunciones relativas al "ánimo de defraudar", que fueron estimadas como elementos de contrariedad a la presunción de inocencia.

La regulación actual es fruto de las reformas llevadas a cabo por la Ley 10/1985, de 26 de abril, de modificación parcial de la LGT, y por la Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril, que introdujo en el Libro II del Código Penal el Título VI con la rúbrica "Delitos contra la Hacienda Pública".

La primera de estas leyes incorpora importantes novedades a la LGT entre las que cabe destacar; el nuevo concepto de infracción tributaria, que se acerca aunque sin identificarse con el de delito resultante tras la reforma del Código Penal de 1983; se restringe a la ley formal, en virtud del principio de legalidad, la tipificación de infracciones tributarias, rechazándose la posibilidad de que esta se produzca por los reglamentos de cada tributo; la formulación del principio "non bis in idem" en el artículo 67.6; mayor adecuación en el ámbito de las sanciones a las exigencias de su naturaleza penal, atribuyéndoles un carácter personal que proscribiera su transmisibilidad a los herederos y, por otro lado, eliminando la condonación automática de las sanciones aunque manteniéndose la graciable.

No comparte el autor el valor que el artículo 145.3. de la LGT da a las actas y diligencias extendidas por la Inspección de los Tributos cuando dispone que "hacen prueba de los hechos que motiven su formalización, salvo que se acredite lo contrario", entendiendo que es evidente que el valor jurídico de dichos documentos no es el de una prueba, sino el que le correspondería al propio atestado que, en su caso, hubiera dado lugar al inicio de diligencias penales.

Tras estas interesantes consideraciones acerca de la reforma en lo relativo al derecho sancionatorio tributario, inicia el profesor Boix el estudio de cada uno de los tipos introducidos por la Ley Orgánica 2/1985, que en un nuevo título del Código Penal, dando así una configuración autónoma y propia denominación con el fin, según la Exposición de Motivos, de hacer viable el mandato del número 1 del artículo 31 de la Constitución, engloba nuevos delitos impregnados de un componente más societario como delitos económicos, extrayendo consecuentemente estas figuras penales de los delitos de falsedades, pasando a plantearse la doctrina la discusión sobre la apreciación o no del concurso entre falsedad documentales y estos delitos.

La reforma comprende tres artículos ya citados, de los cuales comentaremos en breves líneas parte del riguroso estudio que de cada uno de ellos hace el autor.

El artículo 349, castiga el defraudar a la Hacienda estatal, autonómica o local eludiendo el pago de tributos o disfrutando indebidamente de beneficios fiscales, siempre que el resultado de dicha defraudación exceda de cinco millones de pesetas. Dentro de las novedades técnicas cabe señalar en un primer lugar la alusión

a la Hacienda autonómica junto con la estatal y local, cerrando así el círculo de posibles sujetos pasivos del delito. Merece también opinión favorable el que no se restrinja el objeto de elusión de pago a los "impuestos" y que ahora se hable de un concepto más amplio como es el de "tributos", sin que por ello sea ampliable a otros conceptos distintos de estos últimos y que en cambio constituyen la deuda tributaria, como son los distintos recargos, los intereses de demora y las sanciones pecuniarias. En buena doctrina desaparecen las denostadas "presunciones de ánimo de defraudar" del derogado artículo 319, acentuándose el elemento subjetivo del fraude, lo que en un principio excluiría la comisión imprudente de este delito. El mero incumplimiento de las obligaciones formales contenidas en el artículo 35 de la LGT no sería de por sí constitutivo de este delito aunque evidentemente de concurrir pueden resultar medios de comisión. En lo atinente a las penas, se prescinde de la responsabilidad penal escalonada en función de la cuantía del pago eludido o beneficio obtenido, para establecer una sola pena acumulativa de prisión y multa. Como novedad se añade un tercer párrafo conteniendo una sanción paralela a la del número dos del artículo 80 de la LGT, consistente en la pérdida de la obtención de subvenciones públicas o crédito oficial y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales durante un periodo de tres o seis años, desapareciendo la referencia a la responsabilidad de los que actúan en nombre de persona jurídica, debido a nuestro juicio a la introducción en este punto con carácter general del artículo 15 bis por Ley Orgánica 8/1983 de reforma del Código Penal.

Tipifica el artículo 350 dos conductas relacionadas con la malversación de caudales públicos, razón por la que la Exposición de Motivos en el comentario que hace de este artículo prevé que en casos determinados se deba acudir a los principios concursales. Las conductas punibles se definen en los dos primeros párrafos o desgravación pública falseando las condiciones requeridas para su confección u ocultando las que la hubiesen impedido, castigándose en el segundo párrafo al que en desarrollo de una actividad subvencionada con fondos públicos incumpliere las condiciones establecidas alterando sustancialmente los fines para los que aquélla fue concebida, planteándose el problema, inherente por otro lado a todo elemento del tipo indeterminado, de qué se debe entender por "sustancial". Ambas acciones tienen como límite mínimo cuantitativo los dos millones quinientas mil pesetas.

Finalmente nos referiremos al artículo 350 bis, disposición muy discutida por su configuración como delito fiscal, sobre todo en sus letras a) y b), al castigar el mero incumplimiento de obligaciones formales por aquellos sujetos pasivos tributarios obligados a llevar por ley tributaria contabilidad mercantil o libros o registros fiscales; su razón de ser, a tenor de las tantas veces citada exposición de motivos, es la trascendencia que la colaboración activa de los sujetos pasivos de los tributos tiene en nuestro sistema. El profesor Boix hace notar que en la medida en que se castiguen actitudes de no colaboración con la Hacienda Pública y no hechos que comporten un mínimo de lesividad para el interés objeto de protección, realizados culpablemente, se estará contraviniendo el artículo 25.1. de nuestra norma suprema, pues toda sanción ha de guardar proporción con el he-

cho culpablemente cometido y por contrariar el principio de lesividad en relación con el bien objeto de protección.

Concluimos aquí el comentario de la obra destacando la claridad en la exposición sin menoscabo por ello del rigor técnico propio de la disciplina jurídica, lo que hace de su lectura un útil instrumento para un profundo y completo conocimiento de la materia.

Gonzalo de Aranda y Antón

DIVERSOS AUTORS: Estudios sobre el Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares, Goven Balear, Presidència del Govern, Palma de Mallorca, 1988, 259 pàgs. (*)

Molt Honorable Senyor President, Honorables senyors, Excel·lentíssims i Il·lustríssims senyors, senyores i senyors.

És, per a mi, una vertadera satisfacció presentar, un dia tan assenyalat com el del cinquè aniversari del nostre autogovern, aquest llibre col·lectiu en el qual es recollen tretze *Estudis jurídics sobre l'Estatut d'Autonomia per a les Illes Balears*. I és motiu particular de satisfacció per dues raons: com a jurista, perquè veig recollits en aquest llibre alguns dels meus treballs; i d'altra banda, com a Secretari General de la Universitat de les Illes Balears, perquè puc constatar que aquest llibre ha nascut i s'ha nodrit dins aquesta Universitat, com un servei més al poble de les Illes.

Encara que som conscient que es fa tard i que el programa d'activitats de la jornada d'avui és molt atapeït, voldria fer algunes reflexions que em pareixen d'interès per poder calibrar, amb justícia, la transcendència de l'obra que ara presentam. Balears, fins avui, era l'única comunitat autònoma de l'Estat Espanyol que no tenia un treball global que analitzàs el sistema jurídic-polític del seu autogovern. Fins i tot en una Comunitat com la d'Extremadura, on el sentiment autònic és molt dèbil, hi existeixen ja cinc llibres que estudien el seu sistema d'autogovern. I per contra, ho torn a dir, a la nostra Comunitat, tret d'un petit treball de Josep Maria Quintana, no hi havia pràcticament res.

Era doncs urgent que els juristes començàssim un esforç, il·lusionat i rigorós, per proveir la nostra jove autonomia de l'arsenal doctrinal necessari per resoldre els dubtes i arreglar les deficiències. Només així la nostra Comunitat podrà assolir les màximes cotes de perfecció de funcionament, això és, en els serveis i en les possibilitats reals que ofereix als seus habitants.

(*) Discurs de presentació d'aquest llibre pronunciat pel doctor Joan Oliver Araujo a l'Ajuntament de Maó, dins els actes commemoratius del cinquè aniversari de l'aprovació de l'Estatut d'Autonomia per a les Illes Balears (6-III-1988). S'han introduït lleugeres modificacions sobre el text original.

cho culpablemente cometido y por contrariar el principio de lesividad en relación con el bien objeto de protección.

Concluimos aquí el comentario de la obra destacando la claridad en la exposición sin menoscabo por ello del rigor técnico propio de la disciplina jurídica, lo que hace de su lectura un útil instrumento para un profundo y completo conocimiento de la materia.

Gonzalo de Aranda y Antón

DIVERSOS AUTORS: Estudios sobre el Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares, Goven Balear, Presidència del Govern, Palma de Mallorca, 1988, 259 pàgs.(*)

Molt Honorable Senyor President, Honorables senyors, Excel.lentíssims i Il.lustríssims senyors, senyores i senyors.

És, per a mi, una vertadera satisfacció presentar, un dia tan assenyalat com el del cinquè aniversari del nostre autogovern, aquest llibre col.lectiu en el qual es recolleixen tretze *Estudis jurídics sobre l'Estatut d'Autonomia per a les Illes Balears*. I és motiu particular de satisfacció per dues raons: com a jurista, perquè veig recollits en aquest llibre alguns dels meus treballs; i d'altra banda, com a Secretari General de la Universitat de les Illes Balears, perquè puc constatar que aquest llibre ha nascut i s'ha nodrit dins aquesta Universitat, com un servei més al poble de les Illes.

Encara que som conscient que es fa tard i que el programa d'activitats de la jornada d'avui és molt atapeït, voldria fer algunes reflexions que em pareixen d'interès per poder calibrar, amb justícia, la transcendència de l'obra que ara presentam. Balears, fins avui, era l'única comunitat autònoma de l'Estat Espanyol que no tenia un treball global que analitzàs el sistema jurídico-polític del seu autogovern. Fins i tot en una Comunitat com la d'Extremadura, on el sentiment autòmic és molt dèbil, hi existeixen ja cinc llibres que estudien el seu sistema d'autogovern. I per contra, ho torn a dir, a la nostra Comunitat, tret d'un petit treball de Josep Maria Quintana, no hi havia pràcticament res.

Era doncs urgent que els juristes començàssim un esforç, il.lusionat i rigorós, per proveir la nostra jove autonomia de l'arsenal doctrinal necessari per resoldre els dubtes i arreglar les deficiències. Només així la nostra Comunitat podrà assolir les màximes cotes de perfecció de funcionament, això és, en els serveis i en les possibilitats reals que ofereix als seus habitants.

(*) Discurs de presentació d'aquest llibre pronunciat pel doctor Joan Oliver Araujo a l'Ajuntament de Maó, dins els actes commemoratius del cinquè aniversari de l'aprovació de l'Estatut d'Autonomia per a les Illes Balears (6-III-1988). S'han introduït lleugeres modificacions sobre el text original.

En aquest esforç s'ha de destacar el notable suport del Govern Balear, i molt especialment del seu President, que encoratja i subvenciona aquest tipus d'activitats; cosa que, de moment, ja s'ha concretat en la publicació d'aquest conjunt d'Estudis. I s'ha de subratllar que és molt important que els poders públics financin aquestes publicacions, perquè les editorials comercials, des dels seus lògics càlculs de mercat, solen mostrar-se molt reticents, per raons òbvies, a l'hora de publicar treballs amb destinataris molt limitats.

El tema de l'organització territorial de l'Estat, sense cap dubte, ha estat una de les qüestions que s'han plantejat més conflictives al llarg de la nostra història constitucional. Des de fa prop de dos-cents anys, Espanya cerca una fórmula d'organització en què càpiguen, sense ruptures, unitat i peculiaritat; una fórmula d'equilibri entre les forces centrípetes i les centrífugues, superant actituds extremes (Ribas Maura).

La Constitució espanyola de 1978, després d'una tradició secular d'unitarisme centralista, ha reconegut, a l'article segon, el dret a l'autonomia de les "nacionalitats i regions" que integren l'Estat Espanyol, com un principi general de l'organització territorial.

Després d'un dilatat i polèmic procés, les Illes Balears accediren a l'autonomia menys plena per la Llei Orgànica 2/1983, que aprovava el seu Estatut d'Autonomia. Posteriorment, durant aquests darrers cinc anys, s'han dictat nombroses normes que han desenvolupat i completat les seves disposicions, fet que en puritat permet parlar de "règim autonòmic balear". Precisament, l'estudi, l'anàlisi i el comentari d'aquest règim constitueixen l'objecte central del llibre present.

Els autors d'aquesta obra hem tractat d'emprendre, amb profunditat i sense prejudicis, els principals problemes que es deriven de constituir les quatre Illes habitades de l'Arxipèlag de les balears una comunitat autònoma, dins el complex i plural Estat espanyol. Alhora, hem procurat no caure en un juridicisme excoent, que es limita a presentar un complex entramat d'esquemes abstractes i formals. En efecte, encara que es tracta d'una obra eminentment jurídica, escrita per professors de la Facultat de Dret, hem intentat valorar en termes justs la dada política; l'harmonització, encara que a primera vista pot parèixer senzilla, exigeix un esforç notable de comprensió i anàlisi.

El llibre que presentam consta de tretze treballs, que corresponen a dotze autors:

Al primer, del qual l'autor és el professor Romà Piña, s'acudeix a la dada històrica per analitzar sumàriament els antecedents remots i pròxims de la nostra autonomia; hi inclou també una completa visió del procés autonòmic i de l'elaboració i aprovació de l'Estatut.

Venen, a continuació, dos treballs de gran actualitat: un del senyor Lluís Segura sobre el règim jurídic lingüístic de l'Estatut d'Autonomia, i un altre del doctor Miquel Coca Payeras -catedràtic de Dret Civil- en el qual s'analitzen de forma exhaustiva els articles sisè i setè de l'Estatut d'Autonomia, això és, la condició política, el veïnatge administratiu i el veïnatge civil balear.

S'ha prestat una especial atenció, com no podíem fer altrament, a l'estudi i l'anàlisi de les institucions d'autogovern. Aquestes són, en definitiva, els subjectes actius, els agents que exerceixen i donen contingut al dret a l'autonomia atri-

buïda a la Comunitat Autònoma. La composició i elecció, l'organització, el funcionament i les funcions, són temes d'extraordinària importància per a la caracterització del sistema autonòmic balear. El doctor Astarloa Villena ha analitzat el Parlament, el doctor Lafuente Balle el President de la Comunitat Autònoma, el professor Ribas Maura el Govern, i el doctor Colom Pastor el debatut tema dels Consells Insulars. L'anàlisi de les institucions d'autogovern, s'ha completat amb un estudi del doctor Andrés de la Oliva Santos sobre l'Estatut i l'organització judicial a les Illes Balears.

Després, s'hi inclouen dos treballs de Dret Financer. El de la senyora Pilar Cabota sobre els antecedents històrics de la Hisenda a l'Estatut d'Autonomia de les Balears; i el de la professora Carmen Fernández sobre l'àmbit espacial del Dret Tributari de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears. El senyor Lluís Alemany ha reflexionat sobre el paper de les comunitats autònomes a la nova Llei reguladora de les bases de règim local.

Per acabar, s'hi inclouen dos treballs la paternitat dels quals em pertany. En el primer, hi analís amb deteniment els diversos procediments de reforma de l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears. En el segon, elaborat fa més de quatre anys, hi faig un breu assaig de sociologia electoral, examinant i interpretant els resultats produïts a les Balears el 8 de maig de 1983.

Això és, en síntesi ràpida, el contingut essencial del llibre. Llibre modest, però que ha de servir d'estímul i de punt de partida per estudis posteriors sobre el tema de l'autonomia balear.

La tasca de la nostra generació és la de treballar il·lusionats, malgrat la boira i les dificultats, en aquest projecte engrescador, sabent que el premi serà un demà més just, més lliure i més solidari pels nostres fills. Aquesta és, bé des del camp de l'estudi o bé des del camp de la praxi política, la nostra apassionant comensal diària. Res més i moltes gràcies.

Joan Oliver Araujo

JIMENEZ Y JIMENEZ, Francisco: "Introducción al Derecho Penal Militar", editorial Civitas (serie tratados y manuales), Madrid 1.987, 240 páginas.

Como se dice en la contraportada de esta "Introducción al Derecho Penal Militar" existe un amplio vacío doctrinal en relación a este específico sector de las normas punitivas; y lo mismo pudiera decirse, en términos generales, de todas las que fragmentaria y dispersamente cabe encuadrar en la categoría de derecho penal especial, entendido éste como el que se encuentra fuera del Código Penal "común".

Si este olvido o descuido en la doctrina puede tener sus explicaciones, nunca definitivamente convincentes, ninguna razón existe para ello, y menos aún si nos

buïda a la Comunitat Autònoma. La composició i elecció, l'organització, el funcionament i les funcions, són temes d'extraordinària importància per a la caracterització del sistema autonòmic balear. El doctor Astarloa Villena ha analitzat el Parlament, el doctor Lafuente Balle el President de la Comunitat Autònoma, el professor Ribas Maura el Govern, i el doctor Colom Pastor el debatut tema dels Consells Insulars. L'anàlisi de les institucions d'autogovern, s'ha completat amb un estudi del doctor Andrés de la Oliva Santos sobre l'Estatut i l'organització judicial a les Illes Balears.

Després, s'hi inclouen dos treballs de Dret Financer. El de la senyora Pilar Cabota sobre els antecedents històrics de la Hisenda a l'Estatut d'Autonomia de les Balears; i el de la professora Carmen Fernández sobre l'àmbit espacial del Dret Tributari de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears. El senyor Lluís Alemany ha reflexionat sobre el paper de les comunitats autònomes a la nova Llei reguladora de les bases de règim local.

Per acabar, s'hi inclouen dos treballs la paternitat dels quals em pertany. En el primer, hi analís amb deteniment els diversos procediments de reforma de l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears. En el segon, elaborat fa més de quatre anys, hi faig un breu assaig de sociologia electoral, examinant i interpretant els resultats produïts a les Balears el 8 de maig de 1983.

Això és, en síntesi ràpida, el contingut essencial del llibre. Llibre modest, però que ha de servir d'estímul i de punt de partida per estudis posteriors sobre el tema de l'autonomia balear.

La tasca de la nostra generació és la de treballar il·lusionats, malgrat la boira i les dificultats, en aquest projecte engrescador, sabent que el premi serà un demà més just, més lliure i més solidari pels nostres fills. Aquesta és, bé des del camp de l'estudi o bé des del camp de la praxi política, la nostra apassionant comensal diària. Res més i moltes gràcies.

Joan Oliver Araujo

JIMENEZ Y JIMENEZ, Francisco: "Introducción al Derecho Penal Militar", editorial Civitas (serie tratados y manuales), Madrid 1.987, 240 páginas.

Como se dice en la contraportada de esta "Introducción al Derecho Penal Militar" existe un amplio vacío doctrinal en relación a este específico sector de las normas punitivas; y lo mismo pudiera decirse, en términos generales, de todas las que fragmentaria y dispersamente cabe encuadrar en la categoría de derecho penal especial, entendido éste como el que se encuentra fuera del Código Penal "común".

Si este olvido o descuido en la doctrina puede tener sus explicaciones, nunca definitivamente convincentes, ninguna razón existe para ello, y menos aún si nos

referimos a esa parcela de Derecho Penal que se califica de militar, ya que afecta a un ámbito por el que pasan gran parte de los ciudadanos y respecto del cual la propia Constitución reconoce un orden jurisdiccional específico.

Coincidiendo con el nuevo Código Penal Militar promulgado mediante la Ley Orgánica 13/1.985, de 9 de diciembre, se han producido afortunadamente varios hechos que cabe interpretar como un pujante despertar del adormecido mundo doctrinal relativo a las normas penales castrenses; de una parte tenemos, de la mano siempre emprendedora de Millán Garrido, una sección de Derecho Penal Militar que aparece periódicamente desde abril del año 1.985 en la Revista General de Derecho, y la esperanza fundada de que otra revista, la de Derecho Militar, salga de sus últimos años de letargo; de otra parte, acaba de aparecer una obra, ambiciosa, también con el sello de Civitas, que, intitulada "Comentarios al Código Penal Militar" y coordinada por Blecua Fraga y por Rodríguez-Villasante, aborda a cargo de varios autores más, la exégesis de todos y cada uno de los preceptos de aquel texto legal.

Precisamente hay que situar esta "Introducción al Derecho Penal Militar" dentro de las mencionadas coordinadas y como un jalón más de ese proceso esperanzador.

A quienes conocemos la trayectoria profesional del Consejero Togado y Doctor Francisco Jiménez Jiménez, dedicada a los temas jurídicos militares, nos resulta fácil deducir que esta obra supone una especie de recapitulación de sus preocupaciones y trabajos anteriores; ello explica la estructura de esta "Introducción al Derecho Penal Militar", donde se amalgaman precedentes artículos y labores que se redondean y amplían para acabar dando una visión general y completa de los problemas que afectan a la disciplina.

El capítulo primero es uno de los más originales, en su intento de caracterizar a las normas penales militares y de encuadrarlas en el conjunto del ordenamiento jurídico; destacan, a mi juicio, las páginas dedicadas, a partir de la 27, a la nota de especialidad, donde, siguiendo fundamentalmente al italiano Venditti, mantiene que la ley penal militar es, respecto de la común, especial, no en un puro sentido formal o personal, sino material, "con unos elementos especializantes que, de no existir, dejarían sin justificar la excepción y darían lugar a que se aplicase sólo la ley general"; concluye dando a entender que en esta línea se encuentra acertadamente el artículo 5º del Código Penal Militar, y el que, por ello, este cuerpo normativo tenga el carácter de complementario, como típica instrumentación del principio de especialidad; no deja de recoger la posición de Rodríguez-Villasante criticando, aunque tal crítica no sólo haya sido exteriorizada por este autor, el que se haya promulgado "un Código Penal Militar complementario de un Código Penal Común no aprobado", para apostillar que "indudablemente primaron razones de política legislativa" (pág. 41), si bien no explica cuales fueron estas.

Bajo la misma rúbrica que la del capítulo I, o sea la de "límites y caracteres

de las leyes penales militares”, el II trata de dos grupos de cuestiones bien diferenciadas, a cual más interesante.

Es el primero de ellos el relativo al derecho penal internacional y la cooperación en este ámbito; de su denso contenido, cabe destacar, con el autor, cómo hasta el Código Penal Militar de 1.985 no se habían adecuado y actualizado nuestra leyes penales a las exigencias derivadas de la ratificación por España de las Convenciones de Ginebra de 1.948 sobre derecho humanitario bélico; de todas formas debe anotarse que el desfase, incluso ampliado a anteriores normas internacionales, continúa dándose en el Código Penal común necesitado de una profunda revisión del capítulo que, dentro del título de los “delitos contra la seguridad exterior del Estado”, se dedica a las llamadas infracciones “que comprometen la paz o la independencia del Estado”.

El otro grupo de cuestiones se refiere al siempre candente tema del derecho disciplinario militar, al que, no sólo en la vertiente del espinoso problema del deslinde con el derecho penal militar, sino también en su específica problemática, dedica desde la página 61 a la 75, donde se desgranán sugerencias y posturas, a la par que se ofrece información de derecho comprado; tal vez porque hubiera excedido al carácter de Introducción al Derecho Penal Militar, como el título de la obra expresa y al cual sirve más que suficientemente el tratamiento ofrecido, no se ocupa el autor de profundizar en aspectos de “lege lata” como pudiera ser la contrastación de los artículos 4 de la Ley Orgánica 12/1985, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y 6 y 27 del Código Penal Militar con la doctrina del Tribunal Constitucional en relación al principio “non bis in idem”.

No estrictamente penal, pero al igual (aunque por distintas razones, que la materia disciplinaria) en íntima relación con el campo del derecho penal material, es el tema de la Jurisdicción Militar, objeto del capítulo III de la obra, donde el autor da cuenta pormenorizada de la polémica en torno a la misma, deteniéndose en el examen de los distintos argumentos que se han esgrimido como fundamento de la existencia y consistencia de tal orden jurisdiccional, denunciando además, con contundente acierto, la “ignorancia, incomprendiones y aún desprecio” que al respecto se exhibe “entre juristas civiles y en las Universidades” (págs. 78 a 80).

“Las fuentes del derecho penal militar” es la proposición que encabeza el capítulo IV donde, además de diversas generalidades, se ocupa el autor de dos puntos básicos: el de la reserva de la Ley y, en estrecha relación con esta, el de los bandos militares.

En torno al primero parece en definitiva mantener una solución formal en el sentido de atender a lo establecido en el Código Penal Militar, evitando el tratamiento del problema desde la perspectiva constitucional; así, en la página 99, señala, que “la posición refractaria a aceptar como ley penal inmediata, creadora de delitos y agravaciones de penas en las leyes penales militares, está más bien en que, promulgado el Código punitivo marcial de 1.985, los términos categóri-

cos de los artículos 1º y 25 y el reenvío que hace el artículo 5º al Código Penal común, no deja margen para otra especie de fuentes directas de creación de leyes penales castrenses como venía entendiéndose respecto a los Bandos Militares”.

De todas maneras es más que discutible su afirmación de que “la mayor parte de la doctrina española rechaza esta tesis de la reserva de ley orgánica para las leyes penales”, avalando tal aserto con la postura, por completo aislada y anecdótica entre los penalistas, del recientemente desaparecido profesor Rodríguez Devesa, al que así el autor rinde sin duda homenaje de amistad, y en la del administrativista, también profesor, García de Enterría. La doctrina penal española camina por muy distintos derroteros, aún en sus diversas posiciones, y el Tribunal Constitucional ha dejado sentado que toda norma que suponga establecer pena privativa de libertad exige tenga la categoría de la Ley Orgánica (SS. de 11 de noviembre y de 16 de diciembre de 1.986.)

Respecto de los bandos militares (págs. 105 a 113) busca el autor apoyo en la doctrina latinoamericana y la escasa española, para acabar exponiendo la situación normativa actual en España que, partiendo de la Constitución, se desarrolla y concreta en el artículo 34 de la Ley Orgánica 4/1.987 y en el 63 del Código Penal Militar, al que tilda de extravagante. Con la sutileza que caracteriza al autor da a entender la insuficiencia de la actual regulación y, por supuesto, muestra su extrañeza por la, novedosa en nuestro ordenamiento jurídico, acuñación de esa ley penal en blanco que es el citado artículo 63, al castigar la negativa a obedecer o el incumplimiento de las prescripciones u órdenes contenidas en los bandos “que, de conformidad con la Constitución y las Leyes, dicten las autoridades militares en tiempo de guerra o estado de sitio”.

Un quinto capítulo da noticia informativa de la legislación penal militar extranjera, con breve alusión a ochenta países distintos, que culmina con unas apreciaciones, generales o tendencias de las más recientes normas aparecidas en el derecho comparado, entre las que destaca, a su juicio, la brevedad, sencillez, mayor benignidad penal, separación de la materia disciplinaria y contención a los delitos militares propiamente dichos.

El ámbito de validez de las leyes penales militares, en su triple dimensión personal, temporal y espacial, le sirve para estructurar otro capítulo, el VI.

En cuanto a “la sujeción de las personas a las leyes penales militares”, y tras unas consideraciones sistemáticas, hace referencia al artículo 8 del Código Penal Militar que define, más bien enumera, a los efectos de tal texto legal, lo que se entiende por militares; inexplicadamente se omite cualquier alusión al posible alcance de la ley penal militar a personas no militares, tanto mediante la posible participación de extraños en delito propio militar, como en aquellas infracciones que pueden ser cometidas por cualquier persona no aforada.

Referente al ámbito temporal explana brevemente el autor el artículo 4 del Código Penal Militar, parcial reproducción de los artículos 23 y 24 del Código co-

mún, con especial referencia a las leyes temporales o excepcionales, curiosamente no contempladas en este último texto legal y si en el militar.

Por lo que hace al ámbito espacial se comienza poniendo de manifiesto la complejidad de la materia; la movilidad de los Ejércitos y de sus medios aeronavales, las alianzas militares y el hecho de la guerra introducen una serie de variantes que explican la dificultad de trazar unas reglas generales, por cuanto los casos que en la realidad se plantean son muy variados y heterogéneos; de ahí, la peculiaridad del derecho poenal militar partiendo del principio de extraterritorialidad, con la salvedad de lo que se establezca por convenios o tratados internacionales; esa es la especialidad sentada en el artículo 7 del Código Penal Militar que el autor justifica, para luego referirse a algunos casos concretos, dentro de los cuales trata lógicamente el de las Fuerzas Armadas de la OTAN (págs. 166 a 171) y el de las Fuerzas Norteamericanas en España (págs. 172 a 176).

En el capítulo VII nos ofrece el General Jiménez una sintética panorámica de la historia de las leyes penales militares en España que llega, desde la Edad Media, hasta el Código de Justicia Militar de 1.945 reformado cuatro años más tarde, dando paso así al capítulo final dedicado al vigente Código Penal Militar de diciembre de 1.985.

En esta última parte da sucinta cuenta de cómo se llevaron a cabo los trabajos preparatorios y reproduce casi íntegramente (con buen criterio y plena propiedad, por cuanto como advierte en nota al pié de la página 200 fue redactado por él mismo) el texto que figura como exposición de motivos del Proyecto que presentó el Gobierno en el Congreso de los Diputados, y que en el Pleno del mismo, y con ocasión del debate a una enmienda que solicitaba la devolución, fue calificado por el Ministro de Defensa como tratado de derecho penal militar, razón esta, la de su gran extensión, determinante de que en el Senado fuera sustituido por un conciso e insuficiente Preámbulo.

Nos encontramos en suma con una obra sugerente, digno pórtico de los mencionados Comentarios al Código Penal Militar, que cumple con creces la pretensión que su título da a entender, introduciendo por tanto al lector en casi todas las cuestiones que el derecho punitivo castrense plantea; desde luego, por lo que suponer de ir llenando los tremendos huecos existentes, debemos congratularnos por su publicación, deseando tenga una continuidad todavía más fructífera.

Eduardo Calderón Susín.

MARTINEZ GIRON, Jesús. *El despido en los Estados Unidos*. Ed. Civitas. Madrid, 1988. 193 págs. (Prólogo de Gonzalo Diéguez Cuervo).

El doctor Martínez Girón, profesor titular de Derecho del Trabajo en la Universidad de Santiago de Compostela, realiza en este trabajo un valioso examen de la figura del despido en los Estados Unidos. Enfoca el tema desde una perspectiva de carácter procesal, es decir, adjetiva, dadas las peculiares características de este ordenamiento jurídico. Y así, el tema verdaderamente decisivo es el examen de las acciones judiciales relativas al despido.

El libro comienza con la explicación del principio jurisprudencial general en esta materia: que el empresario es titular del derecho a despedir al trabajador (*right to discharge*). Tal principio tiene protección constitucional en la Quinta y Decimocuarta Enmienda de la Constitución Federal y en su ejercicio se caracteriza por ser informal e inmotivadamente ejercitable, sin necesidad de que el *master* señale una razón para ello. Una vez comunicado, el despido posee eficacia inmediata y es también un derecho cuyo ejercicio puede ser judicialmente controlado, siendo susceptible de ser declarado injusto por los jueces. Pero esta declaración exige que el trabajador despedido, en vez de aquietarse, deduzca alguna de las acciones que posibilitan la reconsideración de su caso por los Tribunales.

A continuación, se realiza un estudio de las diversas acciones de despido ejercitables por el trabajador. En primer lugar, la relativas al posible incumplimiento contractual del empresario, que genera la acción por incumplimiento de contrato de trabajo o convenio colectivo. Esas acciones se articulan alrededor de un eje muy simple: la existencia o no de un término en el contrato de trabajo resuelto. Si existe, el trabajador tiene derecho a deducir la acción. Si no existiera pacto que limite de algún modo la duración del contrato, el empresario y el trabajador pueden, en cualquier momento, resolver lícitamente la relación contractual. Ello por la consideración de todos los Estados y Territorios de la Unión -salvo Dakota del Sur y Puerto Rico- de que el contrato de trabajo ha sido concertado a voluntad (*at will*) de ambas partes.

Cada una de estas posibles acciones se estudian enmarcadas en las vicisitudes de su posible ejercicio, dentro del esquema siguiente: 1) Alegaciones del trabajador, 2) Defensa del empresario y 3) Remedios judiciales. Recorriendo ese camino nos vamos encontrando con la parte sustantiva de la materia: los presupuestos de existencia, validez y forma del contrato de trabajo, la prescripción de la acción y las causas justas de despido, la determinación de la cuantía de las indemnizaciones, etc. Destaca, en esta parte de la monografía, las peculiaridades del despido por incumplimiento de la cláusula de "justa causa" del convenio colectivo aplicable y su alegación ante los Tribunales. Lo habitual en estos supuestos es la reclamación por vía arbitral, dando lugar a una serie de procedimientos en los que el sindicato, en nombre del trabajador, actúa como parte reclamante, y que, además, impiden normalmente el proceso judicial, ya que suelen concluir con un laudo definitivo y vinculante para las partes. Razón por la cual sólo en un número reducido de casos puede interponerse la acción ante los Tribunales. Este hecho,

sin embargo, no separa excesivamente las soluciones adoptadas entre las dos jurisdicciones, pues es frecuente que se acuda por parte de los Tribunales a las soluciones adoptadas por la jurisprudencia arbitral. Prueba de ello y de hasta qué punto son "indicadores fiables" los laudos arbitrales en tema de despido injusto, la suministra la jurisprudencia relativa a la creación de un tercer grupo de causas de despido, que en España llamaríamos objetivas, y la relativa a los remedios a que tiene derecho el trabajador despedido cuando prospera la acción ejercitada. En tales casos, viene admitiéndose que el más importante de todos es la readmisión (*reinstatement*) del trabajador despedido en su antiguo puesto de trabajo cuando sea "posible, deseada y práctica". Ello a pesar de la jurisprudencia en contra sobre despidos por incumplimiento de contrato de trabajo.

Como señala el autor, la doctrina jurisprudencial sobre el contrato *at will* -legitimadora de una situación de "despido libre"- ha provocado a veces denegaciones flagrantes de justicia. Y, por eso, los Tribunales de ciertos Estados -sobre todo California- han creado nuevas acciones que, sin desmentir el principio general, permiten declarar injusto el despido cuando supone un incumplimiento extracontractual (*tort*) del empresario. Este tema está contenido en los capítulos tercero y cuarto, que tratan del despido cuando no existe pacto -individual o colectivo- que limite de algún modo la duración del contrato. Se trata de una serie de supuestos que vienen a paliar la "crueldad" de la regla general.

El *tort* es un ilícito civil o privado, como tal distinguible del delito en sentido estricto, extracontractual y perseguible mediante una acción de derecho común -la llamada *action in tort*-, amparada por la Séptima Enmienda, según la cual "en demandas de derecho común (*at common law*) se preservará, cuando la cuantía de lo litigado exceda de veinte dólares, el derecho a un juicio con jurado". Sin duda, litigar *in tort* resulta extraordinariamente atractivo, dada la posibilidad del demandante de obtener, si llegase a ganar el pleito, la condena del demandado a pagarle daños y perjuicios de castigo (*punitive damages*). Hay que resaltar el papel decisivo que en este tema desempeña el jurado, que declara, de un lado, si procede decretar la condena o no, y fija, además, discrecionalmente su cuantía. De ahí el rápido y espectacular crecimiento del *Law of Torts* en los E.E.U.U., el cual es hoy rama autónoma del derecho objetivo y disciplina universitaria básica, mientras que a principios del siglo XIX no era más que un conjunto de acciones judiciales dispersas. En este proceso de crecimiento se sitúa el *tort* de despido injusto, acción que, por lo demás, todavía se encuentra en formación. Los despidos que pueden dar lugar a esta responsabilidad extracontractual los agrupa el autor en cuatro apartados: despido por participación en actividades concertadas, ilegales, contrarios al orden público y maliciosos.

Quiero señalar, por último, la calidad del trabajo realizado por el prof. Martínez Girón, que ya había demostrado su conocimiento del ordenamiento laboral estadounidense en otros trabajos anteriores, y lo meritorio de su labor investigadora de la jurisprudencia de ese país que tan brillantemente ha llevado a cabo en éste su último libro.

AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Derecho Cambiario: Estudios sobre la Ley Cambiaria y del cheque*, Civitas, Madrid, 1986, 1051 págs.

La obra dirigida por el profesor Aurelio Menéndez -con la colaboración de un grupo de profesores formados o aglutinados fundamentalmente en torno al Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid- constituye un hito fundamental para el estudio del nuevo Derecho cambiario español.

Como bien señala el prestigioso director de la publicación en la introducción del libro, así como el profesor Aníbal Sánchez en el primer capítulo de la obra, al legislador español se le ofrecían dos vías ante la urgente necesidad de reformar la legislación cambiaria: por un lado, la ratificación de los Convenios de Ginebra de 1930 y 1931 sobre la letra de cambio, el cheque y el pagaré, y por otro, la elaboración de un texto nacional inspirado en la legislación uniforme de Ginebra. La segunda vía fue la escogida por el legislador español y ha dado lugar a lo que el profesor Menéndez denomina "ley española ginebrina", ya que siendo española por su origen y por su condición de fuente del derecho interno, es sustancialmente ginebrina por su contenido. Como bien señala el profesor Menéndez, dicha solución ofrece el inconveniente de la falta de seguridad jurídica internacional, pero, por otra parte, ofrece la ventaja de adaptarse mejor a las necesidades del tráfico actual.

La adaptación a la legislación uniforme supone, pues, un cambio radical en las estructuras del Derecho cambiario español, que como es sabido, se hallaban ancladas en nuestro arcaico Código de Comercio.

No obstante lo novedoso de la regulación cambiaria actual, no hay que olvidar que la doctrina española había examinado ya los aspectos más significativos del Derecho uniforme de Ginebra. Ello, sin duda alguna, constituye un importante pilar para el estudio de la nueva normativa. A estos estudios anteriores a la LC, hay que sumar ahora la importantísima tarea que para el Derecho cambiario suponen estos Estudios dirigidos por el profesor Menéndez.

El profesor Aníbal Sánchez analiza en el primer capítulo de la obra el marco histórico comparativo de la nueva disciplina cambiaria, siendo tal estudio de un elevado valor por mostrarnos cuáles son los sistemas cambiarios más importantes, así como su evolución histórica. Junto a ello, el autor nos centra en nuestra nueva disciplina cambiaria señalando cuáles son las diferencias fundamentales entre la Ley Uniforme y nuestra LC. Asimismo, elabora un juicio general sobre la reforma sumamente acertado.

A continuación siguen los trabajos elaborados por el profesor Cándido Paz-Ares (capítulos II y III) de una altura científica importante, que (como señala el profesor Menéndez en el prólogo del libro "La letra de favor", del mismo Cándido Paz-Ares) constituyen la parte más comprometida del libro y suponen una investigación particularmente notable en temas tan importantes como la naturale-

za jurídica de la letra de cambio y el tema de las excepciones cambiarias (considerado por el profesor Garrigues como "un tema de vida o muerte para la letra").

El capítulo IV, elaborado por el profesor Juan Luis Iglesias Prada, estudia el problema del libramiento de la letra de cambio, distinguiendo claramente los dos aspectos fundamentales del mismo: por un lado, el libramiento como acto de creación de la letra de cambio y, por otro, como acto de constitución de la obligación del librador.

En el capítulo V se hace referencia por parte de la profesora Mercedes Vergez Sánchez al importante tema de la circulación de la letra de cambio y de manera muy especial al endoso, dada la importancia de este instituto cambiario que supuso históricamente el paso de la letra de cambio de instrumento de pago a instrumento de crédito.

El profesor Aurelio Menéndez analiza en el capítulo VI otro instituto cambiario de enorme importancia: el de la aceptación de la letra, por cuanto a dicha aceptación se conecta el importante efecto de obligar cambiariamente al librado.

En el capítulo VII se presta atención por parte del profesor Ángel Rojo a otra institución cambiaria de extraordinaria frecuencia en la práctica española cual es el aval, cuya función es la de garantizar el pago de la letra. El autor deja constancia, asimismo, de la posibilidad de garantizar el crédito cambiario con cualquiera de las garantías admitidas en derecho, sean personales, como la fianza, o reales, como la prenda y la hipoteca.

El capítulo VIII, elaborado por el profesor Ricardo Alonso Soto, se refiere al tema del pago de la letra, haciendo reseña de un tema de gran trascendencia práctica como es la letra bancaria.

Las acciones cambiarias son analizadas en el capítulo IX por el profesor Antonio Pérez de la Cruz Blanco que realiza un estudio detallado de cada una de las acciones cambiarias (directa contra el aceptante y sus avalistas, de regreso y de enriquecimiento). Tal vez hubiera sido conveniente (a pesar de que el título del estudio sea "Las acciones cambiarias") analizar el tema de la acción causal por sus especiales incidencias en el terreno cambiario.

La obra sigue en su capítulo X con un estudio del profesor Aurelio Menéndez sobre la intervención de la letra tanto, en lo referente a la aceptación como en lo referente al pago, y distinguiendo claramente la intervención requerida (indicada en la letra) y la espontánea.

La figura del pagaré, a la que la nueva Ley Cambiaria ha pretendido dar fuerza, es estudiada por el profesor Ignacio Arroyo Martínez en el capítulo XI, quien con una gran profusión de datos realiza un análisis claro, riguroso y científico de la figura, situándola al nivel que pretende darle la nueva Ley.

El profesor Luis Carlón Sánchez dedica dos capítulos (el XII y el XIII) al estudio pormenorizado del cheque, el cual resulta de indudable valor para la comprensión de la figura.

Los aspectos mercantiles se cierran con el estudio en el capítulo XIV de la amortización de los títulos cambiarios realizado por el profesor Luis Javier Cortés. Dicho trabajo es de gran importancia ya que analiza de forma muy rigurosa la nueva perspectiva que se abre en nuestro derecho cambiario sobre este tema, ya que la Ley Cambiaria ha supuesto una ruptura con nuestra tradición patria.

Junto a los aspectos puramente mercantiles, la obra no descuida tres temas de notable importancia y que pertenecen a otras tres disciplinas del Derecho, como son el nuevo juicio ejecutivo cambiario (aspecto al que el profesor Valentín Cortés Domínguez dedica el capítulo XV), la protección penal del cheque y de la letra de cambio (al que el profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo dedica el capítulo XVI), y las normas sobre conflictos de leyes en materia de letra de cambio, cheque y pagaré (tema al que el profesor González Campos dedica el capítulo XVII).

La obra finaliza con la reproducción del nuevo texto cambiario de 16 de julio de 1985 (ley 19/1985) y cuenta con un índice analítico y de disposiciones legales de gran importancia práctica.

En definitiva se trata de una obra que no puede ser pasada por alto por quienes nos dedicamos al estudio del Derecho Mercantil, que resulta de un indudable interés práctico para los profesionales del Derecho y que, a no dudar, está destinada a convertirse en un clásico del Derecho Mercantil.

Joan Flaquer Riutort.

AUGUSTO M. MORELLO, *Cuestiones procesales de Derecho comparado español-argentino*, Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1987, 116 págs.

Hace unos pocos meses, vino a visitarme a mi despacho de la Universidad una profesora sudamericana que, aprovechando sus vacaciones en Mallorca, me traía un obsequio de su maestro, el doctor Augusto M. Morello. Se trataba del último libro de este prestigioso jurista argentino titulado: *Cuestiones procesales de Derecho comparado español-argentino*. En una cordial y afectuosa carta que lo acompañaba, me hacía saber que mi libro *El recurso de amparo* (Universitat de les Illes Balears, Palma de Mallorca, 1986) le había resultado de particular utilidad para elaborar una parte de la obra de la que ahora intentamos dar noticia. A raíz de este primer contacto, ha surgido entre el profesor Morello y yo una fructífera y cálida relación epistolar que, al menos para mí, está resultando de extraordinario valor humano y científico.

El profesor Luís Carlón Sánchez dedica dos capítulos (el XII y el XIII) al estudio pormenorizado del cheque, el cual resulta de indudable valor para la comprensión de la figura.

Los aspectos mercantiles se cierran con el estudio en el capítulo XIV de la amortización de los títulos cambiarios realizado por el profesor Luis Javier Cortés. Dicho trabajo es de gran importancia ya que analiza de forma muy rigurosa la nueva perspectiva que se abre en nuestro derecho cambiario sobre este tema, ya que la Ley Cambiaria ha supuesto una ruptura con nuestra tradición patria.

Junto a los aspectos puramente mercantiles, la obra no descuida tres temas de notable importancia y que pertenecen a otras tres disciplinas del Derecho, como son el nuevo juicio ejecutivo cambiario (aspecto al que el profesor Valentín Cortés Domínguez dedica el capítulo XV), la protección penal del cheque y de la letra de cambio (al que el profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo dedica el capítulo XVI), y las normas sobre conflictos de leyes en materia de letra de cambio, cheque y pagaré (tema al que el profesor González Campos dedica el capítulo XVII).

La obra finaliza con la reproducción del nuevo texto cambiario de 16 de julio de 1985 (ley 19/1985) y cuenta con un índice analítico y de disposiciones legales de gran importancia práctica.

En definitiva se trata de una obra que no puede ser pasada por alto por quienes nos dedicamos al estudio del Derecho Mercantil, que resulta de un indudable interés práctico para los profesionales del Derecho y que, a no dudar, está destinada a convertirse en un clásico del Derecho Mercantil.

Joan Flaquer Riutort.

AUGUSTO M. MORELLO, *Cuestiones procesales de Derecho comparado español-argentino*, Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1987, 116 págs.

Hace unos pocos meses, vino a visitarme a mi despacho de la Universidad una profesora sudamericana que, aprovechando sus vacaciones en Mallorca, me traía un obsequio de su maestro, el doctor Augusto M. Morello. Se trataba del último libro de este prestigioso jurista argentino titulado: *Cuestiones procesales de Derecho comparado español-argentino*. En una cordial y afectuosa carta que lo acompañaba, me hacía saber que mi libro *El recurso de amparo* (Universitat de les Illes Balears, Palma de Mallorca, 1986) le había resultado de particular utilidad para elaborar una parte de la obra de la que ahora intentamos dar noticia. A raíz de este primer contacto, ha surgido entre el profesor Morello y yo una fructífera y cálida relación epistolar que, al menos para mí, está resultando de extraordinario valor humano y científico.

Dejando ya cuestiones personales, de nulo interés para el lector, debemos centrar nuestros esfuerzos en comentar -brevemente, pues la sección bibliográfica de esta Revista así lo impone- la referida obra *Cuestiones procesales de Derecho comparado español-argentino*. El trabajo está estructurado en tres partes, a las que les siguen dos apéndices legislativos y un índice analítico de gran utilidad para facilitar su manejo.

En el primer capítulo, el autor analiza la figura de la nueva casación española y su paralelismo con la de la Provincia de Buenos Aires. Tras reflexionar brevemente sobre los fines y características de la casación española, estudia los criterios funcionales acogidos por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil (simplificación, novedad, mayor flexibilidad, menor formalismo y retroactividad de sus preceptos), así como las principales innovaciones introducidas por dicha Ley. Finaliza este capítulo formulando una serie de sugestivas e interesantes conclusiones, en las que de forma razonada expone su juicio positivo sobre la reforma llevada a cabo, ya que facilitará la utilización más provechosa del recurso de casación.

El segundo capítulo, que es una reconstrucción de la conferencia pronunciada por el profesor Morello en el Colegio de Abogados de Barcelona el 22 de octubre de 1986, se titula "El exceso ritual manifiesto y la doctrina de la sentencia arbitraria en el Tribunal Constitucional español". En este bloque se analizan en profundidad temas tan capitales como el exceso ritual en el Derecho argentino, la ampliación del recurso extraordinario merced a los avances de la doctrina de la sentencia arbitraria, la incompatibilidad de la sentencia arbitraria y el exceso ritual con el artículo 24-1 de la Constitución española, y, finalmente, el tratamiento que nuestro Tribunal Constitucional ha otorgado al tema del exceso ritual manifiesto.

En el tercer capítulo, redactado con rigurosa precisión, el autor estudia la figura del recurso de amparo en el sistema constitucional español, prestando especial atención al que se puede utilizar para reparar violaciones de derechos fundamentales que tengan su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial. Tras un rápido pero completo análisis de este instrumento tutelar -incluyendo la posibilidad de que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad a raíz de un proceso de amparo (art. 55-2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)-, el autor realiza un estudio comparativo entre los cometidos protectores de la Corte Federal argentina y los que tiene asignados el Tribunal Constitucional español, concluyendo que es verificable un "notable paralelismo".

Por otra parte, debe destacarse la amplia documentación -bibliográfica, jurisprudencial y legislativa- utilizada por el autor para la elaboración de esta obra, lo que le aporta un alto rigor científico, sin mengua de la amenidad y la claridad expositiva. Se trata, en definitiva, de un notable trabajo que, sin dudar, recomendamos a todo estudioso, investigador o práctico del Derecho mínimamente interesado por los temas que se tratan en el mismo.

Quiero terminar esta nota bibliográfica reproduciendo las palabras con que el autor, parafraseando a Robert Schuman, inicia su obra: "La tarea de los iberoamericanos contemporáneos es como aquélla de los arquitectos y obreros que hicieron las catedrales de Europa en la Edad Media; era evidente que no iban a vivir para ver el edificio terminado pero sabían que tenían que continuar su labor hasta el final, con la mira puesta en las futuras generaciones".

Joan Oliver Araujo

**PUBLICACIONES DE LA FACULTAD
DE DERECHO**
Universidad de las Islas Baleares

COLECCION ESTADO Y DERECHO

- 1.- Robles Morchón, G.,
Las reglas del derecho y las reglas de los juegos,
Palma de Mallorca 1984.
- 2.- Oliver Araujo, J.,
El recurso de amparo,
Palma de Mallorca 1986.
- 3.- Ribas Maura, A.,
El Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares.
Palma de Mallorca, 1988

SERIE ENSAYOS

- 1.- Losano, M.G.,
Introducción a la Informática jurídica,
Palma de Mallorca 1982.
- 2.- García Fernández, M.,
*La terminación del contrato de trabajo por
voluntad del trabajador,*
Palma de Mallorca 1983.
- 3.- Tapia Fernández, I.,
*Las condenas no pecuniarias (Sentencias de dar,
hacer o no hacer),*
Palma de Mallorca 1984.
- 4.- Urbina Tortella, S.,
Ética y Política en Luis Jiménez de Asua,
Palma de Mallorca 1984.
- 5.- García Fernández, M.,
La formación del derecho del trabajo,
Palma de Mallorca 1984.
- 6.- Díaz Lema, J.M.,
Sector energético: Política y Derecho,
Palma de Mallorca 1984.
- 7.- Piña Homs, R.,
*Alfonso el Sabio y Ramón Llull
(Su concepción de la justicia y del
orden social)*
Palma de Mallorca 1984.
- 8.- Cavanillas Múgica, S.,
*Responsabilidad civil y protección del
consumidor,*
Palma de Mallorca 1985.
- 9.- Varios,
Drogas: Aspectos jurídicos y médico legales
Palma de Mallorca 1986.



CAJA DE BALEARES
"SA NOSTRA"