teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. DICIEMBRE 14/2013
http://teoriayderecho.tirant.com

Asistente a la dirección: Víctor Merino Sancho
PVP número suelto: 55 euros (IVA incluido)
PVP suscripción anual (2 números): 99 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción
Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151
E-mail: teoria.derecho@uv.es; teoria@tirant.com. Sitio web: www.teoriayderecho.tirant.com

Correspondencia
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita
Tirant lo Blanch
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Telfs.: 96/361 00 48 - 50
Fax: 96/369 41 51
Mail: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
ISSN: 1888-3443
Depósito legal: V - 2840 - 2007
Diseño y maquetación: PMc Media
Imprime: Guada Impresores, S.L.

SUMARIO

DEBATE
Sobre el concepto de persona
Dirección de *Manuel Atienza* y *Juan Ruiz Manero*

ESTUDIOS

TEMAS DE HOY

VARIA

SUMMARY

DISSCUSION
On the concept of person

STUDIES

TODAY'S ISSUES

VARIA

DEBATE

Sobre el concepto de persona

PRESENTACIÓN

Manuel Atienza

Sería probablemente interesante conocer cómo se leen los números monográficos de las revistas que tienen vocación de interdisciplinariedad. O sea, si el lector ve en ellos realmente una oportunidad para saber lo que se piensa sobre un determinado tema desde una variedad de perspectivas; o si, por el contrario, su interés se limita a la contribución que proviene de la disciplina —del área de conocimiento— que él mismo cultiva. Me temo que, al menos en el caso del Derecho y en el ámbito de nuestra cultura, esta segunda opción no ha de ser inusual, por más que sí resulta inusual encontrarse con algún número de alguna revista que plantee precisamente eso: un tema central del Derecho —en este caso, el concepto de persona— abordado no solo por juristas de diversas disciplinas, sino también por no juristas. La organización institucional de los estudios jurídicos y la concepción del Derecho que prevalece entre nosotros propenden, en efecto, a ver cada disciplina jurídica como un compartimento estanco (la metáfora ha sido usada con profusión, pero es inevitable seguir haciéndolo), de manera que, pongamos por caso, los civilistas se interesan exclusivamente por lo que escriben o piensan otros civilistas, y otro tanto hacen los penalistas, los administrativistas, los iusfilósofos con lo que al final se llega a que cada uno permanezca encerrado —ensimismado— dentro de su estrecho ámbito disciplinar y raramente se interese por lo que existe más allá del mismo salvo, quizás, por razones de cortesía académica sin mayor significado teórico.

Ahora bien, el lector (digamos, el lector genuino —presumiblemente un jurista—) que se enfrente a este número de *Teoría y Derecho* con el propósito de adquirir una visión más amplia y más profunda sobre el concepto de persona en el Derecho podría encontrarse, no obstante sus buenos propósitos, con algunas dificultades de lectura. O sea, podría necesitar —o, al menos, venirle bien— alguna clave (o claves) de lectura que le permita encontrar algo parecido a un hilo conductor que le facilite transitar de un trabajo a otro y reconocer en el conjunto de todos ellos algún tipo de unidad que "compense" su esfuerzo: al final tendría que pensar, al menos, que la lectura de cada uno de esos fragmentos resulta potenciada como consecuencia de la lectura de los otros; esto es, que no son pedazos unidos artificialmente.

El orden en el que aparecen los cinco trabajos de este número —un orden, por lo demás, bastante "lógico"— puede contribuir ya a facilitar un poco las cosas. Así, el lector se encontrará, primero, con un comentario filosófico de la idea de persona de Kant, cuya relevancia es casi una obviedad; como escribe el autor del texto: "casi todo lo que cabe decir hoy sobre el concepto de persona en sentido moral o en sentido jurídico deriva de Kant o de la polémica con él". Le sigue otro análisis, que tampoco proviene de un jurista, sino de un científico social, referido a la noción de *homo economicus* como ideal de persona que se ha impuesto como modelo antropológico en las disciplinas sociales y que, naturalmente, tiene relevancia también para el Derecho. Para pasar luego al campo de la teoría o de la filosofía del Derecho, desde el que se aborda la noción de persona en cuanto titular de los derechos humanos. Y llegar finalmente hasta las cuestiones que, en torno al concepto de persona, se plantean en dos campos tradicionales del Derecho: el Derecho civil y el Derecho penal.

Pero, naturalmente, no se trata sólo de esto: de comprender que un mismo concep-

to —el de persona— puede analizarse desde diversos niveles de abstracción. Sino de darse cuenta de que, desde cada uno de ellos, se suscitan problemas y se sugieren criterios para solucionarlos que pueden resultar de interés en los otros niveles; y de que esas conexiones tienen lugar, podríamos decir, en dos direcciones distintas: así, de arriba hacia abajo (en orden de abstracción) se darían relaciones de fundamentación y de explicación; mientras que de abajo hacia arriba lo que se produciría sería la confirmación o la puesta en cuestión de las nociones —o teorías— más abstractas. No se piense, sin embargo, por ello que la reflexión jurídica (a propósito de "persona" o de cualquier otro concepto) es la que se sitúa en los niveles más bajos de abstracción. Lo que caracteriza al verdadero pensamiento jurídico —lo que le ha caracterizado siempre— es la capacidad de ir de lo concreto a lo abstracto para volver de nuevo a lo concreto, a la praxis. No hay ningún problema jurídico, por minúsculo que sea, cuya solución no precise la movilización de teorías bien abstractas. Lo que ocurre es que el jurista puede no ser consciente de ello o puede que haga un uso simplemente implícito de esas teorías.

El trabajo de Manuel Jiménez Redondo, *El hombre como fin en sí: Una aproximación kantiana a la idea de persona*, muestra muy bien cómo todos esos niveles están interconectados. Jiménez Redondo se propone aclarar la idea kantiana, que le parece en principio especialmente oscura, del hombre como fin en sí mismo y para ello recurre, de manera muy principal, a las *Instituciones* de Justiniano pues, en su opinión, esa idea de persona le nace a Kant de su formación jurídica. En las *Instituciones*, en efecto, aparece una gran división de las cosas entre las que están, o pueden estar, en nuestro patrimonio, y las que ni están ni pueden llegar a estarlo; a su vez, en este segundo grupo, hay un tipo de cosas que no pueden ser objeto de apropiación (son *res nullius*) porque, por esencia, son "cosas de nadie": las cosas *sagradas* (consagradas a Dios), las cosas *religiosas* (que tiene que ver con la muerte, como los sepulcros) y las cosas *santas* (como los muros y las puertas de la ciudad, que señalan el límite dentro del cual es posible una existencia ordenada). Pues bien, el hombre (el ser racional, la persona) sería una de esas cosas que, por esencia, no son de nadie, pero tampoco del propio hombre ni de Dios: son fines absolutos; no fines *para sí*, sino fines *en sí*. Y así se entiende que, en la formulación kantiana, lo que la dignidad supone es que el hombre no puede tratar a los demás ni tratarse a sí mismo meramente como un medio, sino siempre, al mismo tiempo, como un fin. Si el análisis de Jiménez Redondo es acertado (y me parece que lo es), el Derecho ofrecería una clave esencial para comprender una de las ideas filosóficas de mayor relevancia en el mundo moderno: la de persona.

Ahora bien, el análisis de la filosofía kantiana del concepto de persona que desarrolla Jiménez Redondo le lleva también a sostener la tesis de la separación esencial entre el Derecho y la moral que, además, caracterizaría a "la conciencia moderna-contemporánea". Y esa radical separación se basaría precisamente en la idea de la persona como fin: puesto que la persona es algo "sagrado", el Derecho no puede convertirse en instrumento de ninguna moral (sea ésta o no la kantiana), pues si lo hiciera, ya no la estaría considerando como un fin en sí. O sea, la moral se refiere a los fines que los hombres *deben* proponerse, y entre esos fines que siempre cumplirían esa condición (que necesariamente deben proponerse los hombres) estarían la perfección propia y el bienestar ajeno. Pero en el Derecho no se trata de eso, sino de fijar, cualesquiera que sean los fines que un agente pueda proponerse (y los motivos que tenga para ello), qué condiciones tendrían que darse para que esté justificado el uso de la coacción. Y la respuesta kantiana a esta pregunta —que Jiménez Redondo hace suya— es que sería legítima (jurídicamente legítima) "toda acción conforme a cuya máxima la libertad de uno sea compatible con la de cualquiera mediante una ley general, ley general que ha de poder considerarse como proviniendo efectiva-

mente de la voluntad unida de todos". Y aquí, me parece, es donde el jurista tendría algunas preguntas que formularle al filósofo, a saber: ¿Da cuenta realmente esa noción de Derecho de lo que son los sistemas jurídicos de nuestros Estados constitucionales? ¿No supone esa interpretación kantiana permanecer anclados en el modelo de Estado *liberal* de Derecho? ¿Es compatible la renuncia a que el Derecho se ocupe del bienestar ajeno con la idea de los derechos sociales? ¿Puede entonces considerarse la idea kantiana de persona y de dignidad como la base de *todos* los derechos humanos?

A primera vista parecería que la idea kantiana del hombre como fin en sí mismo tendría que constituir la antítesis de la del *homo economicus* que parece haberse convertido en el modelo de persona sobre el que se basa la ciencia económica que, a su vez, se ha extendido a muchas otras ciencias sociales (o a ciertos ámbitos de las mismas). El deber de tratar a los demás y de tratarnos a nosotros mismos como fines no parece, en efecto, compatible con ver en el hombre un maximizador de su propio bienestar, un egoísta racional. Pero esa oposición podría no darse en todos los planos. Así, mientras que la noción kantiana de persona lleva a Jiménez Redondo (siguiendo a Kant) a afirmar que "un orden de Derecho atenido al principio de libertad y al principio democrático habría de poder funcionar tanto en un pueblo de diablos como en un pueblo de ángeles", puesto que "el Derecho libera a quien está sujeto a él de la necesidad de ser virtuoso"; una de las conclusiones que Félix Ovejero extrae de su análisis del *homo economicus (Ascenso y caída del homo economicus*) es que "la vida social, incluida la económica [y, por tanto, también la jurídica], resulta imposible entre *homines economici*", "una sociedad de egoístas racionales resulta económicamente imposible".

¿Qué es lo que explica esta aparente paradoja? Pues simplemente que el análisis de Ovejero de esa noción es un análisis crítico, aunque la conclusión a la que llega no es que debamos descartar completamente esa idea de persona, sino que debemos matizarla. Su estudio parte de mostrar cierta ambigüedad que puede encontrarse en la noción de *homo economicus*, puesto que la misma es susceptible de varias interpretaciones. La que a él le parece que es más precisa es la que consiste en entenderla como una teoría empírica que, en una de sus formulaciones (que aquí nos interesa porque se acerca al concepto jurídico de "ponderación"), vendría a decir que "ser racional significa tomar decisiones de acuerdo con el criterio coste-beneficio, es decir, realizar una actividad si y sólo si los beneficios son superiores a los costes"; definición a la que se añaden dos precisiones: las personas racionales conceden un gran peso únicamente a los costes y beneficios que les afectan a ellos (son egoístas); y las personas actúan eficientemente, de acuerdo con las aspiraciones y los objetivos que tengan en cada momento (se excluyen, pues, los objetivos a largo plazo; podríamos decir: los intereses).

Pues bien, Ovejero muestra de manera extremadamente clara y persuasiva (sintetizando la amplia discusión que sobre todo ello ha tenido lugar en los últimos tiempos) que esa idea de hombre es falsa y también inadmisible. Es falsa, en la medida en que existen muchas pruebas empíricas de que los hombres no actúan siempre movidos exclusivamente por el egoísmo, y tampoco de manera racional (según la noción de racionalidad del modelo). Y no es deseable, porque, como antes veíamos, si los hombres fueran realmente así, al menos algunas de nuestras instituciones más básicas no podrían existir: ni el mercado, ni tampoco el Derecho. Sin embargo —esta es la conclusión a la que llega el autor— esas críticas a la teoría no significan que debamos abandonar completamente la noción de *homo economicus*. No deberíamos hacerlo, dado que es parcialmente verdadera (que no seamos egoístas en muchas ocasiones no quiere decir que seamos altruistas a tiempo completo), y que esa noción de comportamiento racional, aunque falsa descriptivamente, puede cumplir una útil función normativa: puede servir, al menos en ciertos casos, como ideal regulador de la conducta. Y aunque en el artículo no se hace referencia a ello, es

obvio que esa noción de racionalidad —de persona— es la que subyace al llamado *análisis económico del Derecho*, cuyas limitaciones teóricas obedecen precisamente a las razones expuestas por Ovejero: la teoría ofrece un modelo útil, desde un punto de vista explicativo y justificativo, en relación con muchas instituciones jurídicas; pero, por ejemplo en relación con el razonamiento justificativo judicial, la maximización de la riqueza, las razones económicas, pueden en ocasiones resultar derrotadas por otras que apelan a la equidad o a otros componentes de la justicia. Por lo demás, si esa noción de racionalidad la generalizáramos suficientemente y la viéramos en términos de un adecuado balance entre costes y beneficios, con lo que nos encontraríamos sería precisamente con la noción de ponderación que, como se sabe, para algunos juristas (o iusfilósofos) sería algo así como el principio último que rige todos los procesos de fundamentación jurídica.

El trabajo de Liborio Hierro, *¿Quién tiene derechos humanos?*, está, cabría decir, en la encrucijada trazada por los otros cuatro. No se ocupa del concepto de persona (o persona racional) sin más, ni de las personas en cuanto sujetos de derechos y de obligaciones establecidos por un Derecho positivo, sino de "quién debiera tener, en cualquier sistema jurídico, ciertos derechos moralmente muy importantes, es decir: quién tiene derechos humanos". El autor defiende que *todos* los seres humanos y *sólo* los seres humanos son los titulares de esos derechos, pero eso supone haber resuelto de una cierta forma (aceptar lo que él llama "el prejuicio de la especie") algunos casos marginales, que plantean problemas en los que se ha centrado en buena medida el debate ético (y jurídico) contemporáneo. La tesis defendida por Hierro es entonces la de que *no* tienen derechos entidades o individuos que pueden llegar a ser humanos (los fetos) o que han sido humanos (los muertos) o que se componen de seres humanos (los grupos) o que simplemente no son humanos (los animales, las plantas, la naturaleza); mientras que *sí* los tendrían (basándose precisamente en "el prejuicio de la especie") los niños recién nacidos y los incapaces absolutos. Obviamente, la postura de Hierro se basa en una concepción general, filosófica, de las personas (como agentes morales libres e iguales) y tiene consecuencias evidentes en el campo del Derecho positivo, aunque menos radicales de lo que pudiera parecer a primera vista: por un lado, porque aunque no cabe hablar de derechos sin deberes correlativos, si que se pueden tener deberes no correlacionados con derechos, lo que permite fundar la existencia de deberes hacia los animales o hacia la naturaleza; y, por otro lado, porque aunque no se reconozcan genuinamente derechos colectivos (como derechos humanos o fundamentales) es posible proteger lo que a veces se denomina derechos de las colectividades, simplemente protegiendo el derecho de cada uno de los individuos que componen esa colectividad.

De todas formas, cabría pensar que el trabajo deja abiertos algunos problemas que, efectivamente, no tienen una fácil solución. Pues, aun aceptando la tesis de que la titularidad de los derechos morales (humanos) no puede extenderse "a ningún tipo de entidad individual o colectiva que no sea un agente moral o pertenezca a la misma especie que los agentes morales", lo que parece que sigue siendo discutible es cuáles serían los rasgos que hacen que una entidad sea un agente moral. ¿Por qué no pensar que la dignidad —la personalidad moral— no es una cuestión de todo o nada y que, en consecuencia, podría atribuirse cierta dignidad a algunos animales (los primates superiores) a los que se reconocería así *algunos* derechos humanos (a la subsistencia, o a no ser maltratados), de manera parecida a como hacemos con miembros de nuestra especie, a los que reconocemos intereses, aunque carezcan de la conciencia de ese interés? La cuestión parecería especialmente pertinente si se tiene en cuenta que Hierro considera que los derechos humanos son derechos subjetivos y que, en la clásica polémica a propósito de los derechos subjetivos entre los partidarios de la teoría de la voluntad y del interés, él se alinea en este segundo grupo: los derechos subjetivos, para él,

no deberíamos verlos como poderes de la voluntad protegidos por el Derecho, sino como intereses jurídicamente protegidos.

El artículo de María Paz García Rubio, *La persona en el Derecho civil. Cuestiones eternas y algunas otras nuevas*, muestra cómo una buena parte de los cambios que han tenido lugar en el Derecho civil en los últimos tiempos tienen que ver con la evolución del concepto de persona, lo que no puede resultar extraño cuando el propio Derecho civil se autodefine (y la autora está de acuerdo con ello) como un Derecho de la persona: tanto en los aspectos patrimoniales como en los relacionales y afectivos. Pues bien, en los códigos civiles clásicos (incluido el español) la idea de persona se caracteriza, según García Rubio, por tres notas básicas: *funcionalidad,* de manera que la persona sería un centro de imputación de derechos y obligaciones; *abstracción:* sería un concepto puramente técnico —una abstracción— que abarca tanto al ser humano como a las "personas jurídicas"; y *patrimonialidad*: los preceptos dedicados a fijar el nacimiento y el fin de la persona persiguen propósitos estrictamente patrimoniales. Sin embargo, esa noción habría sido superada como consecuencia de cambios tanto normativos (declaraciones de derechos y constituciones "normativas") como doctrinales; lo que habría cambiado sería que las personas (las personas físicas) no se ven ya como construcciones jurídicas, sino como un tipo de realidad o de valor (la dignidad humana) que preexiste al Derecho y que conforma (o debería conformar) las instituciones jurídico-civiles de una cierta maneras. La noción de dignidad (o las razones que cabe esgrimir a partir de esa idea) es efectivamente la clave para resolver, entre otras muchas cuestiones, aquellas que tienen que ver con la maternidad subrogada, el derecho a la identidad sexual, a tomar decisiones sobre el propio cuerpo, el fin de la propia vida, la clonación o la investigación con células madre, los trasplantes, los límites a la capacidad de obrar y, naturalmente, con los llamados derechos de la personalidad (honor, intimidad personal, propia imagen), que suelen considerarse como especialmente fundamentados en el principio o el valor de la dignidad. Todo lo cual plantea la necesidad de una labor de construcción conceptual de la noción de dignidad y de otras —menos abstractas— con ella asociadas, y quizás también —como en el caso del trabajo de Hierro— suscita la necesidad de configurar la dogmática jurídica y la teoría general del Derecho como actividades con funciones no meramente descriptivas, explicativas y sistemáticas, sino también normativas y valorativas.

Finalmente, José Antonio Ramos Vázquez (*En terreno de Dioniso: algunos apuntes sobre el concepto persona en el Derecho penal)* se ocupa de varios problemas que la noción tradicional de persona plantea en el campo del Derecho penal: la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la prohibición penal de maltratar animales y, de manera más incidental, la protección penal del feto y del cadáver humano, y la noción de no-persona en el llamado "Derecho penal del enemigo" de Jacobs (noción esta última que el autor considera directamente un sinsentido). Ramos es escéptico sobre la posibilidad de que se puedan llegar a aclarar las nociones de persona y de dignidad: "el término *persona* es confuso y sólo funciona en casos en los que no hay nada que discutir, mientras que oscurece no pocas cuestiones de interés para mi disciplina", "el carácter de concepto *in progress* y paradójico de *persona* se exacerba cuando lo mezclamos con *digno* o *sagrado* ". Y su propuesta parece consistir más bien en prescindir de esa noción: "*persona* o no significa nada o plantea límites de los que no es tan difícil que nos liberemos". Lo que no queda claro es si existe alguna otra noción que, en su opinión, pudiera jugar el papel que, como hemos visto en los anteriores trabajos, desempeña la noción de persona. O si se trata, simplemente, de propugnar algo así como un escepticismo metodológico o conceptual radical.

MAN AS AN END IN ITSELF: A KANTIAN APPROACH TO THE IDEA OF A PERSON

RESUMEN

El principal componente en la idea kantiana de persona es la idea del hombre como un fin en sí. Esta idea va siempre ligada en Kant a la idea de libertad y a la idea del carácter formal de los principios de la moral y del derecho. Pero la idea de fin en sí es de por sí oscura y no es fácil ver cómo queda ligada con las otras dos ideas. Arrojar luz sobre este punto significa aclararnos también sobre el estado actual de la cuestión tanto en lo que se refiere a la idea de persona como en lo que se refiere a las relaciones entre moral y derecho, pues se trata de un conjunto de cuestiones que derivan casi todas ellas o bien de Kant o de la polémica con él.

PALABRAS CLAVE

Fin en sí, libertad, persona, Moral, Derecho, Kant

ABSTRACT

The main component in Kant's idea of a person is the idea of man as an end in itself. This idea is always linked in Kant to the idea of freedom and to the idea of the formal character of the principles of morals and right. But the idea of an end in itself is obscure per se, and it is not easy to see how it is linked to the other two ideas. To throw light on it also clarifies the present state of the question, both as regards the concept of a person and as regards the relations between morals and right, since they constitute a set of questions that derive, almost all of them, either from Kant or from the polemic with him.

KEYWORDS

End in itself, freedom, person, Morals, Law, Kant

EL HOMBRE COMO FIN EN SÍ: UNA APROXIMACIÓN KANTIANA A LA IDEA DE PERSONA

Manuel Jiménez Redondo
Universitat de València

Sumario: 1. Noción de persona. 2. Motivos de la moral kantiana. 3. Motivos de la teoría kantiana del derecho. 4. Los concepto de fin para sí y de fin en si. 5. La definición romana de libertad. 6. Especulaciones sobre el origen. 7. Sobre qué clase de cosa sea la persona. 8. La persona como cosa sacra. 9. Moral y derecho

1. NOCIÓN DE PERSONA

En la *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres* Kant introduce la noción de persona en estos términos: "Los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad sino en la naturaleza tienen, cuando no son racionales, sólo un valor relativo, y reciben por eso el nombre de *cosas*. En cambio, los seres racionales reciben el nombre de *personas* porque su propia naturaleza los distingue como *fines en sí mismos*, es decir, como algo que no es legítimo usar sólo como medio y que, por tanto, restringe todo arbitrio (y es objeto de *respeto*). Estos fines en sí mismos no son, pues, meros fines subjetivos, cuya existencia como efecto de nuestra acción tenga para nosotros un *valor relativo*, sino que son fines objetivos, es decir, son cosas cuya existencia es en sí misma un fin, en cuyo lugar no se puede poner ningún otro fin al que esas cosas hubieran de servir sólo como medios, pues sin esa existencia no habría absolutamente nada de *valor absoluto*; y si todo valor fuese condicionado y, por tanto, contingente, no podría encontrarse para la razón ningún principio práctico supremo[1]."

En la introducción de *La metafísica de las costumbres* Kant introduce la noción de persona haciéndole seguir inmediatamente una consecuencia realmente llamativa. Dice: "*Persona* es aquel sujeto cuyas acciones son susceptibles de imputación. Por tanto, la personalidad moral no es otra cosa que la libertad de un ser racional bajo leyes morales (y la psicológica simplemente la facultad de ser consciente de sí mismo en sus diversos estados, de ser consciente de la identidad de su existencia); de donde se sigue que una *persona* no está sometida a otras leyes que a aquellas que ella misma se da (o bien ella sola o bien junto con los otros)[2]."

Y la *Antropología* de Kant se inicia con este conocido pasaje: "El que el hombre pueda tener en su representación el *yo*, lo pone infinitamente por encima de todos los demás seres que viven en la tierra. A causa de esa representación es una *persona* y, en virtud de la unidad de conciencia en todos los cambios que puedan acontecerle, una y la misma *persona*, es decir,

un ser que por rango y dignidad se distingue de todas las cosas, como son cosas también los animales carentes de razón, de las que se puede disponer a voluntad[3]."

El problema de estos pasajes es que lo principal de lo que en ellos se dice puede muy bien quedarse para el lector en algo puramente edificante carente de concepto, que se desharía casi por completo al contacto, por ejemplo, con la ciencia empírica, para la que no serían sino un resto de superstición. Importa, pues, ver cuál es su textura conceptual,

2. MOTIVOS DE LA MORAL KANTIANA

En lo que sigue me voy a referir a temas muy conocidos de la ética y de la filosofía del derecho y de la filosofía teórica de Kant, particularmente ligados a la noción de *persona*, que tienden todos a coincidir en un punto que se caracteriza por una especial oscuridad, l*a idea del hombre como un fin en sí*. Y simplemente voy a exponer lo que me parece que es una forma de aclararlo. Aclararnos sobre él es aclararnos sobre lo que para Kant, como acabamos de ver en el primero de los textos que he citado, es central en el concepto de persona en el campo de la moral y del derecho. Y a su vez, aclararnos sobre lo que Kant dice, es aclararnos sobre el estado actual de la cuestión, pues casi todo lo que cabe decir hoy sobre el concepto de persona en sentido moral o en sentido jurídico deriva de Kant o de la polémica con él. Pero precisamente por eso voy a tratar de mirar a Kant desde lo que se sigue de él y desde la visión que él permite sobre lo que le antecede, a fin de aproximarnos a la idea de persona desde la perspectiva que así se nos abre.

Dos temas muy conocidos de la teoría ética de Kant son su idea de la libertad como *ratio essendi* de la ley moral y a su vez su idea de la ley moral como *ratio cognoscendi* de la libertad. Sabemos que somos libres porque estamos sometidos al mandato categórico de nuestra razón de obrar de manera que podamos querer que la máxima de nuestra acción, es decir, la razón que podemos dar para nuestra acción, pueda convertirse en ley para todos los seres racionales. Pero con estos dos temas Kant vincula, casi siempre de súbito, otro motivo que para él es central, es el del hombre como *fin en sí*. Ese carácter pone al hombre en rango y dignidad por encima de todo otro ente en el mundo. En Kant, una y otra vez, estos tres motivos, el de la libertad, la ley moral que no puede contener sino la forma de un imperativo y la idea del hombre como un fin en sí, que son ingredientes los tres de la noción de persona, se co-implican, pero en lo que respecta al último, no se ve exactamente cómo.

3. MOTIVOS DE LA TEORÍA KANTIANA DEL DERECHO

3.1. De modo casi simétrico, hay otros tres motivos que para Kant también se co-implican, pero sin que se vea sin más cómo se co-implican, esta vez en el caso del *derecho*. En la "filosofía del derecho" de *La Metafísica de las costumbres* Kant empieza introduciendo un "principio general del derecho", conforme al que "es legítima, toda acción conforme a cuya máxima mi libertad de arbitrio sea compatible con la de cualquiera conforme a una ley general", de forma que si, en lo que respeta a la acción que me propongo ejecutar, mi libertad de arbitrio puede ser compatible con la de cualquiera conforme una ley general y se me impide ejecutarla, se me está haciendo injusticia[4].

Este principio queda a su vez completado con lo que Kant llama "principio del derecho público", conforme al que esa *ley general* ha de poder entenderse como proviniendo de forma efectiva de la voluntad unida de todos, pues en lo que otros pueden imponerme —dice Kant— pueden hacerme injusticia, puede haber vulneración del principio general del derecho, pero no en lo que yo me impongo a

mí mismo junto con todos los demás a fin de hacer viable la igual libertad, ya que *volenti non fit iniuria*, ya que a quien quiere o consiente, aunque se haya equivocado al querer o consentir, propiamente no se le ha hecho injusticia[5].

Y pese a las inconsistentes vueltas que en otros pasajes da Kant tratando de distinguir entre una *ciudadanía activa* y otra *pasiva*[6], parece que lo que sostiene tanto al principio general del derecho como al principio del derecho público, es decir, parece que lo que sostiene o sostendría el orden del derecho construido sobre estos dos principios es el *praeceptum iuris* de *honeste vivere*, el imperativo que podríamos formular diciendo: no te dejes tratar nunca sólo como un medio, exige ser tratado siempre también como un *fin en sí*[7]. Para Kant, por tanto, la idea de tal orden de derecho y la idea del hombre como *fin* en *sí* van juntas, son ideas que se co-implican, aunque no sea vea del todo cómo, pues ni siquiera está del todo claro qué es lo que quiere decir exactamente *fin en sí*.

3.2. Tenemos, pues, que cuando Kant habla de moral, las ideas de libertad, del carácter formal del principio moral y del hombre como fin en sí se co-implican. Y que cuando habla del derecho, la noción de libertad, de principio general del derecho y de "principio del derecho público", es decir, de *principio de libertad* y de *principio democrático*, y la idea del hombre como fin en sí se co-implican también. Pero en el campo del derecho sucede además que esta co-implicación implica a su vez *la esencial no moralidad del derecho*, en el sentido de que la *legalidad* o *no legalidad* de un comportamiento difiere de la *moralidad* o *no moralidad* de *éste*, es decir, que por esencia derecho y moral han de considerarse campos si no estrictamente separados sí *esencialmente* distintos, por más que puedan solaparse, aunque nunca del todo, en lo que se refiere a principios.

Pues bien, el responsable de esta última implicación, de esa diferencia entre moralidad y legalidad y, por tanto, entre moral y derecho parece ser otra vez el motivo del hombre como un fin en sí. La idea de Kant es que el orden del derecho da articulación, concreción y viabilidad al igual derecho de libertad como "único derecho innato que asiste al hombre en virtud de su humanidad"[8]. Pero el derecho, dice Kant, es la libertad siendo ley para sí misma en sus relaciones *externas*, y, por tanto, un orden coercitivo conforme a razón. Es decir, yo no puedo exhibir ningún argumento serio en contra de que se me imponga externamente un orden atenido a esos dos principios. E internamente, yo tengo el deber moral de respetar un orden atenido a esos dos principios que son imperativos de la razón. Pero utilizar la coacción jurídica para asegurar también mi atenencia interna a esos principios, y en general utilizar la coacción jurídica para imponer un orden moral, sería utilizarme como instrumento de mi propia perfección moral. Y utilizarme como instrumento incluso de mi propia perfección moral sería vulnerar el principio que habría de sostener todo el orden del derecho, a saber: el *praeceptum* que dice: no te dejes tratar nunca sólo como un medio, ni siquiera de tu propia virtud moral, exige ser tratado siempre también como un fin en sí, precisamente como libre.

Y Kant pone el ejemplo de la mentira. Mentir es tan inmoral[9] como prohibir jurídicamente la mentira sería una vulneración del derecho de libertad[10]. Hay mentiras que como engaños son vulneraciones de los derechos del prójimo, y son y han de ser objeto de sanción *como tales vulneraciones*. Pero si miento de forma que está en manos del prójimo el creerme o no creerme, y lo más que ocurre es que el prójimo queda convicto de candidez al creer al mentiroso que soy yo, sería injusto que se me quisiese obligar coactivamente a no mentir, no sería justa la ley que prohibiese la mentira. La ley que lo intentase, estaría tratando de convertirme en instrumento de mi propia moralidad, no me estaría tratando como un fin en sí. Se diría que es la idea del hombre como fin en sí la que funda tal diferencia entre un exterior y un interior, o dicho de otro modo: la que deja definitivamente suelta toda la libertad de arbitrio individual

4. LOS CONCEPTO DE FIN PARA SÍ Y DE FIN EN SI

4.1. Pero si hemos de aclararnos acerca de qué quiere decir *fin en sí*, empecemos por aclararnos acerca de lo que, aun estando muy próximo, no puede querer decir.

Fin significa el objeto o el motivo por el que se ejecuta una acción. Y si sin más hacemos aquí nuestra la idea que Heidegger desarrolla en *Ser y tiempo* de que el hombre (la existencia, la existencia humana, el *Dasein*) es un ente para el que en su ser se trata siempre de ese mismo ser, tenemos que la existencia humana se es un fin, se es la *causa finalis* de sí misma, ella se es el objeto o el motivo por el que en último término se actúa siempre. Pues bien, en las exposiciones que se hacen de la ética kantiana, esta idea de la existencia humana como fin tiende a convertirse en otro punto oscuro en el que no se repara, porque la expresión *fin en sí* tiende a malinterpretarse como *fin para sí*. El hombre sería para sí un fin, lo cual parece cerrar al hombre sobre sí.

Aclaremos esta idea de *fin para sí*[11], en la medida en que sea susceptible de aclararse. En el capítulo segundo del *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Locke introduce la noción de derecho de libertad. Yo doy conmigo en el mundo —viene a decir Locke— sin haberme puesto yo, y esa existencia mía con la que me encuentro es algo muy poblado, es un con-ser con los demás. Ese con-ser es desde luego insustituiblemente el mío, pero eso no quita para que ese con-ser sea efectivamente un con-ser (*Mit-sein,* dice Heidegger). Y entre los demás, hay muchos, o algunos de ellos, que se me presentan con la pretensión de que yo estoy puesto a su cargo por el Creador y de que, por tanto, son ellos los que en las cuestiones importantes han de decidir sobre mi existencia. Pero cuando pienso bien las cosas dándole vueltas a tal pretensión, no puedo dejar de llegar a la conclusión de que, si el Creador me ha puesto a cargo de alguien, ha sido a cargo mío. Por tanto, es a mí a quien corresponde organizar mi existencia como me plazca, respondiendo de ello sólo ante el Creador, *sin pedir autorización ni permiso a nadie* con la única limitación de *reconocer esa misma facultad a todos los demás*[12].

La *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789 repite esta misma noción de libertad de J. Locke, y Kant la toma de la *Declaración* convirtiéndola en "principio general del derecho". El artículo 4 de la *Declaración* dice así: "La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro; por eso el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre (que Kant reduce a este derecho innato de libertad, y que, bien mirado, en la propia *Declaración* ya se reducen a él) no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley". De forma efectiva, es decir, como principio del derecho existente, la libertad se vuelve así absoluta, sólo queda limitada por la igual libertad.

Y de la *ley* con la que se determinan esos límites dice el artículo 6 de la *Declaración* que "la ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione". La fórmula "La ley es la expresión de la voluntad general" está tomada directamente del libro segundo de *El contrato social* de J. J. Rousseau, y Kant la toma a su vez de Rousseau y de la *Declaración* y la convierte en "principio del derecho público". El "principio general del derecho" o *principio de libertad* y el "principio del derecho público" o *principio democrático*, son, pues, los dos principios, uno procedente de Locke y otro de Rousseau, que Kant articula en su filosofía del derecho[13].

4.2. Pero en realidad en la idea de libertad de Locke hay un punto oscuro. En el capítulo 5 del *Segundo tratado sobre el gobierno* de Locke, que trata de la *propiedad*, la noción de libertad se vuelve ambigua en un punto que tiene importantes consecuencias que siguen siendo tema de debate, pues algunas de

esas consecuencias son "cuestiones mortales", como dice el título de un libro de Th. Nagel. En ese capítulo 5 la idea de *libertad* queda vinculada con toda razón con la idea de *propiedad*, pues no estar a cargo de nadie significa que *conmigo y con lo mío* yo puedo hacer lo que me plazca, sin pedir autorización ni permiso a nadie con la limitación de reconocer ese mismo derecho a todos (y podríamos añadir que ello en condiciones tales que ese derecho no quede desvirtuado y no se convierta en una fábula, es decir, podemos incluir aquí, aparte de la institucionalización general del principio de democrático, también la parcela particular que representan las regulaciones contemporáneas del *estado social,* yendo, por supuesto, mucho más allá de Locke). Lo que no está claro, lo totalmente ambiguo, es si este encontrarse el hombre como no estando, bien miradas las cosas, a cargo de nadie, sino a su propio cargo, ha de entenderse, digámoslo en términos jurídicos, como *usufructo* o como *propiedad*. Pues el hombre no se ha puesto a sí mismo, él se encuentra ya puesto. ¿Y él es suyo o no es suyo? ¿Es propietario o es sólo usufructuario emplazado (como se sugiere en el capítulo 2), que se ocupa él a sí mismo y se encarga él de sí mismo pero sin tenerse en propiedad, de suerte que el propietario, transcurrido el plazo del usufructo, puede venir a reclamar lo que es suyo? Esta pregunta aparentemente inocua, sólo tiene de inocua la apariencia, pues tiene importantes consecuencias inmediatas, precisamente en el terreno de lo legítimo o no legítimo en derecho, es decir, a lo que es legítimo que el derecho permita o prohíba y, por tanto, en lo que respecta a la regulación jurídica de la igual libertad. Por ejemplo: en ejercicio de su libertad, en el ejercicio de no estar sino a su propio cargo, ¿puede el hombre decidir venderse, o no puede decidir venderse? O en lo que se refiere a la cuestión de la legitimidad de una clase de eutanasia: ¿puede el hombre disponer sobre su vida de suerte que tal capacidad de disposición pueda fundar la facultad de dar a otro el permiso o hacerle el encargo de que *directamente* se la quite? Eso puede hacerlo el propietario de un bien, pero no un usufructuario, que no puede ni enajenarlo ni destruirlo[14].

El texto de Locke en el capítulo 5, a que me refiero, es éste: "Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores sirvan a todos los hombres en común, no es menos cierto que la *propiedad de su persona* la tiene cada hombre. Nadie a excepción de él mismo tiene derecho alguno sobre ella. También podemos asegurar que el esfuerzo de su cuerpo y la obra de sus manos son auténticamente suyos (al igual que los productos de sus facultades y de su inteligencia, y también éstas). Por tanto, siempre que cualquiera arranca una cosa del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, ha puesto algo de su esfuerzo en esa cosa, le ha añadido algo que es exclusivamente suyo y por ello la ha convertido en su propiedad . Resultando, pues, el trabajo o esfuerzo personal propiedad indiscutible de quien lo realiza, nadie puede tener derecho al resultado de esa adición, al menos *mientras quede tanto y tan bueno para los demás*[15]."

4.3. *Fin* es lo que ya no es medio, sea relativamente, o absolutamente. Según estas explicaciones de Locke (prescindamos de la cuestión del trabajo como base de la apropiación, de la segregación respecto al venir inicialmente dado todo a todos los hombres en común), según estas explicaciones de Locke, digo, el hombre no es algo de lo que otro pueda disponer como una cosa, ya que no está ni para otra cosa ni para otro, y, por tanto, en este sentido no es un medio o no es sólo un medio del que otro se pueda servir, sino que es un fin o siempre también un fin, ya no un fin relativo sino absoluto. Ahora bien, él tiene la *propiedad de sí*. Por tanto, no siendo sino un fin, o siendo siempre también un fin respecto a los demás y respecto a cualquier otra cosa, es, sin embargo, un fin con derecho a disponer de sí como propietario de sí. El hombre, por tanto, es un fin que como fin se duplica en fin y medio y es fin sólo para él en el sentido de poder ser un medio completo para sí mismo, del que él podría disponer enteramente según su arbitrio. Él es *un fin para sí.*

A esto se opone Kant. Podemos entender que lo que Kant quiere decir es que esta idea de *fin para sí*, que flota en esta auto-comprensión lockeana de la libertad moderna, expresa una auto-comprensión que es incoherente, si no contradictoria. Este fin para sí, este fin que queda ahí para sí a disposición de sí mismo, es un quedar por encima de sí que se ignora a sí mismo en lo incondicionado de ese su carácter de estar por encima de sí y que, por tanto, se yerra a sí mismo, y en cierto modo se borra a sí mismo como fin. La idea del hombre como *fin en sí* es en Kant el resultado de la corrección de esa ignorancia y de ese errarse.

5. LA DEFINICIÓN ROMANA DE LIBERTAD

5.1. Para cobrar claridad acerca de qué quiera decir en definitiva Kant con la idea de *fin en sí*, que no debe confundirse con la de *fin para sí*, daré un rodeo siguiendo a Kant por el lado de la filosofía del derecho, pues creo que esa idea del hombre como fin le nace a Kant principalmente de su formación jurídica.

La filosofía del derecho de Kant se inserta (y, por tanto, inserta a la *Declaración* de 1789, de la que esa "filosofía del derecho" de *La metafísica de las costumbres* es un comentario) en esa tradición de comentarios a las instituciones del derecho romano, que, vista desde la edad moderna, tiene como referente principal el *Corpus iuris* de Justianiano, del siglo VI, y que comprende fenómenos como la escuela de Salamanca, con Francisco de Victoria sobre todo, y todo el iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIIII, con Grocio y Pufendorf principalmente, y otros. Como digo, a esta tradición pertenece la filosofía del derecho de Kant, y en general el pensamiento ético-jurídico de Kant en general se inserta en ella, o por lo menos se lo puede mirar muy bien desde ella, pues de ella parte. A esa tradición pertenece aún, o de ella se hace eco aún, la "Filosofía del derecho" de Hegel, ya determinada por Kant. Esta tradición se deshace desde mediados del siglo XIX con el positivismo jurídico, y también con el historicismo[16]. Puede decirse que la filosofía política moderna (Bodino, Hobbes, Locke y Rousseau…) o bien nace en el seno de ella, o bien la supone siempre o casi siempre como trasfondo. Y algunas de las ideas que se gestaron dentro de ella o que la supusieron como trasfondo retornan en el siglo XX, evocadas muy de lejos por planteamientos contractualistas y kantianos en filosofía moral, política y jurídica, del tipo de los que representan Rawls, Habermas, etc.

Los principales artífices, tanto intelectuales como políticos, de la organización política moderna, fueron casi siempre de formación jurídica. Por eso el asomarnos a esta tradición de comentarios nos puede servir para darnos cuenta de algo muy simple y que casi es una verdad de Perogrullo, a saber: que conceptos fundamentales y estructuras jurídicas básicas conforme a los que se articula la existencia ética, política y jurídica moderna nacen de una reinterpretación de conceptos de derecho romano, que unas veces se limita a sacar consecuencias de ellos y otras introduce en ellos una pequeña distorsión o hace traslaciones de ellos, que engendran una abismal diferencia respecto a lo que esos conceptos eran en su origen. Pero en este último caso se trata de traslaciones, a las que, si las consideramos *a posteriori*, esos mismos conceptos parece que invitaban.

El *Corpus iuris* de Justianiano, tal como ha llegado a nosotros, tiene cuatro ingredientess, las *Instituciones*, el *Digesto*, la *Código*, las *Novellae*. Pues bien, casi todos los principales representantes del pensamiento moral, político y jurídico moderno se hacen eco del *Digesto* y sobre todo de las *Instituciones*, que son una introducción para los estudiantes de derecho. El contenido de éstas trasparece en el pensamiento moderno en todo momento. Y en las *Instituciones,* con un poco de paciencia, podemos encontrar lo que es al menos una visualización particularmente potente de lo que Kant, que se hace sobre todo eco del texto de la *Instituciones*, quiere decir con la idea del hombre como fin en sí.

5.2. De los cuatro libros de que constan las *Instituciones* de Justiniano, el primero contiene una introducción general al derecho, y el derecho de personas; y el segundo, el derecho de cosas. Aquí nos interesan los títulos iniciales de los libros primero y segundo.

El libro primero tiene, como digo, dos títulos iniciales introductorios a las *Institutiones* en general, el primero trata *de iustitia et iure,* sobre la justicia y el derecho. Y el segundo, *de iure naturali, gentium et civili*, sobre derecho natural, de gentes y civil. Y sigue un tercer título, *de iure personarum*, que es la introducción al derecho de personas y que contiene la *summa divisio* del derecho de personas. Y el libro segundo, que versa sobre el derecho de cosas, comienza también con un título de introducción general al derecho de cosas, que versa sobre la *divisio rerum*. Pues bien, recurriendo a esos tres primeros títulos del libro primero y al primer título del libro segundo nos topamos enseguida en conceptos de derecho romano con la cuestión de *qué clase de cosa es la persona*, la cual nos puede llevar a aclararnos acerca de la idea de Kant de la persona como un fin. Y con ello no voy a hacer sino seguir a Hegel cuando dice en su "Filosofía del derecho" que el concepto *moderno* de *persona* deriva del derecho romano y del Cristianismo[17]. En Kant esto se vuelve evidente.

5.3. En el título primero del libro primero, que trata de *iustittia et iure*, después de definir la justicia como la firme y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo, se recoge la fórmula del jurisconsulto romano Ulpiano, a la que ya he hecho referencia más arriba, conforme a la que los mandatos, las directrices generales sobre las que sostiene el derecho, son *honeste vivere*, vivir honestamente, *alterum non laedere*, no dañar a otro, y *suum cuique tribuere* y dar a cada uno lo que es suyo. *Honeste vivere*, la mejor forma de entender esto, dice Kant en su comentario a este párrafo de las *Institutiones* en su "Filosofía del derecho"[18], es hacerle decir algo que seguramente no es lo que Ulpiano tenía en la cabeza, pero que pese a eso es la mejor manera de entender aquello a lo que ese precepto apunta como base del derecho mismo: *honeste vivere*, vivir honestamente, es decir, ni trates a los demás ni te dejes tratar nunca por los demás sólo como un medio, sino exige ser tratado siempre también como un fin en sí, aunque el tirano Falaris te amenace con su toro de bronce. O como decía otro romano, Juvenal, *summum crede nefas animam praeferre pudori et propter vitam vitae perdere causas,* piensa que no hay nada más nefando que preferir la vida a la vergüenza y por amor a la vida perder lo que da sentido a la vida[19]. Es decir, tratar y exigir ser tratado siempre también como un fin significa un saberse y ponerse por encima de sí, un quedar por encima de uno mismo como siendo esa la propia altura de uno, y, por tanto, como excediendo uno cualquier altura y cualquier cosa. Pero con esto no hemos aclarado aún nada, no hemos hecho sino poner de nuevo a la vista la idea del hombre como fin en sí.

5.4. Prosigamos con otro asunto. Todavía en ese primer título *de iustitia et iure* del libro primero, se sigue diciendo que el orden todo del derecho se divide en derecho público y derecho privado, y que éste es esencialmente *tripartito*. Se compone de preceptos del derecho natural, de los preceptos del derecho de cada ciudad o Estado, y de los preceptos del derecho que rige las relaciones entre miembros de diferentes ciudades o Estados. Kant corrige o más bien precisa y comenta. Sobre la base de la libertad y del derecho de libertad como único derecho innato que asiste al hombre en virtud de su humanidad, el orden del derecho tanto del derecho privado como del derecho público es esencialmente tripartito, se compone del derecho de cada Estado, del derecho que rige relaciones entre Estados y entre individuos de distintos Estados, y del derecho de tránsito cosmopolita, es decir, del derecho que ha de regir las relaciones entre todos los individuos y todos los Estados como formando todos parte de una misma cosmopolis. Aquí Kant se hace eco de las ideas de Francisco de Victoria, de Hugo Grocio y de Samuel Pufendorf, y direc-

tamente depende sobre todo de un tratado de G. Achewall que Kant utilizó siempre para sus clases y que tiene las fuentes que he dicho[20].

Y el orden del derecho es siempre tripartido —dice Kant— en virtud de la *globalidad* de la existencia humana, es decir, del tener la especie humana por residencia un *globo*, el globo terráqueo, de suerte que si, para evitar el conflicto con el prójimo, opto por alejarme sistemáticamente de él, en el límite no evitaré el conflicto, pues no habré hecho sino dar toda la vuelta y acabar encontrándome con el prójimo en el mismo sitio, es decir, que al aumentar la facilidad de la relaciones y la facilidad del tránsito y al aumentar la complejidad de esas relaciones y de ese tránsito los asuntos de todos se relacionan con los asuntos de todos, y también en esa perspectiva ha de regularlos el derecho. Por eso dice Kant que la articulación del derecho de libertad, en las tres partes que esa articulación esencialmente contiene (derecho estatal, derecho interestatal y derecho cosmopolita) ha de atenerse en las tres al principio de libertad conforme a leyes generales y al principio democrático, de modo que, si en este aspecto falla o flaquea una de esas tres partes, el resultado será que fallarán también las otras dos, en mayor o menor medida[21]. Lo cual se hace cada vez más patente.

5.5. Sigue después en el título segundo del libro primero una breve descripción de los elementos de esta tripartición de la que se compone el orden global del derecho. Y en esa descripción, al hablar del derecho de gentes, se introduce una ambigüedad que enseguida se corrige, pero que ha cobrado una fundamental importancia y ha tenido consecuencias conceptuales importantes en esta tradición de comentarios. Consiste en que hablando de la diferencia entre el derecho de cada Estado y el derecho que rige las relaciones entre Estados (o entre individuos de distintos Estados), o derecho de gentes, parece borrarse en las *Instituciones* la diferencia entre *derecho de gentes* y *derecho natural*[22], pues el texto de ese título dice que "el derecho que cada pueblo constituye para sí, éste es el derecho propio de cada Estado mismo pero el derecho que la *razón natural* constituyó entre todos los hombres y se guarda igualmente en todos los pueblos es llamado derecho de gentes como usado en todas ellas"[23]. Si entendemos por *derecho natural* el constituido por la *razón natural,* parece, pues, que derecho natural y derecho de gentes son una y la misma cosa[24]. Pero no son una y la misma cosa, pues en ese mismo título segundo del libro primero se señala un poco después una fundamental diferencia. "El *derecho de gentes* es común a todo el linaje humano. Pues las naciones establecieron entre sí ciertas leyes, exigidas por el uso y por las necesidades humanas: surgieron las guerras y con ellas las cautividades y servidumbres (*captivitates et servitutes*) que son *contrarias al derecho natural*, pues por derecho natural desde el principio todos los hombres nacían libres, *iure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur*[25]."

5.6. Y así entramos en el título tercero del libro primero, título que es la introducción al derecho de personas y que contiene los conceptos más básicos, la *summa divisio*, de este derecho. La división suprema del derecho de personas es que todos los hombres *aut liberi sunt aut servi*, o son libres o son siervos.

Y se pasa a definir la libertad. La *libertas*, de la cual viene la denominación de libres, es la *naturalis facultas eius*, *quod cuique facere libet*, *nisi quid aut vi aut iure prihibetur,* la libertad es la facultad natural de hacer aquello que a cada cual le place hacer, a no ser que le venga impedido o prohibido por la fuerza o por el derecho. Es patente que Locke, la *Declaración* de 1789, y Kant comentando la *Declaración*, lo que hacen al definir la libertad, es recoger y modificar esta definición romana.

Y a continuación se define la *servitus*. La *servitus* es aquella *constitutio iuris gentium*, *qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur*, aquella institución del derecho de gentes por la que alguien es sometido al dominio ajeno *contra naturam*.

Y el texto de este título tercero del libro primero sigue diciendo que los siervos o nacen o se hacen, "nacen de nuestras esclavas", y se hacen o por derecho de gentes, es decir, por cautividad en la guerra, o por derecho civil, "como cuando un hombre libre mayor de veinte años se vende como esclavo para participar del precio"[26].

5.7. En todo caso ésta es la perfecta descripción de la estructura jurídico-política de la existencia antigua en lo que se refiere al trato de la persona. En la existencia moderna, que cuaja a este respecto muy lentamente desde el siglo XV hasta las revoluciones burguesas de fines del XVIII y aun bien entrado el siglo XIX, la persona, toda persona, aparece reclamándose (y reponiéndose) tal como era *ab initio iure naturali*, tal como era al principio por derecho natural, es decir, libre, esto es, dotada de la facultad de hacer lo que le plazca hacer si no se lo impide la fuerza y o el derecho. Es decir, vistas las cosas desde aquí, podemos entender que en sentido jurídico-político la existencia moderna se define porque la *libertas* deja de ser una *institutio* más al lado de la *servitus* y se convierte en *principio* del derecho. Es el sentido del "principio general del derecho" de Kant, que la *ley* hace viable y efectivo.

Y así, si seguimos entendiendo la libertad como la facultad de hacer lo que a uno le plazca hacer si no se lo impide la fuerza o el derecho, tenemos que, cuando la *libertas* deja de ser una *institutio* más y se *convierte en principio*, la libertad (en lo que se refiere al *nisi quid vi aut iure prohibetur* de la definición romana) no permite otra restricción de la libertad por el *derecho* que precisamente la *igual libertad*, ni se admite como legítima otra *fuerza* que la necesaria para hacer valer el igual derecho de libertad. Ésta es la modificación y el vuelco que Locke introduce en el concepto de libertad de las *Institutiones*. Obras como la de Francisco de Victoria o la de Hugo Grocio, y en otro sentido lo que representan Lutero, o Descartes o el propio Locke son testimonios del inmenso esfuerzo de autoaclaración que esta transformación supuso.

Y en lo que respecta a ese *reponerse* la existencia tal como ésta era *ab initio iure naturali*, tal como ésta era desde el principio por derecho natural, o tal como ésta era en el origen por derecho natural, ese origen fue objeto en la filosofía política y jurídica moderna de consideraciones muy distintas. Fue considerado en un sentido mítico o fantástico, como, por ejemplo, en el caso del hombre en estado de naturaleza de Rousseau; o en un sentido religioso o cuasi-religioso en el caso de Locke, que entiende por tal origen al hombre tal como éste sale de las manos de Dios; o en un sentido abstracto y conceptual. Pero en todos los casos ese origen está cargado siempre de consecuencias normativas, de consecuencias en lo que se refiere a reclamaciones. Pues se entiende que del concepto de ese origen puede obtenerse la idea del orden jurídico y político que *debe ser* y conforme al que el orden fáctico, el orden que *es*, debe ser objeto de ajuste, cambio o vuelco.

6. ESPECULACIONES SOBRE EL ORIGEN

Me voy a referir a continuación a una versión *conceptual* particularmente fuerte de ese *origen*, al que en sentido político y jurídico el hombre moderno se remite reclamándose como libre y se exige a sí mismo ponerse o reponerse en él. Se trata de la versión ligada a la idea de *autoconciencia* en el Idealismo Alemán, idea que, naturalmente, deriva de Kant.

6.1. La existencia misma autoconsciente, la autoconciencia, el *yo pienso*, el *yo*, o como se le quiera llamar, no es sino un hacer, que se tiene él a sí mismo por resultado; el *yo* no es sino un ponerse que se pone como presuponiéndose en ese ponerse. Y a la inversa, algo que se pone como presuponiéndose en ese ponerse, no puede ser sino autoconciencia, no puede ser sino *yo*. La idea es de Fichte[27]. Se trata de la *originalidad* del *yo pienso,* el cual no es lo que es sino pensándose, y en ese pensarse, en ese estar

brotando de sí, siendo ello su propia actividad, está a la vez presuponiéndose como sujeto de ese pensar. El *yo* queda así convertido en pura espontaneidad y libertad, con tal potencia que siempre acaba reduciendo todo a posición suya (viva imagen de la existencia moderna).

Para entender mejor esto, consideremos el principio de identidad: *Si A, entonces A=A*, siendo ese *A* cualquier cosa. Cabría pensar que ese principio, por aplicarse a cualquier cosa, se aplica también al *yo*, el cual sería una cosa más entre las demás cosas. Tendríamos entonces que, *si yo, entonces yo = yo*. Pero eso no es así. Pues lo que acabamos decir (*si yo, entonces yo = yo*) es para un *yo*, y entonces esa condición (*si yo*) llegaría siempre tarde, el *yo* precede a esa condición, y, por tanto, por ese mismo argumento, precede a toda condición, y, por ende, precede a todo, es un *Incondicionado,* un Absoluto. Si me pongo a imaginar que podría no haber mundo ni haber *yo*, o que podría desaparecer el mundo y también yo junto con el mundo, ahí estoy yo viendo cómo el mundo y yo desaparecemos; el *yo* ha saltado siempre por detrás, o se ha puesto siempre por encima de sí mismo y de todo, el *yo* es una actividad, un ponerse que no se pone sino presuponiéndose, y ello absolutamente. Y es también pura soledad consigo, y pura abstracción, pero es una abstracción tan fuerte que cuando, sabedora de sí, se hace efectiva en la existencia no tiene más remedio que revolucionar, abstractizar todo y reducirlo todo a sí y ponerse en todo rehaciéndolo. No tiene más remedio que ser una "convulsión ideal y real de la realidad", en palabras de Hegel[28].

6.2. Y así tenemos que el *yo* es siempre un más allá de sí, un por detrás de sí o un por encima de sí, como se quiera; un otro de sí, lo absoluto otro de sí, lo absolutamente otro de sí, que es, sin embargo, él. Es la igualdad y, precisamente por ser igualdad, es la diferencia respecto de sí, *yo = yo*, sin la que no hay autoconciencia.

El *yo,* en su quedar más allá de sí y de todo, es, por tanto, la pura forma de la universalidad que se tiene a sí misma por contenido[29], o que, precisamente por contenerse ella a sí misma, se es siempre más que ella, que siempre se excede y que siempre estaba ya más allá de ella, y que en este excederse y quedar siempre más allá de sí es como queda ella para sí misma ahí; yo doy ahí conmigo como siendo yo, pero como siendo a la vez más allá de mí, lo otro de mí siendo yo, y, por tanto, como siendo un *yo* que es más que yo, como siendo un *yo* que es entonces cualquier *yo*, un cualquier *yo* más, cualquier otro, que irremediablemente no puede ser sino *yo*. Universalidad que es a la vez radical individuación; individuación que es siempre ya (en ese haber de presuponerse excediéndose) universalidad.

6.3. Y finalmente, en ese no brotar sino de sí mismo que caracteriza al yo, es en lo que radica el ser libre; últimamente el ser libre tiene consistir en un serse como no naciéndose sino de sí mismo y, por tanto, presuponiéndose; es decir, como no viniendo determinado sino por él, y, por tanto, como no siendo sino un más allá de sí y de todo, del que se proviene. Y cuando de esta forma la libertad se entiende como lo Incondicionado, no puede tolerar normativamente otro límite que ella misma. Y si es ahí, en ese origen absoluto, en lo que tiene que radicar la libertad, es también ahí donde tiene que radicar también lo esencial de la idea de fin en sí que Kant liga con la idea de libertad como principales ingredientes del concepto de *persona*. Veámoslo.

7. SOBRE QUÉ CLASE DE COSA SEA LA PERSONA

7.1. En el título tercero del libro primero de las *Instituciones* se introduce, como hemos dicho, la división suprema del derecho de personas distinguiendo a éstas por la libertad, en forma de una contraposición entre *libertas* y *servitus*. Pero la *persona* se queda sin definir. Lo cual es lógico. En el título segundo la contra-

posición entre *libertas* y *servitus* se había puesto a su vez en relación con la libertad en el origen. Y es entonces natural que en el tercero no se defina a la *persona*, dada la ambigüedad entre la consideración de la *libertas* como una *institutio* al lado de la *servitus* y la referencia a la libertad en el origen, a la libertad, digamos, original y de principio. Los redactores (greco-romanos ya cristianos) de estos títulos saben muy bien que están tocando un punto muy difícil. La persona no puede definirse por la libertad si hay personas que son siervos, la persona habría de definirse por la libertad si tomamos en consideración el origen. Esta es la ambigüedad, a la que se dan mil vueltas casi hasta fines del siglo XVIII, y que Kant (entre otros) definitivamente deshace.

Podemos obtener elementos para aclararnos un poco acerca de qué sea la *persona* con base en las mismas *Instituciones* recurriendo a su libro segundo, que trata del *derecho de cosas,* con tal de que digamos lo que hemos oído decir a Kant a propósito de la fórmula de Ulpiano: que lo que vamos a decir, seguramente no era lo que las redactores de este título primero del libro segundo de las Instituciones tenían en la cabeza, pero que, pese a eso, es como hay que entender lo que dicen desde la perspectiva de la conciencia moderna.

7.2. El título primero del este libro segundo trata de *rerum divisione,* de la división de las cosas, división que muy bien podemos convertir en una división suprema, una *summa divisio*, del derecho de cosas, paralelamente a como en el titulo tercero del libro primero se introducía la división suprema del derecho de personas.

La *summa divisio* en el derecho de cosas, es que las cosas, o están en nuestro patrimonio, o no están ni pueden estar en nuestro patrimonio. Las que están o pueden estar en nuestro patrimonio son cosas que tenemos o que adquirimos o que pueden adquirirse por distintas vías, por ejemplo los *esclavos,* "pues también aquellas cosas que tomamos a los enemigos se hacen nuestras por derecho de gentes, hasta el punto de que de esta forma los propios hombres libres caen en nuestra servidumbre[30]."

Pero hay cosas que ni están ni pueden estar en nuestro patrimonio, o bien porque por derecho natural *pertenecen a todos los hombres* como son el aire, el agua corriente, el mar y, por consiguiente, sus orillas, etc. O bien porque son *cosas públicas*, que pertenecen al colectivo, como son los estadios, los teatros y cosas similares. O bien porque son esencialmente *res nullius*, cosas de nadie. Pues entre las cosas que no son de nadie las hay que no son de nadie porque nadie las ha ocupado o ha llegado a ocuparlas todavía, pero que en principio pueden ser objeto de apropiación original, y hay otras que no pueden ser objeto de apropiación original porque *por esencia* son cosas de nadie.

Las cosas que son *esencialmente* cosas de nadie son cosas que ni están ni pueden estar en nuestro patrimonio. Pero obviamente no son cosas que no puedan estar en nuestro patrimonio porque pertenezcan a todos los hombres y éstos pudieran decidir sobre ellas, pues tampoco pertenecen a *todos los hombres* como el aire o el agua del mar, etc; ni son cosas que no puedan estar en nuestro patrimonio porque *pertenezcan* al colectivo, como los teatros, etc., pues tampoco pertenecen a ningún colectivo, de suerte que éste pudiese decidir sobre ellas. Cosas esencialmente de nadie, *res nullius* por esencia, son las cosas *sacrae*, *religiosae* y *sanctae*, las cosas sagradas, religiosas y santas. Y es sin más evidente que algo que sea de verdad un *fin en sí* tiene que pertenecer a esta clase de cosas.

Cosas sacras son las cosas consagradas a Dios conforme a los ritos de los pontífices como son los templos y las ofrendas. Las cosas sagradas no pueden fundarse por nuestra propia autoridad, pues si alguien por su propia autoridad se constituyese algo sacro, no sería algo sacro sino profano. *Cosas religiosas* son las que tienen que ver con la muerte, principalmente los sepulcros; éstos son el símbolo de que la existencia humana en su tenerse a sí misma, se tiene en usufructo, no en propiedad; es propiedad de los dioses y éstos, llegada la hora, se personarán a reclamar lo que es suyo como

propietarios de ella. *Cosas santas*, como son los muros y las puertas de la ciudad, son aquellas que señalan el límite dentro del cual es posible una existencia y coexistencia articuladas y solidarias con base en lo sacro y en lo religioso, y más allá de lo cual comienza la desarticulación, lo extraño, lo caótico, la que para la existencia no es medida sino carencia de ella, un destruirse para la propia existencia lo Incondicionado y las imágenes de lo incondicionado sobre las que se basa su propia concreción.

La cosas sagradas, religiosas y santas tienen, pues, que ver con el estar referida la existencia humana a su propio más-allá, con el relacionarse la existencia con (o como también podemos decir mucho mejor: con el *haberse* la existencia *acerca de*) su propio no-ser, al que ella, sin embargo, está esencialmente referida. Y es precisamente en este haberse la existencia acerca del más-allá de sí misma donde ella inexorablemente más ella es, donde es irremediablemente ella misma; en mi estar referido a mi no-ser, a mi más-allá, a mi muerte, nadie me puede sustituir, soy irremediablemente yo, incanjeablemente yo, nadie me puede *representar*. Pero a la vez, en este quedar más allá de mí, al que estoy esencialmente referido, yo, siendo yo, siendo radicalmente yo, ya no lo soy; soy yo, que, al ya no serlo, soy otro que yo, cualquier otro que yo, el otro, cualquier otro. Llegamos, pues, a lo mismo que antes: en el hombre radical individuación y radical universalidad van de la mano.

En este haberse acerca del más-allá de sí misma y, por tanto, en este no ser la existencia sin haberse acerca del no-ser de sí misma, es decir, sin haberse acerca de su propio límite, ya sea en lo que se refiere al origen (los dioses), en lo que se refiere al fin (la muerte) e incluso en lo que se refiere a los ejes y a la delimitación de su propia concreción (los muros de la ciudad), sobre lo que después volveremos, podemos decir que la existencia ya no está para otra cosa, que no es un medio, sino un fin, pero tampoco es ya para sí misma, pues es un quedar más allá, un escapársele ella a sí misma. Es un fin, un fin último, no relativo sino absoluto, al que ella en todos los sentidos se debe, que tiene esencialmente que ver con ella, porque ella es ese fin, pero entonces no *un fin para sí, sino que definitivamente es un fin en sí.*

7.3. Y podríamos entonces decir que, así como la existencia antigua se basa en una transferencia del derecho de personas al derecho de cosas por la que una clase de personas quedan convertidas en cosas en el sentido de cosas que por esencia pueden estar en nuestro patrimonio, la existencia moderna se basa al contrario en una transferencia del derecho de cosas al de personas, por la que la persona, y *necesariamente toda persona*, queda entendida conforme a una categoría de cosas, las *cosas que esencialmente son de nadie*, que son las cosas sagradas, religiosas y santas, y por cierto las única cosa sagrada, religiosa y santa. En lo que sigue se trata de precisar un poco esto, tanto conceptualmente como en una perspectiva histórica, si es que es precisable, pues si no, el concepto de persona se queda en una superstición o en una ficción por útil que esa ficción pueda ser[31]. Para lo primero vamos a recurrir a Hegel y a Heidegger.

8. LA PERSONA COMO COSA SACRA

8.1. *Libertad, fin en sí, cosa de nadie.* En un pasaje de un artículo de 1802/03 titulado "Sobre las distintas formas de tratar científicamente el derecho natural"[32], Hegel parte de la persona como sujeto de imputación, es decir, de esa noción elemental de libertad conforme a la que decimos que ha actuado libremente quien ha actuado de forma que también podría no haber actuado, y, por tanto, su acción le es *imputable*.

Pues bien, sí actuar libremente consiste en actuar de forma que también podría no haberse actuado, entonces el ser libre como tal consiste en negatividad, o como podemos también decir: en un *haberse* la existencia *acerca* del *No* de ella misma a distintos niveles. Pues si actuar

libremente en un ser que consiste en haberse acerca de posibilidades de sí, es actuar de forma que estaba también en su mano no haber actuado, entonces ser libre consiste, por de pronto, en un haberse acerca del *No* de la *posibilidad elegida*, pudiendo también *no* haberla elegido. Y la existencia consiste muchas veces en una muy señalada referencia a este *No*; consiste en la carga y pesadumbre de haber elegido algo que pudimos también no haber elegido o en la alegría o levedad o satisfacción que sentimos cuando hemos elegido algo que, habiendo estado a punto de no elegirlo, nos decidimos finalmente a elegirlo. La libertad es siempre, pues, un haberse acerca del *No* de la posibilidad elegida, *No* que en ocasiones pasa a ocupar obsesivamente el centro de la existencia.

Pero el ser libre es asimismo un haberse acerca del *No* de la *posibilidad no elegida*, en la forma de tristeza, arrepentimiento, desesperación por no haber elegido aquello que, pudiendo haberlo elegido, finalmente no lo elegimos, o en forma de alegría por no haber elegido aquello que, pudiendo haberlo elegido y habiendo estado a punto de hacerlo, finalmente no lo elegimos. La existencia, en su carácter de libre, no es sino en la forma de un haberse acerca del *No* de lo que ella no es y podía haber sido o de lo que ella es cuando podía no haberlo sido.

Pero lo importante es que, si esto es así, la existencia es un haberse acerca del *No* tanto de la *posibilidad elegida* como de la *posibilidad no elegida*. El ser-libre es, por tanto, un haberse acerca del *No de toda posibilidad.* Pero el haberse acerca del *No* de toda posibilidad en un ente que consiste en haberse acerca de posibilidades de sí es un haberse acerca de su propia imposibilidad, de su propia *muerte*; o también: es un haberse acerca de su propio más-allá, acerca de lo que, a la vez que radicalmente lo individúa, es ya lo absolutamente otro que él. Por tanto, sólo un ente que consiste en un haberse acerca de su propia muerte, acerca de su propio fin, acerca del más allá en el que residen los dioses o lo Absoluto, esto es, acerca su propio enigma, desde donde la existencia se brota y se debe a sí misma, sólo ese ente es libre, o sólo este ente puede ser libre. Y ello tiene un buen sentido, sólo un ente que consiste en haberse acerca de este *No* último puede haberse acerca de los *Noes* de las posibilidades que elige o rechaza a diario, es decir, es libre. O a la inversa: haberse acerca de los *Noes* de las posibilidades que se eligen o rechazan a diario implica la capacidad de haberse también acerca del *No* de sí mismo. Ser libre y consistir la existencia en un estar remitida a un punto en que, siéndolo ella, la existencia no se tiene ya, en que se escapa a sí misma y se queda más allá de sí misma es lo mismo. La libertad coincide con ello. Por tanto, ser libre y consistir en un fin que ya no es medio para ninguna otra cosa más, que tampoco es un fin para sí, sino un fin en sí, son la misma cosa. En ese punto la existencia ni se pertenece, ni se pertenece a otro, ni pertenece a ningún colectivo; en cuanto cosa en el mundo, es una cosa esencialmente de nadie.

O como dice Heidegger en su conocida conferencia de 1929 "¿Qué es Metafísica?": "Habiéndose acerca de su propio no-ser, la existencia está siempre allende el ente en total. A este estar allende el ente en total es a lo que llamamos trascendencia. Si la existencia no fuese en la raíz de su esencia un trascender; es decir, si de antemano no estuviese sostenida dentro de su no-ser, jamás podría entrar en relación con el ente ni, por tanto consigo misma. Sin la originaria patencia de la nada ni hay mismidad, ni hay sí mismo, ni hay libertad[33]." Lo que Heidegger llama aquí trascendencia, es lo que Kant denomina fin en sí. Así pues, también en esta conceptuación, de muy amplia aceptación en el pensamiento contemporáneo, libertad y fin en sí se co-implican. Son una y la misma cosa.

8.2. *Cosa de nadie y cosa sacra*. Y si miramos las cosas en una perspectiva histórica, en la existencia pre-moderna el contenido asentado sobre lo sacro, lo religioso y lo santo que dan articulación a la existencia es, por así decir, una sustancia de la que la libertad fuese accidente; el Absoluto es sustancia; así caracteriza Hegel la autoconciencia pre-moderna. Pero la sustancia deviene sujeto y este convertirse la sustancia en

sujeto es la conciencia moderna. Dios, la sustancia, se ha hecho hombre; el Absoluto se ha vuelto autoconciencia. La experiencia que hace el lector de la *Crítica de la razón pura* de Kant[34] es que los dioses se han recogido, rezumado y ocultado en el enigma que es para sí el propio sujeto cuando da consigo en su carácter de presuposición absoluta, al que se refiere Fichte, o da consigo como el más-allá, no-ser, nada o trascendencia a que se refiere Heidegger. Éste es en definitiva el elemento cristiano que la Ilustración europea, en cuyo centro podemos situar el pensamiento de Kant, tradujo a conceptos que imponen el vuelco que experimentan los conceptos jurídicos romanos. Y a su vez, en el hacerse Dios hombre, el hombre que así no tiene más remedio que ponerse en el lugar de Dios sin serlo, es decir, la existencia moderna, se convierte desde ahora en destino de la religión.

Esto es lo central en la existencia moderna: el hombre queda puesto en el lugar de lo sagrado y lo santo. Su más-allá de sí que es él mismo, reducido a forma, sin contenido, irrumpe en la existencia empírica rearticulándola por completo. Así, el individuo moderno como cosa esencialmente de nadie, es decir, como un fin del que en ningún sentido puede afirmarse que esté ya para otra cosa, es un fin en sí, por tanto, exento de cualquier carácter relativo, fin en sí que coincide con su ser libre, el cual no puede entenderse a sí mismo sino como original y absoluto; el individuo moderno es si acaso accidente de su propio ser libre, accidente de lo incondicionado de su propia libertad, que en definitiva no puede eludir. Y así, la libertad no puede tener ya otro límite que ella misma, es decir, sólo es limitable por la libertad; no puede entenderse ya como una *institutio* más que fuese compatible con la de la *servitus*. El hombre, en palabras de Kant, no tiene *precio* porque esencialmente no puede pertenecer al patrimonio de nadie ni quedar en el patrimonio de nadie, ni individual ni colectivo, y ni siquiera pertenecerse a sí mismo; y asimismo en palabras de Kant: tiene *dignidad*, una enigmática altura que lo pone por encima de todo, el enigma que es el sujeto que se excede por todos lados consistiéndose en ese excederse y que fenomenológicamente trasparece en el terror y fascinación que a la existencia le produce el más-allá vacío al que está remitida y en el que consiste, terror y fascinación que la existencia no podrá sacudirse nunca. Por más vueltas que le dé el hombre no puede sacudirse el ser algo más que un fragmento de naturaleza o que una cosa más del mundo empírico. Estando en sí y en el mundo, está a la vez fuera de sí y del mundo. En todo caso el más-allá de si en que el ser libre consiste no es ninguna sustancia, no tiene imagen, o no tiene imágenes que quepa compartir, está velado en negro, o no tiene nada o es la nada. Ya lo era para los místicos de casi todas las religiones, que son por este lado una anticipación de la conciencia ilustrada moderna. La única imagen de lo Absoluto, en cuyo lugar el hombre se ve puesto, es la libertad, si ésta no es ya lo absoluto mismo. Y cualquier intento de convertir al hombre en un fragmento de naturaleza que, por tanto, pudiese quedar ahí a la entera disposición o bien de todos los hombres, o bien de un colectivo, o bien del hombre mismo, acaba chocando siempre con la experiencia conceptual y existencia del hombre moderno, es decir, con la experiencia de la *condición humana moderna.* Y todo intento de convertirlo en accidente de una Sustancia acaba dando con que la libertad sólo puede ser accidente de lo Incondicionado de la libertad misma.

8.3 Y así, aquellos límites definidos por lo *santo* romano, por las murallas de la ciudad que hacían posible una concreción de la existencia, concreción a la que lo sacro y lo religioso materiales, prestaban incondicionalidad en su conjunto, esas murallas, digo, se vienen abajo. La libertad sólo queda limitada por la libertad y ésta, en cuanto consistiendo en un más allá, termina quedándose sin límite material alguno. La libertad moderna-contemporánea en la incondicionalidad de ésta es como una teofanía en la forma de una hoguera que todo lo acaba quemando no manteniéndose constante sino la negatividad de la libertad misma, en lo relativo y efímero de toda materia se confirma lo absoluto de la libertad[35].

9. MORAL Y DERECHO

9.1. Para el hombre moderno lo incondicionado de donde el ser libre nace, no radica, por tanto, en ninguna materia sino en la propia estructura formal de la libertad. Como libre, la existencia es un más allá de sí que ya no está para otra cosa y que como tal ya no está sujeto a ninguna condición. La forma del ser libre, en su quedar éste por encima de sí, y, por tanto, en su universalidad, se convierte para éste en razón última, en ley, como no podría ser de otra manera. Si el hombre es un más allá de sí, que, siendo él, ya no es él; es decir, si es lo absolutamente otro de sí, lo otro, el otro, si es individualidad y universalidad a la vez, resultará que, desde ese más allá de sí que es él, queda sujeto *categóricamente* al imperativo "obra de manera que puedas querer que la máxima de tu acción pueda convertirse en ley para todos los seres racionales"; e *imperativo categórico* quiere decir aquí que a la hora de justificar su acción la razón que el hombre dé, tiene que ser defendible ante cualquiera como la razón que cualquiera en ese caso podría hacer suya, pero precisamente sobre este trasfondo de su carácter de libre, no en otro marco, no sobre el trasfondo del algún supuesto marco material. De cualquier otra razón que no sea así, se verá enseguida que no puede valer aquí como razón.

Pero precisamente por esto la moral no es el derecho. Y con esto paso a desarrollar algo más la cuestión que apunté al principio. La moral tiene otra estructura que el derecho. La separación entre derecho y moral no puede menos de ser estricta para la conciencia moderna por más que haya normas morales que se solapen con las jurídicas y que para el agente moral sea un deber moral atenerse a la norma jurídica legítima. La separación entre derecho y moral queda desvirtuada tan pronto como se entiende que, si el derecho y la moral son distintos, entonces el derecho habría de (o podría) ser amoral o inmoral o que, si no, el derecho habría de quedar al servicio de una moral o bajo la inspiración de ella. No es eso. La moral no es el derecho y el derecho no es la moral. Para la conciencia moderna-contemporánea la separación entre moral y derecho se debe a lo más básico de todo en la moral y a lo más básico de todo en el derecho. Y eso más básico de todo es uno y lo mismo para ambos.

Kant da a esto varias vueltas, la más sencilla sea tal vez la siguiente. La moral se refiere a los fines que los hombres *deben* proponerse. Y no es que el imperativo moral se refiera propiamente a acciones concretas que el hombre moral deba proponerse como fines, sino que más bien se refiere a orientaciones que el hombre debe adoptar y que permiten quizá un muy ancho margen de discrecionalidad en lo que se refiere a acciones concretas. Pero en definitiva la moral versa sobre fines que el hombre *debe* proponerse. Y hay fines que el hombre *necesariamente* debe proponerse porque, si el imperativo moral dice "obra de manera que puedas querer que la máxima de tu acción pueda convertirse en ley para todos los seres racionales", hay fines (por ejemplo, la perfección propia y el bienestar ajeno, dice Kant) que cumplen siempre esa condición.

Pero en el derecho no puede tratarse en absoluto de eso. Querer imponer a otro mediante coacción que se proponga un fin es contradictorio, pues no sería un fin que él se propone, sería un fin que quien se lo impone realiza a través de él. Y eso es tratar al otro enteramente como un medio, pretendiendo apoderarse (lo cual es un contrasentido) incluso de su propia voluntad; no es tratarlo como siendo él siempre también un fin en sí. Y tampoco puede tratarse de ajustar el accidente al orden objetivo de una sustancia, pues no hay más sustancia que la libertad misma.

9.2. En el derecho se trata de otra cosa completamente distinta. El derecho responde a la cuestión siguiente: cualesquiera sean los fines que un agente pueda proponerse y cualesquiera puedan ser los motivos o razones por las que el agente pueda proponerse esos fines, ¿qué tipo de relación ha de darse entre los agentes, de modo que sea lícito imponerlo mediante el empleo de la coacción? La repuesta es

la que ya hemos oído: es legítima toda a acción conforme cuya máxima la libertad de uno sea compatible con la de cualquiera mediante una ley general, ley general que ha de poder considerarse como proviniendo efectivamente de la voluntad unida de todos. Y la razón es que si quedo sometido a un tipo de coacción atenido a este principio, como ser libre carezco de toda razón para criticar ese tipo de regulación coercitiva como ilegítimo, pues en el contexto de ella todos estarán utilizando a todos sin duda para sus propios fines en casi todos los ámbitos de la existencia, pero a la vez cada uno estará siendo tratado siempre también como lo que esencialmente es, como un fin en sí.

Lo cual no quiere de ningún modo que esa legitimidad misma sea la razón por la que se vaya a actuar, ni tampoco que el derecho tenga que suponer que ésa vaya a ser la razón por la que se vaya a actuar, ni mucho menos que el derecho pueda pretender imponer coercitivamente al agente que ése sea el motivo de su acción; eso, aparte de ser un contradictorio, sería pretender apoderase de su interior, es decir, sería pretender utilizarlo enteramente como medio de su propia perfección moral, muy lejos de tratarlo siempre también como un fin en sí. Más bien el derecho libera a quien está sujeto a él de la necesidad de ser virtuoso, precisamente en atención al derecho de los demás, es decir, al ejercicio de la igual libertad[36]. El derecho, por tanto, se desliga así enteramente de la moral precisamente en virtud de que el hombre nunca debe ser tratado simplemente como un medio sino siempre también como un fin en sí[37]. Y como derecho suelto, suelto por estar asentado sobre el principio de libertad, puede proveer a su propia legitimidad por vía de legalidad. Por eso un orden de derecho atenido al principio de libertad y al principio democrático habría de poder funcionar tanto en un pueblo de diablos como en un pueblo de ángeles, y lo curioso, como sugiere Kant siguiendo a Mandeville es que los haría indiscernibles a uno de los otros[38]. O si se quiere: precisamente en virtud de que la *persona* es algo *sagrado*, el derecho no está ni para convertirse en instrumento ni de la moralidad kantiana ni otro tipo de moralidad que se siga de las muy distintas imágenes posibles de lo Incondicionado y del más-allá del que la libertad brota. El derecho es la libertad convertida en ley para sí misma en sus relaciones externas (esto es, abstrayendo de fines, motivos y razones del agente) y que, por tanto, sólo pueden asegurarse coercitivamente. Y sobre la base de que el hombre ha de ser tratado como un fin en sí, de forma ajena a sus creencias, razones o motivos, el derecho queda suelto y libre para crear gigantescos ámbitos de socialidad, en los que los individuos se vuelven anónimos los unos para los otros y de los que el derecho constituye el único elemento de integración, ámbitos de socialidad tan gigantescos y complejos que acaban quizá revirtiendo sobre lo que es su base, es decir, sobre la personalidad libre, convirtiendo a ésta en accidente de ellos[39]. Esta dialéctica que precisamente tiene por base al "individuo como institución", como la "institución" básica (Durkheim, Gehlen), es decir, a la idea del hombre como fin en sí, es otro ingrediente fundamental de la experiencia de la conciencia moderna y contemporánea.

Pero aparte de eso, lo *sacro* de la persona, que, como hemos visto, a la existencia moderna se le reduce a forma, tiene también su lado de terrible. También por este lado la libertad se puede convertir en una fatalidad para sí misma, aunque, por supuesto, ello no es óbice para que la libertad quede sujeta al imperativo de quedar a la altura de sí misma, imperativo que de ella misma dimana, pues *nihil contra Deum nisi Deus ipse,* nada contra la libertad sino la libertad misma[40]. Hemos repetido que la existencia no es sin quedar referida al más allá de sí misma, al no ser de sí misma como posibilidad que radicalmente la individua. Y en este estar referida a este más allá de si misma, a su no-ser, queda referida lo absolutamente otro de sí misma, a lo otro, al otro. La radical individuación es, pues, a la vez universalidad, hemos dicho. Por este lado el con-ser con los otros es o puede ser sociabilidad, comunicación y conversación. Pero precisamente en este estar referida esencialmente a su no-ser, la existencia se es ella para sí misma el máximo riesgo, se

es la posibilidad de la completa imposibilidad de ella misma, a la que la existencia tiende a volverle rotundamente la espalda; ella misma, al consistirse en la posibilidad de también no ser, acabará cayendo sobre sí misma destruyéndose; su propio ser mundano, su carácter de cosa en el mundo, su cuerpo, le pone además plazo. Podría decirse que lo mismo ocurre a un animal, a una planta y a todo lo mundano en general. Pero no, la existencia es el ente para el que en su ser se trata de ese mismo ser, es decir, la existencia *se es ella misma* ese riesgo radical, ese *No* de sí, que pende sobre ella. La existencia lleva dentro al enemigo último, al *No* que finalmente está llamada inexorablemente a destruirla, lleva dentro al archi-enemigo, que es ella misma; ella se es ese enemigo último, ese *No*, ese archi-enemigo. Y en el otro de ella, en el otro, siempre está representado ese enemigo último, ese absoluto otro de ella, que no es sino ella misma como riesgo último para sí misma, al que puede propender a enfrentarse no ya de forma bestial, pues la violencia de las bestias tiene una medida específica, sino de forma carente de toda medida. Por este lado la existencia se es radicalmente aquella contraposición básica amigo-enemigo, que, según Carl Schmitt, define la esencia de lo político[41].

De ahí que el orden del derecho positivo moderno (entendiendo el orden de lo estatal en general como existencia y efectividad del derecho) haya de entenderse como el modo en que la libertad absoluta moderna se da viabilidad a sí misma también contra sí misma frente al específico estado de guerra o violencia que deriva de la propia libertad. La libertad moderna se encuentra teniendo que *ponerse* e *inventarse* sobre sobre el vacío o trasfondo de los órdenes sustanciales que se vinieron abajo, que se tambalean o que simplemente ya no pueden pretender ser la sustancia de la que la libertad fuese accidente y, por tanto, se encuentra como habiendo de ponerse e inventarse por mandato de sí misma incluso contra su propia imposibilidad. *Se encuentra* y da consigo como siendo la única ley posible para sí misma o al menos como no teniendo sustituto en ese papel (y ello habiendo de tener muy presente que el orden del derecho tiene esencialmente carácter tripartito, de modo que si falla una de sus partes, acabarán fallando también, o al menos se verán también muy mermadas, las otras dos). Es la idea que Kant (la Ilustración europea) se hizo de la *persona* y del ser libre, que, a mi juicio, precisamente cuando una situación crítica ha barrido muchas relativizaciones, retorna como siguiendo intacta y en pie, como siendo la base misma de la existencia moderna y lo único a lo que la existencia moderna puede apelar como base normativa posible de integración de las sociedades modernas[42].

NOTAS

1. Kant, I., *Grundlegung der Metaphysik der Sitten,* en: *Immanuel Kant Werkausgabe*, edit. W. Weischedel, VII, 60.

2. Kant, I., *Die Metaphysik der Sitten,* Weischedel, VIII, 330.

3. Kant. I, *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht*, en: *Kants Werke*, Akademie Textausgabe, Berlin 1968, 127.

4. Kant, *MdS*, Weischedel VIII, 337.

5. *Ibid.*, 432.

6. *Ibid.*, 432 s.

7. *Ibid.*, 344

8. *Ibid.,* 345.

9. *Ibid.*, 562 s. En su "teoría ética" de *La Metafísica de las costumbres* Kant califica la mentira como "la mayor vulneración del deber del hombre para consigo mismo".

10. *Ibid.*, 345 s.

11. La idea es de M. Heidegger en sus comentarios a Kant.

12. Cfr. John Locke, *Second Treatise of Government*, chap. II, § 4 s., en: *Works of John Locke*, vol. 4, Economic Writings and Two Treatises of Government, London 1824.

13. La *Declaración* de 1789 no es un fragmento de *teoría* sino una *declaración política* con evidentes tensiones entre su lado liberal (Locke, artículos 4 y 5) y su lado democrático (Rousseau, artículo 6). Así, el artículo 6 dice que "la ley es la expresión de la voluntad general" (*la Loi est l'expression de la volonté générale*). Y en una sorprendente formulación, el artículo 5 dice que "la ley no tiene derecho a prohibir sino (*la Loi n'a le droit de défendre que*) las acciones que son perjudiciales para la sociedad". Ahora bien, perjudiciales para la sociedad sólo pueden ser las acciones que se oponen al fin de la sociedad, que según el artículo 2 es la protección del igual derecho de libertad. Kant se percata perfectamente bien de esta tensión, en pie hasta hoy, y convierte los artículos 4 y 5 en "principio general del derecho", a los que articula inseparablemente con el artículo 6, que convierte en "principio del derecho público". Más aún, se diría que la finalidad de su "filosofía del derecho" es articular ambos elementos, conceptuándolos con toda precisión y claridad, al hacer reposar tanto los artículos 4 y 5 como el artículo 6 en la idea del hombre como fin en sí. La ley está para hacer efectivamente viable el igual derecho de libertad.

14. En lo que respecta a disponer uno de su propia vida en el suicidio, se trataría de una relación directa del hombre con el Creador que para Kant cae fuera del ámbito del derecho, el derecho sólo regula relaciones entre arbitrios humanos; en todo caso Kant trata esta cuestión en la teoría moral (*Tugendlehre*) de *La Metafísica de las costumbres,* no en la teoría del derecho (*Rechtslehre*). Es curioso que los argumentos que Kant utiliza para mostrar la inmoralidad del suicidio serían igualmente válidos contra la admisibilidad de la pena de muerte, que Kant, sin embargo, admite con particular énfasis frente a la posición de Cesare Beccaria. El argumento que emplea contra el suicidio es mucho más fuerte que el que emplea en favor de la pena de muerte y creo que convierte a este segundo en inconsistente (véase Kant, Weischedel, VIII, 453 s., y 554 s.). Y son sorprendentes los argumentos con los que admite la no penalización del *infanticidium maternale* (al que, sin embargo, califica de pura *bárbarie*) en caso de que peligre gravemente el "honor" de la mujer soltera. Tal como Kant argumenta, buena parte de lo que dice sería aplicable al caso del aborto, pero no me es posible entrar aquí en esta cuestión (véase Kant, Weischedel, VIII, 458).

15. John Locke, *Second Treatise of Government*, § 27.

16. También K. v. Savigny en su *System des heutigen römischen Rechts* (1184-1849) rompe radicalmente con la estructura que se había vuelto habitual en esa tradición.

17. G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, en: *Werke*, de. E. Moldenhauer y K. Markus, tomo 7, Surhkamp, Frankfurt 1970, § 185

18. Kant, *MdS*, Weischedel VIII, 344.

19. I. Kant, *Kritik der prakischen Vernunft*, Weischedel VII, 296.

20. G. Achenwall, *Elementa iuris naturae*, Goettingen 1750, ID., *Ius naturae*, 7ª edición, Göttingen 1774.

21. Kant, *MdS*, Weischedel VIII, 429.

22. Esa ambigüedad (el texto contiene varias) es tan llamativa que se convierte en importante tema en esta tradición, en la que, como es natural y obvio, sin ninguna excepción se opta por distinguir entre derecho natural y derecho de gentes. Este tema trasciende incluso a la literatura de los siglos XVII y XVIII, dando lugar a divertidas referencias a él como cuestión corriente en las escuelas, como ocurre en la novela *Historia del famoso predicador Fray Gerundio de Campazas* del Padre Isla. Savigny la aborda detenidamente en el tomo I de su *System des heutigen römischen Rechts* dedicándole un apéndice que lleva por título "Ius naturale, gentium, civile" y, asimismo naturalmente, opta por la identificación. Savigny sabe muy bien que la distinción entre el derecho dictado por la *razón natural* y *ius gentium* fue la puerta para el racionalismo jurídico, para el pensamiento jurídico del tipo del de Kant y Hegel y en general para el tipo de pensamiento jurídico al que se opone (crfr. K. v. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, Beilage I, Berlin 1840, 413 ss.)

23. *Instituciones*, libro I, título II.

24. Y así lo entiende Savigny.

25. *Ibid*., 2

26. Instituciones, libro I, tíulo III. Hugo Grocio recoge en su obra *De iure pacis et belli* testimonios de cómo en Roma el ser declarados libres por testamento se convertía en una pesadilla para muchos esclavos. Y así en la ciudad se veía en muchas ocasiones a libertos, a libres, buscando venderse, buscando a alguien que los comprara, aunque sólo fuese a cambio del sustento.

27. Cfr. J. G. Fichte, *Grundlage der gesamten Wissenschaftslehre*, de. W. Jacobs, Felix Meiner Verlag, *Ph. B.*, Hamburg 1979, 11 ss.

28. G. W. F. Hegel, *Fenomenología del espíritu*, Pre-textos, Valencia 2006 (2ª edic.,2009), 688.

29. Cfr. G. W. F. Hegel, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften* (1830), *Ph. B.*, Hamburg 1969, § 552, (págs. 436 ss.)

30. *Instituciones*, libro II, título I.

31. Durkheim, que enfáticamente pone como centro y condición de posibilidad del derecho moderno a la *persona* como *chose sacrée* hace derivar de la sociedad este carácter, para él ajeno a toda empiria. Es la sociedad quien ha consagrado a la persona como *cosa sagrada*. Pero con ello la persona, en lo más básico suyo, se convierte en pertenencia del colectivo o en pertenencia de todos los hombres, lo cual no parece consistente con el concepto mismo de lo *sacré*. Véase É. Durkheim, *Définition du fait moral* (1893) (sacado de la introducción de su libro *De la división du travail social* y seguido de una discusión), en: Émile Durkheim, *Textes. 2. Religion, morale, anomie*, Paris 1975, 257 ss.

32. G. W. F. Hegel, *Werke* 2, Suhrkamp, Frankfurt 1970, 476 ss.

33. M. Heidegger, "Was ist Metaphysik?", en: M. Heidegger, *Wegmarken*, Frankfurt 1978, 114.

34. Véase el capítulo de la Dialéctica transcendental titulado "El ideal trascendental".

35. Reléase la magnífica exposición que Marx hace de este lado de la condición humana moderna en la primera parte de *El Manifiesto Comunista.*

36. Un ejemplo trivial de lo que quiero decir: una adecuada regulación coercitiva del préstamo de libros en una biblioteca pública con el correspondiente sistema de sanciones, libera al usurario de la concentración y atención que exige el ejercicio de la virtud de la puntualidad en la devolución de los libros prestados, y deja efectivamente los libros a la igual disposición de todos.

37. En una perspectiva completamente distinta Niklas Luhmann analiza muy bien esto en el capítulo 6 de su libro *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt 1971, 239.

38. Cfr. I. Kant, *Zum ewigen Frieden*, Weischedel, XI 223 s.

39. Sin ninguna clase de dramatismos Luhmann deja esta situación bien a la vista; para la teoría sistémica de Luhmann la introducción de los derechos subjetivos son obviamente una de las más importantes condiciones de posibilidad de ese gigantesco aumento de complejidad social que empuja al individuo a los márgenes (véase también de Luhmann, *Grundrechte als Institution*, Berlin, 5ª edic. 2009).

40. Cfr. I. Kant, *Zum ewigen Frieden*, Weischedel, XI, 237 ss.

41. Y de hecho Carl Schmitt se hace eco de esta idea de Heidegger en su *Glossarium* comentando temas de Heidegger y en *Teología política II.*

42. En un curioso pasaje de su opúsculo *Das Ende aller Dinge* (Weischedel 11, 175 ss.), Kant se pregunta si este concepto de persona podría sostenerse sin ser a la vez en una rememoración de las fuentes de donde proviene, es decir, si podría seguir en pie si esas fuentes perdiesen definitivamente todo su atractivo.

Fecha recepción: 09/07/2013
Fecha aceptación: 21/10/2013

THE LIMITED FAILURE OF HOMO OECONOMICUS

RESUMEN

El *homo oeconomicus* es el ideal de persona que se ha impuesto como modelo antropológico en las reflexiones sociales. Ha servido para explicar las sociedades y diseñar las instituciones. La extensión del modelo se explica por sus ventajas teóricas, metodológicas, pero también por las ambigüedades acerca de su interpretación, confundido a veces con la simple idea de racionalidad. Se puede entender como una tesis heurística, como una competencia cognitiva y como una genuina teoría empírica. En este último caso la idea resulta más precisa, pero se enfrenta a serias objeciones: es discutible que sea verdadera e incluso que sea deseable. Con todo, los numerosos problemas no nos deberían llevar a descalificar definitivamente la idea, únicamente debemos matizar su alcance.

PALABRAS CLAVES

Ciencia social, racionalidad, antropología, economía experimental, metodología, emociones

ABSTRACT

The ideal of individual imposed as anthropological model in social thinking is the *homo economicus*. A model to explain societies and design institutions. The scope of this model is explained by its theoretical and methodological advantages as well as by the ambiguities of its interpretation: at times confused with the simple idea of rationality. It can be understood as a heuristic theory, a cognitive competence, or as a genuine empirical theory. In the latter, the idea seems more accurate, facing serious objections though: its truth, or even desirability, is questionable. All in all, its numerous problems should not lead us to dismiss the idea definitely but simply oblige us to nuance it

KEYWORDS

Social science, rationality, anthropology, experimental economics, methodology, emotions

EL LIMITADO FRACASO DEL *HOMO OECONOMICUS*

Félix Ovejero
Universidad de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

"Verde es el árbol de la vida, gris el de la inteligencia". La fatigada sentencia de Goethe se puede entender de muchas maneras. Entre ellas, como el resignado reconocimiento de que en ciencia nos enfrentamos a un complicado equilibrio entre la conveniente parsimonia de nuestras teorías y las realidades que queremos entender, siempre más complejas. La ciencia apuesta por la simplicidad. Un buen ejemplo de ello es el *homo oeconomicus* (HE, en lo que sigue), el patrón antropológico más popular de la teoría social, racional y egoísta. La idea es austera y poderosa: con poco explicaría mucho. También parece realista, compatible con nuestra experiencia cotidiana: no somos héroes morales, más bien al contario. Viene, además, avalada por la teoría social más reputada, la ciencia económica. Está en la trastienda de sus explicaciones, tanto de las microeconómicas, cuando da cuenta de los precios como resultado de las interacciones entre consumidores y productores, unos maximizando su utilidad y otros su beneficio, como de las macroeconómicas, como sucede cuando relaciona una subida de los tipos de interés con una caída de la inversión y de la demanda agregada (mediante el supuesto de que los agentes optan por mantener el dinero en el banco y, además, dado su precio, no solicitan créditos).

Pero hay más. Con ese guión, se dice, podemos entender todo lo que tenga ver con los humanos en sociedad: las personas no se casan por amor ciego, sino porque, llegado un punto, el coste marginal de seguir explorando comienza a ser más alto que el beneficio previsible; los criminales no son malos tipos o producto de familias desordenadas, sino refinados calculadores que comparan los costes y los beneficios de su actividad; los políticos no son ciudadanos virtuosos, sino maximizadores de votos; los emigrantes, cuando envían dinero a sus países de origen, no lo hacen por amor a sus familias sino para evitar la llegada de compatriotas y la consiguiente disminución de sus salarios; las personas provistas de talentos o habilidades no están dispuestas a ejercerlos si no obtienen una retribución superior a los demás, de modo que incluso la sociedad más justa tendrá que propiciar la desigualdad; los ricos contribuyen a la beneficencia para comprarse un sentimiento de superioridad moral; los niños mejoran su rendimiento escolar si les pagamos por leer libros.

Este programa, si se cumple, dejaría en nada a la mecánica de Newton que, total, se limitaba a explicar las mareas, la trayectoria de

los planetas, la caída de los cuerpos y cuatro cosas más. El HE daría cuenta de nuestro comportamiento de la cuna a la tumba y de la cama a la banca. En las páginas que sigue haremos una valoración de tan optimista consideración. En primer lugar se abordarán las razones de su éxito. Se verá, también, que, en realidad, esa potencia explicativa tiene que ver con una cierta ambigüedad del personaje que se desenvuelve entre una simple estrategia explicativa, una competencia cognitiva y una genuina teoría empírica. Cuando oficia como estrategia explicativa resulta trivialmente compatible con diversos comportamientos, pero, en rigor, no explica ninguno. Cuando se interpreta como una competencia cognitiva, comparable a la visión o la memoria, nos enfrentamos a la posible existencia de un módulo mental que más que explicar necesita ser explicado. Cuando se entiende con una genuina teoría pierde buena parte de su vigor explicativo. Se examinarán algunos de los resultados que ponen en entredicho el potencial del HE. Con todo, se argumentará en favor de una interpretación prudente del alcance de esos resultados o, lo que es lo mismo, en contra de una descalificación absoluta del personaje. Quizá no sea el protagonista de la obra, pero sí un secundario importante.

2. VENTAJAS DEL *HOMO OECONOMICUS*

El triunfo del HE se produce en un doble plano: en el mundo y en las teorías sobre el mundo. Es posible que sus virtudes teóricas y epistémicas expliquen su vocación de monopolio entre los distintos modelos antropológicos que han nutrido la teoría social, pero lo que es innegable es que ese triunfo en el terreno de las ideas fue precedido de un triunfo en el plano material, en la historia. Entre las diversas motivaciones humanas, las nacientes sociedades capitalistas alentaban la búsqueda del interés. Se nutrían del HE y propiciaban su proliferación[1]. En ese sentido, se puede hablar de un desplazamiento del combustible social desde las pasiones hacia los intereses[2]. Un desplazamiento ventajoso en más de un sentido.

Los moderados burgueses buscan sus beneficios y no se entregan al activismo político, las emociones o las religiones. La fórmula "el dinero es cobarde y previsible" condensa algunas de esas ventajas. Por una parte, el *doux commerce* "suaviza las costumbres bárbaras", favorece la tolerancia mediante el trato con otros, alienta virtudes como la moderación, la honradez, la honestidad, la frugalidad y la laboriosidad[3]. Además, en el mercado, cuando cada uno procura por sí mismo de un modo calculado y, en competencia, se ve obligado a atender las demandas de los consumidores, no se embarca en otras empresas que las que se traducen, sin que nadie lo pretenda, en la prosperidad para todos: la mano invisible que popularizará Adam Smith[4] y que anticipaba Vico: "las pasiones de los hombres ocupados por entero a las búsqueda de su utilidad privada se transforman en un orden civil que permite a los hombres vivir en sociedad humana"[5]. Sobre el sustrato de ese orden civil se pueden levantar las instituciones. El egoísmo de las gentes asegura un orden y permite orientarse a los gobernantes. James Steuart, el padre de la economía política —al menos el acuñador de la fórmula, nueve años antes de la publicación de *La riqueza de las Naciones*— lo resumía con eficacia, cuando, después de recordarnos que "si todos los días ocurriesen milagros, no habría leyes", acotaba: "si todos actuaran en favor del interés público y se olvidaran de sí mismos, el estadista se sentiría desconcertado"[6].

Ese será el orden del mundo y sobre su posibilidad se hará posible la vida compartida y la naciente teoría social. Con algún detalle, el HE aseguraría:.

1. Orden ontológico. Para una parte del pensamiento social la tesis de que cuando cada uno va a la suya se produce un orden social será la piedra basal en la que fundamentar el conocimiento. La mano invisible, en este caso,

se entenderá como una suerte de tesis ontológica o metafísica equiparable al principio determinista: sin la regularidad del mundo, sin asumir que las mismas causas producen los mismos efectos, no habría posibilidad de experimentación repetida ni de conocimiento. En sentido parecido, de la interacción de los HE emergería un orden regular, a la vez que espontáneo, sin necesidad de objetivos comunes ni planificados entre los agentes[7]. Esa inexorabilidad se nutre, llamativamente, de las elecciones de cada persona, cuando opta por ir a la "suya". Una estrategia, la de procurar el interés propio, que, además de ser la dominante, la que asegura el mejor resultado, hagan lo que hagan los demás, es, a la postre, la única posible: en un escenario competitivo, comportarse con generosidad, cuando los otros atienen a su interés, es el camino más seguro a la desaparición. Es posible que todos quieran optar por otro proceder, pero saben que si lo hacen, serán los primeros en caer. Así que mejor anticiparse. Basta con que piensen que los demás intentarán buscar su particular beneficio —sea verdad o no— para que el mecanismo opere. El individuo "elige" hacer lo que no le queda más remedio que hacer, qué es, además, lo único que puede hacer: buscar su beneficio. El orden de todos sostenido en la libre elección de cada cual.

2. Orden moral. El orden de mundo no implica el orden moral. El buen conocimiento físico, sostenido en la regularidad de mundo, nos permite anticipar la muerte del Sol, que será, sin duda, un equilibro: el núcleo solar se transformará en una enana, que, mucho más tarde, al enfriarse, derivará en una enana negra y entonces se acaba la historia, el equilibrio final. También resultaron equilibrios las catástrofes ambientales de distintas sociedades (los isleños de Pascua, los vikingos en Groenlandia, los habitantes de las islas Pitcairn, Henderson y Mangareva) que tan magníficamente nos describe Jared Diamond[8]. Para muchos el HE produce otro tipo de equilibrios: equilibrios buenos, interesantes según algún criterio normativo. El mercado es ejemplo paradigmático, pero no el único. Sucede en muchas otras ocasiones, por ejemplo, cuando al caminar por un bosque optamos por la senda que otros han transitado antes que nosotros: no queremos hacer bien, ni mal, a nadie, pero con ello contribuimos a que otros, que vendrán después, puedan caminar con más facilidad. Además, si queremos llegar lo más pronto posible, elegiremos ese camino. Cada uno con su acción, sin quererlo y sin coordinarse con los demás, facilita la vida a los demás[9]. En el mercado, la competencia, me obliga a ir a la mía. Lo acabamos de ver: los agentes eligen lo que no pueden dejar de elegir. Pero es que, además, eso que no les queda más remedio que elegir, es lo que realmente quieren elegir, porque está en su naturaleza, el *Homo homini lupus* de Plauto. Todavía más, es lo que deben elegir, añadirá la metáfora de la mano invisible: lo que asegura el beneficio social. Lo que quiero, lo que puedo y lo que debo en una sola operación.

3. Coordinación en la interacción social. Saber que los humanos buscan exclusivamente su beneficio ayuda a anticipar su comportamiento. Algo importante en dos planos, al menos. Primero, en las acciones entre las personas: yo sé que tú, que conduces en dirección contraria a la mía, no tienes intención de cambiar de carril "por la cuenta que te trae" y tú te mantendrás en tu carril porque conjeturas lo mismo acerca de mí. Segundo, en las instituciones, en los términos que sintetizaba Steuart: si aumentan las penas, disminuyen los delitos; si bajan los tipos de interés, aumenta la inversión; si subo las pensiones, me votarán los jubilados. Mientras una sociedad asentada en las pasiones, las ambiciones o las ideologías resulta incierta y, con una alta probabilidad, requiere costosas intervenciones, exhortaciones, vigilancias o represiones, el egoísmo abarata la ingeniería social. Lo dicho: el dinero es cobarde y previsible, siempre que sea racional y egoísta.

4. Predictibilidad teórica. el HE tiene una única motivación, su interés particular, y solo quiere un resultado, el mejor. No se dispersa ni se desorienta con emociones, ideologías o religiones y, además, entre todas las opciones

compatibles con sus intereses, solo juzga una como buena, la óptima. Esa es la perspectiva de la primera persona descrita en el punto anterior, la que opera en las relaciones entre los agentes y sobre ésta se sostiene la perspectiva del estudioso, de la tercera persona. Pero, además, si la motivación es el máximo interés, el análisis puede mejorar. Una unidimensionalidad apunta a la posibilidad de establecer una función métrica que asocie números a las conductas en una escala de utilidad. Desde el punto de vista de la teoría social eso quiere decir que podemos afinar en nuestras predicciones: mientras hay muchos "suficientes", solo hay un punto óptimo, donde se maximizan los beneficios. Unos móviles de conducta que no cambian con sociedades, religiones o culturas suponen una apuesta por teorías parsimoniosas, con pocos supuestos, y alto contenido empírico.

3. EL *HOMO OECONOMICUS* COMO RACIONALIDAD. TRES INTERPRETACIONES

En principio, la idea de HE, egoísta y racional, gana en precisión cuando nos movemos en el último de los terrenos mencionados: la maximización del beneficio. La mejora parece todavía mayor cuando la idea de beneficio se sustituye por la de utilidad y, aún más, cuando la utilidad se entiende, como hace la moderna economía, como una función asociada a un orden de preferencias. Eso, al menos, es lo que parece. Porque por ese camino también aumenta el riesgo de vaciedad, de que el HE acabe por resultar compatible casi con cualquier comportamiento. Como escribía Amartya Sen: "si la persona es coherente, se trate de un obtuso egoísta o de un admirable egoísta o de un defensor consciente de sus propios intereses de clase, su comportamiento aparecerá orientado a la maximización de su utilidad en este mundo encantado de las definiciones"[10]. En realidad, con esa recalificación, los componentes originales del HE, egoísmo y racionalidad, si no se añaden más consideraciones, acaban por resultar inseparables y hasta por confundirse: cualquier cosa que el sujeto desee, por definición, maximizará su utilidad y se podrá entender como su interés. Lo que encabeza el orden de preferencias, coherente, por definición, se identificará con lo que interesa[11]. Vista así, la idea de "orden de preferencias" no hace más que reunir las dos ideas: racionalidad (coherencia, esencialmente transitividad) y egoísmo (en tanto, se persiga lo que se persiga se entenderá como aquello que maximiza la utilidad). Al final, la idea de HE se reduce a la de racionalidad. Normalmente, para evitar deslizarse por esa pendiente, más pronto o más tarde, la teoría económica, en la medida en la que aspira a ser una ciencia empírica, a explicar, acaba por añadir suposiciones adicionales, cualificaciones para dotar a la idea de contenido informativo.

Desde otro punto de vista, la falta de contenido informativo, esa conversión en simple racionalidad se puede entender como indicación de que estamos ante diversas interpretaciones o funciones de la idea de HE. La ambigüedad afecta al estatuto del esquema R: Para todo X, si X desea D y X cree que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, la acción A es la más eficiente para obtener el objetivo D, entonces X hace A[12]. Para unos el esquema R se entenderá en un sentido parecido al principio causal, como una simple estrategia explicativa o heurística eficaz para ordenar una parte de nuestras experiencias. Para otros R es el programa que rige un módulo epistémico con el que los humanos tratamos con la realidad, incluida las relaciones con los demás: una facultad cognitiva como la visión o la memoria. El agente interpreta las acciones de los demás atribuyéndoles motivos, razones, unas creencias y unos deseos. En un tercer sentido R se entenderá como una genuina teoría empírica susceptible de control experimental, como pueden serlo las leyes de Mendel. Apostar por una de esas interpretaciones no conlleva excluir las otras. En realidad, la teoría económica, cuando dota

de contenido al HE, perfila la tercera idea y estipula una teoría de la racionalidad muy específica susceptible de control empírico, asume que esa teoría describe lo que realmente hacen los agentes (segunda idea) y ante cualquier acción A opta por abordarla (primera idea) como un problema de intereses e incentivos: ¿qué objetivo (interés) D perseguían los que hacían A?. Veamos con algún detalle las tres interpretaciones:

A. ESTRATEGIA HEURÍSTICA

Al explicar por qué las tribus del actual Estado de Montana cazaban a los bisontes en otoño e invierno y por qué preferían las hembras a los machos, el paleontólogo opta por asumir la racionalidad de los agentes. Sobre ese supuesto, levanta su conjetura: "era una respuesta antes de la llegada del crudo invierno y escogían hembras porque separadas con sus crías de los machos suponían una presa fácil". Si el registro fósil mostrara otra cosa, por ejemplo, que los sacrificios se daban en primavera y que recaían en machos —como sucedía en Nuevo Méjico—, el investigador no dirá que "estaban locos". Sin abandonar el supuesto racionalidad, buscará otras razones, con R como guión incuestionable. Conjeturará, por ejemplo, que esa elección respondía a que un régimen demasiado rico en proteínas supone un consumo metabólico muy importante, que, aunque para organismos bien nutridos no plantea problemas, sí los tiene para unos cazadores recolectores que siempre podrían compensarlo mediante la absorción de grasas o hidratos de carbono[13].

En este caso, R es una esquema que nos "permite ordenar los datos, explicar interrelaciones y realizar preguntas a la Naturaleza"[14]. Opera como una red analítica útil para capturar ciertas piezas de la realidad mediante ciertas preguntas. En otros contextos podremos utilizar otras redes. Tres son las más eficaces. La primera, la red causal o enfoque físico que lleva a preguntarnos, por ejemplo, porque el agua burbujea al hervir. La segunda, la red funcional o enfoque adaptacionista (o del diseño), particularmente fecunda al enfrentarse a los procesos evolutivos, apuesta por preguntarse para qué sirve cierto órgano, por la función que cumple: el problema adaptativo que resuelve y para el que parece estar diseñado. La tercera, la de R, conjetura los intereses que están detrás de las acciones e interpreta el comportamiento de un ente (persona, animal, artefacto, cualquier cosa) como si fuera un agente racional que "elige" sus "acciones" "teniendo en cuenta" sus "creencias" y sus "deseos"[15].

En este caso no estamos ante explicaciones sino ante esquemas de explicaciones[16]. Si no somos capaces de explicar una enfermedad, de dar con sus causas, no decimos que no tiene causa sino que no la encontramos. La investigación avanzará asumiendo que hay una causa y las preguntas se harán bajo el horizonte incuestionable de la red causal. Dos médicos discreparán acerca de la causa de la enfermedad, pero no del supuesto de qué tiene una causa. Lo mismo sucede con esta idea de racionalidad. Discreparemos acerca de las razones de los agentes, de sus creencias o de sus objetivos, pero sin abandonar el guión R. No dudamos de la red "creencias y deseos", aunque podamos dudar de si cierta creencia o cierto deseo son los que realmente explican el comportamiento del agente, de las conjeturas empíricas. Si acaso, en determinado ámbito, abandonaremos el guión porque resulta poco fecundo, porque no nos ayuda a hacer preguntas, pero no podemos decir que "es falso", a lo sumo, inútil. Resulta difícil en este contexto hablar de comportamientos irracionales[17].

En teoría social es casi imposible prescindir de esa estrategia[18], aunque también puede ayudarnos en otros ámbitos: un perro que desea aplacar su sed se dirige a un barreño de agua y bebe; una rata que elije el trozo de queso de mayor tamaño; las hormigas —que carecen de una visión global del territorio— cuando (siempre) escogen el camino más corto. También un calefactor provisto de un termostato: detecta ("percibe", "cree que hay") un desajuste entre la temperatura "deseada" y la real y se

pone en marcha para "conseguir" su objetivo, la temperatura ideal. En principio, no existirían límites al uso de esas estrategias interpretativas ni por tanto ámbitos de aplicación exclusiva; sencillamente sucede que en unos casos una resulta más eficaz que la otra. A la hora de explicar las acciones lanzamos una red analítica que apela a las "razones" de los actores, a sus creencias y sus objetivos. Hay un objetivo y se actúa para conseguirlo a partir de cierta información, esto es, de creencias sobre cómo son las cosas. No tenemos por qué asumir que "realmente es así", que el termostato "cree" o "quiere". R nos proporcionaría una simple pauta. Si funciona, adelante.

B. COMPETENCIA COGNITIVA

El conductor de un coche trata de llegar en el menor tiempo posible (o por la carretera más hermosa o con el menor consumo o por la ruta más exigente), dadas ciertas limitaciones (un cierto nivel de riesgo, de consumo, de habilidad, etc.) y de cierta información (sobre las rutas, el estado de su auto, el tiempo, el funcionamiento de los semáforos). En ese sentido es racional. Tiene objetivos y creencias sobre el mundo. Pero también lo es en otro sentido. Tiene creencias sobre el comportamiento de los demás. Supone que el peatón respetará el semáforo, que otro conductor, cuando encienda en intermitente, cambiará de carril; que el camionero no acelerará cuando intenté adelantarlo. Asumirá que son racionales y ellos harán los mismo con él. Tienen creencias sobre la creencias de los demás.

Las personas operamos como "psicólogos naturales". En nuestros tratos, nos atribuimos intenciones, a las que damos respuestas, nos asumimos como individuos y, en ese proceder, adquirimos conciencia reflexiva. Tenemos, se dice, una "teoría" de la mente en la que ocupa un lugar central el supuesto de mutua racionalidad. Nos permite explicar, predecir y hacer inteligible el comportamiento de los demás sobre la base de sus creencias y deseos, del supuesto, por mejor decir, de que tienen creencias y deseos, del supuesto de su "mente". Se trataría, según algunos, de una "teoría implícita".

En rigor, en tanto una teoría está compuesta por enunciados, la idea de teoría "implícita" carece de sentido. Tiene que ser enunciada, y, en ese sentido, es mejor hablar de un talento, de una competencia cognitiva con una base biológica, material, como la memoria o la visión. Se trataría de circuitos mentales evolucionados especializados en resolver problemas de coordinación social, sin necesidad de consciencia, instrucción formal y aplicados sin conocimiento de la lógica subyacente. Serían talentos "obvios" que nos permiten el razonamiento social en el mismo sentido en el que las inferencias necesarias para la ecolocalización son obvias para los murciélagos[19]. Tales talentos se han asentado en nuestro cableado mental por su funcionalidad adaptativa: en el pleistoceno, en grupos con alto grado de estabilidad, con individuos con largos procesos de maduración, con periodos improductivos y convivencia de miembros de distintas generaciones, resultaba importante realizar inferencias sobre sus actitudes, motivos y anticipar la futura conducta de los demás[20].

Esa capacidad opera en todas nuestras prácticas sociales[21]. Se da en la competencia, en un mercado, al anticipar los comportamientos de los rivales y de los clientes, y también en la colaboración, como sucede en la comunicación, que se basa en la expectativa de que el otro trasmite con veracidad, brevedad, claridad y orden. El oyente asume que la información es relevante, no le es conocida y está suficientemente relacionada con lo que conoce como para realizar esa inferencia que es la comunicación: inferencia que le permite interpretar las intenciones del otro, eliminar ambigüedades, ordenar informaciones parciales y completar fragmentos (pronombres, alusiones, etc.)[22]. La más mínima comunicación opera sobre la existencia de esa capacidad de mutua atribución de estados mentales. Entiendo que quieres que te aproxime el salero cuando me señalas el salero o a que vas a desplazar el coche

cuando enciendes el intermitente y, a la vez, tu señalas el salero o enciendes el intermitente porque asumes que yo te atribuyo intenciones. Tu quieres que yo crea o sepa que tu quieres el salero o cambiar de trayectoria.

El soporte "yo pienso que tu piensas que yo pienso que…" es un cimiento de las relaciones humanas. Se da en la trama de la normas y en su violación, en la confianza y también en la mentira, porque cuando me engañas tu quieres que yo piense que tu piensas A cuando, en realidad, piensas B[23]. Se da también en las emociones, mejor dicho en el reconocimiento de las emociones, que presume una capacidad de inferir los estados mentales de las otras personas, de tener pensamientos sobre pensamientos (o emociones), del tipo "ese otro siente (cree, quiere) x o y", "ese otro siente (cree, quiere) que yo sienta (crea, quiera) x o y" o "ese otro siente (cree, quiere) que yo sienta (crea, quiera) que él siente (cree, quiere) x o y", etc[24].

Esa capacidad resulta decisiva en escenarios de reciprocidad en tanto permite realizar inferencias complejas sobre quienes pueden socavarla. Hace posible la mentira pero también detectar a los mentirosos y a los *free riders*, reconocer el fraude[25]. Facilita el desarrollo de la cooperación y, a la vez, la amenaza y la venganza. El juego emocional depende "de la naturaleza de la máquina interpretativa de la especie"[26]. De la especie porque, para ser eficaz, la capacidad tiene que ser común a todos. Si el otro no es capaz de categorizar nuestras acciones de represalia por su conducta incorrecta, el castigo resulta inútil. Es lo que sucede, seguramente, con los autistas, que, aun si inteligentes, resultan particularmente indefensos socialmente. Carecen de la capacidad de representarse las representaciones mentales de los otros y, en consecuencia, se muestran incapacitados para comprender el significado normativo de los acontecimientos. Si los humanos a veces exageramos atribuyendo intenciones a la naturaleza (ese "los dioses nos castigan con una plaga por nuestros pecados"), los autistas no llegan nunca. Ellos tratan a los demás como nosotros a la naturaleza (salvo en las sociedades animistas).

C. TEORÍA EMPÍRICA

Lo que encontramos en los libros de economía, y se extiende al conjunto de la teoría social, es otra cosa[27]. Se trata de una genuina teoría, formulada en una serie de enunciados (explícitos) y susceptible de control empírico[28]. La idea más precisa del HE. Eso no quiere decir que sea unívoca. Las formulaciones son diferentes, con distintos grados de exigencia, según los sistemas reales que se quieren explicar. E incluso hay diferencias en la presentación del núcleo de la teorías. Así, por ejemplo, en uno de los textos pioneros en la extensión de las teorías económicas a otros dominios de la realidad social, la hipótesis del HE se asocia a la suposición de que "Todos los comportamientos humanos se pueden entender como envolviendo a participantes que (1) maximizan su utilidad (2) a partir de un conjunto de preferencias estables y (3) recogen una óptima cantidad de información y de otros *inputs* en una variedad de mercados"[29]. Por su parte, en uno de los pocos manuales de microeconomía sensibles a los resultados de la psicología económica, se da una versión ligeramente distinta, según la cual, "ser racional significa tomar decisiones de acuerdo con el criterio coste-beneficio, es decir, realizar una actividad si y solo si los beneficios son superiores a los costes. Esta definición de la racionalidad puede ser objeto de dos refinamientos importantes. Uno es el criterio de la racionalidad basado en el egoísmo, según el cual las personas racionales conceden un gran peso únicamente a los costes y beneficios que les afectan directamente a ellas (.) La otra definición es el llamado criterio de la racionalidad basado en el objetivo inmediato. Su único requisito es que las personas actúen eficientemente de acuerdo con las aspiraciones y objetivos que tengan en cada momento"[30].

La diversidad de interpretaciones está vinculada al énfasis en distintos aspectos de la ra-

cionalidad económica: como egoísmo y como consistencia interna, entendida esta última como aquella elección en la que "las diferentes cosas escogidas de diferentes subconjuntos se corresponden unas a otras en un modo plausible y coherente"[31]. A esas interpretaciones, en otras ocasiones Amartya Sen añade una tercera que, en rigor, es una prolongación de la racionalidad como consistencia: la racionalidad como comportamiento maximizador, que en una formulación intuitiva se corresponde con la hipótesis de que los individuos, dadas sus restricciones (de información, de recursos y técnicas), escogen la acción que mejor les asegura la obtención de sus objetivos, y en otra más precisa, se asocia con la teoría de la maximización de la utilidad esperada, según la cual, los individuos, que tienen preferencias estables y consistentes, escogen la alternativa que maximiza el valor esperado de su función de utilidad[32].

Por detrás de las diferentes presentaciones se encuentran un conjunto de axiomas compartidos con pequeñas variaciones, un núcleo mínimo de supuestos que se van modificando o ampliando en función de los requerimientos explicativos: según las creencias (bayesianas, capturando una cantidad "óptima" información), los tipos de escenarios (certidumbre, incertidumbre, riesgo) y las exigencias formales (que permiten introducir unos tipos de representación con funciones continuas o unas métricas más o menos informativas (ordinales o cardinales)) y materiales sobre las preferencias (completitud, transitividad, independencia de las alternativas irrelevantes)[33]. A partir de tales axiomas, sería posible, en principio, establecer las funciones de utilidad de los agentes. Adicionalmente, y aunque esto no siempre se hace explícito, se supone que los individuos actúan según tales axiomas, esto es, no solo tienen unas preferencias y creencias con ciertas características, sino que, además, los agentes actúan a partir de ellas[34] o, más exactamente, sus acciones se explican a partir de ellas[35]. Finalmente, aunque la función de utilidad nada nos dice acerca del contenido de las preferencias, de qué es lo que quieren las personas, de un modo u otro, *de facto*, siempre se asume que actúan procurando su propio interés, que son egoístas, en el sentido más común de la palabra egoísmo, como búsqueda de beneficios materiales[36]. En breve, se hacen suposiciones respecto a las creencias, las preferencias, el egoísmo y las relaciones entre creencias y preferencias y acciones[37].

La descrita es, en pocas líneas, la formulación más consumada del HE, como una genuina teoría empírica. Estamos ya ante una precisa idea de persona. Y por eso mismo cabe preguntar si se ajusta con lo que sabemos sobre el comportamiento de los individuos reales. Después de todo, su aval fundamental no es otro que el realismo. Realismo en el sentido más o menos técnico de la filosofía de la ciencia, como descripción ajustada de las características básicas del comportamiento humano, y también realismo en el sentido más común, casi vulgar, de "no pedir peras al olmo", de desconfianza respecto a la bondad humana, ese que queda recogido en refranes y proverbios del tipo "con dinero baila el perro", "frailes y monjas, del dinero esponjas", "más vale dinero en mano, que ilusiones de verano" o "no hay tan buen compañero como el dinero".

4. LOS PROBLEMAS DEL *HOMO OECONONOMICUS*

Ciertamente, no hace falta alejarse mucho de nuestras experiencias comunes para poner en duda el realismo del HE, su racionalidad y su egoísmo. Los ejemplos abundan. No somos simples egoístas y hasta parece que ni somos coherentes. Incluso hay razones para dudar de que seamos mínimamente racionales. Nos resulta más difícil desprendernos de un billete que de una moneda del mismo valor. No respondemos igual ante un producto con la etiqueta "95 % libre de materia grasa" que ante otro con la etiqueta "5 % de grasa". En no pocas ocasiones, a pesar de que preferimos X a Y,

cuando, de pronto, nos añaden la posibilidad de elegir Z, que no nos interesa, cambiamos y pasamos a preferir Y a X. Si nos dicen que nuestro vecinos es de tez pálida, bajito y come mucho arroz, creemos que es más probable que sea catedrático de chino que conductor de autobús, ignorando que, dado el número de los dedicados a tales actividades, lo más probable es exactamente lo contrario.

Y esos comportamientos no son extravagancias o rarezas. De hecho, son lo bastante regulares como para que las empresas o los gobiernos los tomen como punto de partida para sus políticas. Los tienen en cuenta los comerciantes cuando presentan sus productos o sus precios, los políticos cuando contemplan la posibilidad de contener la inflación sustituyendo monedas por billetes, los dueños de *Starbucks* cuando nos ofrecen como señuelo —ese Z descartado— el recipiente supergrande para que elijamos el "mediano" antes que el pequeño, que quizá era nuestra primera opción, y los guionistas de series televisivas cuando quieren orientar nuestras sospechas[38].

Aunque las dificultades afectan a cada uno de las dimensiones antes mencionadas (creencias, preferencias, egoísmo y relaciones entre creencias y preferencias y acciones), aquí utilizaré el guión clásico e inventariaré los problemas afectan a los dos aspectos típicos del HE, el egoísmo y la racionalidad[39]. Añadiré, además, una mención a su simplicidad psicológica que trata de capturar resultados que se quedan a medio camino entre el egoísmo y la racionalidad y otra que apunta a su incompatibilidad con la vida social. Esta última, la más provisional, es la dificultad más crítica: si el HE resulta incompatible con la vida social, la simple existencia de ésta sería un argumento definitivo en contra de aquél.

A. EL EGOÍSMO

Cuando hemos de invertir nuestros ahorros, elegir un trabajo o comprar un piso nos comportamos como el HE. Atendemos a los tipos de interés, los salarios y los precios. Pero también tenemos en cuenta otras consideraciones: la localización o el trato que nos dispensan en la oficina bancaria, la naturaleza y el modo de realizar la actividad laboral, la proximidad a ciertos servicios o a las casas de nuestros amigos. Por supuesto, los economistas nos dirán que, en todos esos casos, cabe "endogeneizar" esas otras variables, reducirlas a interés. Las funciones de utilidad condesarían en un valor único las distintas dimensiones: el tipo de interés, la localización y el trato de la oficina se ponderarían e integrarían en un valor único y, una vez se tiene todo en cuenta, se pueden ordenar las opciones y decidir. Y, en cierta medida, tendrán razón los economistas, al cabo, con frecuencia, hacemos valoraciones globales. Por ejemplo, al elegir un restaurante consideramos el precio, la comida, los vinos, el trato, el ambiente y —eso sí, sin afinar ni ordenar explícitamente— optamos entre ellos. Pero no es menos cierto que, en otros casos, esa traducción resulta mucho más difícil, al menos si no queremos acabar en vaciedades tautológicas a cuenta de la utilidad, como las de aquel personaje de Moliére que "explicaba" los efectos narcotizantes del opio apelando a una virtus dormitiva, cuya existencia se probaba por el hecho mismo de producir sueño. En todo caso, los experimentos de la psicología económica o economía experimental nos muestran que en nos parecemos bien poco al egoísta HE.

El juego del *ultimátum* es, seguramente, el resultado más conocido[40]. En ese juego hay que dividir una cantidad de dinero entre dos participantes. El primero hace una oferta que el segundo acepta o rechaza. Si es aceptada, ambos se llevan la parte acordada; pero si el segundo la rechaza, los dos se quedan sin nada. Un sujeto egoísta, que asuma que el otro también lo es, propondría una miseria suponiendo que el segundo pensará que "mejor algo que nada". Pues bien, los experimentos muestran que los primeros jugadores hacen propuestas no muy alejadas de la igualdad y que los segundos prefieren quedarse con nada a divisiones radicalmente desiguales. Otro experimento

se refiere a un caso de bienes públicos, bienes de cuyo consumo no hay modo de excluir a nadie: los individuos disfrutan de la limpieza del aire o de la defensa nacional tanto si contribuyen a financiarlas como si no. Es sabido que la producción de tales bienes se enfrenta a un problema que complica su obtención, al menos si nos encontramos entre HE: cada individuo prefiere que los demás colaboren en su obtención mientras él se abstiene de todo esfuerzo y, por tanto, el bien público no se consigue. En el experimento, realizado a través de varias rondas sucesivas, a 10 individuos se les dice que recibirán 1 dólar cada uno en su cuenta por participar (haga lo que haga) en cada ronda. Por cada dólar que cualquiera de ellos aporte a la comunidad, cada uno recibirá ½ dólar en su cuenta particular. El proceso se repite 10 veces y al final cada uno se lleva lo que tenga en su cuenta. Si los individuos cooperan y cada uno de ellos pone 1 dólar en la cuenta común, ésta tendrá 10 y en la cuenta de cada uno de ellos habrá, en cada turno, 5, que serán 50 al final. Si un sujeto es egoísta, guardará su dinero y recibirá de acuerdo con lo que aporten los demás. Si todos los demás son cooperativos, el egoísta se quedará con 55 y los otros con 45. Si todos son egoístas, cada uno se quedará con 10, uno por cada partida. Cuando el experimento se lleva a cabo, los resultados muestran que muy pocos adoptan la estrategia egoísta, que, por el contrario, prima la cooperación[41].

En realidad, no hace falta acudir a la experimentación controlada, que no siempre se muestra pulcra en la selección de la muestra[42]. Sobran los ejemplos de comportamientos que —sin retorcer el sentido de las palabras— no cabe explicarlos con el supuesto de que las personas solo atienden a sus propios intereses: los constituyentes franceses del 4 de agosto de 1789 o los del 16 mayo de 1791 que, "ebrios de desinterés", renunciaban, respectivamente, a sus privilegios y a la posibilidad de ser elegidos en la asamblea legislativa[43], las muchas variantes de "misiones suicidas" (kamikazes, terroristas que "se autoinmolan")[44] o la modesta paradoja del voto, esto es, el hecho indiscutible de que los ciudadanos se molesten en participar (informarse, ir al colegio electoral, hacer cola, etc.) a pesar de que su voto personal, el único que controlan, nada puede decidir[45]. Más en general, los muchos casos en los que la realidad se aleja de lo que según el dilema del prisionero debiera suceder, nos muestran que en las motivaciones humanas hay algo más que egoísmo: hay normas o emociones que funcionan con independencia de las posibles sanciones.

Lo que parece innegable una suerte de "instintos" morales o de justicia regulan nuestro comportamiento y, en no poca medida, parecen imponerse a cualquier cálculo. Una variante del llamado juego del dictador ejemplifica lo que quiero decir. En este juego, uno de los participantes —el "dictador"— impone el reparto de 100 euros con un compañero. En su versión original el dictador (propietario) decide lo que le da al otro, que puede ser desde todo a nada. En la nueva versión el dictador (sistema impositivo) no tiene nada al principio, pero puede fijar al otro jugador un "impuesto" sobre los 100 euros, en los mismos términos, desde todo a nada. Pues bien, cuando los participantes calificaron la generosidad de los dictadores, juzgaron que el grupo de los "dictadores impositivos" era más injusto que el de los "dictadores propietarios", incluso aunque sus propuestas distributivas sean más igualitarias: un dictador que entregaba 50 euros a su compañero era tenido por más generoso que otro que solo exigía recibir 30 euros[46]. Habida cuenta de que no hay razones para atribuir justicia (objetiva, desde la perspectiva de la tercera persona) a la distribución de propiedad inicial (los 100 euros no son el resultado del esfuerzo de nadie, sino un regalo, un producto social, si se quiere), parece claro que la valoración de la justicia (por parte de los individuos) de la situación depende de la descripción de "derechos" asociada a la presentación del juego, mejor dicho, a como es percibido por parte de los individuos. Sencillamente, la justicia nos importa. Por eso nos parece mal que A dispon-

ga del doble que B si esa situación es resultado de un robo y nos parece bien si es resultado de un mayor esfuerzo o de una incapacidad que reclama asignarle mayores recursos.

B. SESGOS, HEURÍSTICOS E INCOHERENCIAS

El HE procesa la información como si fuera un ordenador. Compara, pondera correctamente, asigna probabilidades a las distintas opciones y, atendiendo a sus preferencias y a lo que puede pasar, decide. Los seres humanos reales funcionamos de manera bien distinta. Nuestras capacidades cognitivas son el resultado de procesos evolutivos en los que importan muchas cosas a la vez, no solo "la verdad". En ambientes complejos y cambiantes, con información limitada, con datos incompletos y parciales, con una memoria limitada, no estamos en condiciones de procesar con meticulosidad neurótica los datos sobre alimentos, territorios, presas o predadores. No toda esa información puede estar codificada en nuestro genoma. Tampoco sería conveniente: un cambio en el entorno nos dejaría a ciegas, con programas caducados operando a piñón fijo. Mejor estar abiertos ante los cambios. Abiertos no quiere decir vírgenes. La idea de la mente en blanco tampoco encaja en el relato evolutivo. Hay las suficientes constantes en el mundo, en las relaciones causales, en la continuidad de los objetos, en las necesidades de nutrición, como para qué resulte ventajoso haber sedimentado en nuestro cableado mental ciertas capacidades cognitivas[47].

En esas condiciones, cuando importa reaccionar con prontitud a partir de unos pocos indicios, sirve de mucho aplicar unas cuantas reglas que nos ayuden a simplificar las decisiones, aunque no sean muy pulcras metodológicamente[48]. En la sabana, ante un movimiento extraño de la vegetación, "inferir" la presencia de un depredador y salir corriendo, no es un ejemplo de buen proceder científico. Lo debido sería repetir el experimento en circunstancias cambiantes antes de extraer conclusiones precipitadas. Pero si lo que importa es salvar la vida, es mejor no andarse con demasiadas finuras y tirar por lo derecho.

Así las cosas, no nos podemos extrañar de que, en nuestros razonamientos reales, nuestra mente nos predisponga al uso regular de atajos mentales o heurísticos. Hemos aludido a alguno, pero hay muchos más. El de disponibilidad, que conduce a valorar las probabilidades a partir de la experiencia más a mano, explica que después de un accidente de avión disminuya el número de pasajeros o que los médicos que han diagnosticado dos casos seguidos de meningitis reconozcan los mismos síntomas en el próximo paciente, con independencia de la extensión real de la enfermedad en la población. El de confirmación, la predisposición a solo recoger argumentos y datos favorables a nuestras ideas e ignorar los que no se ajustan a ellas[49]. El de ancla, según el cual la primera información condiciona las opiniones posteriores, como sucede con el primer precio de un producto que nos lleva a percibir como baratos (o caros) los posteriores. El de exposición que configura nuestras preferencias u opiniones según el orden en que aparezcan, como sucede cuando la secuencia de aparición de los alimentos en un comedor escolar decide la composición final del consumo o cuando no contestamos lo mismo si se nos pregunta si somos felices después de preguntarnos si nuestras relaciones sexuales son satisfactorias que si el orden de las preguntas se intercambia. El sesgo del jugador que lleva a pensar que sucesos aleatorios individuales están influidos por otros previos, como si el hecho de que hayan salido hasta ahora cara al tirar una moneda sea una razón para que salga cruz. El sesgo retrospectivo (o falacia del historiador) que lleva pensar que lo que acabó siendo importante fue importante antes de llegar a serlo. El sesgo del falso consenso que conduce a pensar que las propias opiniones son ampliamente compartidas. El de arrastre que nos lleva a participar de una opinión porque los demás la comparten. El de *statu quo*, la disposición a sobrevalorar las situaciones existentes o estables en el tiempo,

como se deja ver en las resistencias vecinales a cambios urbanísticos claramente beneficiosos[50]. Son sesgos que afectan a errores inferenciales, a la recogida de información y a la (errada) manera de procesarla y que nos impiden describirnos como sujetos bayesianos[51].

En otros casos nos encontramos con problemas que afectan a la incoherencia en las preferencias. También aquí hay experiencias y experimentos. Estamos dispuestos a pagar diez euros al hijo de nuestro vecino, como mucho, por cortar la hierba de nuestro jardín, lo que parece indicar que apreciamos más once euros que la tarea, aunque si el vecino nos ofreciera once por realizar la misma tarea en su jardín, idéntico al nuestro, seguramente lo rechazaríamos: lo primero parece indicar que apreciamos más once euros que el trabajo; lo segundo, lo contrario. Si estamos en la cola de un cine y alguien se ofrece a comprar nuestro puesto por el doble de lo que cuesta la entrada seguramente no lo aceptaríamos aunque si, repentinamente, duplicaran el precio de las entradas nos iríamos a casa: la elección es la misma pero, en un caso, preferimos la entrada a los diez euros y, en el otro, lo contrario. La cantidad de dinero que estamos dispuestos a pagar por una medicación que nos evite el desarrollo de una enfermedad a la que hemos estados expuestos con cierta probabilidad (1/10000) no es igual a la que demandamos por participar en una investigación de una vacuna en la que existe la misma probabilidad de que desarrollemos la enfermedad[52].

Entre los experimentos, quizá el más interesante —por sus implicaciones para la justificación de los diseños institucionales— es el llamado efecto apropiación, según el cual, otorgamos valor a los objetos de nuestra propiedad por el simple hecho de que sean nuestros[53]. En los experimentos, las personas reclaman un precio más alto por un bien que se les acaba de dar de lo que están dispuestos a pagar por él. El simple hecho de que "sea suyo" —aunque no lo hayan elegido o comprado— les lleva a valorarlo. No es suyo porque lo prefieren, sino que lo prefieren porque es suyo. No son las preferencias las que deciden las elecciones (la compra y la propiedad) sino la propiedad la que conforma las preferencias. La implicación general no es desatendible: no podemos decir que la estructura de propiedad de una sociedad expresa la voluntad (las preferencias) de los ciudadanos puesto que es la estructura de propiedad la que decide la estructura de preferencias. El problema, obviamente, es que no hay intercambio de mercado sin atribución previa de derechos de propiedad.

C. SIMPLICIDAD

Ninguno de los comportamientos inventariados son los que cabría esperar del HE. No somos ni tan egoístas ni tan racionales. Otro modo de decir eso mismo es reconocer que somos bastante más complicados. Algo que nos recordó en 1977 Amartya Sen en un artículo muy citado con el elocuente título de "tontos racionales"[54]. En lo esencial, sostenía que el HE, además de una irrealidad empírica, es un simple. Mejor dicho: que de tan simple es falso. A diferencia de lo que sucede en casi todas las otras especies animales[55], nuestra psicología no es plana: no se limita a la racionalidad de objetivos y creencias. Como nos reconocía la segunda idea de racionalidad, las personas tenemos pensamientos sobre los pensamientos de los demás y, también, pensamientos sobre nuestros pensamientos. Aunque no cabe descartar que otras especies pueden disponer de la capacidad para atribuir estados mentales[56], resulta más que improbable que tengan pensamientos sobre los pensamientos propios[57]. Esta circunstancia, por ejemplo, nos hace emocionalmente sofisticados: para poder experimentar metaemociones hemos de ser conscientes —de designar con una palabra— la emoción básica. El miedo se puede experimentar sin saberlo, la vergüenza de sentir miedo requiere que sepamos que experimentamos miedo.

Esa capacidad nos abre un mundo. Queremos no querer ciertas cosas y queremos querer otras, tenemos metapreferencias, órdenes de preferencias entre órdenes de preferencias[58]. El

HE ordena sus preferencias y procura lo que está en primer lugar. En su casa, por la tarde, si a Juan le apetece entregarse a la televisión antes que hacer deporte, se sentará frente a la televisión. Un ser humano real es más complicado. Muy bien pudiera suceder que, después de algunas lecturas, a Juan le dé por pensar no en qué hacer con sus tardes sino en qué hacer con su vida, y, una vez contestada la segunda pregunta, abordar la primera, qué debe hacer con sus tardes. Quizá se ha forjado cierta idea de lo que es una vida valiosa y quiere llevarla a cabo. Esa experiencia, tan humana, complica la descripción racionalista del HE. Para que encaje el guión del HE es fundamental que exista un único objetivo, el que se maximiza: dado cierto nivel de precios y de consumo, puedo ordenar los automóviles por su rapidez. Pero quizá, desde mi mejor yo, considero que debería apreciar otras cosas: mis metapreferencias me llevan a "querer querer" la seguridad y, entre unas cosas y otras, mi comportamiento pierde coherencia.

Es cierto que, al final, se decide y cabría la solución de integrar todo en un valor único[59]. Pero en otras ocasiones, la complejidad y la coexistencia abre la puerta a luchas psicológicas entre motivaciones diferentes con una difícil traducción en el guión de HE. El psicoanálisis se puede entender como un modo tosco de reconocer esa circunstancia: el yo, el ello y el superyo entendidos como conjuntos coherentes cada uno de ellos de creencias y deseos que se expresan, sin embargo, como contradictorios agregadamente[60]. En una experiencia más familiar, la simpatía, para expresarse con el lenguaje de Adam Smith, nos lleva a tener en cuenta no solo nuestros intereses, sino también los de nuestros seres queridos. Un padre puede hacer suyos los ordenes de preferencias de sus hijos y, al unirlos con los propios, y agregarlos, encontrarse con una suerte de paradoja de Condorcet intrapsíquica. Entiéndase, no es que se participe de una esquizofrenia, como que se tengan diversas jerarquías, cada una de las cuales puede ser internamente consistente, pero que reunidas, den pie a inconsistencias. El verso de Walt Whitman, lo sintetizaba con claridad: "¿qué me estoy contradiciendo?, no importa, soy amplio, contengo multitudes". Yo puedo preferir A a B y B a C, pero, en virtud de mis afectos o mis odios, también participar de otro orden de preferencias B a C y C a A. Ese otro orden de preferencias puede ser el de la persona que quiero y cuyos deseos hago míos, o, al revés, el orden de preferencias que detesta una persona que odio, lo que me lleva a mí a suscribirlo[61].

Pero también hay otra vía en la que la consideración de los otros complica el modelo del HE. Y es que nuestro bienestar no es independiente del de los demás. Algo que no contempla el HE. A éste le trae sin cuidado como le vaya a los otros, para bien o para mal. Su función de utilidad es independiente de la de los demás. El bienestar de los demás no aumenta el suyo, como le sucede al altruista, pero tampoco lo disminuye, como le sucede al envidioso. Algo bastante raro, al menos si hacemos caso de las investigaciones empíricas de la economía de la felicidad que, entre otras cosas, muestran que nos produce más satisfacción un aumento de nuestro sueldo de un 10% que una aumento del 20% común, a nosotros y a nuestros compañeros de trabajo. Puede resultar deprimente pero es así: nuestro bienestar depende del de los demás, sobre todo, de los que son más parejos a nosotros, y no precisamente porque nos llene de dicha el suyo[63]. Con cínica sinceridad lo explicaba Gore Vidal: "Para ver verdaderamente felices, no basta con tener éxito uno mismo…Deben fracasar los amigos".

Y por ese cabo aparecen otros problemas clásicos de la racionalidad que tampoco tienen un fácil acomodo con la idea de HE, en tanto complican la equiparación urgente entre preferencias, intereses y bienestar: las preferencias adaptativas y las contradaptivas. Las primeras se producen cuando los individuos optan por reajustar sus deseos a sus posibilidades, pero no al modo del budista, que no quiere lo que no le resulta accesible, pero no por ello deja de valorarlo, sino como la zorra que se miente a sí

misma diciendo que están verdes las uvas maduras que escapan a su alcance[63] o de las mujeres de la India que dicen estar contentas con su carencia de elementales derechos[64]. Las segundas operan en la dirección contraria. Son las de aquellos para quienes siempre está más verde el jardín del vecino o esos otros convencidos de que "no hay otros paraísos que los paraísos perdidos". Estas situaciones, tan comunes como para participar de tales avales científicos y literarios, complican buena parte de los soportes sobre los que se levanta el HE. Ya no podemos decir con tranquilidad que los agentes en sus acciones maximizan la utilidad.

Ni somos tan simples como el HE ni la complejidad de nuestro comportamiento es susceptible de reducción al cálculo racional e interesado. Los humanos presentamos procesos emocionales diversos, repertorios de compromisos flexibles, variedad de vínculos entre normas y emociones, relaciones diferentes entre emociones y toma de decisiones[65]. En determinados escenarios actuamos según normas de intercambio, en otros, según principios comunitarios y en otras ocasiones predominan relaciones jerárquicas[66]. Pero no solo es que en un mismo individuo coexistan distintos repertorios emocionales y normativos, que se activan en distintos escenarios, sino que también en un mismo escenario pueden coexistir individuos motivacionalmente bien diferentes[67]. Vale la pena examinar esto aparte.

D. INCAPACIDAD SOCIAL

Los resultados descritos muestran la importancia en nuestras actuaciones de normas o sentimientos de justicia. De su hondura no hay quizá mejor prueba que la propia existencia del mercado, imposible sin una red moral y emocional. El mercado opera sobre un escenario normativo e institucional que hace que los acuerdos se cumplan, los intercambios legítimos se reconozcan, la propiedad se acepte, ciertos criterios de distribución se consideren justos y algunas formas de competencia se juzguen inconvenientes. Pero ese escenario, el compromiso con las normas de lealtad o confianza, no se sostiene ni se puede sostener en el interés. Ningún HE empleará tiempo en cultivar normas que beneficiaran a todos sin exclusión. No tiene interés en asumir el coste de mantener la trama moral, pero sí tiene interés en que exista. Lo mejor, de hecho, es que los demás la respeten, pero no uno mismo. Desde cierta perspectiva, la trama moral funciona como un bien público. A todos nos beneficia su existencia, pero nadie está interesado en producirla porque no hay modo de venderla entre sus consumidores: si en la sociedad se "respira" confianza, no hay modo de excluir a nadie de su uso y cobra el consumo del bien.

Eso sí, si la conducta calculadora se extiende, los valores y sus beneficios desaparecen. El egoísmo, la mejor estrategia para cada cual, es la peor para todos. Dicho de otro modo, el mercado no produce la geografía moral que necesita para funcionar. En realidad, alienta comportamientos que minan esa geografía: como vimos, el HE hace lo que no puede dejar de hacer[68]. Y sin embargo, la trama persiste. En cierto modo, que el mercado sobreviva cuando atenta contra las condiciones mismas de su funcionamiento, que persistan conductas que sistemáticamente se ven penalizadas, es en sí mismo, una invitación a pensar que las disposiciones morales tienen raíces más profundas que la pura convención cultural o el simple acuerdo de intereses[69].

Raíces que no proceden de la racionalidad. El vínculo calculado con las normas las desactiva. La red moral solo puede cumplir su función si no es resultado de una elección estratégica, si no se sustenta, ella misma, en el interés. Las normas resultan "interesantes", para el orden social, pero no pueden escogerse o seguirse por interés. Resultan beneficiosas si el compromiso con ellas no obedecen a un cálculo, si no se actúa por las ventajas que reportan, solo si "se sienten" genuinamente. Si en una negociación en mitad de una industria común, tú, que tienes por el mango la sartén del reparto del producto, me ofreces elegir ente una miseria o nada, en buena lógica económica, yo

debería escoger la miseria. Es lo que haría el egoísta racional. Algo es mejor que nada. Un euro es mejor que cero. Pero si sabes que no tolero el trato indigno, te lo pensarás dos veces antes de humillarme. El poderoso no prolonga las negociaciones *ad eternun* porque anticipa que sentimientos de justicia impiden a las personas aceptar acuerdos indignos, aunque la alternativa sea perderlo todo. Es la enseñanza del juego del últimatum. Si el orgullo o la vanidad herida me ciegan y prefiero morir de hambre a sentirme humillado y tú conoces ese cerrilismo mío, muy probablemente mi irracionalidad te llevará a ofrecerme algo más que la miseria, ante el temor de que la empresa común se acabe cuando yo haya acabado conmigo y con todo: si me marcho y rompo la baraja, no habrá cooperación y todos perderemos.

Para eso, para que tu sientas mi obstinación como una amenaza, es importante que mi sinrazón no sea fingida, que no sea un farol estratégico, que dura un instante y que, una vez el dinero en la mesa, ante el fait accompli, cuando ya no quedé sino elegir entre algo o nada, acabaré por plegarme. Si yo, en el fondo, ando con cálculos y tú sospechas que, a la hora de la verdad, actuaré racionalmente, que preferiré algo a nada, no cederás a lo que no deja de ser una presión retórica que sabes simulada. A la larga la conducta ciega, honesta o rencorosa, emocional, "sale a cuenta" tanto para el individuo como para la propia sociedad, para sus mecanismos reproductivos. El buen funcionamiento de la economía y hasta la consecución de los mejores intereses de las personas con frecuencia exigen que éstas se olviden de sus intereses más inmediatos y hasta de la racionalidad. La vida social, incluida la económica, resulta imposible entre *homines economici*.

En ese contexto, no solo es importante que los sujetos se dejen llevan por las emociones, que no actúen porque les "sale a cuenta", aunque les salga a cuenta, sino, sobre todo, que sean capaces de interpretar mutuamente sus emociones. La dignidad solo sirve si es sentida e irrenunciable y si el otro, que es como yo, entiende las señales. Si los valores "funcionan" y aseguran la vida social, es precisamente porque no se asientan en el cálculo, porque son normas, sostenidas en emociones y, al fin, en nuestra historia evolutiva. La selección natural es el mecanismo que nos permite dar cuenta de la persistencia de comportamientos y disposiciones (morales) que "salen a cuenta" para todos pero que no cabe entender desde el beneficio de cada uno[70]. Las emociones, el instinto y la biología. Sin esa trama no hay indignación ante la injusticia, ante la violación de normas, y sin normas no hay economía. En breve, una sociedad de egoístas racionales resulta socialmente imposible.

En realidad, no parecía descaminado Sen. El HE, en su simplicidad, está incapacitado para la vida compartida. Desde cierto punto de vista el HE se parece, en más de un sentido, a esos idiotas morales y emocionales que han estudiado los neurobiólogos: individuos con ceguera afectiva, incapaces de tomar decisiones o de valorar el significado emocional de los acontecimientos[71]. Tales sujetos, o los monos sociales a los que se les cortan conexiones cerebrales que reproducen sus lesiones, resultan personajes desnortados socialmente. Carecen de emociones y no "sienten" las normas, incluso si las siguen por convención, como los demás seguimos las normas de etiqueta: la injusticia o la vejación no les indignan, si acaso, les parecen una inconveniencia, una grosería. Se muestran incapaces de valerse en sociedad: para competir o para cooperar o para conocer su ubicación social, para tratar con los demás, para percibir el significado emocional (las inflexiones) de las distintas palabras. La falta de emociones morales (de justicia o de empatía) les incapacita para calibrar el sentido de los conflictos, para sentir la culpa y la vergüenza o el agravio que acompañan a procesos sociales y que cumplen la función de coordinar las conductas. Todos sabemos cómo interpretar y valorar que tú me arrebates la comida: te estigmatizaremos y, tú, avergonzado, procurarás no hacer ruido. La emoción de ira o enfado de un miembro del grupo se complementa con la vergüenza o culpa que experimenta el que ha

realizado una mala acción. Este último acepta la sanción sin que el conflicto cuaje en una violencia que haría desaparecer el grupo. La comunidad sobrevive merced al reconocimiento de que se ha violado una norma, la emoción correspondiente y el conocimiento por todos de ambas circunstancias. Todo ello al HE le suena a chino[72].

5. CONCLUSIÓN: UNA VALORACIÓN MATIZADA

El repaso anterior invitaría a olvidarse del HE. La conducta de los humanos reales se aleja de la conducta del HE y, además, los desvíos son regulares, lo suficiente como para que podamos identificar la existencia de unos sesgos. El reconocimiento de esta circunstancia ha llevado a más de uno a decretar la muerte del personaje[73]. Los más moderados, recomiendan cultivar una teoría más realista sostenida en "un modelo de actores humanos enriquecido (empíricamente)"[74]. En esa dirección se incluirían aquellos que reclaman debilitar las exigencias de racionalidad: más que buscar el óptimo los seres humanos nos contentamos con un suficiente, sea por nuestras limitadas capacidades cognitivas sea porque la idea de obtener el mejor resultado, en escenarios cambiantes, se revela un imposible, algo así con disparar sobre un blanco móvil, como si cambiara la competición cada vez que aprendemos las reglas del juego[75]. En otros casos se ha optado por abandonar la hipótesis del egoísmo en aras de otras motivaciones: unos sostienen que el humano real apuesta antes por la reciprocidad que por el egoísmo[76] y otros que, en realidad, no nos regimos por un único motivo o principio, sino por distintos, según el contexto o las circunstancias: el mercado, la familia, el trabajo[77].

Las descalificaciones más radicales proceden de quienes sugieren abandonar el guión completo de R, el supuesto de agentes intencionales. A esa conclusión llegan algunos que sostienen que creencias y deseos asumen una ontología incompatible con lo que conocemos, que "ha permanecido estancada por veinticinco siglos, y cuyo marco categorial se ha mostrado inconmensurable con las categorías de la ciencia física"[78]. R puede resultar útil para ir por el mundo y entendernos, pero no cabría la posibilidad de relacionarlo conceptualmente con nuestras teorías sobre el cerebro humano, al modo como la biología molecular se relaciona —se reduce a— con la química y ésta con la física. En ese sentido se trataría de una teoría psicológica, pero una teoría falsa, como la del flogisto o la del calórico o como la física aristotélica, esa que nos lleva a decir que "el Sol sale": nos entendemos, podemos anticipar acontecimientos ("mañana saldrá al Sol"), útil pero irreal[79]. Con la misma intención descalificadora del guión completo, otros dirán que, en el fondo, los verdaderos protagonistas de nuestros comportamientos son los genes y que el resto, todas nuestras metas humanas (el amor, la religión, los valores) no son más que los subproductos de un cerebro predispuesto a elaborar justificaciones[80]. Nosotros seríamos poco más que vehículos reproductores, portadores de genes, viviendo en un mundo de ficción. Nuestras acciones no responderían a decisión alguna, por más que, una vez realizadas, generen una necesidad de justificación, tarea de la que, según los neurobiólogos, se encargaría nuestro hemisferio cerebral izquierdo dedicado a interpretar —a proporcionar relatos de— nuestros comportamientos[81].

La solvencia de estas conjeturas es dispar. No cabe desatender su vigor crítico, pero, por el momento, en su mayoría, no pasan de ser especulaciones[82], compatibles con muchos resultados, pero, en sí mismas, no sobradas de avales empíricos y, desde luego, incapaces de proporcionar desarrollos como la teoría social sostenida en torno al HE[83]. Por supuesto, que dispongamos de desarrollos no quiere decir que debamos apostar por ellos, si resultan inútiles. Debemos evitar la respuesta que el premio Nobel de economía, Kenneth Arrow, observó entre los militares, cuando oficiaba como meteorólogo durante la segunda guerra mun-

dial: "Los estadísticos que había entre nosotros verificaron las previsiones y descubrieron que no diferían del azar. Los propios encargados de preparar los pronósticos estaban convencidos de tal extremo y pidieron que dejaran de hacerse. La respuesta decía aproximadamente lo siguiente: "El general en jefe es consciente de la inutilidad de las previsiones meteorológicas. Sin embargo, las necesita por motivos de planificación""[84].

Ciertamente, las investigaciones examinadas han confirmado el desvarío del imperialismo de la economía forjado en torno a un modo de persona egoísta e hiperracional. Ese resultado ya nadie lo discutirá. Ahora bien, eso no quiere decir que el HE resulte una pieza inútil desde el punto de visa teórico ni que podamos descartarlo para siempre. De modo que, aunque solo sea para sopesar exactamente su alcance, y el de las críticas, quizá conviene terminar con una notas acerca de cómo no deben interpretarse los problemas expuestas.

1. Que no seamos egoístas en muchas ocasiones no quiere decir que seamos altruistas a tiempo completo. Los abundantes experimentos destinados a refutar que el interés material sea nuestra motivación exclusiva hay que interpretarlos en su exacto sentido: no es verdad que en todo momento y circunstancia seamos *homine economicii*. Pero eso no quiere decir que el HE resulte incondicionalmente falso. La dinámica de Newton, verdadera en ciertos sistemas, deja de servir cuando nos aproximamos a la velocidad de la luz, la mecánica clásica deja de valer para dimensiones cercanas a las constante de Planck y la teoría de la selección natural, capaz de explicar la evolución de las especies, no da cuenta de la evolución del sistema solar o de las sociedades humanas. En el mismo sentido, podemos reconocer que el HE, falso en un convento, una comuna o una familia, funciona en muchos sistemas reales, como lo confirman cada día millones de decisiones ante variaciones en los tipos de interés, la bolsa, los mercados cambiarios, la compra venta de pisos o las lonjas de pescado. Al igual que el "experimento" de que un trabajador, ante dos ofertas de empleo idénticas, opte por la mejor retribuida —y los otros miles que se podrían diseñar en la misma dirección— no refuta, sin más, que seamos altruistas, la experiencia de que, en muchos casos, no actuamos por dinero no refuta incondicionalmente el egoísmo, aunque sí la idea del egoísmo universal.

2. Que no seamos racionales no quiere decir que no podamos ser racionales. En indiscutible que los sesgos descritos son frecuentes y sistemáticos. Ahora bien, eso no nos impide reconocerlos y corregirlos. Del mismo modo que la noción de ilusión visual solo resulta inteligible sobre el trasfondo de la imagen correcta, la noción de sesgo tiene sentido bajo el contraste de la buena inferencia. Uno no puede perderse si no hay un camino correcto. Por lo demás, es una experiencia cotidiana el reconocimiento de que podemos escapar y corregir nuestras limitaciones, constricciones y disposiciones, incluidas las asentadas en nuestra biología. Sabemos que hay longitudes de onda que no percibimos, que tenemos una disposición natural a que nos gusten los alimentos dulces y que participamos de "instintos" agresivos o posesivos. Hemos elaborado teorías sobre esas cosas y conocemos la existencia de tales longitudes de onda, somos capaces de evitar los dulces y valoramos nuestros "instintos" y nos sobreponernos a ellos en nombre de otras consideraciones. Con la ayuda de la ciencia o de la reflexión moral, podemos reconocer esas determinaciones de origen, incluidas las más fundamentales y "deterministas", y actuar en consecuencia[85].

3. Un corolario de lo que se acaba de decir es que, aunque la teoría de la racionalidad, en su versión más depurada, como teoría de la decisión, resulte falsa descriptivamente, eso no la invalida normativamente. En nuestras decisiones cotidianas, los seres humanos no comparamos y evaluamos con plena pulcritud analítica. Tampoco respetamos impecablemente, al formar nuestras creencias, los axiomas de la teoría de la probabilidad. Ni nosotros, ni puestos a decirlo todo, los teóricos de la estadística. En ese sentido, como teoría descrip-

tiva, en su versión más refinada, el HE sirve de poco. Pero esto no descarta la teoría de la racionalidad como ideal regulador, como base de las decisiones meditadas. Que cometamos errores al formar nuestras creencias no invalida el reconocimiento, por ejemplo, de que el cálculo de probabilidades —el conjunto de reglas no-inductivas de la lógica bayesiana— es la representación perfecta de la coherencia al formar las creencias. Pudiera suceder con la teoría de la racionalidad algo parecido a lo que sucede con buena parte de la teoría económica sobre los mercados perfectos, que, aunque esta pensada en origen para explicar el mercado, también actúa como un ideal regulativo de las acciones: nos señala un norte, construir en la realidad las condiciones que permiten los buenos resultados[86].

4. Que las emociones y los instintos morales nos ayuden a decidir no los convierte en principios de racionalidad práctica. No son la última palabra. En ningún caso suplen a la argumentación, científica o moral. Las decisiones instintivas muchas veces aciertan, pero, para saberlo, hemos de poder aquilatarlas con los mejores procedimientos, con la razón y la experiencia[87]. Las emociones no resuelven los dilemas morales, no nos dicen que está bien o mal ni, por supuesto, están más allá de nuestra valoración, de la posibilidad de ser juzgadas. Aunque nos ayuden a decidir y valorar, no son las que, al final, valoran sino las valoradas. Nuestras emociones existen porque cumplen y, sobre todo, porque cumplieron funciones adaptativas en los entornos en los que se ha desarrollado la mayor parte de la vida de la especie, entornos por lo general muy alejados de aquellos por los que transitamos en el presente. Algunas de esas emociones que hoy nos disgustan se asentaron en nuestro cableado mental por su provecho en otro tiempo, eran interesantes dada nuestra condición de cazadores recolectores (por eso somos agresivos), para asegurar nuestra particular herencia genética (por eso somos celosos) o para prevenirnos frente a otros grupos cuando hay pocos recursos (por eso somos racistas). Ahora bien, su persistencia, indiscutible, no impide que condenemos y castiguemos los comportamientos violentos o sexistas desencadenados por ellas. Nos sucede lo mismo que con nuestra disposición hacia los alimentos dulces, con alto contenido energético, de mucho interés en los entornos naturales en los que ha transcurrido la vida de nuestra especie, con pocos recursos: hoy, en la sociedad de la abundancia, valoramos esa disposición, atendiendo a nuestra salud, la juzgamos inconveniente y evitamos atender a sus demandas. Vale la pena dedicar un nota más al trasfondo donde arraiga este potencial normativo, el soporte de la racionalidad.

5. Nuestra capacidad de abstracción y, por ende, la posibilidad de tasar emociones e intuiciones, es inseparable de un talento específicamente humano, también anclado en la biología (otra cosa, discutida, es si como resultado adaptativo de la selección natural)[88] que amplía nuestro mundo y nos permite escapar a nuestras constricciones biológicas: el lenguaje. La complejidad del lenguaje humano lo otorga un enorme potencial liberador. Su radical novedad respecto a cualquier otra forma de comunicación animal se muestra en sus dos componentes centrales: el uso extensivo de arbitrarias conexiones (aprendidas) significado-forma y su combinación en sistemas sintácticos[89]. A partir de ahí se desplegaran ciertas posibilidades: recursividad, abstracción, combinatoria, potencial simbólico, etc. Ese paso es el cimiento en el que se basa nuestra posibilidad de revisar emociones, sesgos y disposiciones. Las nuestras y las de los demás, la discusión y la cooperación[90]. Nos abre el universo de lo que no es pero puede llegar a ser, el universo desde donde mirarnos y corregirnos. Elaboramos pensamientos complejos, corregimos juicios y comparamos argumentos que recaen sobre sociedades hipotéticas, experiencias pasadas, instituciones inexistentes o soluciones a problemas que todavía no se han dado. Todas actividades son posibles por el lenguaje y, entre ellas, destaca nuestra capacidad para construir contrafácticos, conjeturas acerca de qué pasaría si en lugar de A se hubiera dado B. Esa capa-

cidad de pensar la realidad sobre el horizonte de sus alternativas está en el origen de nuestras explicaciones de lo que sucede, de cómo es el mundo, y también de nuestros anhelos, de nuestras esperanzas acerca de cómo nos gustaría que fuese. Esa simple posibilidad, de revisar y rectificar nuestros juicios a la luz de razones, confirma nuestra competencia racional y nuestra capacidad para desarrollarla[91].

Este último punto, que ciertamente nos aleja del HE, tampoco nos avecina a ese nuevo naturalismo que algunos parecen inferir de los resultados descritos y que se traduce en una suerte de entrega, como horizonte de posibilidades, a nuestras rutinas de razonamiento, emociones o instintos, a la irracionalidad, para decirlo en una palabra. También estos pueden ser valorados. Ese es el más genuino talento de la especie humana, su capacidad natural para emanciparse de su naturaleza.

NOTAS

1. Un repaso de su historia y sus limitaciones, cf., P. Demeulenaere, *Homo oeconomicus: Enquete sur la constitution d'un paradigme*, París, PUF, 1996.

2. A. Hirschman, *The Passions and the Interests: Political Arguments For Capitalism Before Its Triumph*. Princeton, Princeton U. P., 1977.

3. En opinión de Montesquieu, *De l'esprit des lois,* [1748] en *Oeuvres Complètes*, París, Seuil, 1964, pág. 546.

4. Para un repaso en el marco de la teoría económica, hasta recalar en las teorías del equilibrio general, cf. B. Ingrao, G. Israel, *The Invisible Hand. Economic Equilibrium in the History of Science*, Cambridge, Mass., The MIT Press, 1990.

5. G. Vico, *Principi di Scienza Nuova*, L´Aquila, REA Edizioni, 2013 (e.o. 1725) libro I, II, VII. Kindle e-book

6. J. Steuart*, Inquiry into the Principles of Political Economy,* Chicago, University of Chicago Press, 1966 (e.o. 1767), págs. 143-144.

7. La idea será particularmente desarrollada por la escuela austriaca de economistas (Von Mises, Hayek). Se la denominará "Catalaxia", cf. M. Rothbard, "Catallactics" en J. Eatwell, M. Milgate, P. Newman (edt.), *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, Vol. 1, Hampshire, Palgrave Macmillan, 1987, págs. 377-378.

8. J. Diamond, *Colapso: por qué unas sociedades perduran y otras desaparecen*, Madrid, Debate, 2005.

9. Algo parecido sucede con la extensión de las lenguas o los sistemas de medidas. Se dan aquí diversos procesos superpuestos: economías (o externalidades) de red, dependencia de la senda: M. Katz, C. Shapiro, "Systems competition and network effects", *Journal of Economic Perspectives*, 1994, 8; P. Garrouste, S. Ioannides (eds), *Evolution and Path Dependence in Economic Ideas: Past and Present*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2000. Todos ellos se pueden interpretar como variantes del mecanismo de la mano invisible. Para el caso de la lengua, R. Keller, *In Language Chance*, Londres, Routlegde, 1994.

10. A. Sen, "Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory", en A. Sen, *Choice, Welfare and Measurement*, Oxford, Blackwell, 1982, pág. 89.

11. Hay un cierto paralelismo con el proceder de las versiones más primitivas de la selección natural, con su interdependencia entre las ideas de adaptabilidad y la de supervivencia: la tesis de que solo sobreviven los más aptos se vaciaba de contenido en el mismo momento en que la aptitud se definía como la capacidad para sobrevivir.

12. A. Rosenberg, "Philosophy of Social Science", W. Newton-Smith (edt.), *A Companion to the Philosophy of Science*, Oxford, Blackwell, 2000. cf. también A. Rosenberg, "What is the Cognitive Status of Economic Theory", en R. Backhouse (edt.), *New Directions in Economic Methodology*, Londres, Roudledge, 1994.

13. J. Speth, "las estrategias alimentarias de los cazadores recolectores", *Mundo científico*, 1987, 73.

14. D. Dennet, *The Intentional Stance*, Harvard, The MIT Press, 1989, pág. 265.

15. D. Dennet, *Kinds of Minds,* Londres, Weindenfeld, Nicholson, 1996, pág. 27.

16. En un sentido parecido al que podemos decir que y = mx + n, mientras no se interpreten las variables (x, y) como variables numéricas de propiedades de un sistema real, no es propiamente una (supuesta) ley científica, sino un esquema de ley: todo esquema (de ley, en este caso) puede recibir una infinidad potencial de interpretaciones fácticas, cf. M. Bunge, *La investigación científica*, Barcelona, Ariel, 1983, pág. 340.

17. Algunos (Sócrates R. M. Hare) dirían que los comportamientos de los débiles de voluntad, *akráticos*, muestran que sí es posible: el individuo que, a pesar de tener ciertos objetivos (dejar de fumar, terminar una relación, etc.) y buena información, no actúa de acuerdo con sus creencias y sus deseos. Otros dirán que, al final, también el akrático es racional: si hace X es porque quiere X. La discusión, su posibilidad de solución, si es que la tiene, depende de la idea que se tiene de R, si tiene una naturaleza teórica, metodológica o —incluso— lógica, cf. S. Stroud, C. Tappolet, (edts.), *Weakness of Will and Practical Irrationality*, Oxford, Clarendon Press, 2003.

18. Aunque se podría optar por una enmienda general: si por ejemplo fueramos una suerte de zombies preprogramados (en cuyo programa se incluiría la ilusión de actuar por creencias y razones). Volveré al final sobre diversas conjeturas que apuestan por prescindir del guión de la racionalidad, cf. F. Ovejero, "Economía y psicología: entre el método y la teoría", *Revista Internacional de Sociología,* 2004, 38.

19. L. Cosmides, J. Tooby, "Beyond Intutition and instintive blindness: Toward an evolutionary rigorous cognitive science", *Cognition*, 1994, 50, pág. 64.

20. H. Plotkin, *Evolution in Mind*, Londres, Alen Lane, 1997, pág. 139.

21. En las que se participa del mismo "entorno cognitivo": los individuos "comparten información sobre la información que comparten", D. Sperber, D. Wilson, *Relevance* (2ª ed.), Oxford, Backwell, 1995, pág. 45. Fórmula que es un desarrollo de la idea de "conocimiento común (mutuo)" de D. Lewis, *Convention*, Cambridge, Harvard U.P., 1969. Resulta interesante destacar que una idea parecida ("the tacit cognitive comumnalities"), "entre el instinto y la razón" es formulada desde la teoría de la elección racional para referirse a los contextos normativos, U. Witt, "Moral norms and rationality within populations: an evolutionary theory", J. Casas Pardo, F. Schneider (edts.), *Current Issues in Public Choice*, Cheltnham, Edward Elgar, 1995, pág. 251.

22. D. Sperber, D. Wilson, op. cit. págs. 65-22.

23. Para una breve y sugestiva exposición del vínculo evolutivo entre los humanos como "psicólogos naturales" y la vida social, cf. N. Humprey, *La mirada interior,* Madrid, Alianza, 1993. Precisamente por esas posibilidades estratégicas de inducir en los otros creencias falsas —resultado al fin del reto de hacer compatibles la competencia y la cooperación— a este talento se lo califica de inteligencia maquiavélica, cf. Richard W. Byrne y Andrew Whiten (edts.), *Machiavellian Intelligence,* I. *Social Expertise and the Evolution of Intellect in Monkeys, Apes and Humans*, Oxford, Oxford U.P., 1988; Richard W. Byrne y Andrew Whiten (edts.), *Machiavellian Intelligence,* II. Evaluations and Extensions Oxford, Oxford U.P., 1997.

24. Repárese en que está capacidad es condición de posibilidad de un supuesto clásico de la teoría moral: reconocer a otro como racional supone un principio de respeto y preocupación (y a partir de ahí, otro supuesto: la tesis de dar razones que los otros puedan aceptar), cf. T. Nagel, *The Possibility of Altruism*, Princeton, Princeton U.P., 1970; T. Scanlon, *What We Owe to Each Other*, Cambridge, Mass., Harvard U.P., 1998. Con más provisionalidad, aquí también se podría anclar una crítica a la tesis utilitarista que toma el sufrimiento como criterio básico de pertenencia a la comunidad de valoración, criterio que permite incluir sin matices a los animales no humanos. Para una teoría normativa atenta a los resultados cognitivos, la capacidad de sufrimiento no es independiente de la existencia de unos sistemas articulados de deseos, expectativas, de unos estados mentales complejos y con capacidad discriminatoria, que no se dan por igual en todas las especies. Cf. D. Dennet, "Animal Consciousness: What Matters and Why", *Social Research: In the Company of Animals*, 1995, 62, 3, págs. 691-710

25. Hay un fuerte vínculo entre racionalidad, interacción social e identificación de los "mentirosos", L. Cosmides, "The Logic of social exchange: has natural selection shaped how humans reasons?", *Cognition,* 1989, 31.

26. J. Tooby, L. Cosmides, "Friendship and the Banker´s Paradox: Other Pathways to the Evolution of Adaptations for Altruism", W. Runciman, J. Maynard Smith, R. Dunbar (edts.), *Evolution of Social Behavior Patterns in Primates and Man*, Oxford, Oxford U.P., 1996, págs. 129-130.

27. De no acabar de deslindar entre estos planos arranca, a mi parecer, la tesis de la escuela austriaca, según la cual, la economía es una ciencia *a priori*, como la lógica, la praxeología de Ludwig von Mises, *La Acción Humana: Tratado de Economía*, Madrid, Unión Editorial, 2011 (e.o. 1949). Los austriacos, eso sí, juegan fuerte. Para ellos son "sintéticas y a priori" bastantes más cosas que la racionalidad: la ley de la utilidad marginal decreciente, la ricardiana de asociación, la teoría cuantitativa del dinero, etc.

28. Se podría decir que esta idea es una teoría sobre (el contenido de) la idea anterior: asume que somos agentes racionales, que tenemos ese talento, y lo precisa en un sentido específico.

29. G. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, The University of Chicago Press, 1976, pág. 14.

30. R. Frank, *Microeconomics and Behavior*, McGraw-Hill, N. York, 1991, pág. 17.

31. A. Sen, *Rationality and Freedom*, Londres, Harvard U. P, 1990, pág. 202. Idea que se asocia a la "posibilidad de explicar el conjunto de elecciones reales como resultado de la maximización según una relación binaria" y que en las formulaciones más exigentes se entiende como "completamente transitiva o, en las más exigentes todavía, como representable mediante una función numérica que la persona pueda describirse como maximizando", A. Sen, *On Ethics and Economics*, Blackwell, Oxford, 1987, págs. 12-13.

32. A. Sen, *Rationality and Freedom*, op. cit., pág. 19, cf. asímismo, A. Sen, "Rational Behavior", J. Eatwell, M. Milgate, P. Newman (edts.), *Utility and Probability. The New Palgrave*, Londres, Macmillam, 1990.

33. En este contexto la distinción entre creencias y escenarios resulta bastante convencional. En los escenarios con certidumbre estamos en condiciones de saber qué sucederá (en este banco me dan el 3%, en el otro 2%, etc.), en los de riesgo podemos asignar probabilidades (20% de que llueva, etc.), en los de incertidumbre no tenemos ni idea. La distinción entre los dos últimos casos se podría discutir. En el caso de la incertidumbre la acción racional lleva a utilizar el criterio de maximización de la utilidad esperada basada en probabilidades subjetivas (bayesianas, en su versión personalista), esto es, los agentes, aunque no conozcan por anticipado las probabilidades de los distintos escenarios, siempre están en condiciones de asignar probabilidades que miden su grado de creencia, aplicando ciertos teoremas de la teoría de la probabilidad. Visto así, se puede decir que los escenarios de incertidumbre desaparecen porque los agentes siempre tienen una base probabilística para decidir. En todo caso, lo relevante para nosotros es que la teoría sostiene que las creencias del HE satisfacen los axiomas de la teoría de la probabilidad.

34. Pues muy bien puede suceder que se tengan las creencias y las preferencias, que se produzca la acción acorde con las creencias y las preferencias, pero que la acción no se explique por ellas. Con un ejemplo de Davidson: después de un accidente, un alpinista (B), odiado por su compañero de cordada (A), se queda suspendido sin otro amarre de la fuerza de A, quién sabe que si abre su mano el otro se matará, cosa que desea; finalmente, se le acaba por soltar la mano por la fatiga: tenía las creencias, las preferencias, se produjo la acción, pero la acción no se desencadenó por las creencias ni los deseos. De todos modos, como me observa el anónimo revisor de este trabajo, se podría discutir el ejemplo: "soltar la mano por fatiga" no es, en rigor, una acción y ni "la acción" es la misma respecto a las preferencias iniciales.

35. Hay aquí un asunto interesante no exento de problemas. Se puede actuar de acuerdo con una X sin que X sea la razón de la actuación. Nuestro comportamiento cotidiano (andar, interceptar un objeto, evitar otro, mantener el equilibro, etc.) se pueden —en principio— describir a partir de una serie de funciones, sin que ello quiera decir que seamos conocedores de tales funciones, que estarían, por así decir, "insertas" en nuestro programa. En un sentido parecido, los economistas dirán el modelo lo que afirma es que "los campesinos iletrados, que no tienen ni idea de lo que es una función, y aún menos de lo que es una función cóncava, tienen preferencias representables por una función de utilidad cóncava, y resuelven cotidianamente los problemas de optimización (de un consumidor)", I. Ekeland, "Mathematiques et économie, fécondité et limites d´une formatisation", en I. Ekeland y J. Elster, *Théorie économique et rationalité*, París, Vuibert, 2011, págs. 9-10.

36. El supuesto, en principio, no es imprescindible, pero sin él, como dice Sen, "la teoría no va muy allá". De ahí que "no solo sea ampliamente usado en economía, sino que muchos de los teoremas centrales de la economía moderna (…) dependen de él", A. Sen, *Rationality and Freedom*, op. cit. págs. 20 y 23.

37. Para una exposición exhaustiva de cada uno de los componentes y del alcance de las críticas empíricas, aunque no estrictamente coincidente —en realidad crítica— con la de Sen, D. Hausman, *Preference*, *Value*, *Choice, and Welfare*, Cambridge, Cambridge U.P., 2011.

38. Por supuesto, siempre cabría parchear la racionalidad de HE y sostener, por ejemplo, que lo que comparamos al fin son utilidades y la utilidad de una moneda no es la misma que la de un billete del mismo valor, como lo "demuestra" que nos desprendemos con más facilidad de la moneda. A partir de ahí solo nos queda elaborar el conveniente relato ad-hoc (el peso de la moneda es un lastre, los billetes pueden servir en caso de necesidad para liarse un cigarro o en un lavabo, etc.).

39. Un repaso minucioso, crítico y con punto de vista propio de las dos dimensiones en J. Elster, *Le désintéressement: Traité critique de l'homme économique, vol. I*, París, Seuil, 2009; J. Elster, *L'irrationalité: Traité critique de l'homme économique, vol. II*, París, Seuil 2010.

40. W. Guth, R. Schmittberger, B. Schwarze, "An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining", *Journal of Economic Behavior and Organization*, 1982, 3.

41. Para experimentos en esta línea, J. Kagel, A. Roth, *The Handbook of Experimental Economics*, Princeton, Princeton U.P, 1995. Sobre el "homo reciprocans", S. Bowles, H. Gintis, "*Homo Reciprocans*", *Natur*e, 405, 2002; H. Gintis, J. Henrich, S. Bowles, R. Boyd, E. Fehr, "Strong Reciprocity and the Roots of Human Morality", *Social Justice Research*, 2008, 21, 2, págs. 241-253.

42. Es común el reproche de la baja calidad representativa las poblaciones (por ejemplo, estudiantes de universidades de élite que acuden voluntariamente a los experimentos). Más en general, sobre los problemas metodológicos, D. Mayo, "Some Methodological Issues in Experimental Economics", *Philosophy of Science*, 2008, 75. Un panorama exhaustivo: N. Bardsley, R. Cubitt, G. Loomes, et alt., (edts.), *Experimental Economics*: *Rethinking the Rules*, Princeton, Princeton U.P., 2010.

43. J. Elster, *Le désintéressement*, op. cit. págs. 87 ss.

44. Cf. D. Gambetta (edt.), *El sentido de las misiones suicidas*, México, FCE, 2009.

45. A. Downs, *An Economic Theory of Democracy*, N. York, Harper, 1957.

46. B. Keysa, B. Converse, J. Wang, N. Epley, "Reciprocity Is Not Give and Take", *Psychological Science,* 2008, 19, 12.

47. S Pinker, *The Blank Slate: The Modern Denial of Human Nature,* Londres, Peguin, 2002.

48. Y que, según parece, también tienen soporte neuronal, cf. J. Lauwereyns, *The anatomy of bias*, Cambridge, Mass., The MIT Press, 2011. Sobre el automatismo de los procesos de decisión en su relación con escenarios sociales e institucionales, cf. Ch. Engel, W. Singer (edts.), *Better Than Conscious?*, Cambridge Mass., The MIT Press, 2008.

49. R. Nickerson, "Confirmation bias: A ubiquitous phenomenon in many guises", *Review of General Psychology,* 1998, 2. Conviene recordar que las existencia del sesgo no es incompatible con la búsqueda de la verdad. También sabemos —y hay explicaciones evolutivas de ello, faltaría más—que, aunque mentimos más que hablamos a cuenta de nuestras conjeturas, amamos fanáticamente la verdad si hay que maltratar la ajenas, más exactamente: la gente razona bastante bien a la hora de tasar los argumentos de los otros y bastante mal al defender los propios, H. Mercier, D. Sperber, "Why do humans reason? Arguments for an argumentative theory"", *Behavioral and Brain Sciences*, 2011, 34, 2.

50. Un repaso de los sesgos en G. Gingerenzer, *Decisiones instintivas*, Barcelona, Ariel, 2008.

51. Algunos sesgos se pueden descomponer en otros. Así por ejemplo, la incapacidad para visualizar ignorar el futuro, se sostiene en cuatro disposiciones: a) a atender antes la información vívida que la abstracta; b) a descontar el futuro más allá de lo razonable (pájaro en mano); c) a centrarse en los problemas inmediatos y cercanos, ignorando problemas más graves al fondo, d) a creer que todo se equilibra y acaba compensando, que lleva a pensar en que al final la justicia se impone ("recibirá lo que merece") o que la naturaleza se repara por sí sola. La "voluntaria ignorancia" ante las crisis económicas o, más seriamente, frente a los problemas ambientales, se ancla es estos mecanismos, cf. G. Markus, "What Should we Worried about?", *Edge*, 05-04-2013.

52. Lo que contradice resultados importantes de la teoría económica, como el teorema de Coase, según el cual, la disposición a pagar por un bien es la misma que la disposición a cobrar, de modo que, ante un problema de bienes públicos, el único problema es otorgar los derechos de propiedad, y al final, siempre se recala en un precio único de equilibrio, D. Kahneman, J. Knetsch, R. Thaler, "Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem", *Journal of Political Economy*, 1990, 98, 6.

53. W. Khanemann, "Willingness to Pay and Willingness to Accept: How Much Can They Differ?", *The American Economic Review*, 1991, 81, 3.

54. A. Sen, "Rational Fools", art. cit.

55. La atribución de estados mentales es común a los primates con intensa vida social. Nuestros parientes próximos tienen capacidad para engañar y eso parece exigir una teoría de la mente: "yo quiero que el piense que yo creo que la comida está allí", cf. D. Cheney, R. Seyfarth, *How monkeys see the world*, Chicago, University of Chicago Press, 1990; C. Allen, M. Bekoff, *Species of Mind*, Cambridge, The MIT Press, 1997, cap. 6; S. Parker, M. Mckinney (edts.), *Origins of Intelligence. The Evolution of Cognitive Development in Monkeys, Apes and Humans.* Baltimore: Johns Hopkins, 1999. Para una visión crítica, C. Heyes, "Theory of Mind in Nonhuman primates", *Behavior and Brain Sciences*, 1998, 21. Su relevancia para la consideración moral, cf. A. Morton, *The Importante of Being Understood: Folk Psychology as Ethics*, Londres, Routledge, 2003.

56. Los pensamientos sobre los pensamientos de otros parecen necesarios también en la "economía animal", cf. M. Chen, V. Lakshminaryanan, L. Santos, "The evolution of our preferences: Evidence from capuchin monkey trading behaviour", *Journal of Political Economy*, 2006, 114, 3. De hecho, si esa idea es difícil entender los intercambios, cf. S. Brosnan, F. de Waal, "A concept of value during experimental exchange in brown capuchin monkeys", *Cebus apella. Folia Primatology*, 2004, 75. Parecen incorporar algo parecido a una idea de valor y, de ahí, se seguiría su rechazo a los intercambios manifiestamente desiguales, S. Brosnan, F. De Waal, "Monkeys reject unequal pay", *Nature*, 2003, 425.

57. Algo muy dependiente de la existencia de un lenguaje: para que una idea me parezca incorrecta es de estar en condiciones de designarla. Se volverá al final sobre este punto.

58. La formulación es de H. Frankfurt, "Freedom of will and the concept of person" (1971) en G. Watson (edt.), *Free Will*, Oxford, Oxford U. 1982. Cf. también: A. Mele, "Akrasia, Self-Control, and Second-Order Desires", *Noûs*, 1992, 26, 3. Entre los economistas: T. Schelling, "The intimate contest for self-comand", en T. Schelling, *Choice and Consecuences*, Cambridge, Mass. The Harvard U.P. 1984; A. Sen, "Choice, Ordering and Morality" en A. Sen, *Choice, Welfare and Measurement*, 1982, Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1997; D. George, "Meta-Preferences: Reconsidering Contemporary Notions of Free Choice", *International Journal of Social Economics,*1984, 11, 3. También del gremio: S- Ch. Kokm, *L´homme pluridimensionnel*, París, Albin Michel, 1981. Desde un perspectiva psicológica pero pensando en la economía, G. Ainshie, *Picoeconomics*, Cambridge, Cambridge U.P. 1992. CF. también J. Elster (edt.), *The multiple self*, Cambride, Cambridge U.P. 1987. Bueno será advertir que el padre moderno de la criatura sostiene que en el oficio de vivir hay unos fines últimos, unas necesidades volitivas, ante las que "no podemos hacer otra cosa que atenernos de manera incondicional", entre las que el amor ocupa un lugar paradigmático, H. Frankfurt, *Taking Ourselves Seriously & Getting It Right*, Stanford, Stanford U.P., 2006, pág. 40.

59. O no se decide. No está de más recordar el caso de las gaviotas argénteas que, cuando se encuentran con un huevo de color rojo en su nido (colocado por el experimentador), se vuelven locas. Por un lado, el color rojo activa su agresividad; por otro, el huevo activa su instinto a empollar: intenta atacarlo y a la vez incubarlo. Dos programas independientes impresos en el cerebro que no se traducen en una solución agregada. Cf. D. Eagleman, *Incógnito*, Barcelona, Anagrama, 2013, pág. 175. El ejemplo nos muestra, además, que el problema que nos ocupa es previo a la existencia de preferencias sobre preferencias.

60. La existencia de diversos ordenes de preferencias en su reconstrucción del psicoanálisis por D. Davidson, "Paradoxes of Irrationality", R. Wollheim y J. Hopkins (edts.), *Philosophical Essays on Freud*, Cambridge, Cambridge U.P., 1982. El problema es asumir que cada uno de ellos se comporta estratégicamente. La idea de "intenciones inconscientes" no es, como tal, inconsistente, pero sí parece serlo la de que el inconsciente tenga un comportamiento estratégico, lo que requiere "pensar sobre lo que no piensa", esto es, ser consciente. También cabe una formulación, más reciente, a partir de la teoría modular de la mente: cada una de esas unidades especializadas y comparimentadas iría a su aire, con interacciones conflictivas, que se expresaría como inconsistencias, R. Kurzban, *Why Everyone (Else) Is a Hypocrite: Evolution and the Modular Mind,* Princeton, Princeton U.P., 2012.

61. Esta es la reconstrucción en términos de Arrow de I. Steedman y U. Krause, "Goethe's Faust, Arrow's possibility theorem and the individual decision taker", en J. Elster (ed.), *The Multiple Self*, op. cit. De todos modos, cabe pensar que, al final, el agente decide, agrega y actúa: ordena los estados de mundo y dispone de una función de utilidad que, por la definición —moderna—captura todos los pros y los contras. En ese sentido, la propia capacidad de racionalizar, de interpretar acciones que en realidad obedecen a otras razones de las invocadas (ver más abajo nota 80), cumpliiría la tarea de "agragación" de prefencias, al menos es algo que se puede colegir de las investigaciones de Michael Gazzaniga sobre el cerebro dividido: todo se integra en un relato único, cf. M. Gazzaniga, *¿Quién mada aquí?*, Barcelona, Paidos, 2012.

62. El resultado inicial es la llamada "paradoja de Easterlin", según la cual, los aumentos de renta, más allá de cierto umbral, no suponen aumentos de felicidad, R. Easterlin, "Does Economic Growth Improve the Human Lot?" en P. David, M. Reder, (eds.), *Nations and Households in Economic Growth: Essays in Honor of Moses Abramovitz*, N. York, Academic Press, Inc, 1974. Eso sí, se trata de un resultado controvertido. Sobre las implicaciones de los resultados empíricos de la felicidad, cf. L. Bruni, P.L. Porta (edts.), *Handbook on the Economics* of *Happiness*, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2007; E. Posner, C. Sunstein (edts.), *Law and Happiness*, Chicago, The University of Chicago Press, 2010.

63. En realidad lo que se ajusta son las creencias: "la uva está verde". También sucede con los estudiantes, que encuentran justas notas asignadas al azar: creen que sus respuestas son erradas (o acertadas).

64. Grupo ética, justicia y economía, *Preferencias adaptativas*, Montevideo, Fin de Siglo, 2010; S. Khader, *Adaptive Preferences and Women's Empowerment*, Oxford, Oxford U.P., 2011.

65. A. Maryanski, J. Turner, *The Social Cage,* Stanford, Stanford U.P., 1992, Para un panorama, A. Maryanski, "Evolutionary Sociology", *Advances in Human Ecology*, 1998, 7; J. Turner, *On the Origins of Human Emotions*, Stanford, Stanford U.P., 2000. Una excelente discusión del vínculo entre la moral "sociológica" y el sustrato naturalista, evolutivo, en S. Turner, *Explaining The Normative*, Londres, Polity, 2010 (ensayo discutido por varios comentaristas en *Revista Internacional de Sociología*, 2013, 71).

66. La diversidad de criterios normativos está fuera de discusión: L. Furby, "Psychology and justice" en R. Cohen (ed.), *Justice*: *Views from the social sciences*, N. York, Plenum Press, 1986; R. Shweder, A. Richard, A. Fiske (edts.), *Metatheory in Social Science: Pluralisms and Subjectivities*. Chicago, The University of Chicago Press, 1986; A. Fiske, *Structures of Social Life,* N. York, Free Press, 1991, J. Haidt, "The moral emotions", en R. Davidson, K. R. Scherer, & H. H. Goldsmith (eds.), *Handbook of affective sciences*, Oxford, Oxford U.P., 2003. Una comparación de las distintas perspectivas en S. Pinker, *Los ángeles que llevamos dentro*, Barcelona, Paidos, 2012, págs. 810 ss.

67. Al menos se pueden concebir escenarios en donde la propia selección natural propicie la coexistencia de individuos con disposiciones diferentes sin que ninguno de ellos llegue a predominar. Un experimento mental lo ejemplificará. En el seno de la población de una especie no agresiva ("palomas") aparece un gen relacionado con comportamientos agresivos, un "halcón". Cada vez que un halcón encuentra a una paloma, ésta huye y el otro se queda con el alimento. En esas condiciones los genes de los halcones se extenderán en el seno de la población. Pero hasta un límite. Mientras que los encuentros entre palomas se resuelven con un reparto de comida, cuando se encuentran dos halcones —encuentros que aumentan con el número de halcones se producen enfrentamientos que acaban con la vida de uno de los contendientes y con el otro seriamente dañado. Así las cosas, las palomas empezaran de nuevo a predominar hasta que, de nuevo, con pocos halcones, resultará ventajoso ser halcón y vuelta a empezar. Convivirán "agresivos" y "pacíficos" sin que ninguno de ellos acabe por imponerse en el conjunto de la población, cf. J. Maynard Smith, *Evolution and Theory of Games*, Cambridge: Cambridge U.P, 1982.

68. Hay otro mecanismo por el cual el mercado mina su propia geografía moral: poner precio a las normas. Si se puede comprar o vender todo (las leyes, la confianza), si todo es mercado, desaparece el mercado, que necesita que ciertas cosas estén fuera del juego mercantil. Bienes, como la amistad, la generosidad o la confianza, desaparecen cuando se les pone precio, cf. M. Sandel, *What Money Can't Buy*: *The Moral Limits of Markets*, Londres, Allen Lane, 2012.

69. En las sociedades humanas, en todas, están presentes disposiciones cooperativas. Después de todo, la mayor parte de la vida de la especie se ha desenvuelto en escenarios que requerían altos niveles de reciprocidad: defensa, ayuda mutua, coordinación en la caza y recolección. Esos escenarios han ejercido importantes presiones evolutivas que hacían ventajosos en términos adaptativos los comportamientos "morales". Precisamente porque salen a cuenta para todos pero no resultan interesantes para cada uno, hay que apuntar, para explicarlos, en una dirección distinta del

"cálculo egoísta". Un repaso de la literatura, eso sí, destacando que hemos sido muy bestias y ahora no tanto, ya con independencia de la biología, en S. Pinker, *Los ángeles que llevamos dentro*, op. cit.

70. El vínculo evolutivo entre emociones y normas están bien documentado entre los homínidos. Simpatía, contagio emocional, culpa, vergüenza, venganza, son algunos de esos soportes emocionales que sirven de cimiento a normas de justicia, de reciprocidad, de minimización del conflicto, a la estabilidad de las relaciones sociales, cf. F. De Wall, *Good Nature*, Cambridge, Mass. Harvard U.P., 1996; *Primates y Filósofos, La evolución de la moral*, Barcelona, Paidos, 2006. En el caso de nuestra especie el salto es radical. El sustrato emocional del comportamiento moral —bien fijado en el "cableado" mental de la especie— es la explicación de una singularidad de los humanos: a pesar de que, en comparación con los monos, los humanos —y los simios, sus parientes más cercanos— presentaban una más baja propensión a la socialidad, unas estructuras sociales más débiles y un mayor grado de autonomía, fueron capaces de organizarse en grupos y sobrevivir en escenarios —en la sabana africana— que reclamaban la organización de amplios grupos. Las presiones selectivas han favorecido en los homínidos conductas que van mas allá de la selección de parentesco, hasta extender "el altruismo recíproco a grupos más extensos, hasta otros miembros de la especie", J. Turner, "The Evolution of Morality", *Critical Review*, 1997, 11, págs. 218 y 213.

71. A. Damasio, *Descartes' error*: *Emotion, reason, and the human brain*, N. York, Putnam, 1994.

72. Algunos neurobiólogos han destacado que "aunque la perspectiva de la toma de decisiones basada en la maximización de utilidad resulta persuasiva, las decisiones humanas rara vez se conforman a ella". Antes al contrario, sus investigaciones sobre marcadores somáticos muestran que las decisiones "están ancladas en el lado emocional y muy alejadas del constructo del *homo oeconomicus*" A. Bechara, A. Damasio, "The somatic marker hypothesis: A neural theory of economic decision", *Games* and *Economic Behavior*, 2005, 52, 2, págs. 336-372.

73. La pregunta la ha formulado con claridad R. Thaler: "La economía neoclásica se sustenta en tres suposiciones: racionalidad, egoísmo y autocontrol ( ). Sabemos, por supuesto, que esas tres suposiciones son erradas. Los humanos son más estúpidos, más amables y más débiles que el *homo oecomicus*. ¿Es importante? ¿Es posible hacer economía sin el *homo oeconomicus*? ¿Y si es así, cómo?" R. Thaler, "Doing Economics without *Homo Economicus*", S. Medema, W. Samuels, (eds.), *Foundations of Research in Economics: How do Economists do Economics,* Edward Elgar, Cheltenham, 1996, pág. 227.

74. La aspiración es "mejorar el poder descriptivo de la teoría económica. El fin de la empresa no debe ser acabar con la economía, si no mejorarla", R. Thaler, Ibidem, pág. 236. Ese punto de vista resulta acorde con tesis realistas defendidas por algunos filósofos de la economía dispuestos a pagar el precio de la precisión y la elegancia formal a cambio de obtener teorías que describan los procesos causales y a las tendencias empíricas, cf. T. Lawson, *Economics and Reality*, Londres, Roudledge, 1997.

75. La hipótesis de la "bounded rationality" cimentada en el reconocimiento del carácter limitado de nuestras capacidades cognitivas, H. Simon, *Models of Bounded Rationality,* 2. Vols., Cambridge U.P., Cambridge., 1982. También las "rules of thumb", en particular con la "prospect theory" según la cual, los individuos están más atentos a los cambios en la riqueza que a los niveles, D. Kahneman, A. Tversky, D. Kahneman, "Prospect Theory: An Analysis of Decisions Under Risk", *Econometrica*, 1979, 47, págs. 276-287.

76. S. Bowles, H. Gintis, "*Homo Reciprocans*", *art. cit*; S. Bowles, R. Boyd, E. Fehr, H. Gintis, "Explaining Altruistic Behavior in Human", *Evolution & Human Behavior*, 2003, 24.

77. cf. Fiske, op. cit; Haidt, op. cit.

78. P. Churchland, *Neurocomputational Perspective,* Cambridge, Mass., MIT Press, 1989, pág. 9.

79. P. Churchland,"Folk Psychology and the Explanation of Human Behavior", en J. Greenwood (edt.), *The Future of Folk Psychology,* Cambridge, Cambridge U.P., 1991. La crítica reduccionista-eliminacionista no tiene una traducción positiva al precisar que teoría económica, y en general, que teoría social, se podría hacer prescindiendo completamente de s estados mentales. Por lo general, su argumentación se apoya en analogías y comparaciones de la historia de la ciencia, como la ruptura de la química moderna con respecto la "química" del flogisto: éste no se explicó o redujo, sino que se descalificó. La nueva teoría no responde a las viejas preguntas, sino que inaugura otras nuevas, imposibles de hacer antes de disponer de ella.

80. En este caso, como casi siempre por lo demás, "genes" es un modo tosco de sintetizar programas impresos en nuestro cerebro que funcionan automáticamente y que son los "responsables" de nuestras acciones, aunque ocasionalmente tengamos la ilusión de gestionar tales acciones. Una versión popularizada de esa idea D. Eagleman, *Incógnito,* Barcelona, Anagrama, 2012. Por estas esquina rápidamente nos encontramos con el avispero del "libre albedrío". No está de más decir que cabe una interpretación, bien informada con los resultados de la ciencia, que asume un universo determinista, sin que ello impida contemplar suficiente espacio al ámbito de elecciones personales: H. Walter, *Neurophilosophy of Free Will,* The MIT Press, Cambridge, Mass, 2001. Contra la centralidad de la idea de responsabilidad en el debate moral y político es de interés el trabajo de B. Waller, *Against Moral Responsibility*, Cambridge, Mass., The MIT Press, 2012. Según él, es posible sostener que "el concepto de responsabilidad moral no puede sobrevivir a nuestro mundo naturalista" y que nuestro conocimiento de la naturaleza humana lo descalifica y, a la vez, conservar lo que "realmente nos importa: un mundo natural y no milagroso de libre albedrío, juicio moral, relaciones humanas afectivas y plenas de significado, capacidades creativas y oportunidad para tomar nuestras propias decisiones y ejercer un control efectivo sobre ellas" (pero descartar las nociones de castigo, mérito y recompensa), págs. 1-2.

81. Acciones que obedecen a instrucciones trasmitidas exclusivamente a un hemisferio cerebral pero que el otro hemisferio, interrogado y en aislamiento, se ve en la necesidad de explicar, de inventarse un relato mediante creencias y deseos, cf. M. Gazzaniga, *The Social Brain*, N. York, Basic Books, 1985, pág. 80. Aun más, la propia generación de esa "teoría económica popular" se podría explicar desde la propia biología. Sería un modo sofisticado de relato psicólogico, de construir "teorías" acerca de por qué han ocurrido comportamientos que responden a otras causas.

82. Y aquí cabría incluir también la naciente investigación rotulada como "neuroeconomía" que, por así decir, salta por encima de los supuestos intencionales para intentar hacer pie en la neurociencia, para "medir", por ejemplo, la utilidad prescindiendo de lo que digan los sujetos, a partir de neuroimágenes, cf. P. Glimcher, *Decisions, Uncertainty, and the Brain: The Science of Neuroeconomics*, Cambridge, Mass., The MIT Press, 2003. Sobre ese debate, defendiendo que la economía no tiene ningún problema, porque, en realidad, no incorpora supuestos psicológicos sobre el cerebro, F. Gul, W. Pesendorfer, "The Case for Mindless Economics", en A. Caplin, A. Schotter (edt.), *The Foundations of Positive and Normative Economics,* Oxford, Oxford U.P., 2010. Una valoración matizada de la disciplina en el número monográfico (preparado por G. Bonanno, Ch. List, B. Tungodden y P. Vallentyne) de *Economics and Philosophy*, 2008, 24, 3.

83. Cierto es que hay una teoría económica (a la que se ha bautizado como enfoque reproductivo) que viene de la línea Ricardo-Marx-Sraffa, en la que se hace uso de modelos con microfundamentos sin apelar inevitablemente a estados mentales, al modo como sucede con las tablas *input-output*. En ese caso, los precios se "explican" no tanto por la interacción de agentes maximizadores, compradores y vendedores, como por las condiciones técnicas de producción. Pero incluso ahí, en algún momento, asoman los agentes, a través, por ejemplo, de supuestos sobre una igual tasa de beneficios que responde a la competencia.

84. Entrevista, en M. Szenberg, *Grandes economistas de hoy*, Barcelona, Debate, 1994, págs. 52-53.

85. Y eso, entre otras cosas, nos permite sobrevivir. En lugar de ensayar con nosotros y arriesgarnos a morir, ensayamos con nuestras construcciones intelectuales, D. Dennet, "The Role of Language in Intelligence", J. Khalfa (edt.), *What is Intelligence?*, Cambridge, Cambridge U.P.,1994.

86. Más en general, cualquier teoría que pretende dar cuenta de ciertos sucesos en algún sentido interesantes (E) apelando a ciertas condiciones causales (C), se puede entender como una herramienta crítica: la situación (la realidad) C* resulta criticable en la medida que está alejada de C, la que permite obtener el resultado que se juzga interesante E. Y también como una prescripción normativa (si se quiere que suceda E, constrúyanse las condiciones C) de la que se siguen principios prácticos: debemos modificar C* en dirección a C. En ese sentido, la teoría del equilibrio general, muchas veces descalificada por su irrealidad empírica, también se puede entender como una teoría que nos dice que el mercado real es incapaz de asegurar ciertos objetivos, en la medida que está en E*, alejado de las condiciones ideales (y que siempre lo estará), dado que muchas de esas condiciones E son de imposible cumplimiento. Así las cosas, el mercado perfecto se revelaría como una utopía comparable al socialismo perfecto. A eso se añade el resultado, bien conocido, de que estar cerca de E, de la situación deseable, pero no estar en ella, puede ser peor que estar lejos, R. Lipsey, K. Lancaster "The General Theory of Second Best" (1957), en R. Kuenne, ed., *Readings in Social Welfare: Theory and Policy*, Blackwell, Oxford, 2000. Una combinación de fármacos, en el que falta uno, puede ser letal.

87. Cf. M. Gladwell, *La inteligencia intuitiva:¿Por qué sabemos la verdad en dos segundos?,* Madrid, Taurus, 2005.

88. Para autores como S. J. Gould y N. Chomsky no es una adaptación específica, sino el subproducto de otras adaptaciones. Tesis criticada por S. Pinker y P. Bloom en su clásico trabajo "Natural Language and Natural Selection", *Behavioral and Brain Sciences*, 1990, 13, 4.

89. J. Hurford, *The Origins of Meaning Vol.1 of Language in the Light of Evolution,* Oxford, Oxford U.P., 2007, págs. 22-70.

90. La recursividad resulta fundamental, en su relación con la teoría de la mente, resulta en esto fundamental: ese yo se que tu sabes que yo pienso, cf., Michael C. Corballis, *The Recursive Mind: The Origins of Human Language, Thought, an Civilization*, Princeton, Princeton, 2011.

91. E. Stein, *Whitout Good Reason*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

Fecha recepción: 21/04/2013
Fecha aceptación: 21/10/2013

WHO HAS HUMAN RIGHTS?

RESUMEN

Es una convicción generalizada que los titulares de los derechos humanos son las personas, es decir, los seres humanos normales en cuanto son agentes morales. Los derechos humanos son derechos morales fundamentales en el sentido de que sirven de fundamento a un orden social justo. Sin embargo, la determinación de las características de los seres humanos en cuanto personas suscita el problema de los casos marginales, es decir: el de los seres humanos que no reúnen o no reúnen plenamente esas características. A este problema se ha respondido con el prejuicio de la especie (especieísmo) que ofrece un aspecto positivo o inclusivo y un aspecto negativo o excluyente. Este trabajo aborda estas cuestiones y defiende el prejuicio de la especie, conforme al cual todos los seres humanos y sólo los seres humanos son los titulares de derechos morales básicos de carácter fundamental para un orden social justo.

PALABRAS CLAVE

Derechos Humanos, Sujeto De Derechos, Persona, Personalidad, Prejuicio De La Especie, Especieísmo

ABSTRACT

It is a widespread belief that the human rights holders are the persons, i.e. normal humans as soon as they are moral agents. Human rights are fundamental moral rights in the sense of serving as the foundations for a fair social order. However, the determination of the characteristics of human beings as persons raises the problem of the marginal cases, i.e.: human beings who do not meet or do not fully meet those characteristics. This problem has responded with the prejudice of the species (speciesism) which offers a positive or inclusive aspect and a negative or exclusive one. This paper addresses these issues and defends the prejudice of the species, according to which all humans beings and only humans beings are the holders of basic moral rights of fundamental character for a fair social order.

KEY WORDS

Human Rights, Rightholder, Person, Personhood, Prejudice Of Species, Speciesism

¿QUIÉN TIENE DERECHOS HUMANOS?

Liborio L. Hierro
Universidad Autónoma de Madrid

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LAS PERSONAS Y LOS DERECHOS

"…quae ad personam refertur…" (Hugo Grocio [1625] 1987, 54)

Cualquier estudiante de derecho aprende en los primeros días de sus estudios que los titulares de los derechos subjetivos son las personas y que, hace ya mucho tiempo, los juristas distinguieron entre las personas físicas —esto es: los seres humanos— y las personas jurídicas, que pueden ser ciertos conjuntos de personas físicas, ciertas instituciones o ciertos conjuntos de bienes patrimoniales. Lo que el estudiante aprende, también enseguida, es que saber que los titulares de los derechos subjetivos son las personas no es saber demasiado ya que si el estudiante pregunta quién o qué es una persona, recibirá la insólita respuesta de que una persona es, jurídicamente hablando, un ser humano al que las normas de un sistema jurídico reconozcan la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones y cualquier otra cosa —como ciertos conjuntos de personas físicas, ciertas instituciones o ciertos conjuntos de bienes patrimoniales— a la que se le haga el mismo reconocimiento. De este modo la respuesta jurídica es simplemente tautológica: los titulares de los derechos son las personas y las personas son quienes puedan ser titulares de derechos.

La condición jurídica de "personalidad" es, además, totalmente artificial. Tanto puede darse un ordenamiento jurídico que no reconozca personalidad a ciertos seres humanos —por ejemplo: a los esclavos desde el derecho romano (*"servi pro nullis habentur"*) y allí donde la esclavitud ha estado admitida— como puede darse un ordenamiento jurídico que reconozca personalidad a conjuntos de objetos adscritos a un fin (como son las fundaciones) y no a otros (como son las herencias yacentes), o bien a ciertos territorios y sus habitantes (como, en España, a los municipios) y no a otros (como, en España, a los barrios), o bien a ciertas instituciones voluntarias (como una sociedad mercantil) y no a otras (como la sociedad conyugal). El problema jurídico se resuelve, en cualquier caso, conociendo las normas del ordenamiento y sabiendo, por ello, a quien otorgan y a quien deniegan la personalidad, es decir la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones.

La cuestión es distinta si no nos preguntamos quién tiene derechos en un sistema jurídico dado sino quién debiera tener, en cualquier sistema jurídico, ciertos derechos moralmente muy importantes, es decir: quién tiene derechos humanos. Si ahora respondemos "las

personas", entonces no podemos mantener la tautología de decir, al mismo tiempo, que entendemos por "personas" a los seres que son titulares de derechos humanos. Necesitamos construir un concepto fundacional de persona, un concepto que permita determinar quiénes son y quiénes no son titulares de los derechos humanos precisamente porque son o porque no son personas. La cuestión, así planteada, no parece tampoco excesivamente complicada; cualquier estudiante respondería que la concepción de los derechos humanos está asociada a la idea de que estos derechos corresponden a todos los seres humanos y sólo a los seres humanos, y podría fundamentar su afirmación en textos muy diversos[1]. La Declaración de Independencia de los Estados Unidos sostenía como evidente y afirmaba solemnemente que "todos los hombres" están dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; la Declaración francesa de 1789 afirmaba del mismo modo que "los hombres permanecen libres e iguales en derechos"; la Declaración Universal de 1948 declara igualmente que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos"; la encíclica *Pacem in Terris* del Papa Juan XXIII mantenía, a su vez, "que todo hombre es persona, esto es, naturaleza dotada de inteligencia y de libre albedrío, y que, por tanto, el hombre tiene por sí mismo derechos y deberes". Y esta es la convicción generalmente sostenida por la mayor parte de los filósofos desde que se empieza a hablar de los derechos hasta ahora mismo: que los derechos son algo que corresponde a las personas y las personas son los seres humanos.

Hay una persistente unanimidad en esta tesis. Cuando Hugo Grocio definió el derecho subjetivo como uno de los significados del término "ius" lo hizo así: "Hay un significado distinto del de "Derecho", aunque derive del mismo, que se refiere a la persona; en este sentido es el derecho una cualidad moral de la persona que le habilita para tener algo o hacer algo legítimamente… Los juristas denominan a esta facultad como "lo suyo", pero nosotros desde ahora la denominaremos derecho en sentido propio y estricto"[2]. Casi cuatrocientos años después James Griffin, en su reciente gran reconstrucción filosófica de los derechos humanos, afirma: "¿En qué deberíamos decir que se fundan los derechos humanos? Bien, ante todo en la personalidad" (Griffin 2008, 33). Sin duda cuando Grocio o Griffin se refieren respectivamente a la persona y a la personalidad no lo hacen en aquel tautológico sentido técnico normativo sino en un sentido fundacional según el cual los derechos subjetivos morales que denominamos "derechos humanos" son pretensiones morales que corresponden a los seres humanos en cuanto son personas y su fundamento es precisamente esa personalidad. Pero, ¿en qué consiste ese "ser persona" o "tener personalidad" que parece ser específico, en principio, de todos los seres humanos y sólo de los seres humanos?

Es generalmente sabido que la más antigua y consagrada definición de persona se debe a Boecio que, a principios del siglo VI en su *Liber De Persona et Duabus Naturis Contra Eutychen Et Nestorium*, la formuló como "rationalis naturae individua substantia" definición que incluía tanto a los seres racionales corpóreos como a los incorpóreos ("at hominis dicimus esse personam, dicimus dei, dicimus angeli"). La definición tuvo una influencia extraordinaria en toda la escolástica medieval y, todavía seis siglos después, Tomás de Aquino la asume y defiende frente a las objeciones subrayando su conexión con la dignidad: "Como quiera que subsistir en la naturaleza racional es de la máxima dignidad, todo individuo de naturaleza racional es llamado persona, como se ha dicho"[3]. En la filosofía escolástica esa dignidad está fundada en el hecho de que la naturaleza humana es imagen de la naturaleza divina pero, en todo caso, consiste en que todas las personas, como individuos racionales, tienen inteligencia, conciencia de su inteligencia, voluntad y libertad. Como resume el sacerdote agustino Avelino Folgado, en su excelente obra sobre la evolución histórica del concepto de derecho subjetivo, tras reafirmar el triple orden de personas (Dios, los ángeles

y el ser humano): "En este mundo visible el sujeto único de derecho es el hombre… El hombre es sujeto capaz de derechos por su dignidad de persona… Como naturaleza racional posee inteligencia y voluntad libre. Mediante la inteligencia se conoce a sí mismo, conoce las cosas exteriores a sí, descubre los fines, percibe los medios, se da cuenta de su fin propio y de la posibilidad de ordenar la realidad externa y sus propios actos a la realización de ese fin. Mediante la voluntad libre puede obrar o abstenerse, obrar en un sentido o en otro: es dueña de sus actos…" (Folgado 1960, 250-251).

La concepción moderna más influyente se debe sin duda a Kant quien, bajo la influencia de Locke, construyó el concepto moral de persona, distinguiéndolo del concepto meramente empírico, del lógico y del metafísico. Locke había señalado que la identidad personal requiere no solo razón sino conciencia de ella y permanencia: "Para encontrar en qué consiste la identidad personal debemos considerar lo que significa «persona». Creo que se trata de un ser pensante inteligente, que posee razón y reflexión y que puede considerarse a sí mismo como sí mismo, como la misma cosa pensante en momentos y lugares diferentes; lo que hace sólo por aquella conciencia que es inseparable del pensamiento y, según me parece, es esencial para él: ya que es imposible para cualquiera percibir sin percibir que él percibe"[4]. Kant da un paso más definitivo, desde la autoconciencia a la autodeterminación, al poner la libertad como autonomía en el centro del concepto moral de persona.: "La personalidad moral, por tanto, no es sino la libertad de un ser racional sometida a leyes morales… de donde se desprende que una persona no está sometida a otras leyes más que las que se da a sí misma…" (Kant [1797, IV, 223] 2002, 30)[5].

Esta idea kantiana de la persona como ser-racional-autónomo y, por ello, como agente moral es la que permanece vigente en el pensamiento contemporáneo y, particularmente, en la teoría de los derechos humanos. La teoría de la justicia de Rawls se apoya, según sus propias palabras, en "la concepción política y normativa de los ciudadanos como personas libres e iguales" (Rawls 1989, 4 y 15-19), concepción que estriba en considerar "a cada persona como una persona moral movida por dos intereses de orden supremo, a saber, los intereses en realizar y ejercitar las dos facultades de la personalidad moral. Estas dos facultades son la capacidad de un sentido de lo recto y de la justicia (la capacidad de respetar términos de cooperación equitativos) y la capacidad de decidir, revisar y perseguir racionalmente una concepción del bien" (Rawls 1999, 269). Nino va más lejos al hacer depender la condición de persona moral de la capacidad para "gozar de los derechos generados por los principios morales básicos" (Nino 1989, 46) y sugerir que se trata de la "capacidad potencial para tener conciencia de su identidad como titular independiente de intereses y para ajustar su vida a sus propios juicios de valor" (ibídem, 47). También Abraham I. Melden había atribuido un papel decisivo al concepto de persona en la fundamentación de los derechos humanos: "… lo único que necesitamos es el concepto de las personas, cuyas características como agentes morales bastan para justificar su posesión de derechos morales fundamentales…" (Melden 1980, 424). Griffin —que, como hemos visto, fundamenta los derechos humanos en la personalidad— entiende que la personalidad es equiparable con la capacidad de vivir una vida que merezca la pena y propone denominarla "agencia normativa" (Griffin 2008, 45). Carl Wellman había sostenido también que la agencia es "el mínimo común denominador", consistente en la doble capacidad de pensamiento y de acción, y que "sólo podrían ser titulares de derechos aquellos tipos de entidades que son agentes" cuyo paradigma se encuentra el ser humano adulto normal (Wellman 1995, 107). Alan Gewirth, por su parte, ha ofrecido como fundamento de los derechos humanos una necesidad conceptual ya que esos derechos derivarían de "las condiciones necesarias inmediatas de la acción humana" (Gewirth 1990, 129); tales condiciones son la libertad y el bienestar y los derechos son la expresión

normativa de esas condiciones necesarias de la acción propiamente humana de tal modo que si alguien negase sus derechos a la libertad y al bienestar incurriría en una contradicción consigo mismo y, al mismo tiempo, la universalidad de los derechos humanos se apoya, también como necesidad conceptual, en el "principio de consistencia genérica" según el cual mi derecho a las condiciones necesarias de la acción humana requiere, lógicamente, el reconocimiento del mismo derecho de todos los demás seres humanos a esas mismas condiciones (ibídem, 130-134)[6].

La conclusión parece ser que, con unos u otros matices, todos coincidimos en que la personalidad es una característica moral específica de los miembros de la especie humana, y consiste en la capacidad de elegir los propios fines (autonomía) y llevarlos a cabo (libertad) asumiendo las consecuencias (responsabilidad), capacidad que deriva de la conciencia de ser racional, de percibir que uno percibe y saber que uno sabe[7]. Es esta característica moral la que dota a los seres humanos de un especial valor moral al que hemos llamado dignidad y que, como Dworkin señaló, está necesariamente implicado en cualquier teoría de los derechos humanos: "cualquiera que declare que se toma los derechos en serio… debe aceptar, como mínimo, una o dos ideas importantes. La primera es la idea, vaga pero poderosa, de la dignidad humana" (Dworkin 1984, 295).

Esta unanimidad en la tesis central —que los seres humanos son personas en sentido moral— no deja, sin embargo, de suscitar ciertos problemas. Aun limitando la discusión a los seres corpóreos (prescindiendo, pues, de la eventual personalidad de Dios y de los ángeles lo que, en cualquier caso, parece quedar al margen de nuestra experiencia), la primera cuestión que inmediatamente se suscita es si esta característica, la personalidad, es necesariamente predicable de todos los miembros de la especie humana o hay en la especie miembros que no tienen esa característica; la segunda cuestión es si esta característica es predicable exclusivamente de miembros de la especie humana o puede predicase de individuos de otras especies. Para responderlas conviene tener presente que estamos hablando de una característica moral y no de características físicas o psicológicas cuya concurrencia o no concurrencia podamos comprobar empíricamente.

Parece evidente que no todos los miembros de la especie humana en sentido físico o biológico son candidatos a la personalidad así entendida. Los infantes carecen de razón actual y mucho más de conciencia de ella, como también los humanos en estado de coma; otros tipos de patologías psíquicas severas privan a algunos seres humanos de la capacidad de percibir normalmente la realidad exterior, de la autoconciencia, de la percepción de su identidad o de la capacidad de tomar decisiones. Respecto a la segunda cuestión es posible —digo, sólo posible— argumentar que ciertos colectivos humanos, y por ello supraindividuales, pueden compartir cierta percepción del entorno físico o social, compartir la conciencia de su propia percepción compartida y en consecuencia tener cierta identidad, y organizarse para tomar decisiones asimismo compartidas, de forma que no sería disparatado atribuirles personalidad, puesto que se trata de una característica moral y, por tanto, construida. Del mismo modo cabría argumentar que algunos primates superiores reúnen una suficiente percepción de que perciben y tienen, por ello, una cierta conciencia de su identidad por lo que tampoco resultaría absurdo atribuirles personalidad, o cierto grado de personalidad ya que, hay que insistir, se trata de una característica moral y, por tanto, construida; como afirma Griffin, en relación con los infantes, podemos construir la teoría para dar cabida o para no dar cabida a los infantes como titulares de derechos humanos pero eso es "en cierta medida, objeto de estipulación" (Griffin 2008, 88).

La forma más sencilla de resolver ambas cuestiones es optar por una respuesta categórica: sólo los seres humanos normales son personas porque sólo ellos reúnen aquella característica moral específica y, consecuentemente, sólo ellos, las personas, son titulares de derechos

humanos. Esta es, por cierto, la estipulación que propone el mismo Griffin: "«Humano» no puede significar allí simplemente ser un miembro de la especie Homo Sapiens. Los infantes, los severamente retrasados mentales, la gente en coma irreversible, todos ellos son miembros de la especie, pero no son agentes" (Griffin 2008, 34)[8]. De acuerdo con una posición como ésta, la primera cuestión se resuelve excluyendo de la condición de persona moral, y por tanto de la titularidad de los derechos humanos, a los seres humanos con serias deficiencias de racionalidad; al mismo tiempo, y por la misma razón, se excluye del concepto de persona moral, y por tanto de la titularidad de los derechos humanos, a cualquier tipo de individuo o entidad no-humanos.

Una forma más compleja de responder a la primera cuestión es la de considerar que la racionalidad —y, con ella, la autoconciencia, la capacidad de elegir y de tomar decisiones así como la responsabilidad— no son propiedades del tipo todo-o-nada sino que son propiedades que se adquieren, se poseen e incluso se pierden de forma gradual. Es la posición que han sostenido autores como Melden (1980, 138, 275, 407 y 411), Nino (1989, 359[9]) o Gewirth (1990, 135-136). Esta segunda opción resuelve afirmativamente el problema de los derechos de los niños o de los que tienen ciertas deficiencias psíquicas pero negativamente el de los que se encuentran en coma irreversible o padecen deficiencias psíquicas severas. Nino es un ejemplo consecuente de esta posición que le lleva a aceptar los derechos humanos para los niños y para los fetos mientras que los niega para los descerebrados: "Por supuesto que un feto, al igual que un niño, no puede actualizar esa capacidad por la sola voluntad; pero el obstáculo para hacerlo es superable, a diferencia de lo que ocurre con un descerebrado, a través del desarrollo normal de las cosas y de los medios técnicos disponibles" (Nino 1989, 361). La posición gradualista, por otra parte, no ofrece una respuesta común a la segunda cuestión. Nino considera una "ímproba tarea" la de establecer "qué tipo de entidades son personas morales" (ibídem, 360) y es obvio que la afirmación de que las características de la personalidad humana se adquieren, poseen y pierden de forma gradual no condiciona afirmativa ni negativamente la respuesta a qué otros individuos o entidades no humanos poseen, en el grado que sea, esas propiedades de autoconciencia, identidad y capacidad de decisión que permitirían considerarlas personas morales.

Pero no parece necesario continuar ahora la indagación sobre el concepto de persona moral ya que, en la teoría de los derechos humanos, la respuesta a estas dos cuestiones no ha venido tanto determinada por el concepto de persona moral como por el concepto de derecho subjetivo.

2. LOS DERECHOS SUBJETIVOS: TEORÍAS VOLUNTARISTAS Y TEORÍAS NO-VOLUNTARISTAS

"…facultas quaedam moralis…" (Francisco Suárez [1612] 1967, I, 11)

Señala con acierto Carl Wellman que la cuestión de qué tipo de entidades podrían ser titulares de derechos morales depende del concepto de derecho que adoptemos[10]. Efectivamente, la teoría de los derechos humanos ha heredado y, si cabe, aumentado el peso de la vieja confrontación dogmático-jurídica entre la teoría de la voluntad y la teoría del interés.

La teoría de la voluntad, cuyo representante más destacado fue Bernhard Windscheid, sostiene que un derecho subjetivo jurídico es siempre un poder de la voluntad protegido jurídicamente, por lo que el contenido del derecho es siempre disponible para su titular. Aun siendo la teoría más extendida en el ámbito de la dogmática jurídica ha tenido que afrontar ciertas objeciones entre las que destacan dos: el pacífico reconocimiento jurídico de la titularidad de derechos subjetivos a seres humanos incapaces, como los infantes o los enfermos o deficientes que no pueden gobernarse a sí mis-

mos, objeción que suele resolverse recurriendo al dudoso argumento de la interposición de la voluntad de un representante[11], y la todavía más insalvable del pacífico reconocimiento jurídico de ciertos derechos inalienables y, por tanto, indisponibles para su titular como son los llamados derechos de la personalidad. Puesto que "los derechos de la personalidad se consideran tradicionalmente innatos, esenciales a la persona, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles" —señalan Díez Picazo y Gullón (1997, 327)— "[d]e estas características se desprende que en ellos sufre una notable restricción el radio de acción de la autonomía de la voluntad". Como consecuencia "[p]ara los cultivadores del Derecho público, los derechos de la personalidad presentan una problemática distinta de la que poseen para los del Derecho privado. Aquéllos ponen el acento en la fundamentación ética, filosófica y política de tales derechos, mientras que los últimos hacen denodados esfuerzos para encajarlos en las categorías tradicionales en que siempre se han desenvuelto en el estudio de los derechos patrimoniales, concretamente en el derecho subjetivo, entendido como poder jurídico reconocido o concedido por la norma jurídica… Pero, si se aplica la categoría de derecho subjetivo a los derechos de la personalidad, la oscuridad se presenta de inmediato…" (ibídem, 325).

La teoría del interés, cuyo representante más relevante fue Rudolf von Ihering, sostiene —como es sabido— que un derecho subjetivo jurídico es un interés jurídicamente protegido y con ello, a pesar de ser minoritaria en el ámbito de la dogmática iusprivatista, resuelve razonablemente ambas objeciones, aunque tiene que afrontar otras, entre las que destaca la de que atribuimos derechos a personas prescindiendo de que realmente tengan o dejen de tener interés alguno en ser titular de tal derecho.

En la teoría de los derechos humanos la teoría de la voluntad se ha reproducido como teoría de la elección —"choice theory" en la terminología anglosajona— y la teoría del interés como teoría del beneficiario. Esta gran división, en todo caso, separa las teorías voluntaristas o discrecionalistas de los derechos y las teorías no voluntaristas o no discrecionalistas. Las primeras cuentan entre sus numerosos defensores con autores tan influyentes como Herbert L. A. Hart (1974, 91-92), Thomas R. Kearns ((1975, 475), David Gerber (1976, 337-339) o Carl Wellman (1995, 120). Las segundas han sido sostenidas, entre otros, por David Lyons (1969), Neil MacCormick (1976, 309), Vinit Haksar (1978, 183), Joel Feinberg (1980, 157) o Joseph Raz (1984, 194 y ss.).

Las teorías voluntaristas sostienen que el elemento que define un derecho subjetivo es, en todo caso, la voluntad o discreción del titular con relación al contenido del derecho. En este aspecto cualquier libertad protegida constituye, en un sistema normativo dado, un derecho subjetivo; sin embargo, una pretensión, una potestad o una inmunidad sólo constituyen un derecho subjetivo si van acompañadas de la atribución a su titular de la libertad de ejercitar o no ejercitar su contenido. La explicación canónica en la teoría de los derechos es la que ofreció Hart: "Y se encuentra moralmente en posición de determinar con su elección cómo actuará X y de limitar en esta forma la libertad de elección de X; y es este hecho, no el de que pueda beneficiarse, el que hace cierta la afirmación de que tiene *un derecho*" (Hart 1974, 91-92)[12]. Quienes se adhieren a esta teoría tienen más fácil delimitar el sujeto de los derechos morales, pues sólo quien por su propia elección pueda determinar la actuación de otro puede ser titular de un derecho moral; "sin excepciones", como hemos visto que afirma Griffin aunque con distintos argumentos. Carl Wellman afirma que la inevitable conclusión de que los infantes no pueden ser titulares de derechos morales le resultaba contraintuitiva y le produjo "un período de crisis intelectual y emocional" (Wellman 1995, 113) pero, a pesar de lo que él mismo denomina una monstruosa conclusión, se mantiene fiel a la teoría (ibídem, 120). Sea o no sea una conclusión monstruosa, estas teorías delimitan más estricta y sencillamente el concepto de derecho

subjetivo que se define como la protección normativa de la libre voluntad del titular sobre el contenido del derecho, ya sea este la propia acción (como pensar, expresarse, reunirse, etc.) ya sea la acción de otro (como indemnizar, devolver lo debido, prestar ayuda, etc.) de modo tal que todos los derechos son, para su titular, discrecionales. Por otra parte, estas teorías tienen dos inconvenientes: de un lado, excluyen como titulares de derechos, en sentido propio, a los seres que no tienen autonomía de la voluntad, tales como niños e incapaces y, por supuesto, a los animales (Hart 1974, 92; Wellman 1995, 113-125); por otro lado, no se acomodan en absoluto a la noción de derecho subjetivo utilizada en el lenguaje moral y político sobre los derechos humanos, noción que hoy se encuentra también acogida en el derecho positivo (p.ej. el derecho a la educación, el derecho a la asistencia letrada, etc.)[13]

Las teorías no voluntaristas sostienen, por el contrario, que el elemento que define un derecho subjetivo es el beneficio, interés o necesidad que se satisface o protege para su titular y del que se deriva el deber o deberes que se imponen sobre otro u otros. La presentación canónica sería la de MacCormick: "La adscripción de un derecho a cierta clase de seres parece exigir los siguientes presupuestos: para la clase en cuestión…existe algún acto u omisión…cuya realización en el caso de todos y cada uno los miembros de esa clase satisfará, protegerá o paliará alguna necesidad, interés o deseo de cada uno de tales individuos; y, en segundo lugar: la satisfacción de aquella necesidad, interés o deseo es de tal importancia que sería malo denegarla a cualquiera de estos individuos al margen de las ulteriores ventajas de hacerlo" (MacCormick 1976, 309). Estas teorías, aunque se acomodan mejor al lenguaje habitual sobre los derechos humanos y peor al de la tradición dogmática iusprivatista, ofrecen también algunos inconvenientes: el principal es, quizás, que permiten considerar titulares de derechos a todos los titulares de intereses o necesidades de relieve moral, de tal modo que abren una pendiente resbaladiza que, partiendo de los infantes y los incapaces, nos puede llevar a reconocer derechos morales a los grupos, a los animales, a la propia naturaleza o a otros posibles objetos (el patrimonio artístico, por ejemplo). Exigen, por otra parte, desarrollar un concepto más complejo de derecho subjetivo que incluya una subdivisión entre derechos discrecionales y derechos no-discrecionales u obligatorios[14]. Es fácil observar que las teorías no voluntaristas son más amplias que las teorías voluntaristas pues, mientras aquéllas incluyen tanto los derechos discrecionales como los no-discrecionales, éstas sólo incluyen los segundos[15].

De esta dualidad teórica cuelga, finalmente, una paradoja conceptual que puso brillantemente de relieve Leonard W. Sumner y que creo merece mayor atención que la que ha recibido y exige una respuesta sensata. La paradoja es ésta: ni la teoría de la voluntad ni la teoría del interés permiten afirmar los derechos humanos como derechos de todos los seres humanos y sólo de los seres humanos "si estos son derechos cuyo criterio es la propiedad natural de pertenecer a nuestra especie. En el modelo de la elección todos los seres no-humanos carecerán de derechos si carecen de agencia, pero lo mismo les ocurrirá a muchos seres humanos (fetos, infantes, disminuidos psíquicos profundos). En el modelo del interés todos los seres humanos tendrán derechos si tienen intereses, pero también los tendrán muchos seres no-humanos (al menos algunos animales)" (Sumner 1987, 205-206). Creo que los dos cuernos de este dilema son diferentes; mientras que, en efecto, la idea de los derechos humanos casa mal con la teoría de la voluntad porque obliga a excluir de la titularidad de los derechos a algunos seres-humanos, la idea de los derechos humanos no exige que los derechos de los que sean titulares todos los seres humanos sean exclusivos y no puedan algunos de ellos atribuirse también a seres-no-humanos por lo que resulta compatible con la teoría del interés.

Quienes asumen la teoría de la voluntad pueden limitar la discusión sobre el sujeto de los derechos humanos a cuándo el niño, en su

desarrollo, adquiere el carácter de agente moral, a cuándo un ser humano normal pierde ese carácter por enfermedad psíquica y/o física y, eventualmente, a bajo qué condiciones los grupos humanos pueden ser considerados agentes morales. En ambas cuestiones o en cualquiera de ellas pueden adoptar una posición gradualista o una posición todo/nada. Quienes asumimos la teoría del interés tenemos que discutir qué derechos morales deben reconocerse a todos los seres humanos y qué derechos son específicos de cada situación en que los seres humanos se encuentren, cuáles son específicos de la especie humana y cuáles pueden y/o deben reconocerse también a otros sujetos no-humanos. Para hacerlo no contamos con una restricción analítica —un concepto cerrado del derecho subjetivo como facultad que integra siempre, al menos, una libertad y un poder (Wellman 1984, 441)— y, por ello, hemos de aportar razones morales sustantivas para explicar por qué determinados derechos que no son discrecionales y por ello no requieren la cualidad de agente moral, como el derecho a la vida o a la integridad física, se atribuyen a los miembros de la especie humana y no a los de otras especies; hemos de responder, en efecto, a lo que Peter Singer ha llamado "el prejuicio de la especie" (Singer 1988, 71).

3. TIPOS DE DERECHOS Y TIPOS DE SUJETOS

"Either we abstain from ascribing to children a right to care and nurture, or we abandon the will theory" (Neil MacCormick 1976, 309)

Desde la teoría del interés tenemos que distinguir hasta cuatro tipos de derechos: los derechos discrecionales activos, como la libertad de expresión; los derechos discrecionales no activos, como el derecho a beneficiarse del progreso científico o el derecho a recibir información veraz; los derechos obligatorios activos, como el derecho a la educación y los derechos obligatorios no activos, como el derecho a la igualdad jurídica o el habeas corpus[16].

Un derecho discrecional activo es una libertad completa[17] para realizar una acción o una actividad o una potestad de libre ejercicio sobre la conducta de otro u otros; el titular es libre de ejercer o no ejercer el derecho y es libre de renunciar a su protección en caso de violación. Si un derecho moral básico de todos los seres humanos es de este tipo y, por su relieve moral, lo consideramos irrenunciable e imprescriptible lo que ello supone es que ningún ser humano puede renunciar o enajenar la condición de titular del derecho, aunque voluntariamente pueda no ejercerlo nunca, o bien renunciar o enajenar su ejercicio en situaciones concretas, o bien renunciar a reivindicar su protección o la reparación por su violación cuando se haya producido. La imprescriptibilidad sólo añade que, aun habiendo renunciado a su ejercicio o a su protección siempre hasta un momento dado, la persona no perdería nunca la titularidad del derecho y su posibilidad de ejercerlo o reivindicar su protección. La libertad de expresión es buen ejemplo; nada me impide no expresar nunca mis opiniones, o dejar de expresarlas en un momento dado a cambio de alguna contraprestación o simplemente por miedo, aunque el no haberlo hecho nunca o el haber callado siempre a cambio de contraprestaciones o por miedo no me priva de la titularidad del derecho y su posible ejercicio actual o futuro. Las libertades son todas, por definición, de este tipo de derecho. Las potestades pueden serlo o no serlo. Hay potestades, como el derecho a elegir a mis representantes políticos, que generalmente consideramos discrecionales, de modo que el titular puede no votar nunca en los procesos electorales o hacerlo en blanco (incluso en aquellos sistemas en que resulta obligatorio el acto de ir a votar), pero hay potestades —incluso privadas, como la potestad parental— cuyo ejercicio es obligatorio[18].

Un derecho discrecional no activo es una pretensión libre sobre la acción de otro u otros en beneficio del titular o una inmunidad de li-

bre disfrute respecto a otro u otros. Si un derecho moral básico de todos los seres humanos es de este tipo —como lo son, por ejemplo, el derecho a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones recogido en el artículo 15.b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o el derecho a recibir libremente información veraz por cualquier medio de comunicación social recogido en el artículo 20 de la Constitución Española— entonces ocurre, como en el caso anterior, que el titular puede no ejercer nunca o renunciar ocasionalmente a ese derecho, aun cuando no pueda enajenar ni perder por prescripción extintiva la titularidad del derecho que, en cualquier momento, puede decidir ejercer o reclamar contra su violación. Muchas pretensiones son de este tipo, pero no todas. Hay pretensiones —derechos a beneficiarse de la acción ajena— que, como enseguida veremos, son obligatorias; típicamente lo son algunas cuando hablamos de los niños, como el derecho a la educación, pero también lo es, en el caso de los adultos, el derecho al habeas corpus que, en su versión actual, obliga a la autoridad a poner a disposición judicial a un detenido dentro de un tiempo determinado aunque el interesado no lo pida o expresamente lo renuncie. Hay inmunidades que son también de libre disfrute de modo que el titular puede renunciar a su ejercicio actual, como ocurre cuando renuncia o enajena su derecho a la imagen o a la intimidad o renuncia a reclamar contra su violación.

Un derecho obligatorio activo es un derecho a realizar determinada acción o actividad (o a ejercer determinada potestad) que es obligatoria para el titular y, en consecuencia, el titular no puede dejar de ejercer o disfrutar ni puede renunciar a reclamar contra su violación. El ejemplo más típico es el del derecho a la vida que, en condiciones normales, se entiende no renunciable de tal modo que los demás no pueden privarme de su ejercicio y disfrute pero pueden obligarme a disfrutarlo[19] en tanto el auxilio al suicidio o la eutanasia estén prohibidos. Un derecho obligatorio no-activo es, finalmente, una inmunidad de disfrute obligatorio de modo que el titular no puede renunciar a su disfrute ni a reclamar contra su violación, como la igualdad ante la ley con las consiguientes prohibiciones de discriminación por raza, sexo, etc. o el derecho a la integridad física salvo en los excepcionales casos en que el consentimiento justifica las lesiones.

El que un adulto normal pueda disponer libremente de su salud renunciando, bajo un consentimiento informado, a un cierto tratamiento médico y no pueda hacerlo un menor de edad ni sus padres o tutores en su representación, el que el derecho a la educación implique, hasta una cierta edad, la obligación de tomar parte en el proceso educativo, el que uno pueda renunciar a su intimidad, incluso a cambio de dinero, pero no pueda renunciar a su integridad física, ni siquiera a cambio de dinero,… todos estos supuestos no suscitan problemas meramente conceptuales sino problemas morales sustantivos. Dicho de otro modo: la línea divisoria entre los derechos discrecionales y los derechos obligatorios no coincide con la distinción entre la persona-como-agente-autónomo-titular-de-derechos-siempre-discrecionales y los seres-humanos-carentes-de-autonomía-titulares-de derechos-siempre-obligatorios. No hay una relación biunívoca entre los grandes tipos de derechos que la teoría del interés distingue —derechos discrecionales y derechos obligatorios— y los tipos de sujeto —los agentes morales plenamente autónomos y los seres humanos sin autonomía o con autonomía limitada y, por supuesto, los seres no humanos—.

Con toda probabilidad la discusión entre la teoría de la voluntad y la teoría del interés oculta, tras una aparente divergencia conceptual, una motivación ideológica y su correspondiente definición del derecho subjetivo es, en ambos casos, una definición persuasiva (Celano 2001, 40). En consecuencia tenemos que aportar razones morales sustantivas para atribuir a las personas plenamente autónomas derechos obligatorios que limitan su autonomía y tenemos que aportar razones morales sustantivas para atribuir a personas no plena-

mente autónomas derechos discrecionales que promueven su autonomía.

4. SUJETOS PROBLEMÁTICOS

"… so whatever any group in society regards as most important, it will be strongly tempted to declare to be a human right" (James Griffin 2008, 92)

Un enfoque de la cuestión que ya cabe considerar clásico es el que aportó Carl Wellman al distinguir entre el titular paradigmático de derechos morales, el ser humano adulto normal, y dos tipos de sujetos problemáticos: los sujetos posibles, entre los que sitúa a los niños y a los disminuidos mentales, y los sujetos presuntos, entre los que sitúa a los fetos, los muertos y los grupos. Para los teóricos de la voluntad, como el mismo Wellman, el análisis de estos sujetos problemáticos conduce siempre a negar la titularidad de derechos morales y, por tanto, de los derechos humanos, a cualquier tipo de entidad individual o colectiva que carezca de las condiciones propias para ser agente moral. Ni los grupos de personas (sean organizados, como las corporaciones y los equipos, sean no-organizados, como los colectivos y las clases, en la clasificación que hace Wellman), ni los muertos, ni los fetos, ni los disminuidos mentales severos, ni los infantes son titulares de derechos humanos porque ninguna de estas entidades o individuos son agentes morales (Wellman 1995, 106-107, 113, 120, 176). Ni siquiera cabe entender que puedan ser todos o algunos de ellos titulares de ciertos derechos que otros —sus representantes— pueden ejercitar, reivindicar o renunciar en su nombre, como cabe hacer en representación de un adulto normal, porque sólo se puede representar la voluntad libre de otra persona y aquellos carecen de ella (ibídem, 116). A los niños, sin embargo, se les pueden adscribir derechos humanos gradualmente a medida que van madurando pues, en esa medida, van adquiriendo la condición de agentes morales (ibídem, 112 y 125). Naturalmente, Wellman superó la crisis emocional que le producía la "monstruosa conclusión" de que los infantes no tienen derechos humanos afirmando —como todos los voluntaristas— que no todos los deberes se basan en derechos (ibídem, 125 y 143) por lo que podemos tener el deber de proteger la vida de un infante como tenemos el deber de proteger la integridad de un legado cultural[20].

La teoría del interés —además de resultar conceptualmente más ajustada al uso moral, jurídico[21] y político del concepto y a su desarrollo institucional en el mundo contemporáneo— no conduce a una conclusión tan inquietante como la de que el deber de preservar la vida o de cuidar y alimentar a un infante es del mismo orden que el deber de preservar la integridad y cuidar una obra de arte porque ninguno de ellos es correlativo de un derecho moral de aquello que ha de preservarse y cuidarse. Incluso frente al argumento, no vano, de que una obra de arte es una entidad con un valor cultural determinado e irrepetible mientras un infante es una persona en formación de perfil todavía no definido y fácilmente sustituible, sostenemos la convicción de que tiene un valor moral distinto —no sólo mayor, sino de orden distinto— la vida del infante que la vida de la obra de arte y, por eso, sostenemos que no es sólo la libre voluntad actual de un adulto normal lo que genera sus derechos, sino las necesidades de cualquier ser humano para desenvolverse como agente moral, necesidades entre las que se encuentra, a medida que se madura, la de ejercer su libre voluntad, pero no sólo esa.

El problema de la teoría del interés no es el de la exclusión de los sujetos problemáticos sino, precisamente, el problema opuesto: el de la inclusión. Si nuestra teoría permite atribuir derechos morales a individuos que carecen de agencia moral, porque se trata de garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas para subsistir y realizarse y ello se puede hacer mediante la adscripción de derechos obligatorios y de derechos discrecionales que alguien, su representante, ejerce o reivindica en nombre y beneficio del titular, entonces ¿por qué no

reconocer esos derechos en favor de entidades o individuos que pueden llegar a ser humanos (los fetos) o que han sido humanos (los muertos) o que se componen de seres humanos (los grupos) o que simplemente no son humanos (los animales, las plantas, la naturaleza)? Podríamos hacerlo en el ámbito de la moral, como lo hace el legislador en el ámbito del derecho[22]. ¿Por qué damos tanta importancia moral a los derechos "humanos" y no a los derechos morales de cualquier cosa? Sin duda alguna en eso consiste el "prejuicio de la especie".

5. EL PREJUICIO DE LA ESPECIE: EL LADO POSITIVO

"How could I avoid this monstrous conclusion?
(Carl Wellman 1995, 114)

Si es claro, como he venido argumentando, que los derechos humanos se basan en la igual dignidad de los seres humanos como agentes morales, autoconscientes y autónomos, resulta discutible por qué atribuir esa misma igual dignidad a seres biológicamente humanos pero que, sea cual sea la causa, carecen de agencia moral (no son autoconscientes y/o autónomos). Nino consideró que, puesto que la ciudadanía moral era una cuestión de teoría moral y no de teoría biológica, atribuir los derechos humanos a un individuo sobre la mera base de sus rasgos biológicos "parece involucrar un burdo «especismo» análogo a posiciones racistas" (Nino 1989, 45)[23]. Lo cierto es que asumimos generalmente la atribución de los derechos humanos a los infantes y a los incapaces absolutos, esto es: asumimos generalmente el lado positivo del prejuicio de la especie, la inclusión de todos los miembros de nuestra especie biológica como titulares de los derechos humanos. Melden razona, en este aspecto, que "es, pues, en virtud del futuro en el caso de los infantes, así como es en virtud del pasado en el caso de aquellos que ahora están incapacitados por una prolongada falta de conciencia o estado de coma que precede a su muerte, que los consideramos como personas, a pesar de las fundamentales deficiencias respecto de las características que se requieren para la posesión de derechos de esos seres humanos —personas— durante las etapas en ese momento actual de sus vidas" (Melden 1980, 412). Sobre el caso extremo de quienes no parece que puedan acceder nunca a un futuro ni hayan disfrutado nunca de un pasado personal, Melden se muestra prudente ("la anormalidad mental y física desafía todos los esfuerzos por trazar una línea definida entre lo humano y lo no humano", ibídem, 413)[24] pero es claro que los argumentos para sostener la tesis inclusiva en función del futuro o del pasado son válidos también para incluir a todos los miembros biológicos de la especie, puesto que sólo expresan un sentimiento de hermandad con quienes fueron o pueden llegar a ser como nosotros y el mismo sentimiento cabe respecto de quienes podrían haber sido como nosotros. ¿Es esto racismo?

Creo que Nino y, en general, los defensores del argumento de los casos marginales se equivocan[25]. Lo odioso del racismo es que niega la igualdad entre todos los seres humanos (incluso adultos normales) en función de un rasgo que, para la construcción de la dignidad humana y la fundamentación de los derechos morales del ser humano, resulta irrelevante, como la raza. Lo mismo ocurre cuando se afirma con carácter general una discriminación por el género, el origen social, las capacidades naturales, las opiniones, las creencias, etc. Pero la atribución de una particular dignidad moral al ser humano en cuanto agente moral es el presupuesto necesario para fundamentar los derechos humanos aunque, inevitablemente, implica un juicio moral especieísta ya que atribuye la dignidad moral sólo a los seres de una especie, los seres humanos, y eventualmente sólo a los que, de otras especies, tuvieran sus mismas características de agencia (lo que los escolásticos predicaban sólo de Dios y de los ángeles, y los ilustrados nos vemos limitados hoy por hoy a predicar de los seres humanos y a discutir si cabe predicar de algunos prima-

tes superiores). Establecido, pues, el juicio de valor que atribuye la dignidad moral a los individuos humanos en cuanto agentes morales por su capacidad racional, el prejuicio de la especie es sólo su extensión a todos nuestros homólogos biológicos, extensión que puede ser discutible, pero no, desde luego, porque añada ningún rasgo racista a aquella decisión moral en favor de la igual dignidad de todos los seres humanos. Lo que hace odioso el racismo o el sexismo es que niega la igualdad de los seres humanos, su igual valor moral; extender el ámbito de esa igualdad puede ser discutible, pero no es odioso por que no niega, sino que extiende, esa misma igualdad. Si Nino tuviera razón, el racismo estaría en esta teoría moral —la que atribuye la dignidad moral a los seres humanos en cuanto agentes morales— y no en su extensión a todos los miembros de la especie.

Concluyo, pues, que el prejuicio de la especie tiene una primera dimensión positiva o inclusiva que justifica la adscripción moral de derechos humanos —debidamente modulados a cada circunstancia— no sólo a los niños y a los disminuidos físicos o psíquicos, a lo largo de su evolución como personas morales, sino a los infantes y a los incapaces absolutos. Este es el lado positivo, y menos problemático, del prejuicio de la especie, pero el prejuicio ofrece un lado negativo, su dimensión excluyente, que resulta moralmente más problemático.

6. EL PREJUICIO DE LA ESPECIE: EL LADO NEGATIVO

"But suppose the case were otherwise, what would it avail? the question is not, Can they reason? nor, Can they talk? but, Can they suffer?"
(Jeremy Bentham [1789] 1970, 283)

Con un argumento parecido al de Nino, Singer ha popularizado la idea de que no hay motivo alguno —salvo el prejuicio— para no tomarse con la misma seriedad los intereses de los animales no humanos que los intereses de los animales humanos y que es un prejuicio similar al que tenían los esclavistas al sobreponer los intereses de los blancos a los intereses de los negros (Singer 1988, 69). Tanto Peter Singer como Tom Regan o, entre nosotros, Pablo de Lora han fundamentado los derechos de los animales sobre la idea de que tienen intereses. Todos los seres sensibles —capaces de sufrir, recordando los términos en que Bentham planteó la cuestión— comparten con los humanos el interés en evitar o disminuir el dolor e incrementar el placer. Teniendo en cuenta que la filosofía utilitarista considera que la felicidad estriba precisamente en eso, evitar el dolor y conseguir el placer, y entiende asimismo que la justicia no es otra cosa que la mayor felicidad del mayor número, se comprende ese intento de incluir en el ámbito de la justicia a todos los seres que pueden experimentar el sufrimiento y disminuir, cuando sufren, el volumen de felicidad agregada. Tom Regan, por su parte, sostuvo un argumento más constructivista desplazando la dignidad moral de un sujeto desde la racionalidad a la titularidad de una vida; ser sujeto de una vida es lo que dota de dignidad moral a un ser y esa cualidad es —según Regan— común a los seres humanos y a los animales no humanos[26].

Estas propuestas comparten el error, nada irrelevante, de manejar una noción de interés que no está ligada a la conciencia de ese interés. La filosofía moral, en general, entiende como interés una preferencia de segundo orden con la cual un sujeto racional ordena sus deseos o preferencias sensibles de primer orden. Como ha argumentado Juan Carlos Bayón, mientras los deseos y las creencias se vinculan a la racionalidad instrumental, los intereses se vinculan a la racionalidad prudencial y ésta tiene que ver con "la satisfacción global de un plan de vida" (Bayón 1991, 97). Incluso la idea de intereses "objetivos", aquellos que podrían considerarse independientes de la voluntad del agente y vincularse a necesidades cuya satisfacción es necesaria para cualquier plan de vida, se reduce, finalmente, a intereses subjetivos del agente porque o bien consiste en una necesidad a sa-

tisfacer para "cualquier conjunto de intereses subjetivos últimos" o bien consiste en una necesidad a satisfacer para que un agente moral pueda forjar con autonomía sus planes de vida (ibídem, 124-125)[27]. En ninguno de los dos casos esa noción de interés resulta aplicable a seres carentes de racionalidad y autonomía.

No parece que podamos dar la misma denominación a las preferencias de segundo orden, propias de la racionalidad prudencial, que a las tendencias instintivas a la propia conservación y a la satisfacción de necesidades biológicas, incluyendo la eliminación del dolor y la búsqueda del bienestar que todos los animales comparten, sin conciencia de ello, y tampoco parece que estas tendencias inconscientes se diferencien mucho de la inconsciente pero sólida tendencia de los vegetales a procurarse la luz y el agua que necesitan para subsistir.

De estas limitaciones son, sin embargo, bastante conscientes los defensores de los derechos morales de los animales. Se ha señalado con frecuencia la prudente contradicción en que incurre Singer al referirse al distinto valor de la vida humana y de la vida animal (Singer 1988, 75). Singer es también prudente al discutir el argumento de la falta de reciprocidad: "Como los animales no pueden reciprocar nuestras actitudes, se encuentran, desde este punto de vista, fuera de los límites del contrato ético" (ibídem, 93), aun cuando considera finalmente que no es atrayente esa perspectiva de la reciprocidad y que la ética va más allá. Pablo De Lora, por su parte, admite que la defensa de los derechos de los animales implicaría "personificarlos" y se hace eco, aunque la rechace, de la crítica que señala que sólo supone descender un escalón en la discriminación para pasar del especieísmo al "nerviosismo" (De Lora 2003, 234 y 244).

Similar es el proceso argumentativo para quienes sostienen que los grupos son titulares de derechos morales fundamentales, lo que destacadamente vienen haciendo los comunitaristas. Sus argumentos implican una "personificación" del grupo y sólo descienden uno o dos escalones en la discriminación ya que terminan siempre por atribuir la titularidad a algún tipo de grupo (la nación, la población indígena, la etnia, la minoría cultural…) para negársela a otros (la región, la tribu, la comunidad inmigrante, la minoría disidente…). Aunque los argumentos sustantivos sean diferentes en uno y otro caso, comparten siempre algo común: el respeto moral que cierta entidad merece —ya se trate del feto humano, del humano muerto, del grupo humano, o del individuo o de la especie animal— requiere para su mejor protección considerarle titular de derechos morales básicos que fundamentan deberes de las personas hacia ellos en un orden justo.

Para responder negativamente esta pretensión debemos tener claras dos razones: que, aunque los derechos son siempre correlativos de deberes, los deberes no necesariamente son correlativos de derechos y que los derechos humanos, en cuanto derechos morales fundamentales, constituyen una teoría completa de la justicia pero no una teoría completa de la moral. Para fundamentar deberes morales (por ejemplo, el deber de no causar sufrimiento inútil a los animales o el deber de cuidar el patrimonio cultural) no es necesario adscribir derechos correlativos a esos seres vivos o a esas cosas pues, si bien los derechos son siempre correlativos de ciertos deberes, los deberes no son siempre correlativos de ciertos derechos. El deber de respetar la vida como un bien no es necesariamente correlativo del derecho del feto a desenvolverse desde cualquier momento de su desarrollo[28] como el deber de preservar la integridad de una obra de arte no es, más allá de los derechos de propiedad intelectual, correlativo del derecho de la obra de arte ni de ningún derecho de su autor hace siglos fallecido. Estos deberes pueden sustentarse indirectamente en derechos de las personas o en meras conveniencias del bien común. Estos deberes no compiten en ningún caso con los derivados de los derechos morales básicos de las personas y ello quiere decir que, por ejemplo, entre salvar de un incendio a la Gioconda

o a un niño mendigo irregularmente asentado en el país no hay ninguna duda moral: hay que salvar al niño.

Algo similar ocurre con los deberes de protección a los grupos humanos. Sin duda hay razones para proteger a una minoría cultural, a una etnia o a una nación. En muchas ocasiones porque lo que se predica como un derecho colectivo es sólo un derecho individual de ejercicio colectivo (como el derecho de reunión, el derecho de manifestación, el derecho a usar la propia lengua, etc.); en otras porque al enunciar un derecho colectivo se trata sólo de enunciar colectivamente derechos individuales, como el derecho de autodeterminación de un pueblo sometido a dominio colonial. Pero cuando realmente se defienden derechos morales de un grupo humano como derechos de titularidad y ejercicio colectivo, como el supuesto derecho a la subsistencia de la identidad cultural de un cierto grupo humano, los deberes que podemos justificar para proteger esa identidad nunca pueden competir con los derivados de los derechos morales básicos de las personas y ello quiere decir que, por ejemplo, un grupo no tiene derecho a imponer su identidad cultural por encima de la libertad religiosa de sus miembros[29].

Podemos discutir si algunos animales han llegado o pueden llegar al mínimo grado de autoconciencia necesario como para considerarlos agentes morales y reconocerles derechos morales fundamentales de idéntico peso a los derechos humanos, pero no es ni necesario ni conveniente extender la titularidad de derechos morales de este tipo, fundamento de un orden justo, a ningún tipo de entidad individual o colectiva que no sea un agente moral o pertenezca a la misma especie que los agentes morales. La razón de esta conclusión se apoya, simplemente, en la propia función que el invento de los derechos humanos trataba, y sigue tratando, de cumplir.

7. CONCLUSIÓN

Los derechos humanos se inventaron para proteger un ámbito de soberanía individual frente al poder físico o normativo de otros. Los derechos humanos vinieron a dar la mejor respuesta que conocemos a la definición estoica de la justicia como voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo. ¿Qué es lo suyo de cada uno?; era la pregunta. Sus derechos naturales; fue la respuesta. Una teoría de los derechos humanos es una teoría del orden justo, una teoría de la justicia. Un orden político-jurídico es justo si y solo si nace para proteger y satisfacer los derechos morales básicos de los individuos sujetos a él y fundamenta su autoridad coercitiva en el ejercicio de esos mismo derechos por los individuos, en su participación y en su consentimiento. Pero esto es todo: los derechos humanos constituyen, por lo tanto, el contenido de una teoría de la justicia, una teoría que no es moralmente neutra porque implica una determinada concepción de las personas como agentes morales, libres e iguales (Hierro 2002, 32-35; Gonzalez Amuchastegui 2004, 99-100), pero no constituyen una teoría moral completa; hay multitud de dimensiones del bien que la teoría de los derechos ni abarca ni pretende abarcar. Tenemos obligaciones morales, de las que cabe derivar deberes jurídicos, que no son directamente correlativas de derechos humanos o de derechos morales fundamentales de no-humanos. No debemos maltratar a los animales, no debemos despilfarrar los recursos del planeta, debemos proteger nuestro patrimonio cultural, debemos proteger la diversidad biológica y la diversidad cultural, y así sucesivamente. Para explicar que todo esto es razonable moralmente no necesitamos devaluar el lenguaje de los derechos hasta hacerle perder su sentido y, lo que sería peor, su función en el diseño de un orden político justo.

NOTAS

1. Esa es, por ejemplo, la afirmación taxativa de Carlos S. Nino: "Como el nombre de estos derechos lo sugiere, la clase de sus beneficiarios está integrada por *todos* los hombres y *nada más* que los hombres; su posesión no puede estar restringida a subclases —como los obreros o los artistas— o extenderse más allá de la especie humana" (Nino 1989, 41).

2. "Ab hac juris significatione diversa est altera, sed ab hac ipsa veniens, quae ad personam refertur: quo sensu jus est, Qualitas moralis personae competens ad aliquid juste habendum vel agendum… Facultatem Jurisconsulti nomine sui appellant, nos posthac ius proprie aut stricte dictum appellabimus." (Grocio [1625] 1987, 54). Hay que recordar que la conocida definición de Grocio es directa heredera de la que formuló Francisco Suárez: "Et iuxta posteriorem, & strictam iuris significationem solet propriè ius vocari facultas quaedam moralis, quam unusquisque habet, vel circa rem suam, vel ad rem sibi debitam…" (Suárez [1612] 1967, I, 11).

3. "Et quia magnae dignitatis est in rationali natura subsistere, ideo omne individuum rationalis naturae dicitur persona, ut dictum est" (Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I q. XXIX, a. 3, ad. 2).

4. "… to find wherein personal identity consists, we must consider what person stands for;—which, I think, is a thinking intelligent being, that has reason and reflection, and can consider itself as itself, the same thinking thing, in different times and places; which it does only by that consciousness which is inseparable from thinking, and, as it seems to me, essential to it: it being impossible for any one to perceive without perceiving that he does perceive" (Locke 1690, II, 27, 9).

5. Para Kant esa vinculación entre razón y libertad resulta conceptualmente necesaria: "Pero es imposible una razón que fuese conducida en alguna otra dirección con respecto a sus juicios, pues en ese caso el sujeto habría de describir la determinación de la facultad de juicio no a la razón sino a un impulso. Debe verse a sí misma como dadora original de sus principios, independientemente de influencias extrañas; por consiguiente debe considerarse libre en calidad de razón práctica o voluntad de un ser racional; es decir, la voluntad de éste puede ser una auténtica voluntad sólo bajo la idea de la libertad y debe, pues, ser atribuida, en sentido práctico, a todos los seres racionales" (Kant [1785] 1978, 138). Pocas páginas más adelante la libertad de la voluntad se convierte en autonomía de la persona y fuente de su moralidad o dignidad: "Con la idea de la libertad se encuentra unido inseparablemente el concepto de *autonomía* y con éste el principio general de la moralidad, que en la idea de todas las acciones de los seres racionales yace como base al igual que la ley natural en todos los fenómenos" (ibídem, 144).

6. "Lo que hemos tratado de mostrar en este ensayo —dice Gewirth— es que todos los derechos humanos tienen un fundamento racional en las condiciones necesarias o necesidades de la acción humana, de modo que ningún agente humano puede denegarlas o violarlas so pena de autocontradicción. Así, las demandas que los derechos humanos hacen a las personas se justifican por el PCG (Principio de Consistencia Genérica) en cuanto principio supremo de la moralidad. Es también a través de las exigencias morales establecidas por este principio como el orden político y jurídico recibe su justificación central en cuanto provisor de la protección de los derechos humanos" (Gewirth 1990, 145).

7. Es también la tesis que, entre nosotros, sostuvo González Amuchastegui subrayando que la concepción de la persona como agente moral, apoyada en su autonomía (capacidad de razonar y de elegir), implica una determinada concepción del bien y, por ello, no es meramente neutral (2004, 99-100, 113 y 331).

8. En el mismo sentido insiste en Griffin 2008, 83 (incluyendo ahora a los fetos) y 92, donde afirma: "My belief is that we have a better chance of improving the discourse of human rights if we stipulate that only normative agents bear human rights —no exceptions: not infants, not the seriously mentally disabled, not those in a permanent vegetative state, and so on". En el debate publicado en *Ethics* en 2010, Griffin insiste reproduciendo, frente a las observaciones de Tasioulas, exactamente el mismo párrafo citado (Griffin et al. 2010, 749)

9. Nino afirma allí que las propiedades necesarias de la personalidad moral —esto es, la capacidad para determinar la conducta conforme a valores y la capacidad para tener sensaciones dolorosas o placenteras— son propiedades graduales y que, en consecuencia, se dan "diversos grados de personalidad moral" (ibídem, 359) aunque previamente había señalado que era una "conclusión chocante" la de que "hay hombres que lo son en menor grado que otros" (ibídem, 44).

10. "…ascriptions of rights that are conceptually possible in the language of one theory may be conceptually impossible in that of another" (Wellman 1995, 106).

11. Dudoso —digo— porque, como muchas veces se ha señalado, sólo cabe representar la voluntad de alguien que, por su voluntad, me lo ha encomendado, pero no es comprensible como se representa la voluntad de alguien que no tiene voluntad.

12. Alf Ross mantuvo una posición similar al incluir entre los derechos subjetivos las pretensiones y las competencias (o potestades) sólo cuando son discrecionales (Ross 1971, 120 y 125) si bien deja fuera de su análisis a los derechos humanos que, en cuanto derechos morales, no son —según Ross— correlativos de obligaciones (ibídem, 129).

13. Este argumento —el significado del concepto en el lenguaje común o en cualquier tipo de lenguaje técnico, como el lenguaje jurídico— nunca es un argumento de mucho peso cuando lo que tratamos es precisamente de convenir un significado filosóficamente coherente. Tiene, por tanto, un valor meramente accesorio. De hecho no voy a tomar en cuenta, como argumento relevante en favor de algunas de las tesis que discuto, el hecho institucional de que existan declaraciones de "derechos" que reconocen derechos morales básicos a los animales o a ciertos grupos, como son la Declaración Universal de Derechos del Animal, aprobada por la UNESCO el 15 de octubre de 1978, o la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General de la O.N.U. el 13 de septiembre de 2007.

14. En Hierro 1982, 57-58 ofrezco una división conceptual de los derechos combinando la distinción que introdujo David Lyons entre derechos activos y no-activos (Lyons 1970, 45 y ss.) con la distinción entre derechos discrecionales y derechos obligatorios.

15. Puede decirse —como señala Sumner— que las teorías de la voluntad entienden los derechos exclusivamente como instrumentos para promover la libertad o autonomía mientras que las teorías del beneficiario entienden los derechos como instrumentos para promover el bienestar individual incluyendo la libertad o autonomía (Sumner 1987, 47 y 96).

16. Estos cuatro tipos de derecho subjetivo pueden definirse así: (1) A tiene un derecho discrecional activo si y sólo si ostenta la necesidad de ser libre para hacer X frente a alguna persona o grupo de personas, lo que implica que esta persona o grupo de personas tiene el deber de abstenerse tanto de impedir que A haga X como de forzar a A a hacer X; (2) A tiene un derecho discrecional no-activo si y sólo si ostenta la necesidad de ser libre respecto a que una persona o grupo de personas hagan X, lo que implica que esta persona o grupo de personas tiene el deber de hacer X si lo quiere A; (3) A tiene un derecho obligatorio activo si y sólo si ostenta una necesidad cuya satisfacción exige frente a una persona o grupo de personas que A haga X, lo que implica que esta persona o grupo de personas tiene el deber de abstenerse de impedir que A haga X pero no tiene el deber de abstenerse de forzar a A a hacer X; (4) A tiene un derecho obligatorio no-activo si y sólo si, ostenta una necesidad cuya satisfacción exige respecto a una persona o grupo de personas que hagan X, lo que implica que esta persona o grupo de personas tiene el deber de hacer X (Hierro 1982, 57-58).

17. Digo "libertad completa" porque muchos autores distinguen entre permiso y facultad como modalidades deónticas, junto a la prohibición y la obligación. Según esta distinción una facultad es un permiso para hacer y para no hacer (Alchourrón-Bulygin 1974, 36; Manuel Atienza 1985, 322). Riccardo Guastini, por su parte, denomina permiso al permiso positivo, facultad al permiso negativo y añade una quinta, la de libertad (Guastini 1999, 118-119). Me refiero, por tanto, a una "libertad completa" para no dejar duda aunque, en mi opinión, el permiso es siempre de hacer y de no hacer, se exprese como se exprese (Hierro 2000, 149-153).

18. Aunque la potestad ha sido generalmente considerada como el núcleo conceptual del derecho subjetivo, generalmente se limita este tipo de derecho subjetivo a los poderes o potestades que el ordenamiento reconoce a los individuos en sus relaciones particulares (potestades de derecho privado), y se niega que constituyan derechos subjetivos las potestades o poderes normativos que el ordenamiento atribuye a ciertos individuos o grupos de individuos en cuanto autoridad normativa (potestades de derecho público), las cuales suelen ser consideradas como funciones y no como derechos subjetivos. Esta restricción se apoya en la idea de que un derecho subjetivo es siempre una situación favorable al sujeto y los que tienen una potestad normativa pública parecen encontrarse más bien en la obligación de desempeñar una cierta función en favor de los demás. Sin embargo, esta distinción ideológica no puede ocultar que, desde el punto de vista meramente analítico, no hay diferencia entre las potestades privadas y las potestades públicas: ambas implican que uno tiene competencia para regular la acción de otros que quedan sujetos a él. La restricción se

apoya también, por otra parte, en la idea de que el contenido de un derecho subjetivo es siempre discrecional, lo que no resulta admisible para la teoría del interés (vid. Hierro 2000, 163-164).

19. Eludo ahora discutir el problema de la eutanasia que, en cualquier caso, suele entenderse como una excepción, bajo ciertas condiciones, a la configuración del derecho a la vida como derecho obligatorio. El derecho a la educación es también un buen ejemplo de derecho obligatorio activo en el caso de los menores de edad escolar. El derecho a la educación puede entenderse como un tipo mixto de derecho obligatorio activo y no-activo en cuanto exige que el titular haga X (asista a una escuela) y que la sociedad (estado, ayuntamiento, etc.) esté obligada a facilitar una escuela, un maestro y demás medios educativos, pero parece predominar en el tipo de derecho su carácter de derecho activo, aunque obligatorio.

20. En este sentido Onora O´Neill propone, frente a los defensores de los derechos de los niños, una reconstrucción kantiana de las obligaciones hacia ellos (O´Neill 2004, passim).

21. Es necesario insistir, frente al argumento de que el concepto de "derecho subjetivo" se utiliza de distinta forma en el ámbito moral y político que en el ámbito jurídico (Hart 1982, 193), en que la dogmática iusprivatista tuvo que asumir que los llamados derechos de la personalidad no se ajustaban al concepto defendido por la teoría de la voluntad.

22. "The lawmakers could confer legal rights on whatever kind of thing they choose" (Wellman 1995, 133).

23. La solución que ofrece Nino a este "dilema desagradable", según sus propias palabras, no es muy clara. Él sostiene que en lugar de derivar los derechos humanos de características fácticas, los derivemos de principios morales y, entonces, definamos a las personas morales como los que tienen las propiedades fácticas necesarias para gozar o ejercer aquellos derechos, lo que presupone distinguir entre la titularidad del derecho y la capacidad efectiva para ejercerlo. Creo que este enfoque puede resolver problemas menores, como el de los infantes, pero no resuelve el problema de los incapaces psíquicos profundos o de los enfermos en coma irreversible (Nino 1989, 45-46). El neologismo "speciesism" fue introducido por el filósofo británico Richard D. Ryder como título de un panfleto publicado en 1970 (Castignone 1996, 170 nota 1). Ha sido traducido al castellano como "especismo" y como "especieísmo".

24. En el mismo sentido que Melden, argumenta Peter Carruthers desde un enfoque contractualista: "La estrategia se basa en el hecho de que no existen límites precisos entre un bebé y un adulto, entre un adulto no muy inteligente y un subnormal profundo y entre un anciano normal y uno en estado de senilidad avanzado. El argumento sería pues que tratar de otorgar derechos morales directos sólo a los agentes racionales (los adultos normales) sería intrínsecamente peligroso y se prestaría a abusos" (Carruthers 1995, 134).

25. Generalmente se denomina "argumento de los casos marginales" —nombre que se debe al canadiense Jan Narveson— al que denuncia como incoherente el prejuicio de la especie (De Lora 2003, 234-244; Castignone 1996, 127-129).

26. "Inherent value, then, belongs equally to those who are the experiencing subjects of a life" (Regan 1985, 23).

27. La idea de que las necesidades humanas son el contenido de los derechos humanos, precisamente porque su satisfacción es la condición para desenvolverse como agente moral, es la que he defendido en mi propia definición de los derechos humanos como "aquellas libertades, inmunidades, pretensiones y potestades que corresponden a todo ser humano como condición necesaria para realizarse como sujeto moral y cuya satisfacción es condición necesaria y suficiente para justificar la existencia, el origen y el contenido de un sistema jurídico" (Hierro 2002, 41; ver también Hierro 1982, passim).

28. Como recuerda Pablo De Lora, citando a Raz, el caso de nuestros deberes con los animales es un ejemplo clásico para desmentir la correlación deberes-derechos (De Lora 2003, 222 nota 26).

29. Un ejemplo paradigmático de la superposición de un presunto derecho a la identidad colectiva sobre el derecho individual a la libertad religiosa se encuentra en la sentencia de la Corte Constitucional colombiana de 18 de septiembre de 1998 (sentencia SU-510/98) sobre la cultura Ika.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1974) *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea.

AQUINO, Tomás de, *Summa Theologiae*, http://www.corpusthomisticum.org/sth0000.html.
ATIENZA, Manuel (1985) *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova.
BAYÓN, Juan Carlos (1991) *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
BENTHAM, Jeremy [1789] (1970) *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (edición de J.H. Burns y H.L.A. Hart), Londres, Methuen.
BETEGÓN, Jerónimo y PÁRAMO, Juan Ramón (1990) *Derecho y Moral, Ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel.
CARRUTHERS, Peter (1995) *La cuestión de los animales. Teoría de la moral aplicada*, Cambridge, Cambridge University Press (Orig: *The Animals issue: moral theory in practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992).
CASTIGNONE, Silvana (1996) *Nuovi diritti e nuovi soggetti*, Genova, Edizioni Culturali Internazionali Genova.
CELANO, Bruno (2001) *Il diritti nella Jurisprudence anglosassone contemporanea*, Analisi e Diritto, 1-58.
DE LORA, Pablo (2003) *Justicia para los animales. La ética más allá de la humanidad*, Madrid, Alianza.
DÍAZ, Elías y COLOMER, José Luis (2002) *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza.
DÍEZ-PICAZO, Luís y GULLÓN, Antonio (1997) *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I (novena edición), Madrid, Tecnos.
DWORKIN, Ronald (1984) *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel (Orig: Taking Rights Seriously, Londres, Gerald Duckworth & Co., 1977).
FANLO, Isabel (ed.) (2004) *Derechos de los niños*. Una contribución teórica, México, Fontamara.
FEINBERG, Joel (1980) *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, New Jersey, Princeton University Press.
FOLGADO, Avelino (1960) *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo*. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI, Pax Iuris (Escurialensium Utriusque Studiorum Scerpta), San Lorenzo del Escorial (Madrid).
GERBER, David (1976) *Rights*, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, LXII, 329-347.
GEWIRTH, Alan (1990) *La base y el contenido de los derechos humanos*, en Betegón, J. y Páramo J. R. 1990, 125-145 (Orig: *The Basis and Content of Human Rights*, Nomos XXIII, New York University, 1981).
GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús (2004) *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
GRIFFIN, James (2008) *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.
GRIFFIN, James at el. (2010) *Symposium on James Griffin´s On Human Rights*, Ethics, Vol. 120, Number 4.
GROCIO, Hugo [1625] (1987) *Del derecho de presa*. Del derecho de la guerra y de la paz, edición bilingüe de Primitivo Mariño, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
GUASTINI, Riccardo (1999) *Distinguiendo*, Barcelona, Gedisa (Orig: Distinguendo, Turín, Giappichelli, 1996).
HAKSAR, Vinit (1978) *The Nature of Rights*, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, LXIV, 183-204.
HART, Herbert L. A. (1974) *¿Existen derechos naturales?* en Quinton, A. 1974, 84-105 (Orig: *Are There any Natural Rights?,* Philosophical Review, 64, 1955, 175-191)
(1982) Essays on Bentham. *Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press.
HIERRO, Liborio L. (1982) *¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto*, Sistema. Revista de Ciencias Sociales, 46, enero 1982, 45-61.
(2000) *Conceptos jurídicos fundamentales. (I) De las modalidades deónticas a los conceptos de derecho y deber*", Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid, 3, 139-173.
(2002) *El concepto de justicia y la teoría de los derechos*, en Díaz, E. y Colomer, J. L. (eds.) 2002, 11-73.
Kant, Immanuel [1785] (1978) *Cimentación para la metafísica de las costumbres*, Madrid, Aguilar.
[1797] (2002) *La metafísica de las costumbres* (edición de Adela Cortina y Jesús Conill), Madrid, Tecnos.
KEARNS, Thomas R. (1975) *Rights, Benefits and Normative Systems*, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, LXI, 465-483.
LOCKE, John (1690) An Essay Concerning Human Understanding, ebooks.adelaide.edu.au/l/locke/john/l81u/B2.27.html.
LYONS, David (1969) *Rights, Claimants and Beneficiaries*, American Philosophical Quarterly, 6, 1969, 173-185.
(1970) *The Correlativity of Rights and Duties*, Nous, 4, 45-55.
MACCORMICK, Neil (1976) *Children´s Rights: A test-case for Theories of Rights*, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, LXII, 305-316.
MELDEN, Abraham I. (1980) *Los derechos y las personas*, México, Fondo de Cultura Económica (Orig: Rights and Persons, Oxford, Basil Blackwell, 1977).
NINO, Carlos S. (1989) *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea.
O´NEILL, Onora (2004) *Los derechos de los niños y las vidas de los niños*, en Fanlo, I. (ed.) 2004, 77-106 (Orig: *Children´s Rights and Children´s Lives*, Ethics, vol. 98, 1988, 445-463).

QUINTON, Anthony (ed.) (1974) *Filosofía Política*, México, Fondo de Cultura Económica (Orig: Political Philosophy, Londres, Oxford University Press, 1967).
RAWLS, John (1989) *Justice as Fairness*. A Guided Tour, Cambridge, Harvard University, (texto fotocopiado, no publicado)
(1999) *Justicia como equidad*. Materiales para una teoría de la Justicia (edición de M. Angel Rodilla, Madrid, Tecnos (segunda edición).
RAZ, Joseph (1984) *The Nature of Rights*, Mind, 93, 194-214.
REGAN, Tom (1985) *The Case for Animal Rights*, en Singer, P. (ed.) 1985, 13-26.
ROSS, Alf (1971) *Lógica de las normas*, Madrid, Tecnos (Orig: Directives and Norms, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1968).
SINGER, Peter (1988) *Ética práctica*, Barcelona, Ariel (segunda edición) (Orig: Practical Ethics, Cambridge, Cambridge University Press, 1979)
SINGER, Peter (ed.) (1985) *In Defence of Animals*, Oxford, Basil Blackwell.
SUÁREZ, Francisco [1612] (1967) *Las Leyes*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, vol I.
SUMNER, Leonard W. (1987) *The Moral Foundations of Rights*, Oxford, Clarendon Press.
WELLMAN, Carl (1984) *The Growth of Children´s Right*, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, LXX, 441-453.
(1995) Real Rights, Oxford, Oxford University Press.

Fecha recepción: 07/03/2013
Fecha aceptación: 21/10/2013

THE PERSON IN CIVIL LAW. ALL-TIME MATTERS AND THEN SOME MORE

RESUMEN

El concepto de persona física se considera central en el ámbito del Derecho civil. Sin embargo, la literatura jurídica se ha preocupado poco y mal de aclarar su significado y profundizar en él. Desde la época de la codificación, el acercamiento a la persona desde este sector del ordenamiento se ha hecho a partir de análisis de cuestiones técnicas que giran en torno ella, pero que no agotan su verdadero significado. El estudio del comienzo y fin de la personalidad del sujeto de derecho, o el de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar y sus implicaciones, a los que más tarde se añadieron los derechos de la personalidad, han sido las cuestiones tradicionales que actualmente deben ser necesariamente completadas con una visión general del ordenamiento jurídico en el que la idea persona adquiere un significado autónomo, dotado además de un contenido sustancial que la constitución y los textos internacionales relativos a los derechos humanos reconocen y garantizan.

PALABRAS CLAVE

Persona. Sujeto de derecho. Personalidad, capacidad jurídica, capacidad de obrar. Minoría de edad. Incapacidad. Derechos de la personalidad. Derechos fundamentales.

ABSTRACT

The concept of “person” is in the core of the Civil Law. However the legal literature has been concerned little and poorly to clarify its meaning and deepen into it. From the time of codification, the approach to the concept has been made through some technical issues that revolve around her, but that does not complete its true meaning. The study of the beginning and the end of the personality of the subject of law or the topics of “legal capacity” and “capacity to act” with its implications, have been the traditional issues, being added later the personality rights. Currently, these subjects must necessarily be completed with an overview of the legal system in which the idea of “person” acquires an autonomous meaning and it is further provided with a substancial value that the Constitution and the human rights international instruments recognize and guarantee.

KEY WORDS

Person. Subject of rights. Legal capacity. Minority age. Persons with disabilities. Personality rights. Fundamental rights.

LA PERSONA EN EL DERECHO CIVIL. CUESTIONES PERMANENTES Y AGUNAS OTRAS NUEVAS*

María Paz García Rubio
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

Sumario: 1. Aproximación a su concepto. A. Todo ser humano es persona. B. El Derecho civil es el Derecho de la persona. 2. La idea de persona reflejada en el Código civil español. Su superación. 3. Vida y persona. 4. Persona, personalidad, capacidad. 5. Los derechos de la personalidad.

1. APROXIMACIÓN A SU CONCEPTO

Al tratar la idea de persona en el ámbito civil y a falta de un precepto legal que la contenga, con seguridad es más adecuado realizar algunas tentativas de aproximación (una perspectiva histórica CASTRO, 1952:20; de concepto que se ha ido construyendo a lo largo de siglos lo califica TORRES GARCÍA 2012:163), que pretender deducirla de las normas positivas las cuales son, como veremos, demasiado formales, absolutamente parciales y puramente abstractas (crítica con ese planteamiento GETE-ALONSO, 2012 y 2013:62).

Además, conviene advertir desde ya que este trabajo se refiere exclusivamente a la persona física, el ser humano, y que por tanto queda excluido de su ámbito la llamada persona jurídica, la cual no es sino una creación del Derecho que cumple una función meramente instrumental y que no pocas veces ha contribuido a oscurecer el verdadero significado que para el ordenamiento jurídico tiene la persona humana (CASTRO, 1984:261 ss).

Ese intento de aproximación lo haré analizando dos tópicos que a modo de mantra se repiten incesantemente en la literatura jurídica civil relativa a la persona. La primera de ellas es que todo ser humano es persona; la segun-

* El presente trabajo se ha elaborado en el marco de una Ayuda para la estructuración y consolidación de grupos de referencia competitiva concedida por la Consellería de Cultura Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia y cofinanciada por el FEDER.

da que el Derecho civil se autodefine, precisamente, como el Derecho de la persona.

A. TODO SER HUMANO ES PERSONA

La afirmación precedente, que hoy se da por supuesta y es expresamente consagrada en textos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (artículo 1.2), puede en realidad completarse diciendo que todo ser humano es persona y sólo el ser humano es persona (CAPILLA RONCERO, 1995:4859; vid., no obstante, los matices de RAMS ALBESA, 2011: 224 ss). Así entendida no ha sido, ni mucho menos, una constante histórica.

En primer lugar, porque en sociedades pretéritas no todo hombre era considerado persona. Baste recordar que en el Derecho romano clásico solo tenía verdadera y plena personalidad el *civis romanus sui iuris* (D´ORS, 2004:290) y que la esclavitud no fue plenamente abolida en nuestro Derecho hasta finales del siglo XIX (DÍEZ-PICAZO, 1972, 2011:916). En segundo término, porque en muchas de estas sociedades el individuo solo adquiría verdadera relevancia jurídica en cuanto pertenecía a una comunidad o a un grupo (la *polis* en la Grecia clásica, la *sippe* en el Derecho germánico, el bautismo hasta la Ley de Matrimonio Civil de 1870 en el caso español, el pueblo en la época nacionalsocialista alemana). En tercer lugar, porque es fácilmente constatable la histórica personificación de cosas o entidades supraindividuales, de modo que puede decirse que, con raíces cristianas, hasta los siglos XV-XVI no tuvo lugar una división precisa entre el hombre, por un lado, y las demás criaturas por otro, otorgándose únicamente al primero la condición de persona (HATTENHAUER, 1987:15, dando el protagonismo de la atribución a la Escuela de Derecho Natural española, que ya destacó CASTRO, 1952:12; también DAMM, 2002:855-856 y resaltando la especial importancia de Francisco Suárez para los conceptos de "persona moral" y "personalidad jurídica", LUTZ-BACKMANN, 2011:114 ss.).

La influencia del cristianismo primero y de las corrientes de pensamiento que siguieron al ocaso de la Edad Media produjeron la transformación de las antiguas ideas. A partir de los siglos XVI-XVII ya se enseñaba que el hombre como tal tiene desde su nacimiento derechos inalienables y anteriores a todo poder del Estado, que deben ser respetados por todos, de suerte que el concepto jurídico de persona surge en la literatura humanista de finales del XVI (HATTENHAUER, 2011:40 ss, quien se lo atribuye a Hugo Donellus). Para la concepción iusnaturalista ilustrada la condición de humano era el único requisito necesario para alcanzar la prerrogativa de persona, y no lo eran otras cualidades como la fe verdadera, la recta conciencia, el adecuado linaje, la posición o el origen privilegiados. Tras la superación de nuevos episodios de concepción holista (en la terminología de DUMONT) de no grato recuerdo, el pensamiento liberal, individualista y antropocéntrico dominante tras la Segunda Guerra Mundial consolida esa visión. No sería justo obviar que buena parte de esta evolución, aparentemente neutral, se produjo pensando únicamente en el sexo masculino y que la conquista por las mujeres del reconocimiento de su personalidad en plena igualdad no se produjo en nuestro entorno jurídico hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XX (DAMM, 2002:856-857; VALPUESTA FERNÁNDEZ, 2012: 124 y 184 ss.).

Por otro lado, en esta concepción el individuo no es persona más que en su vida corporal, entre el nacimiento y la muerte. Sobrevivieron, no obstante, prejuicios ancestrales en torno a quién debía ser o no ser considerado hombre y, por ende, persona. Mientras los avances de la Medicina y la Biología no dieron una explicación científica, no se asumió que algunos individuos nacidos de mujer pero incapaces de razón o de expresión alguna, tuvieran la condición humana y, por tanto, fueran personas. Buena prueba de ello es la versión original del artículo 30 del CC español, que se mantuvo vi-

gente hasta que el precepto fue modificado por la Disposición Final 10ª de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en vigor desde el 23 de julio de 2011). En esa versión, hoy superada, el precepto disponía que *"para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno"*; sin perjuicio de volver sobre el tema, lo que deseo destacar en este momento es la referencia al requisito de la "figura humana", como anacrónico vestigio de antiguas creencias. En cambio, según ese mismo texto, los que poseyeran figura humana, aun cuando estuvieran faltos de razón y necesitasen de tutela, no perdían la condición de personas.

El reconocimiento de la extinción de la persona con su muerte natural (en nuestro ordenamiento, artículos 32 CC y 211-1-3 CC-Cat) tiene también el sentido excluyente de constatar que la extinción de la persona sólo puede producirse por esta causa y que no se reconocen en el Derecho moderno cualesquiera otras causas de extinción de la personalidad, como lo fue en su día la llamada muerte civil que los Códigos penales decimonónicos españoles sustituyeron por la interdicción civil (DIEZ-PICAZO, 1975, 2011:963); a su vez, esta última fue borrada como pena accesoria en la reforma del Código penal operada por LO 8/1983, y por Ley 6/1984, de 31 marzo, de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, se eliminó tal expresión de sus textos.

B. EL DERECHO CIVIL ES EL DERECHO DE LA PERSONA

Que el Derecho civil es el Derecho de la persona es una afirmación que nuestra doctrina privatista repite citando las más de las veces a Federico de Castro, autor que resaltó el central significado técnico e institucional de la persona en el Derecho privado (síntesis y comentario de su concepción, ALONSO PÉREZ, 1983:*passim*; también aporta interesantes reflexiones GORDILLO CAÑAS, 1995:16-17). Más allá de los autores hispanos, otros clásicos como HATTENAUER (1987:13) consideran a la persona, junto con la cosa y el negocio jurídico, como uno de los conceptos superiores de los que dimanan todos los demás enunciados del Derecho civil.

A pesar de tan asentado reconocimiento (discrepa CARRASCO PERERA, 1988:34-35 quien insiste que para el Derecho civil persona es sólo sujeto de derecho, a quien sigue CAPILLA RONCERO, 1995:4861), es cierto que, como dice GETE-ALONSO (2012), a los civilistas les ha preocupado poco y mal cuál es el concepto de persona desde el punto de vista normativo. No cabe duda de que de esa afirmación hay que excluir a juristas tan influyentes y decisivos como el propio CASTRO (1952:29), para quien la palabra persona alude especialmente, de entre las distintas cualidades del hombre, a su dignidad de ser racional y, por tanto, a la especial consideración y respeto que —como tal— impone el Derecho natural en su beneficio y a costa de su responsabilidad. Despojada, en lo posible, de sus "adherencias contingentes" (GORDILLO CAÑAS, 1995:17), la definición bien puede considerarse actual.

La construcción del Derecho civil como Derecho de la persona es resultado de un proceso histórico ya sobradamente descrito y sobre el que aquí haré solo algunos apuntes.

Desde un planteamiento puramente nominalista, la prioridad que para el Derecho corresponde a la persona se remonta a Gayo y a su división del Derecho en "personas, cosas y acciones" (G 1,8; D 1,5,1; con explicación de estas y ulteriores fuentes, CASTRO, 1952:14). Sin embargo, como ya señalé más arriba, hubo que esperar hasta la obra de Donellus —en el que se percibe la huella de los españoles Francisco de Vitoria y Fray Bartolomé de las Casas con sus reivindicaciones de los derechos de los indios a la vida, la libertad y la propiedad— para que el de persona se convirtiera en concepto esencial y punto de partida del sistema de Derecho privado (HATTEN-

AUER, 2011:45). Por su parte, Pufendorf definió la persona como *homo consideratus cum status suo*; sin embargo, para CASTRO (1952:14-15), aunque ni Grocio ni Pufendorf se ocuparon directamente de la estructura de Derecho civil, ambos juristas contribuyeron a su cambio de sistemática, y en concreto a la desaparición de la parte correspondiente a la persona: Grocio por poner el acento en el derecho subjetivo y Pufendorf, al ofrecer un nuevo orden de las instituciones en el que se excluye la persona.

En los Códigos civiles que dimanan del proceso codificador decimonónico se asume, como no puede ser de otra manera, un concepto prejurídico de persona, procedente de la Escuela de Derecho Natural. Se evita la definición de lo que es persona y, en su lugar, se consagran los conceptos técnicos de capacidad jurídica y personalidad. La excepción la marca en el Código prusiano de 1794 que iniciaba el título primero de la parte primera, dedicado a las "personas y sus derechos en general" con la norma definitoria del concepto de raíces igualmente procedentes de la Escuela del Derecho natural: *"El hombre, en cuanto goza de determinados derechos en la sociedad civil, será llamado persona*", lo que es tanto como decir, según HATTENAUER (1987:14) que persona en sentido jurídico es el hombre y, por ende, todo hombre, pero solo el hombre.

A pesar de que el *Code* civil francés, el español, o el italiano, dediquen su Libro I a las Personas, no dan un concepto técnico de persona y puede decirse que otorgan al mismo una importancia mínima (no así el CC suizo, en el que la influencia en Huber se deja notar en su Libro I). Por su parte tampoco el BGB, que dedica sus primeros parágrafos a la teoría de la persona, parece en absoluto preocupado por el concepto (sobre el carácter fragmentario e incompleto de la regulación de la persona en el BGB (DAMM, 2002:843); de hecho, en su Título Primero. "De las personas" Capítulo I "De las personas naturales", la palabra persona aparece una sola vez y furtivamente (HATTENAUER, 1987:13). El punto de partida para todos estos textos codificados es la necesidad de encontrar un centro de imputación de relaciones jurídicas, básicamente de carácter patrimonial, lo cual por ejemplo queda en evidencia en el CC español en los ya citados artículos 29 y 30. Lo que en verdad importa a los Códigos civiles de los siglos XIX y primera mitad del XX no es la persona, sino su capacidad jurídica.

Esta concepción, que claramente devalúa la idea de persona convirtiéndola en un mero instrumento técnico-jurídico tuvo, por influencia de (quien, por cierto, en su exitosa sistemática del Derecho civil prescinde de la parte dedicada a la persona, a diferencia de lo hecho por Thibaut que, a pesar de abordar a la persona como sujeto de derechos y obligaciones (RAMS ALBESA, 2011:234), iniciaba su Sistema de Derecho de Pandectas precisamente con ella, como nos recuerda HATTENAUER, 2011:59), gran predicamento en la doctrina alemana de los siglos XIX y primera mitad del XX y todavía es implícitamente asumida en la tradición continental de muchos de los manuales y tratados de Derecho civil actuales que inician la parte correspondiente a la persona con el estudio de la capacidad jurídica y a la relación jurídica.

En conexión con ello, ha de reconocerse que aunque Códigos civiles relativamente recientes como el portugués o, aún más cercano en el tiempo, el CCCat., o algunas de las modificaciones realizadas en los más antiguos, como en el caso del francés (especialmente en sus artículos 16 a 16.5, según Ley de 29 julio de 1994, ya modificada), hayan incrementado la extensión y la preocupación la persona física, en general es palmaria la descompensación existente entre su importancia teórica y su tratamiento jurídico positivo, sobre todo si se considera que muchas reglas esenciales en esta materia huyen de los Códigos para aparecer dispersas, incongruentes e infravaloradas en normas sectoriales, muchas veces demasiado contingentes y que claman por una reordenación (GETE ALONSO, 2012). Personalmente entiendo que el valor institucional del

Código civil, con sus especiales características técnicas, aconseja la inclusión o el regreso, así como la reunificación de estas reglas en su sede más tradicional, al menos en aquellas cuestiones que deban ser consideradas más estables y esenciales.

A su vez, tampoco es inoportuno que nuestra literatura jurídica mantenga la concepción del Derecho civil como Derecho de la persona, protagonista esta tanto de los aspectos patrimoniales como relacionales y afectivos (la familia u otras relaciones de cuidado y dependencia, por ejemplo). Ello no quiere decir, por supuesto, que el valor integral de la persona humana no haya de ser reconocido y tutelado por todo el ordenamiento jurídico; en realidad tal concepción, no significa otra cosa que hacer de la persona y su significado institucional el núcleo generador, la materia prima, de toda normativa civil y el denominador común de sus instituciones (RAMOS CHAPARRO, 1995:169). La autonomía privada, la propiedad, la familia, la herencia, los llamados derechos de la personalidad, todo ello contenido del Derecho civil, no son sino manifestaciones diversas del Derecho de la persona y del reconocimiento de su valor jurídico supremo.

2. LA IDEA DE PERSONA REFLEJADA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. SU SUPERACIÓN

Como ya se ha dicho, el Código civil español no contiene un concepto de persona. Que la existencia de una definición legal no sea imprescindible no significa que no sea necesario aclarar su significado y las implicaciones del mismo en todo el sistema jurídico.

En realidad, la concepción de la persona que se refleja en los Códigos civiles clásicos, del que es prototipo el francés y al que sigue, entre otros, el español, pero que no se abandona en otro posteriores, procede de los principios emanados de la Revolución Francesa y consagrados en el Estado liberal. Así, se refleja una idea de persona caracterizada por tres notas básicas: 1ª) funcionalidad; 2ª) abstracción; 3ª) patrimonialidad. Intentaré explicar cada uno de estos tres rasgos.

Con el primero de los términos se quiere resaltar que la persona es contemplada en el Código como función del Derecho (DAMM, 2002:859 dice que se produce la reducción del ser humano a la persona, y la persona a la subjetividad jurídica). Siguiendo los postulados de Kant, el hombre se convierte es sujeto jurídico, de suerte que el término persona se sustituye por el de capacidad jurídica, pues la importancia de la persona estribaba precisamente en ser capaz de derechos, o según otra concepción, de entablar relaciones jurídicas. La persona se configura simplemente como el nexo de unión entre derechos y obligaciones, el centro de imputación de consecuencias jurídicas. Como dice HATTENHAUER (1987:19) la persona, de haber sido concepto superior de todo el Derecho, quedó en mero instrumento de Derecho civil, en apoyatura para fortalecer los objetos del Derecho.

La abstracción deriva precisamente de esa funcionalidad. Si la persona se identifica con el sujeto de derechos o como mero presupuesto de la relación jurídica, resulta ser un concepto puramente técnico perfectamente coherente con las pretensiones de libertad, igualdad formal y aparente neutralidad valorativa, propia de la codificación decimonónica (BADOSA COLL 2010:68; DAMM, 2002: 851ss; GETE-ALONSO, 2012). Además, con esta percepción, persona ya no tiene que por qué ser únicamente el ser humano; de hecho, desde hace siglos el Derecho reconoce también esa condición a algunas organizaciones sociales que, para mayor confusión, llamamos personas jurídicas. Tal planteamiento implica que la persona es sólo una abstracción necesaria para el Derecho. La persona aparece, descorporizada (señala RODOTÁ, 2010:95, que los grandes códigos ignoran por completo la fisicidad de la persona), instrumentalizada (CAPILLA

RONCERO, 1995:4872), deshumanizada, como mero sujeto de derecho desligado de la realidad (GETE-ALONSO, 2013:62), es un *posterius* de lo jurídico. Como ha señalado RODOTÁ, 2010:42, esa idea abstracta cumplió en su momento la función de anular las diferencias de estatus o de censo que, en el Derecho premoderno, permitían justificar o propiciaban la desigualdad, función histórica que hoy puede considerarse cumplida.

Por añadidura, la ya mencionada funcionalidad de la persona como centro de imputación de derechos y obligaciones se centra prácticamente en exclusiva en su patrimonio. La teoría clásica del patrimonio reposa sobre la afirmación de la relación entre la persona y su titular y, por ejemplo, los preceptos que se dedican al nacimiento y fin de la persona lo hacen, precisamente, con fines estrictamente patrimoniales. Es conocida que la preocupación fundamental subyacente en los artículos 29 a 32 CC está en aclarar el destino de las sucesiones *mortis causa* en circunstancias que pueden ser dudosas o conflictivas; muy significativa al respecto es la RDGRN de 3 de septiembre 1996; la citada Resolución, en referencia al artículo 30 CC en su versión original, que como ya vimos exigía al nacido figura humana y vivir veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno, comentaba "se intenta evitar dudas y litigios acerca de si el feto ha nacido vivo o muerto y también se limitan los casos en que se produciría un cambio injustificado de la sucesión de los bienes familiares cuando a ella fuera llamado el nacido que muere al poco de nacer". Significativo es también que el precepto en cuestión comenzara circunscribiendo su ámbito "a efectos civiles", lo que era identificado por la mayor parte de nuestros autores como aquellos efectos que afectaban a la dimensión exclusivamente patrimonial, quedando fuera de su ámbito (y por tanto de los efectos considerados civiles) aspectos como los relativos a la titularidad de los derechos fundamentales o derechos de la personalidad de los que, a diferencia de los otros, gozaba la persona desde el momento mismo de su nacimiento (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2011:127).

Aun cuando permanecen vigentes buena parte de las normas que la sustentaron, en nuestros días se subraya la superación de esta noción de persona que implícitamente asumieron los Códigos civiles como el español. Y ello tanto por razones procedentes de fuentes normativas como doctrinales.

Desde el primer planteamiento, porque las Declaraciones de Derechos Humanos y, sobre todo, las Constituciones normativas —entre ellas la española de 1978— consagran el valor supremo de la persona, la dignidad humana y los derechos fundamentales y obligan a reinterpretar las normas civiles de acuerdo con esos parámetros. Así, es afirmación hoy incontestada que toda persona, por el hecho de serlo, está protegida por un deber general de respeto a su dignidad y debe de ser reconocida por el Derecho como sujeto de derechos inherentes a su condición**;** es muy significativo al respecto el art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, más explícito en su versión inglesa que dice "*Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law*" (sobre el significado de las expresiones contenidas en el precepto, FASSBENDER, 2011:122 ss). La persona es, por tanto, un *prius*, y no un *posterius* a su reconocimiento jurídico.

A su vez, la dignidad humana es una mención que, tal vez con algún exceso de retórica, aparece en todos los textos internacionales relativos a los derechos humanos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, aunque no se defina en ninguno de ellos. Sin ánimo de exhaustividad, así sucede en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas o en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; más recientemente en el artículo 1 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, según la cual "*La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida*", así como en el Preámbulo (a/h/y) y los arts. 1 y 3 a), de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de

las personas con discapacidad. Especialmente significativa es la mención a la dignidad humana en las normas internacionales relacionadas con la Bioética, a las que en breve aludiré.

La apelación a la dignidad humana se realiza también en las normas constitucionales elaboradas a partir de esa misma época, siendo de especial importancia su presencia en el artículo 1 Ley Fundamental de Bonn, con derivaciones de máxima transcendencia en todo el ordenamiento jurídico alemán (sobre su significado GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, 2005:25 ss). Es sabido que en el Derecho español, el artículo 10.1 CE proclama como valor fundamental *la dignidad de la persona* y los derechos inviolables que le son inherentes, así como el libre desarrollo de la personalidad, aunque nuestra doctrina constitucional más conspicua y el propio Tribunal Constitucional, a diferencia de lo que sucede en la Ley fundamental de Bonn, afirman que en la Constitución española la dignidad de la persona ni es en sí misma un derecho fundamental ni actúa como fuente generadora de otros derechos fundamentales distintos de los establecidos en propia Constitución (GARCÍA RUBIO, 2013:606). Estiman no obstante, que tal planteamiento no merma su importancia, pues además de que irradia a todos los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y que el intérprete de la CE estime inherentes al ser humano, implica una concepción de la dignidad de la persona que necesariamente ha de proyectarse sobre todo el ordenamiento jurídico por el valor superior que tiene la norma jurídica constitucional. En este sentido, nuestro Tribunal Supremo, en STS de 29 de abril de 2009, a la que tendré ocasión de referirme más adelante, tal vez con algún resabio iusnaturalista, dice literalmente "El derecho de la persona está recogido en el artículo 10 CE, que se basa en el reconocimiento de la dignidad de la persona. En consecuencia, la regulación de la persona desde el punto de vista jurídico no puede fraccionarse, porque la unidad del valor persona, impide la división en bienes o situaciones aisladas. En el artículo 10 CE la persona es un valor, que debe ser tutelado por el legislador y el juez, porque existe un interés jurídico protegido en el ordenamiento".

En la dignidad humana se fundamentan también las reglas y decisiones que proscriben la cosificación de la persona, esto es, su consideración como mero objeto de las relaciones jurídicas; es muy significativo al respecto un párrafo de la Sent. Aud. Prov. de Valencia, Sección 10.ª, de 23 de noviembre de 2011, en relación con el contrato de maternidad subrogada o por sustitución, respecto del cual dice "(…) se trata de los problemas que suscita esta figura en relación con principios tales como el que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción, así la propia dignidad de la persona" (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, concordante en parte y crítica en otra, 2012:213-216).

La dignidad es asimismo el ancla que se ha utilizado para dar cobertura a normas y actos jurídicos que han retado las concepciones jurídicas más tradicionales. Tal ha sido el caso del reconocimiento del derecho a la identidad sexual (VALPUESTA FERNÁNDEZ, 2012:373) o del valor jurídico de las decisiones sobre el propio cuerpo (vid. artículo 212-7 CCCat); a la dignidad se apela también cuando se trata de decidir sobre el fin de la propia vida (OLIVA BLÁZQUEZ, 2013:740).

Sobremanera, en diversos textos jurídicos internos e internacionales la noción de dignidad humana parece ser considerada como la última barrera contra la alteración de algunas características de la especie humana que pueden resultar de prácticas científicas como la clonación o la investigación con células madre (así, en el artículo 1 del Convenio del Consejo de Europa, relativo a los derechos humanos y la biomedicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997; o artículos 2 c) 3, 11, 12 y 28 Declaración Universal de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos). No cabe duda de que los avances de la Biomedicina y en general de las Ciencias de la Vida suponen, en este punto

concreto, nuevos y apasionantes retos para el Derecho de la persona (DAMM, 2002:845), de suerte que, como dijo ya hace algunos años DIEZ-PICAZO, 1994 (2011:975), imponen las más de las veces reinterpretaciones o interpretaciones de reajuste del material normativo existente, si bien otras veces plantean problemas enteramente nuevos cuya solución solo puede producirse a través de ideas que no pueden tener un carácter definitivo. En los últimos años consideraciones parecidas merece el vertiginoso desarrollo de la llamada sociedad de la información, a la que se adapta con dificultades el Derecho tradicional, incluido el que se destina a la protección de la persona.

Desde el punto de vista teórico más general, y volviendo sobre la idea codificada, ya es antigua la crítica de CASTRO (1952:28) a la abstracción del concepto de persona. Según sus propias palabras, la persona a la que alude el Derecho no es una abstracción; no es lo "jurídico" a lo que se atribuye o puede atribuir "algo" jurídico, sino a la persona realidad social, en su valoración jurídica; es pues, según el autor, una realidad social, que exige —conforme al Derecho natural— una regulación jurídica, tesis que en general la civilística española posterior no duda en suscribir (ALONSO PÉREZ, 1983:1123; RAMOS CHAPARRO, 1995:126 ss). Sin perjuicio de ello, hay que reconocer, como señala GETE-ALONSO, 2012, que un cierto grado de abstracción resulta necesario, si bien un sentido distinto del decimonónico, pues en palabras de la autora, es útil disponer de un patrón en el que se recoja lo común (la esencia), como tal general, pero a partir de ahí se han de introducir las matizaciones y precisiones oportunas mediante correcciones, a través de criterios más próximos a la situación y circunstancias de (cada) persona.

Por lo demás, necesariamente hay que recordar que la tutela constitucional de los derechos fundamentales, y su protección civil como derechos de la personalidad, marcan un nuevo rumbo en la concepción jurídica integral de la persona, sobre el que más adelante nos vamos a detener.

3. VIDA Y PERSONA

El concepto jurídico de persona se aplica a individuos existentes. La persona existe desde su nacimiento y se extingue con su muerte.

En tal sentido se pronuncian hoy el artículo 30 CC "*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*" *y* artículo 211-1.1 CCCat**. "***La personalidad civil es inherente a la persona física desde su nacimiento*", si bien referidos no al término persona, sino al de personalidad. El requisito de viabilidad legal que se mantuvo en el primero hasta 2011, al exigir veinticuatro horas de vida enteramente desprendido del seno materno para considerar al nacido persona, había sido ya superado por la normativa internacional en materia de derechos humanos (artículos. 24.II del PIDCP de 1966 y 7.1. de la Convención de la ONU sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989), por más que tal criterio no tuviera acogida en la ya citada RDGRN de 3 septiembre 1996, la cual rechazó expresamente esa argumentación al considerar, con grave error, que las referidas normas internacionales no eran susceptibles de alterar nuestra normativa interna, ni material ni registral, que optaba por el sistema de viabilidad legal o plazo de vida del nacido. Finalmente el precepto se ha adaptado a las exigencias derivadas de la dignidad humana, mencionando únicamente el requisito del nacimiento sin más aditamentos, al igual que lo hace también el reproducido texto catalán. La viabilidad o la apariencia externa del nacido son irrelevantes para su consideración como persona.

Eso sí, el nacimiento —en el ámbito civil usualmente identificado con el corte del cordón umbilical— ha de producirse "*con vida*" ("*cuando llegue a nacer*", según el CCCat), por lo que resultan correctas decisiones como la sustentada por la RDGRN de 7 marzo 2011, para la cual "no procede la inscripción de nacimiento cuando el niño fallece en el parto, pero debe hacerse constar en el legajo de abortos". Pero determinar cuándo el recién nacido lo es

"*con vida*" no es siempre una cuestión obvia, como se desprende del punto 7 a) del Anexo I del RD1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad; según el tenor de este párrafo *"El diagnóstico clínico de muerte encefálica en recién nacidos, lactantes y niños se basa en los mismos criterios que en los adultos, aunque con algunas peculiaridades*", añadiendo a continuación, *"La exploración neurológica en neonatos y lactantes pequeños debe incluir los reflejos de succión y búsqueda. En neonatos, especialmente los pretérmino, la exploración clínica debe repetirse varias veces, ya que algunos reflejos del tronco pueden no haberse desarrollado o ser de incipiente aparición…*"; todo ello no es sino manifestación de la ya necesaria supeditación de los criterios jurídicos a los que deriven de las Ciencias de la Vida.

Por otro lado, y de acuerdo con el artículo 32 CC "*La personalidad civil se extingue por la muerte*" (vid. también artículo 211-1.3 CCCat). Aunque referidos, por las razones ya apuntadas, a la personalidad y no a la persona —el concepto de personalidad civil ha de entenderse como personalidad sin más, como reconoce DIEZ-PICAZO, 1975 (2011:962)—, ambos preceptos ponen de manifiesto que la persona lo es hasta el momento de su muerte. Los ordenamientos modernos no reconocen situaciones pretéritas como la esclavitud o la muerte civil que hoy serían consideradas contrarias a la dignidad humana. Solo la muerte física determina la extinción de la persona. No constituye una excepción a esta regla el expediente técnico conocido como declaración de fallecimiento (artículos 193 CC ss.), pues en rigor no es una causa de extinción de la personalidad, ya que si el declarado fallecido estuviere vivo gozaría de personalidad allí donde se hallare y, reaparecido o probada su existencia, no habría perdido su personalidad (cf. artículo 197 CC, de nuevo, centrado exclusivamente en los aspectos patrimoniales, en este caso provocados por la reaparición del ausente; sobre ellos SERRANO Y SERRANO, 1939:417 ss.)

Nuestro ordenamiento jurídico no establece con carácter general los criterios que determinan la muerte de una persona ni indica en qué momento exacto se produce este hecho. En realidad se trata de una circunstancia fáctica que, como se apuntó precedentemente, debe ser resuelta por las Ciencias de la Vida, que en esta, como en tantas materias, está en continúa evolución, lo que no deja de suscitar ciertos recelos entre los juristas más partidarios de atender sobre todo a las exigencias derivadas de la seguridad jurídica. No obstante se debe apuntar la existencia de algunas normas sectoriales que, tratando de resolver problemas prácticos, aluden a la constatación de la muerte. Así, el artículo 5.1 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Transplante de Órganos señala "*La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá hacerse previa comprobación de la muerte*", añadiendo a continuación, "*Cuando dicha comprobación se base en la existencia de datos de irreversibilidad de lesiones cerebrales y, por tanto, incompatibles con la vida, el certificado de defunción será suscrito por tres Médicos… ";* mayor amplitud se observa en el ya citado Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, que deroga el anterior RD 2070/1999, de 30 de diciembre. Según la Exposición de Motivos del nuevo reglamento, el progreso científico y técnico de los años recientes, la mejora de la capacidad diagnóstica y la publicación de nuevas guías internacionales sobre los criterios que se aplican al diagnóstico de muerte, han sido tomados en consideración para elaborar el art. 9 y el Anexo I del citado RD; conforme al art. 9.2 *"La obtención de órganos de fallecidos sólo podrá hacerse previo diagnóstico y certificación de la muerte realizados con arreglo a lo establecido en este real decreto y en particular en el anexo I, las exigencias éticas, los avances científicos en la materia y la práctica médica generalmente aceptada.… La muerte del individuo podrá certificarse tras la confirmación del cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria o del cese*

irreversible de las funciones encefálicas. Será registrada como hora de fallecimiento del paciente la hora en que se completó el diagnóstico de la muerte"; el citado Anexo I completa con criterios médicos esta disposición.

Que el Derecho proteja plenamente a la persona desde su nacimiento hasta su muerte, no significa que sea indiferente al tiempo precedente y consecuente, pues, como dice CAPILLA RONCERO (1995:4860), la condición humana o las emanaciones de la personalidad se pueden contemplar jurídicamente por vías autónomas a la atribución de la condición de persona.

Con raíces en el Derecho romano, el art. 29 CC establece una regla conforme a la cual *"El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente".* La regla en cuestión quedó formula con alcance general *("para todos los efectos que le sean favorables"*) en la segunda edición del Código civil, que superaba así la fórmula de la redacción original la cual, siguiendo el modelo del Proyecto de 1851, remitía la protección del concebido a los casos expresamente reconocidos por la ley. El precepto considera que el concebido no es persona —no tiene personalidad— y como tal no es titular de derechos (parcialmente distinto, art. 211-1.2 CCCat según el cual *"El concebido tiene la consideración de persona a los efectos que le sean favorables, siempre y cuando llegue a nacer*"). No obstante, se le reconoce protección jurídica, pues si llega a nacer se le reservan los efectos favorables que le hubieran correspondido durante el periodo que va desde su concepción hasta su nacimiento. —correspondido a él y no a terceros, como señala GUTIÉRREZ SANTIAGO (2013:487), recogiendo también la doctrina de los efectos favorables indirectos—

El tenor del art. 29 CC, inicialmente pensado para proteger intereses de carácter patrimonial, y sobre todo, los derechos sucesorios del póstumo, ha sido extendido también a las relaciones personales o extrapatrimoniales, como demuestra entre otras la RDGRN de 23 de mayo de 2007, donde se afirma que el citado precepto "contiene una regla general de protección en el campo civil del concebido, que no se agota en la esfera patrimonial", reiterando otra en materia de nacionalidad de 26 de diciembre de 2002 (realiza un análisis exhaustivo de la aplicación del preceptos a diversos ámbitos patrimoniales y no patrimoniales, GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2013:496 ss). Esta tesis queda confirmada con la nueva versión del artículo 30 CC, donde desaparece la referencia a los "efectos civiles", por lo que la consideración de persona del nacido con vida lo será "a todos los efectos" (GUTIÉRREZ SANTIAGO 2013:522). Todo ello puede considerarse conforme con la doctrina que ha emanado de nuestro Tribunal Constitucional en relación con el alcance de los derechos fundamentales, y más en concreto del derecho a la vida de quien todavía no ha nacido. Es especialmente relevante al respecto la STC 53/1985, de 11 de abril, dictada para responder sobre la constitucionalidad de la regulación del aborto que precedió a la vigente LO 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción voluntaria del embarazo (pendiente también de sentencia sobre su constitucionalidad en el momento de redactar estas líneas); conforme a la citada STS 53/1985 el concebido no es titular del derecho fundamental a la vida consagrado en el artículo 15 CE, aunque su vida es un bien jurídico protegido por este mismo precepto constitucional. Esta doctrina fue posteriormente acogida por la STC 212/1996, de 19 de diciembre, resolviendo un recurso de inconstitucionalidad que había sido interpuesto contra la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos y Órganos (hoy derogada por la Ley 14/2007, de Investigación Biomédica), así como la STC 116/1999, de 17 de junio, que declara constitucional la temprana Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida Humana

(hoy derogada por la Ley 14/2006), reiterando ambas que el derecho fundamental a la vida reconocido en el artículo 15 CE corresponde a los nacidos, aunque la vida del *nasciturus* sea un bien jurídico protegido.

Por otra parte, que no se le considere persona a efectos jurídicos no significa que el Derecho no otorgue tutela jurídica al fallecido. Es muy expresiva la frase de DELGADO ECHEVERRÍA (2002:20) según la cual tras la muerte de la persona física desaparece la persona en cuanto tal, con sus atributos y cualidades, cesando de ser centro de poder y de responsabilidad; se extinguen los derechos y relaciones personalísimos o vitalicios que le competían; y se abre la sucesión en los restantes, transformándose el patrimonio en herencia y el cuerpo de la persona en una cosa; el cadáver. Subsiste además una suerte de "memoria jurídica" de la persona fallecida que algunos autores como el propio DELGADO ECHEVERRÍA (2002:23) califican de manifestaciones de la personalidad pretérita. Muchas de estas manifestaciones están directamente relacionadas con la protección de derechos como el honor, la intimidad, la imagen o el nombre de la persona fallecida, y tienen en algunos casos un componente patrimonial importante que complica la mera idea de tutela de la memoria (GARCÍA RUBIO: 2013:616). Tampoco se puede obviar que, al igual que sucede con otras facetas de la persona, el avance tecnológico y científico plantea nuevos retos que de momento carecen de una clara respuesta jurídica; piénsese, por ejemplo, en la enorme cantidad de huellas que una persona puede dejar al morir en el llamado entorno digital y en la dificultad de decidir, con las herramientas normativas que hoy tenemos, sobre el destino de todas ellas (muy ilustrativo, si bien referido al ámbito del *common law*, http://www.standard.co.uk/lifestyle/esmagazine/welcome-to-iheaven-how-to-protect-your-digital-life-after-death-8609638.html).

4. PERSONA, PERSONALIDAD, CAPACIDAD

Como ya se ha apuntado, los artículos 29, 30 y 32 CC, el 211-1 CCCat, o el § 1 BGB no hablan de persona, sino de personalidad, término que tampoco definen. La diferencia entre ambos conceptos que se remonta a Savigny (DÍEZ PICAZO, 2005, 2011:994) es destacada en cualquier texto relativo al Derecho de la Persona (entre otros, CAPILLA RONCERO, 1995:4860 y 4872; FLORENSA TOMÁS, 1989:616-617).

Como creación meramente jurídica, la personalidad se ha venido identificando con la capacidad jurídica que corresponde a toda persona por el mero hecho de serlo, que se inicia con su nacimiento y se termina con su muerte y respecto a cuyo reconocimiento no pueden hacerse distinciones que serían discriminatorias (pero *vid.* ARROYO I AMAYUELAS, 2013:138 para quien la personalidad civil es la suma de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar). La capacidad jurídica (*Rechtsfähigkeit, capacité de jouissance*) significa la aptitud para ser titular de derechos subjetivos; sería una condición abstracta de la persona que supone la mera posibilidad de tener derechos u obligaciones (pero vid. BADOSA COLL, 2010:32-33), que la identifica con la capacidad para asumir los efectos de un acto, y de la que ha de diferenciarse la tenencia efectiva de un derecho u obligación concreto, denominada usualmente titularidad (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2011:324). Según lo dicho más arriba, todo ser humano por el mero hecho de serlo tiene personalidad y es titular de unos determinados derechos que derivan de su dignidad humana, que están reconocidos como derechos fundamentales (según FERRAJOLI, 2005:19 y 141, son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de persona) y de los que no puede ser privado, ni siquiera voluntariamente; es muy expresivo al respecto, el art. 27.1 CC suizo "*Nul ne peut, même partie-*

llement, renoncer à la jouissance ou à l'exercice des droits civils". Como decía hace ya algunos años DIEZ-PICAZO, 1975 (2011:964) no se puede ser más persona o menos persona, no se puede tener más o menos personalidad (de nuevo advierto que me refiero únicamente a las personas físicas; en el ámbito de las personas jurídicas la identificación entre personalidad y capacidad ha dejado de ser pacífica, REUTER, 2007:673 ss.).

Junto a la capacidad jurídica se consagró, con base en algunas fuentes romanas generalizadas en este punto por Savigny en su Sistema de Derecho Romano actual, la denominada capacidad de obrar (*Handlungsfähigkeit, capacité d´exercise*), entendida como una aptitud natural para conocer, saber o querer. En principio se trataba de una idea fundada en la inteligencia y la voluntad lo cual, sin embargo, chocaba al menos hasta fechas relativamente recientes con casos como el de la mujer casada o, más cercano aún en el tiempo, el del menor de edad con suficiente grado de madurez. Por ello, autores como CASTRO (1952:49-50) negaban esa identificación de la capacidad de obrar con la capacidad natural y preferían hacerla depender del estado civil, definiéndola como la cualidad jurídica de la persona que determina —conforme a su estado— la eficacia jurídica de sus actos. En consecuencia, la falta de capacidad de obrar conduciría a diferentes formas de ineficacia del acto realizado por el incapaz; no en vano, y a modo de garantía *ex ante*, el art. 167 del Reglamento Notarial ordena que *"El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate*". A mayores, los autores también gustaron de distinguir diversas modalidades dentro de la capacidad de obrar, plena, limitada (*v.gr.* menor emancipado), especial (entre otros artículo 175.1 CC capacidad para adoptar; artículos 662 y 663.1 CC capacidad de testar del menor de 14 años) o prohibiciones legales, como las contenidas en materia de compraventa en el artículo 1449 CC.

Con el fulcro que representa la capacidad de obrar como determinante de la eficacia de los actos, ha sido clásica en la tradición jurídica de nuestro entorno la distinción de la persona en dos grandes categorías, los capaces y los incapaces (de "inapelable distinción" la califica RODOTÁ, 2010:43), que a su vez pueden ser incapacitados, lo cual supone que el incapacitado es titular de los derechos, pero tiene limitado su ejercicio. En los ordenamientos de nuestra esfera jurídica se establece una regla de reconocimiento de una genérica capacidad de obrar que permite el ejercicio de todos los actos de la vida jurídica que no precisen de una capacidad especial y que tradicionalmente se vincula con dos datos objetivos: la mayoría de edad y la ausencia de incapacitación judicial (artículos 322 CC, 211.3-2 CCCat y 4.2 CFA). Así lo reconoce unánimemente la jurisprudencia española, tanto en relación con los actos *inter vivos,* como con los *mortis causa* (entre otras STS 10 de noviembre de 2005, STS 18 de marzo de 1988, STS 23 de marzo de 2010)

No obstante, se ha de señalar que la evolución del Derecho positivo ha venido mostrando la progresiva restricción de las situaciones de incapacidad de obrar de las personas; así, por ejemplo, en el caso del CC español, tras las modificaciones operadas por La ley 13/1983 y 6/1984, ni el pródigo es un incapacitado (artículo 286 CC) ni la interdicción puede ser causa de tutela; además, la primera de esas leyes estableció un sistema de incapacitación gradual, basado en el grado de discernimiento de la persona afectada, con lo que se acercaba de modo progresivo a la capacidad natural de entender y querer de la persona concreta (TORRES GARCÍA, 2013:54 ss.); en palabras de DÍEZ-PICAZO, 1999, 2011:982 se trató de hacer un traje a medida (del incapaz) en lugar del *prêt a porter* fabricado para todos.

Todo lo dicho es prueba de que se reconoce cada vez un mayor ámbito de actuación a me-

nores e incapacitados, como enseguida veremos. Sin perjuicio de ello, como siempre ha venido ocurriendo, se pueden declarar ineficaces actos jurídicos realizados por personas mayores de edad no incapacitadas cuando se demuestre su falta de aptitud natural para prestar un válido consentimiento. Es de resaltar además que, al menos en nuestro ordenamiento positivo, las situaciones de incapacidad de obrar consideradas tales en el ámbito del Derecho civil, como el caso de la minoría de edad, no se han extendido necesariamente a otros sectores como en buena parte del Derecho administrativo, donde se ha reconocido un mayor ámbito de actuación a las personas que aquél no consideraba plenamente capaces (MARTÍNEZ DE AGUIRRE 2011:324-325). Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA (2011:20) la relevancia de la distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar es menor en Derecho Administrativo que en el Derecho Privado, porque en términos generales, ambos conceptos tienden a identificarse, en la medida en que, normalmente, se permite el ejercicio de los derechos a todos aquellos a quienes se reconoce aptitud para trabar las relaciones jurídicas de las que estos derechos surgen (cf. art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; pero vid. Art. 43 Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público).

A pesar de que la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar ha sido fundamental para el Derecho civil, ya he apuntado que en la actualidad la consideración de los sujetos tradicionalmente tildados como carentes de capacidad de obrar —menores e incapaces— ha cambiado radicalmente. Es significativa al respecto la STC 174/2002, 9 octubre que en su Fundamento Jurídico número 5 declara "en el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano consagrado en el art. 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre 1948 lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE)" (insisten en las mismas palabras otras como STC 7/2011, de 14 de febrero, o la STS de 30 de junio de 2004). Similar planteamiento deriva de la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, como señala RIBOT IGUALADA, 2013:262.

En este sentido, además de la progresiva rebaja de mayoría de edad, situada ahora en el Derecho español, como en buena parte de los de nuestro entorno, en los dieciocho años (artículo 12 CE), cabe decir que la consideración del menor de edad como un incapaz de obrar ha de entenderse hoy superada. Es cierto que tradicionalmente el Código civil español ha admitido que el menor pueda realizar determinados actos, bien sea cuando supere los catorce años —contraer matrimonio con dispensa (artículo 48 CC), celebrar capitulaciones (artículo 1329 CC), ostentar la patria potestad de sus hijos (artículo 157 CC), realizar testamento salvo el ológrafo (artículos. 663 y 688 CC)— bien cuando sea mayor de dieciséis (testigo en testamento en tiempo de epidemia, artículo 701 CC). Sin embargo, todo ello no ha impedido que, siguiendo los postulados de la Escuela del Derecho Natural, durante mucho tiempo se estimara que la menor edad de la persona era una situación determinante de una total y absoluta incapacidad natural para entender y querer, de lo que derivaba que normas como las indicadas fuesen interpretadas como excepciones a la regla general. Esta dirección fue radicalmente cambiada por Castro —con cierta incoherencia con su concepción del estado civil—, a quien sigue la mayor parte de la literatura jurídica española, estimando que el menor no es un incapaz sino una persona con capacidad limitada, no porque se le considere incapaz de entender y de querer, sino por la especial protección que merece y que el ordenamiento le dispensa (patria potestad o auto-

ridad parental o familiar, o tutela). Así, desde la perspectiva patrimonial se viene aceptando que el menor puede adquirir bienes, tener la posesión de los mismos (artículo 443 CC), aceptar donaciones que no sean condicionales u onerosas (artículos 625 CC y 626 CC interpretado a contrario; *cf.* la RDGR 3 marzo de 1989, reiterada en la de 14 de mayo 2010) —sería lo que MACCORMICK, 2011:118 llama "capacidad transaccional pasiva", esto es la capacidad de ser el destinatario del efecto legal de algún tipo de transacción o acto jurídico, si bien él entiende que el acto en cuestión puede ser un beneficio o un detrimento—; el menor con capacidad natural puede también realizar actos conservativos. Sin embargo, también se afirma que no puede celebrar contratos plenamente eficaces (artículo 1263.1 CC), pues de hacerlo estos serían anulables (artículo 1302 CC), lo que es de todo punto discordante con la situación real, ya que los menores realizan constantemente contratos de entidad diversa de acuerdo con su edad y con los propios usos sociales: desde la compra de golosinas por un niño de pocos años, a la adquisición de títulos de transporte en la ciudad o la compra de material escolar o deportivo por un adolescente, por ejemplo. Por ello, el Tribunal Supremo haciendo una interpretación conforme a la realidad social, se ha mostrado a favor de la validez de este tipo de actos realizados por menores de edad (STS 10 de junio 1991). Conforme con ese criterio, disposiciones autonómicas recientes resultan más adaptadas a la realidad; así el art. 211 5 b) CCCat, permite que el menor realice por sí solo, y de conformidad con su capacidad natural *"Los (actos) relativos a bienes o servicios propios de su edad, de acuerdo con los usos sociales*" (ARROYO I AMAYUELAS, 2013:165, con consideraciones de alcance para todo el ordenamiento español), y el artículo 7.1. b) CFA reconoce capacidad al menor para *"Otorgar los actos y contratos propios de la vida corriente del menor que, estando al alcance de su capacidad natural, sean conformes a los usos sociales*".

Es indudable que en los últimos tiempos, a pesar de que se sigue estimando que la mayoría de edad entraña la desaparición de todas las causas de restricción de la capacidad que la edad determina (DÍEZ-PICAZO, 2011:935), el menor de edad ha visto incrementada progresivamente su capacidad de actuar con efectos jurídicos (sería la "capacidad transaccional activa", de nuevo en la terminología de MACCORMICK, 2011:125). A esto ha contribuido de manera muy importante la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que en nuestro Derecho fue desarrollada a través de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. En esta ley se realiza una continua apelación al interés superior del menor, convirtiéndolo en parámetro interpretativo e informador de todas las normas que afecten a los menores de edad. En coherencia con ello, el Código civil español reconoce a los menores la capacidad para realizar *"los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*" (artículo 162.II.1ª CC; vid. también artículos 211-5 a) CCCat y 7.1. a) CDFA; en relación con el nombre, el art. 57.3 LRC de 2011 permite la solicitud de cambio de nombre y apellidos al mayor de dieciséis años); paradigmática al respecto es la STC 154/2002, de 18 de julio, sobre el ejercicio del derecho la libertad religiosa por el menor de edad). Una aparente excepción en este proceso lo constituye la revisión al alza por parte de los ordenamientos jurídicos más avanzados de la edad requerida para contraer matrimonio, que tiende a ser equiparada con la adquisición de la mayoría de edad —el proceso de revisión del CC en este punto se ha iniciado en el momento de redactar este trabajo—, lo que como señala VALPUESTA FERNÁNDEZ (2012:322), es consecuencia, entre otras razones, de una distinta concepción del matrimonio que hace de la decisión de los cónyuges la pieza clave, así como del reconocimiento de la libertad sexual de los menores, separando biología y voluntad.

Particular importancia tiene el tema del ejercicio de los derechos relacionados con la salud y la Biomedicina, donde las normas ordenan que el llamado consentimiento informado sea otorgado por el menor que posea madurez intelectual y emocional suficiente para comprender el alcance de la intervención y en todo caso por el mayor de dieciséis años —artículos 9.3. c) Ley 41/2002 Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica, y 212-2. 1 CCCat, que con buen criterio técnico incluye este tema en el Código civil, en sede de Derecho de la persona; por su parte, el artículo 13.4 de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo establece que en el caso de las mujeres de dieciséis y diecisiete años el consentimiento para dicha interrupción les corresponde exclusivamente a ellas, aunque como regla general deberá ser informado al menos uno de sus representantes legales; pero véase también artículo 4 Ley 30/79, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos, redactado por la Ley 26/2011, de 1 agosto, que da margen al consentimiento prestado por personas con discapacidad, pero no a los menores; mucho más ambiguo es el art. 4.2 de la Ley 14/2007 de Investigación Biomédica, que después de señalar que se otorgará el consentimiento por representación cuando la persona esté incapacitada legalmente o sea menor de edad, añade que *"Las personas incapacitadas y los menores participarán en la medida de lo posible y según su edad y capacidades en la toma de decisiones a lo largo del proceso de investigación*"; además el artículo 20 de esta misma ley incluye reglas *ad hoc* destinadas a la protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento— (más ampliamente TORRES GARCÍA, 2013:147). Si se me permite la digresión, todo este rosario de leyes dispersas, no siempre coherentes, pone en evidencia la necesidad, ya apuntada más arriba, de unificar los criterios sobre la capacidad y colocarlos en la sede legal más general y estable, esto es el Código civil.

A modo de recapitulación, conforme al art. 2 de la citada LO 1/1996 *"Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva*", por lo que lo correcto es entender que los menores son capaces para realizar todos aquellos actos para los que tengan suficiente juicio y que no les estén prohibidos por alguna norma (la ya citada RDGR 14 de mayo 2010 reconoce "tanto la legislación de protección de menores como la jurisprudencia, parten en la actualidad del principio de que los menores, según sus condiciones de madurez y con las limitaciones establecidas por el legislador, tienen capacidad para el ejercicio de derechos por sí mismos, tanto en su esfera personal como patrimonial, sin necesidad de intervención de sus representantes legales"); en la misma senda, recientemente ha reconocido la STS 5 de febrero 2013 al señalar que "el poder de representación que ostentan los padres, que nace de la ley y que sirve al interés superior del menor, no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del desarrollo de la libre personalidad del menor y que puedan realizarse por él mismo"

Por su parte, la dualidad capaz por un lado, e incapaz (situación natural) o incapacitado (que a día de hoy exige previa sentencia judicial constitutiva de un nuevo estado civil), por otro, sigue siendo en nuestro Derecho vigente una división dilemática, como demuestra el rimero de preceptos tanto materiales como adjetivos que resaltan la diferencia (*vid.* una extensa relación en TORRES GARCÍA, 2013:56-57). Ello sin obviar que el sistema legal establecido en el Código civil en 1983 es mucho más gradual que el anterior y, a mayores, no excluye que, a tenor de la propia sentencia, se flexibilice la regla que dicta la falta de capacidad de obrar del incapacitado; además, al incapacitado se le reconoce capacidad para otorgar testamento abierto notarial (según algunos también otras formas testamentarias) siempre que el Juez no limite esa facultad o

directamente acoja el pronunciamiento positivo acerca de ella (artículo 665 CC); así como capacidad para contraer matrimonio (argumento, artículo 171 ap. 4 del párr. 2º CC) y para reconocer hijos en testamento (arts. 120.1 y 121 CC) (TORRES GARCÍA, 2013: 62 y 133 ss.). Con todo, el máximo artífice de la reforma de 1983 no duda en afirmar que la incapacitación supone cometer una agresión a la persona (DIEZ-PICAZO, 1999, 2011:985).

La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006 y de la que España es parte (BOE 24 abril 2008), significa, sin lugar a dudas, un punto de inflexión en lo relativo a la capacidad de la persona por varias razones (crítico con el planteamiento excesivamente genérico de la Convención y con su enfoque paternalista, RAMS ALBESA, 2011:218 y 250 ss). La primera, porque no reconoce la asentada dicotomía entre capacidad jurídica y capacidad de obrar que caracteriza algunos ordenamientos como el español, así como sus derivaciones; dicotomía que, dicho sea de paso, no dejó nunca de tener sus críticos, aunque desde puntos de vista diversos de los que hoy son referentes. Por lo que ahora nos interesa, el artículo 12 de la Convención, bajo la rúbrica "Igual reconocimiento como personas ante la ley" menciona únicamente la capacidad jurídica, a la vez que establece una serie de reglas que para la mejor comprensión de lo que se avecina bien merecen ser reproducidas en su literalidad. Según el citado precepto

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

La segunda razón que nos obliga a revisar la dualidad capacidad jurídica/capacidad de obrar, es que todo el contenido de la Convención se sustenta sobre el principio de *"respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas"* (artículo 3.a), con la consiguiente idea de protección de la persona, técnica y jurídicamente distinta de los conceptos de incapacidad e incapacitación con los que la doctrina venía trabajando hasta ahora (CARRASCO PERERA afirmaba en 1988:36 "La insuficiencia de capacidad no es tomada en consideración por el Derecho civil como un hecho necesitado de protección") y que no aparecen en la Convención (RAMS ALBESA, 2011:250). De alguna manera la Convención se hace así eco de las críticas

doctrinales al individualismo que caracteriza a los Códigos civiles, críticas procedentes de diversas corrientes como, por ejemplo, el feminismo, que tienen una visión de los sujetos de derecho más como relacionales e interdependientes que como individuos atomizados, egoístas y competitivos, tratando de introducir la ética del cuidado, más que la masculina jerarquía de derechos. En consecuencia, rechazan la dicotomía liberal que ve a los sujetos de derecho como agentes autónomos o como víctimas vulnerables con necesidad de protección, y afirman la posibilidad de que un mismo individuo ocupe ambas posiciones de autonomía y vulnerabilidad, víctima y agente al mismo tiempo, lo que es frecuente en el caso de la mujeres (HUNTER, 2012:217). En un sentido similar, desde planteamientos más amplios, se pronuncia RODOTÁ, 2010:44, quien estima que hay que contemplar a la persona en una larga serie de facetas concatenadas, reconociéndole unas veces su autónoma capacidad de elección y otras acompañándola con diversas formas de auxilio.

Por todo lo dicho, sin perjuicio de que la doctrina más solvente considere que la institución de la incapacitación y el correlativo sistema de guarda vigentes en nuestro ordenamiento han de concebirse en todo caso no como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, sino como un sistema de protección de la persona cuyas limitadas facultades intelectivas y volitivas le impiden autogobernarse (TORRES GARCÍA, 2012:168 ss.), visión que sin duda está en sintonía con las líneas maestras de la Convención, no debe extrañar que, atendiendo al mandato de la propia Convención (artículo 4.1.a) desde la incorporación de este texto internacional a nuestro ordenamiento jurídico se venga reclamando una modificación del sistema tanto desde instancias legislativas, como jurisprudenciales y doctrinales (aunque autores como RAMS ALBESA, 2011:251 estimen que no es obligada una revisión de fondo del tratamiento esencial de los cimientos materiales de la incapacidad).

Así, Disposición Final Primera de la Ley 1/2009, de 25 marzo de reforma de la Ley de Registro Civil de 8 junio 1957 en materia de incapacitación, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, por la que se insta al Gobierno para que en el plazo de seis meses remita a las Cortes Generales un proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de capacidad de obrar para su adaptación a las previsiones de la Convención internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, adoptada por las Naciones Unidas el 13 diciembre 2006. La preocupación estética se detecta también en otras normas como en el R.D. 1364/2012, de 27 septiembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, que modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 diciembre, y en cuyo Preámbulo se estima conveniente "*Suprimir la obligatoriedad de señalar el tipo o los tipos de deficiencia o deficiencias en la resolución de reconocimiento de la situación de discapacidad (…), y proteger la privacidad de la información personal (…) evitando connotaciones peyorativas innecesarias y promoviendo la autonomía individual de las personas con discapacidad*."

La importante STS 29 abril 2009, ya citada, plantea de lleno la cuestión de la compatibilidad de la normativa vigente con la Convención (fundamentalmente con los artículos 3 y 12), estableciendo las reglas interpretativas que permitan compaginar las exigencias constitucionales, las de la Convención de Nueva York y lo dispuesto en el Código civil español. La sentencia afirma que, "en principio el Código civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de personas está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad"; añade a continuación que la única interpretación adecuada del sistema español vigente implica dos cosas: que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de

los derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección y, en segundo lugar, que la incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de protección tiene características específicas y propias, añadiendo que no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona. La influencia de esta resolución en la posterior jurisprudencia sobre el alcance de la incapacitación ha sido indudable.

En fin, en la literatura jurídica, TORRES GARCÍA (2013:63-64) destaca la existencia en este momento en nuestro Derecho de tres sistemas distintos de protección de la persona recogidos, respectivamente, en el procedimiento de incapacitación previsto en el Código Civil y en los artículos 757 a 763 LEC el primero, en las Leyes 41/2003, de 18 noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y 51/2003, de 2 diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación, destinado a proteger a los discapacitados no incapacitados judicialmente el segundo, y finalmente, en la Ley 39/2006, de 14 diciembre de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Señala también la necesidad de coordinar los tres sistemas (a los que habría que añadir en sus respectivos ámbitos, los derivados de la legislación autonómica) con base en los principios constitucionales y en las propias normas de la Convención de Nueva York. Con buen criterio, la misma autora pone además de manifiesto los problemas de falta de adecuación a la Convención de la figura del tutor —al menos con carácter general—, tal y como es entendida en nuestro ordenamiento vigente, destinada a sustituir la actuación de su pupilo (TORRES GARCÍA, 2013:70; sin embargo, la ya mencionada STS de 29 de abril 2009 afirma la consistencia entre el tutor-representante y la Convención). Recordemos que la Convención de Nueva York gira en torno al concepto de apoyo o asistencia (artículo. 2.3), la cual ni mucho menos es desconocida para el Derecho interno español: así, por ejemplo, el menor aragonés mayor de catorce años (art. 5.3 CDFA), el menor emancipado (artículo 323 CC), el sometido a curatela en los términos que establezca la sentencia (artículos 288 y 289 CC), incluido el pródigo (artículo 286.3 CC) (cf. también artículos 223-1 ss. CCCat); de hecho, el escrito del Ministerio Fiscal que precedió a la citada STS de 29 de abril de 2009 dice expresamente que en tanto no se produzca la necesaria adaptación legal "… la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parece la respuesta más idónea", opinión que la sentencia no suscribió (sí lo hace, RAMS ALBESA, 2011:254 y 289). En todos estos supuestos el sujeto actúa por sí, la iniciativa le queda confiada a él exclusivamente, pero precisa para la validez del acto del consentimiento, asistencia o cooperación de otra persona; en ninguno de ellos hay representación legal, en la que es el representante quien obra por sí, aunque lo haga en nombre y beneficio del representado. La curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, y despojada del carácter exclusivamente patrimonial con el que en un principio pareció ser concebida (cf. artículo 286 CC), es precisamente la figura que considera idónea para un caso que la propia sentencia califica de "incapacidad parcial o limitada" la STS de 11 de octubre de 2012.

Claro que el sistema tiene que dar también respuesta a aquellas situaciones en las que la persona no puede en modo alguno actuar por sí misma —situación que a juicio de RAMS ALBESA, 2011:287, la Convención desconoce), en las cuales la actuación por otra persona distinta el afectado resulta inevitable (niño de corta edad, enfermo en estado de coma, etc.). Tal fue la situación planteada en la STS de 21 de septiembre de 2011 que —con el precedente de la STC de 18 de diciembre de 2000 si bien esta en un caso de separación matrimonial— reconoció la legitimación a los tutores, previa autorización judicial, para ejercitar la acción de divorcio en nombre de la persona incapacitada, siempre que por sus condiciones

no pueda actuar por sí misma y justifiquen que existe un interés del incapaz en obtener de disolución de su matrimonio, pues en otro caso resultarían violados tanto su derecho a no permanecer casado, como el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por añadidura, la imperativa necesidad de sentencia judicial para establecer la situación de protección que en la actualidad supone la incapacitación implica en la práctica numerosos problemas y resulta muchas veces dilatoria e ineficaz. Parece que no existen razones sensatas para imponer esta judicialización, sobre todo en casos que no son conflictivos y donde los intereses de todos los implicados resultan coincidentes, sin que ello tenga, evidentemente, por qué impedir la posible impugnación *ex post* (ya DÍEZ-PICAZO, 1999, 2011:990). Según otro criterio, la declaración jurisdiccional debe reservarse para aquellos casos que requieran de la permanente representación legal por imposibilidad de que el propio incapaz formule un criterio libre e informado (RAMS ALBESA, 2011:255)

Tampoco se puede obviar que no es, ni mucho menos, seguro el acomodo al artículo 14 de la Convención del procedimiento de la incapacitación judicial previsto en los artículos 756 ss LEC (cf. STC 7/2011 de 14 febrero), con especial consideración del internamiento no voluntario recogido en el art. 763 LEC; sus deficiencias han sido resaltadas por la doctrina (una síntesis en HERRERO OVIEDO, 2013:642 ss), y han merecido el reproche de tres sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 2010/131, de 2 de diciembre y 2010/132, de la misma fecha, reclamando la condición de ley orgánica para el párrafo primero del precepto, así como de su precedente; y STC 2012/141, de 2 de julio, en un recurso de amparo ante un internamiento involuntario); dejando a un lado los posibles problemas competenciales que no es pertinente tratar aquí, la mejora técnica que suponen en la materia los artículos 212-4 y 212-6 del CCCat no proporcionan tampoco una respuesta segura sobre la cuestionada compatibilidad.

No estoy convencida de la idoneidad de normas generales que limitan la capacidad *tout court*, como el art. 1263.2 CC, el art. 9.3. b) de la Ley 41/ 2002 ya citada en materia de consentimiento informado, o el art. 6.1. de la Le 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (FARNÓS AMORÓS, 2011:79). Estimo que una aproximación funcional al concepto de incapacidad, particularizado para cada individuo y cada tipo de acto —no es lo mismo una decisión de índole exclusivamente patrimonial que, por ejemplo, una relativa al tratamiento médico o al ejercicio de un derecho fundamental, como ya hemos apuntado respecto del menor de edad—, es mucho más adecuada que la concepción que se sustenta en el estado civil de incapacitado basado en la presencia o, más bien ausencia, de ciertas características objetivas del sujeto en cuestión. En este sentido nos recuerda TORRES GARCÍA (2013:147), refiriéndose en concreto al artículo 9.3. b) de la Ley 41/2002, pero con consideraciones que pueden extenderse a otros supuestos que, a pesar del tajante tenor literal de la norma, cabe también que la sentencia, de acuerdo con el discernimiento de la persona incapacitada, nombre un curador cuya función sea precisamente la de asistir al incapacitado, pero no representarle, de suerte que solo quedaría incluido en la prohibición de prestar personalmente el consentimiento el incapacitado legalmente sometido a tutela, atendiendo en todo caso a la sentencia de incapacitación y a lo fijado en ella por el juez.

Los problemas de consistencia con la Convención de Nueva York apenas pergeñados y otros que necesariamente han de quedar en el tintero, ponen de manifiesto la necesidad de acomodar nuestra legislación civil y procesal a las exigencias de respeto a los derechos humanos de las personas con discapacidad reconocidas en el texto internacional. A este respecto, se ha de señalar que tras algunos intentos menores ya apuntados, puede considerarse que un primer paso en el sentido de adaptación a la Convención se dio con la aprobación de la

Ley 26/2011, de 1 agosto de Adaptación normativa de la Convención internacional sobre Derechos de las personas con discapacidad, por la que se modificaron puntualmente varias leyes y normas administrativas, y se adoptaron algunas medidas en los sectores de la salud, vivienda y empleo; sin embargo, se pospuso el tema de la capacidad, pues según la DA Séptima de la propia Ley *"El Gobierno en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes un Proyecto de Ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico… en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica…".* El plazo (como el establecido en la Ley 1/2009) está sobradamente sobrepasado y, a pesar de que la llamada de atención al respecto del Comité sobre Derechos de la Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas ("Preocupa al Comité que no se hayan tomado medidas para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica"), la modificación propuesta no ha iniciado aún su andadura, si bien existe una Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Popular en 2012, instando al Gobierno a realizar la pertinente modificación legal.

5. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

La idea de protección de la persona a través del reconocimiento de los llamados derechos de la personalidad aparece de manera tardía en la doctrina privatista del siglo XIX y encuentra reflejo en los Códigos civiles del siglo XX, comenzando por el suizo, y destacando por la importancia otorgada a estos derechos el portugués de 1966 (una síntesis de la evolución y preocupaciones en torno al tema GARCÍA RUBIO, 2013:596_597). El Derecho civil español no ha sido inmune a su recepción, que con muy pálido reflejo en el Código civil (*vid.* los vestigios que encuentra, VAQUER ALOY, 2013:239), se ha producido a través del reconocimiento jurisprudencial y de algunas leyes sectoriales, entre las que destaca la LO 1/1982, de 5 de mayo de Protección Civil del Honor, la Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen.

Aunque tampoco existe una definición legal de los derechos de la personalidad que nos fije su concepto, cabe señalar que en su consideración más clásica, hoy parcialmente superada, los derechos de la personalidad constituyen el instrumento a través del cual se produce la protección civil de la persona física, básicamente estimando que esta es portadora de unos atributos, bienes o derechos que son inherentes a su condición humana y cuya violación produce el deber de resarcir los daños y perjuicios, tanto patrimoniales como morales, causados por el infractor.

En su enumeración se incluyen aquellos derechos que se dirigen a proteger la integridad personal del ser humano, tanto en su vertiente física —vida, integridad física— como espiritual-integridad moral, honor, intimidad, imagen, autodeterminación informativa, identidad, incluido el derecho al nombre o incluso el derecho a la voz. Junto a los anteriores, se suele incluir el derecho moral de autor; queda además englobado en la categoría el derecho a la libertad en sus múltiples manifestaciones concretas (ideológica y religiosa, de expresión, de información, de movimientos, etc). Estimo que, de mantener la autonomía conceptual de la categoría, ha de incluirse también entre los derechos de la personalidad el derecho a no ser discriminado. A mayores, la dignidad de la persona recogida en el artículo 10.1 puede actuar como fuente de nuevos derechos de la personalidad (STC 156/2001, de 2 de julio).

Obviando en esta sede otras cuestiones que la alargarían demasiado y para las que me remito a otro trabajo monográfico sobre el tema (GARCÍA RUBIO, 2013:*passim*), me centraré en algunos puntos que considero básicos para completar el estudio de la persona desde el punto de vista del Derecho civil.

El primero es decidir si tiene o no hoy sentido la delimitación entre los conceptos de derechos de la personalidad y derechos fundamentales. Dada la dificultad de encontrar un consenso siquiera normativo sobre qué y cuáles son estos últimos por el carácter multinivel de las fuentes que los recogen, me limito a adoptar la perspectiva estatal española que dimana de la Constitución de 1978, asumiendo un concepto formal de derechos fundamentales que los identifica con los reconocidos en ella, y en concreto en los artículos 14 a 29, ambos inclusive (según otra opinión, habrán de añadirse los consagrados en los artículos 30 a 38 CE, e incluso todos los del Título I, capítulos I y II, lo que incluiría también los contenidos en los artículos 11 a 13 CE; BASTIDA, 2012: 40-41). Antes de continuar, conviene advertir que está totalmente superada la tesis que establecía la diferencia entre unos y otros en función del carácter de derechos de naturaleza pública en el caso de los fundamentales y de naturaleza privada en el caso de los de la personalidad. Hoy resulta pacífico que los derechos fundamentales tienen una fuerza irradiante sobre todo el ordenamiento y que se proyectan tanto en las relaciones verticales o de naturaleza pública, como en las relaciones horizontales o de índole privada (*Drittwirkung*), por más que el alcance concreto de esta última vertiente sea un tema discutido sobre el que volveré de inmediato (INFANTE RUÍZ, 2013:688 ss.).

Simplificando al máximo la cuestión, entiendo que los ámbitos de los derechos de la personalidad y de los derechos fundamentales podrían ser dibujados como dos círculos secantes con una amplia zona común y otras dos no coincidentes. Sin embargo, atendiendo a mayores detalles el dibujo no es tan claro. Primero, porque existen preceptos en la Constitución como los artículos 10.1 (a través de la cláusula de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, si bien como hemos dicho nuestra doctrina constitucional estima que en el caso español no estamos ni ante dos derechos fundamentales ni ante dos principios o valores que permitan la creación a partir de ellos de nuevos derechos fundamentales distintos de los expresamente recogidos en la norma fundamental), o los artículos 10.2 y 39.4 CE (a través de los derechos reconocidos en los tratados internacionales de los que forma parte España, si bien el primero de ellos solo permite la interpretación de los existentes y no la incorporación directa de nuevos derechos), como posibles vías para considerar cualquier derecho de la personalidad en la órbita de los derechos fundamentales. Segundo, porque no todos los aspectos de un derecho genuinamente fundamental implican normas de derecho fundamental; en realidad solo lo hacen en lo relativo al objeto, contenido, límites y titularidad del derecho, fuera de lo cual puede haber normas civiles o de otra naturaleza que afectan a estos derechos y han de respetar aquellos aspectos, pero que no están sometidas a las exigencias jurídico-constitucionales de los derechos fundamentales (VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2012:118). Tercero, porque el estudio de los derechos de la personalidad nos conduce necesariamente a un tema más amplio: el del impacto de los derechos fundamentales en el Derecho privado o, lo que es lo mismo visto desde el otro ángulo, al estudio de la protección de los derechos fundamentales (todos) por el Derecho privado. Para mayor confusión, es de resaltar que ninguna peculiaridad existe en relación con la eficacia horizontal o entre privados de los derechos fundamentales según sean inherentes a la persona y, por tanto de la personalidad, o no lo sean (MONTÉS PENADÉS, 2009:1397), siempre que sean susceptibles de implicar una relación entre sujetos privados, lo que no sucede, por ejemplo, con el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho al voto o la tipificación de las penas. Esa eficacia horizontal es discutible y discutida, pero su problemática afecta por igual a todos los derechos fundamentales susceptibles de ligar a sujetos privados y desde un punto de vista teórico no tiene una especial connotación cuando estamos ante los considerados por la doctrina civil como derechos de la personalidad.

En síntesis, la relación entre los derechos fundamentales y los llamados derechos de la personalidad sigue sin estar perfectamente perfilada. Lo que sí es claro es que el valor de la personalidad en el ordenamiento jurídico es unitario y goza de una protección integral. No creo que tenga sentido duplicar en sede de Derecho civil una teoría de los derechos fundamentales, ya elaborada y explicada en el Derecho constitucional, ni se aprecia la necesidad ni el sentido de postular que, por ejemplo, la libertad ideológica es un derecho civil de la personalidad. En realidad cuando los civilistas hablamos de derechos o bienes de la personalidad nos referimos a la tutela civil de la personalidad, que también goza de tutela constitucional, penal y administrativa, y que en los ordenamientos jurídicos modernos está, con mayor que menor alcance, embebida en la teoría de los derechos fundamentales. El énfasis en la protección civil de estos derechos obedece a la cada vez más profunda vía de doble dirección que produce por un lado la "constitucionalización del derecho civil" y, a la vez, "la civilización de los derechos fundamentales" (entre otros, GOMES CANOTILHO, 2002:396; HESSE, 1995:81 ss; BECKMANN ET ALTRI, 2010: 274).

Nada de lo dicho significa que el estudio de este tipo de derechos deba ser abandonado por los civilistas; más bien al contrario, la perspectiva privatista puede ser extraordinariamente útil como instrumento de análisis para explicar algunos de los caracteres que presenta tanto la protección de los derechos fundamentales, como ciertos rasgos específicos de algunos de ellos (MONTÉS PENADÉS, 2009:1383). De hecho, en los últimos tiempos se observa en Europa una preocupación creciente por la interacción entre derechos fundamentales y Derecho privado que está abriendo nuevas perspectivas de análisis en una y otra dirección. Particular interés presenta el tema de la comercialización por su titular de algunos de estos derechos, cuestión de la que inmediatamente me ocuparé.

Además, estemos o no de acuerdo con su autonomía, lo cierto es que la de los derechos de la personalidad es una categoría recogida en el propio ordenamiento positivo (Preámbulo de la citada LO 1/1982, de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen —a mi juicio, verdadero Derecho general de todos los derechos de la personalidad en nuestro ordenamiento jurídico—, y artículos 162.1 CC, 211-5 y 222-47 CCCat, y 7.1 a), 12, 35 CDFA) y ha sido objeto de amplísimo reconocimiento jurisprudencial.

La doctrina suele calificar estos derechos de personalísimos, intrasmisibles, indisponibles y de naturaleza extrapatrimonial (entre los textos más recientes artículo 3 CC Quebec). Voy a detenerme mínimamente en este último calificativo, por lo demás relacionado con los dos anteriores.

Aunque se reitere en tratados y manuales esa naturaleza extrapatrimonial, nadie puede negar sensatamente el acusado incremento del valor económico que están experimentando en nuestros días algunos derechos de la personalidad como la imagen, la intimidad, el nombre o la voz, sobre todo si se asocian a personas con un perfil público, lo que paralelamente incrementa notablemente la posibilidad de su comercialización. Por ello actualmente se cuestiona muy seriamente la extrapatrimonialidad *tout court,* poniendo el énfasis en el hecho de que tras los derechos de la personalidad puede haber intereses tanto de naturaleza patrimonial como extrapatrimonial, de suerte que se ha acuñádo el término "*commodification*" de la personalidad, como sinónimo de la construcción de esta como mercancía (RESTA, 2005:2). La cuestión tiene la máxima importancia, puesto que cuando en un concreto derecho de la personalidad concurre esa duplicidad de intereses es obligado plantearse si el aspecto patrimonial del derecho en cuestión merece o no la misma protección absoluta que el aspecto extrapatrimonial del mismo derecho o que los derechos que únicamente poseen este aspecto extrapatrimonial.

En el ámbito español esta problemática ha sido abordada básicamente en relación con el derecho a la propia imagen, sobre todo en casos de personas cuyos rasgos identificativos tienen un valor económico muy importante. Con una cierta inspiración en la configuración del derecho de autor (ENCABO VERA, 2012: 33 y 130), nuestra doctrina habla de un derecho patrimonial sobre la imagen que puede ser configurado bien como un derecho distinto del genuino derecho de la personalidad, bien como la vertiente patrimonial de un único derecho, del que el derecho de la personalidad sería su vertiente moral. Para la opinión mayoritaria, ese aspecto patrimonial debería permanecer al margen de la protección específica del derecho a la imagen como derecho de la personalidad, opinión esta que también adoptó nuestro Tribunal Constitucional en relación con la explotación comercial de la imagen, en la STC 231/1998, de 2 diciembre y en otras que siguieron su estela como la STC 81/2001, de 26 de marzo. Esta solución, aparentemente clara y muy inspirada en la doctrina francesa, también corroborada por nuestro Tribunal Supremo, tiene sin embargo una débil fundamentación, pues no es tan fácil separar los aspectos patrimoniales y los extrapatrimoniales de este tipo de derechos, no solo porque, como ya hemos dicho, según el Tribunal Supremo "la regulación de la persona desde el punto de vista jurídico no puede fraccionarse, porque la unidad del valor persona, impide la división en bienes o situaciones aisladas" (la ya citada, STS 29 abril 2009), sino también porque ambos aspectos están íntimamente conectados. Baste proponer como ejemplos que la adolescente modelo que explota comercialmente su imagen lo hace tanto para obtener un beneficio económico, como para reforzar su personalidad y el individuo que participa en un *reality show* pretende conseguir dinero, pero también posiblemente satisfacer su deseo de notoriedad. En este tipo de casos ni el puro régimen contractual, ni el de los derechos de la personalidad entendidos como derechos absolutamente extrapatrimoniales e indisponibles son adecuados para dar ajustada solución a los problemas en ellos planteados.

En realidad, la cuestión sobre la disponibilidad de los bienes de la personalidad no se puede teorizar con carácter general ni hacerla depender de la construcción jurídica de estos bienes; no se ven razones atendibles para que no se pueda aplicar aquí la regla según la cual es transferible toda posición jurídica, salvo que la transferencia en cuestión sea contraria al orden público o a los valores constitucionales, incluida la dignidad de la persona o la igualdad de trato, como dice ZURILLA CARIÑANA (2010:89). La jurisprudencia comparada nos muestra casos especialmente significativos que demuestran la posibilidad de transmisión de derechos del tipo que nos ocupa, como sucede con sentencia del BGH de 1 de diciembre de 1999 (caso *Marlene Dietrich*), en la que el alto tribunal germano tuvo que decidir sobre si, para el Derecho alemán, formaba o no parte de la herencia el derecho a controlar la explotación comercial de la propia personalidad. La única hija y heredera de Marlene Dietrich demandó a un productor musical que permitió a una empresa el uso del nombre y la imagen de la actriz para una edición especial de un automóvil y autorizó al fabricante de las fotocopiadoras Xerox para que usara el seudónimo "Ángel azul" en un anuncio publicitario. La demandante alegaba la violación de los derechos de la personalidad de la fallecida; pedía el cese de las actividades descritas y la compensación por los daños causados, hasta entonces denegados por los tribunales alemanes en casos similares. El BGH tuvo que decidir sobre dos cuestiones fundamentales (a) si los derechos de la personalidad, además de proteger valores inmateriales, protegen también intereses económicos (b) si tales derechos se pueden o no transmitir a los herederos después del fallecimiento de su titular. El tribunal contestó afirmativamente a ambas cuestiones, resaltando la importancia de la autodeterminación como uno de los valores que sustentan el derecho general de la personalidad y fundamentando en dicho valor el derecho a controlar la explo-

tación comercial de la identidad. Añadió además que el derecho general de la personalidad y sus formas especiales de manifestación sirven primariamente a la protección de intereses no materiales, pero también protegen intereses de la persona que tienen valor económico.

Todo ello hace que ya no se pueda hablar de extrapatrimonialidad *tout court* de los derechos de la personalidad (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2011:555, prefiere aludir a una disponibilidad parcial o limitada, cuyo alcance es variable según el derecho de que se trate), sino del derecho del individuo a decidir libremente quien y en qué condiciones puede lícitamente hacer uso de algunos de ellos. No obstante, al mismo tiempo sí se consideran absolutamente inalienables otros, como los derechos sobre el cuerpo humano, cuando la disposición se hace con fin de lucro, tal y como se recoge en el ya mencionado artículo 16.1 *Code* civil francés o en el artículo 3 de la Carta europea de derechos fundamentales. La cuestión no es sustancialmente diferente en el caso español, donde tampoco se puede negar el interés patrimonial que está detrás de ciertos derechos de la personalidad de índole incorporal, como el derecho al nombre, a la propia imagen o a otros elementos evocadores de la identidad, todo lo cual plantea numerosos problemas de relacionados con el Derecho de Obligaciones y Contratos que por razones de oportunidad y de espacio no puedo desarrollar aquí (me remito al ya citado trabajo GARCÍA RUBIO, 2013:618 ss.).

No obstante, para terminar, sí quiero dejar constancia del camino de ida y vuelta o del bucle que se cierra con lo que acabo de mencionar acerca del valor patrimonial de la persona humana. Recuérdese que en partes precedentes de esta exposición se ha resaltado la evolución operada en la concepción de la persona física que, de mero sujeto de derechos subjetivos o relaciones jurídicas de carácter patrimonial, tal y como era concebida en la época de la codificación civil, ha pasado a ser por mor de las constituciones normativas y los convenios internacionales de derechos humanos, el referente necesario del Derecho, el *prius* portador de valores inalienables que los ordenamientos jurídicos han de reconocer. Pues bien, aun cuando esto se mantenga, como no puede ser de otra manera, tampoco se puede desconocer que entre esos valores está la libertad individual que, en una sociedad como la nuestra, donde el mercado fagocita casi todo, puede implicar también la libertad de decidir sobre la "cosificación" de la propia personalidad. Los límites solo los puede marcar el respeto por los valores derivados de esos textos internacionales y constitucionales de protección de los derechos humanos, incluida la arcana dignidad de la persona.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ALONSO PÉREZ, M., "Reflexiones sobre el concepto y valor de la persona en el Derecho civil de España", *ADC,* 1983, pp 1117-1127.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S, "Nota crítica a la Sent. Aud. Prov. de Valencia, Sección 10.ª, de 23 de noviembre de 2011 JUR 2011\420242", *REDI,* 2012-13-Pr,:213-216.

ARROYO I AMAYUELAS, E., *Dret civil. Part. General i Dret de la persona*, Cap. 8 y Cap. 9, Barcelona, Atelier, 2013.

BADOSA COLL, F., Memoria de Derecho Civil. Barcelona, Marcial Pons, 2010.

BASTIDA FREIJEDO, F.J., VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., REQUEJO RODRÍGUEZ P., PRESNO LINERO M.A., ALÁEZ CORRAL, B., FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004 (Reimpresión 2012).

BECKMANN, PH/COLOMBI CIACCHI, A./ FERRREIRA, N./ MOULIN-DOOS, C./ O´CALLAGHAN, P/, RUSSO, T./ TURNEY, J., "Germany", en Brüggemeier, G/ Colombi Ciacchi, A/Comandé, G, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, Cambridge University Press, 2010, págs. 253-324.

CAPILLA RONCERO, F., Voz "Persona. Derecho civil", *Enciclopedia Jurídica Básica,* III, Madrid, Civitas, 1995.
CASTRO Y BRAVO, F. de, *Derecho civil de España, t. II, Derecho de la persona,* reed. Facsímil de la edición publicada en 1952, Madrid, Civitas, 1984.
– "La persona jurídica", en *La persona jurídica*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1984. Originalmente publicado en Temas de Derecho civil, Madrid, 1972.
CARRASCO PERERA, A., *El derecho civil: señas, imágenes y paradojas*, Madrid, Tecnos, 1988.
CORDERO LOBATO, E., "La edad" en *Derecho civil, Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad*, 3ª ed., (A. Carrasco Perera dir.), Madrid, Tecnos, 2011.
DAMM, R., "Personenrecht. Klassik und Moderne der Rechtsperson" *AcP*, 2002, 841-879.
DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., "El Derecho de la persona y el Derecho de Familia en la Legislación de 1870", en L. Diez-Picazo, *Ensayos Jurídicos, Tomo I, Teoría General. Derecho Subjetivo. Derecho y Masificación Social. Tecnología y Derecho. Derecho de la Persona y Derecho de Familia*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2011, págs. 913-930. Originalmente publicado en Academia Valenciana de Jurisprudencia, Valencia, 1972.
– "Menor edad", en L. Diez-Picazo, *Ensayos Jurídicos, Tomo I, Teoría General. Derecho Subjetivo. Derecho y Masificación Social. Tecnología y Derecho. Derecho de la Persona y Derecho de Familia*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2011, págs. 931-946, originalmente publicado en "Nueva Enciclopedia Jurídica Seix.
– "De las personas naturales. Comentario a los artículos 29 a 34 del Código civil", en L. Diez-Picazo, *Ensayos Jurídicos, Tomo I, Teoría General. Derecho Subjetivo. Derecho y Masificación Social. Tecnología y Derecho. Derecho de la Persona y Derecho de Familia*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2011, págs. 950- 971. Originalmente publicado en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", dirigidos por M. Albaladejo, vol. I, 1ª ed., Madrid, Edersa, 1978.
– "El genoma humano y la identificación de la persona como problema jurídico", en El Derecho ante el Proyecto de Genoma Humano, vol. IV, Bilbao, 1994, Publicado en L. Diez-Picazo, *Ensayos Jurídicos, Tomo I, Teoría General. Derecho Subjetivo. Derecho y Masificación Social. Tecnología y Derecho. Derecho de la Persona y Derecho de Familia*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2011, págs. 975-979.
– "Nuevas perspectivas del Derecho de las personas", en Ponencias y conclusiones del Congreso sobre Tutela e Incapacitación, Barcelona, 1999. Publicado en L. Diez-Picazo, *Ensayos Jurídicos, Tomo I, Teoría General. Derecho Subjetivo. Derecho y Masificación Social. Tecnología y Derecho. Derecho de la Persona y Derecho de Familia*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2011, págs. 980-992.
– "Capacidad civil y capacidad penal", L. Diez-Picazo, *Ensayos Jurídicos, Tomo I, Teoría General. Derecho Subjetivo. Derecho y Masificación Social. Tecnología y Derecho. Derecho de la Persona y Derecho de Familia*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2011, págs. 993-996. Originalmente publicado en Prólogo a la obra Los menores ante el Derecho (responsabilidad, capacidad y autonomía de los menores de edad. Estudio de Derecho Comparado, Madrid, 2005.
DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho civil. I. Parte General, Vol. 2º, Personas*, 3ª ed., revisión y puesta al día, Madrid, Dykinson, 2002.
D´ORS, *Derecho privado romano*, 10ª ed. Revisada, Pamplona, Eunsa, 2004.
DUMONT, L., *Ensayos sobre el individualismo. Una perspectiva antropológica sobre la ideología moderna.* Versión española R. Tusón, Madrid, Alianza Editorial, 1987.
ENCABO VERA, M.A., *Derechos de la personalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
FARNÓS AMORÓS, E., Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones, Barcelona, Atelier, 2011.
FASSBENDER, B., "Die Garantie der Rechtspersönlichkeit des Menschen in den internationalen Menschenrechtsverträgen", en *Der Mensch als Person und Rechtsperson. Grundlage der Freiheit*, Klein, E./Menke Ch (Hrsg), Berlin, BWV, 2011, págs. 121-146.
FERRAJOLI.L, "Derechos fundamentales", en *Los fundamentos de los derechos fundamentales,* ed. A. Del Cabo/G. Pisarello, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2005.
FLORENSA TOMÁS, C.E., "Voz Persona Física", *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix,* Pellisé B./Mascareñas, C, (dirs), t. XIX, Barcelona, 1989, págs. 613-642.
GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 12ª ed., Civitas Thomson-Reuters, 2011.
GARCÍA RUBIO, M.P., "Los derechos de la personalidad", *Tratado de Derecho de la Persona,* Gete-Alonso, C/Solé Resina, J (dirs), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., "Persona: datos para la formulación de su noción", *Revista Crítica de Derecho Privado* (Directores: A Caumont - A. Mariño López). Núcleo de Derecho Civil. La Ley Uruguay, Nº 9, 2012 págs. 73 a 120. Por cortesía de la autora, yo he utilizado el original no paginado.
– *Tratado de Derecho de la Persona*, tomo I, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

GOMES CANOTHILHO, J.J., *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 2002.
GORDILLO CAÑAS, A., Prólogo al libro de E. Ramos Chaparro, *La persona y su capacidad civil,* Madrid, Tecnos, 1995.
GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Madrid, 2005.
GUTÍERREZ SANTIAGO, P., "Comentarios a los artículos 29 a 32", en Comentarios al Código civil, vol. I, R. Bercovitz y Rodríguez Cano (dir), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 483-585.
HATTENHAUER, C. *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, (traducción española de G. Hernández, Barcelona, Ariel, 1987.
– "Der Mensch als solcher rechtsfähig"-Von der Person zur Rechtsperson", en *Der Mensch als Person und Rechtsperson. Grundlage der Freiheit*, Klein, E./Menke Ch (Hrsg), Berlin, BWV, 2011, págs. 39-66.
HESSE, K., *Derecho constitucional y Derecho privado*, Madrid. Civitas, 1995.
HUNTER, R.C., "Introduction: feminists judgements as teaching resources", *The Law Teacher*, vol. 46, 2012-3, págs. 214-226.
INFANTE RUÍZ, F., *Tratado de Derecho de la Persona,* Gete-Alonso, C/Solé Resina, J (dirs), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
LUTZ-BACHMANN, M., "Der Mensch als Person. Überlegungen zur Geschichte des Begriffs der "moralischen Person" und der Rechtsperson", en *Der Mensch als Person und Rechtsperson. Grundlage der Freiheit*, Klein, E./Menke Ch (Hrsg), Berlin, BWV, 2011, págs. 109-120.
MACCORMICK, N., Instituciones del Derecho, trad. De F. Atria/S. Tschorne, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011.
MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Curso de Derecho civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona*, P. de Pablo (Coord.), 4ª ed., 2011.
MONTÉS PENADÉS, V.L:, "La categoría derechos de la personalidad y la protección de los derechos fundamentales", en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, t. II, J.L. Carbonell/J.L. González/ E. Orts (dirs), Cuerda Arnau (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
OLIVA BLAZQUEZ, F., "El derecho a la vida", en *Tratado de Derecho de la Persona,* Gete-Alonso, C/Solé Resina, J (dirs), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad civil*, Madrid, Tecnos, 1995.
RAMS ALBESA, J, "Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez. (Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes), *RCDI,* nº 723, 2011, págs. 211-296.
RESTA, G. *Autonomia privata e diritti Della personalità*, Jovene Ed., Napoli, 2005.
REUTER, D.L, "Rechtsfähigkeit und Rechtspersönlichkeit. Rechtstheoretische und rechtspraktische Anmerkungen zu eienm großen Thema", *AcP*, 2007, págs. 673-717.
RIBOT IGUALADA, J, *Dret civil. Part. General i Dret de la persona*, Cap. 13, Barcelona, Atelier, 2013.
RODOTÁ, S., *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*. Trotta, 2010.
SERRANO Y SERRANO, I, *La ausencia en el Derecho español*, Madrid, Ed. Revista Derecho Privado, 1943.
VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
VAQUER ALOY, A., *Dret civil. Part. General i Dret de la persona*, Cap. 12, Barcelona, Atelier, 2013.
TORRES GARCÍA, T., "La persona y el Derecho civil", *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Prof. José González García*, Universidad de Jaén, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, págs. 163-173.
– "La incapacidad", *Tratado de Derecho de la Persona.* Tomo II, Gete-Alonso, C/Solé Resina, J (dirs), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013
ZURILLA CARIÑANA, M.A, *Derecho civil*, Carrasco Perera, A. (dir), 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2011.

Fecha recepción: 07/03/2013
Fecha aceptación: 21/10/2013

IN TERRITORY OF DIONYSUS: SOME NOTES ON THE CONCEPT *PERSON* IN CRIMINAL LAW

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad examinar los confines del concepto *persona* en el Derecho penal. Tratándose, a mi juicio, de un término nacido para la diferenciación, para establecer fronteras entre distintos modos de concebir al ser humano y su vida en sociedad, he elegido para su estudio dos puntos de quiebra de la idea tradicional de *persona* en mi disciplina: la responsabilidad penal de las personas jurídicas (*versus* el *societas delinquere non potest*) y la prohibición penal de maltratar animales (*versus* el principio que establece que el Derecho penal sólo puede proteger intereses reconducibles a una idea de persona). Con ello, y con una aproximación a la problemática del aborto y del llamado Derecho penal del enemigo, intentaré trazar una visión de la furtiva sombra de *persona* en la legislación penal.

PALABRAS CLAVE

Derecho penal. Persona. Personas jurídicas. Animales. Antropología filosófica.

ABSTRACT

This paper examines the concept of *person* and its importance in Criminal Law. Specifically, since the concept *person* serves mainly to establish boundaries between different visions of human beings, I address the issue of criminal liability of the corporations and the crime of animal maltreatment. With these two examples, I'll try to show how the concept *person* affects Criminal law and I'll make a proposal of understanding of the reality of the human being, far beyond the image of ourselves that *person* offers.

KEYWORDS

Criminal Law. Person. Corporate liability. Animals. Philosophical Anthropology.

EN TERRENO DE DIONISIO: ALGUNOS APUNTES SOBRE EL CONCEPTO *PERSONA* EN EL DERECHO PENAL

José Antonio Ramos Vázquez
Profesor contratado doctor de Derecho penal
Universidade da Coruña

Sumario: 1. Γοργώ. 2. (…) persona iuris [criminalis?] (…) 3. (…) individua substantia. 4. Naturae rationalis (…) 5. Figuren. 6. Alles, was tief ist, liebt die Maske.

1. ΓΟΡΓΩ

"…ἐν δέ τε Γοργείη κεφαλὴ δεινοῖο πελώρου
δεινή τε σμερδνή τε, Διὸς τέρας αἰγιόχοιο…"

Todo lo concerniente a *Gorgó* está rodeado de incertezas. Este "genio dador de la muerte", este rostro que roba el aliento vital a quien lo mira, está inmerso en un mito ancestral que lo inunda de paradojas: el mito de la efigie que no puede ser vista.

Tan terrorífica condición de dicha cara la hacía óptima para aparecer en la égida, junto con otros portentos sobrenaturales (como la Discordia y la Persecución), como nos ilustra el poeta en el fragmento propuesto. Pero, si bien esto podría tener sentido en un elemento divino como la égida, más paradójico resulta encontrarnos a *Gorgó* en multitud de representaciones escultóricas y cerámicas, esto es, en objetos mundanos.

En efecto, ¿cómo es posible que la efigie imposible de mirar fuese representada tal cantidad de ocasiones? ¿Cómo conjugaban aquéllos que nos precedieron en el tiempo la idea de un espantoso rostro aniquilador con el hecho de que fuese perfectamente visible en su faceta cotidiana? La paradoja aumenta si tenemos en cuenta que, rompiendo con el canon habitual en la iconografía ática —que establecía ofrecer el perfil de los sujetos representados en ella—, *Gorgó* es representado siempre de frente. Aún más, carece de perfil, se representa siempre como un disco plano, privado de la tercera dimensión: es decir, no como un rostro real, sino como "una imagen absoluta, como algo que sólo puede ser visto y representado" (AGAMBEN, 2000:54-55).

Esta dificultad se esclarece si prestamos atención al contexto más habitual en el que se representa a *Gorgó*: en el fondo de las copas utilizadas en los *συμπόσιον*, en los banquetes

donde existía un enorme componente ceremonial vinculado a Dioniso, el dios que, de algún modo, se mueve en los confines, en las zonas de penumbra de la existencia humana. En este sentido, "en tanto que señor de una posesión imparable, Dioniso parece deambular fuera de lo habitual, en esos márgenes que marcan lo salvaje, lo aparentemente ajeno (aunque luego resulte que su alteridad no tenga más exótica ubicación que el ignoto interior del hombre). Señor de una naturaleza desbordada, que puebla la iconografía de vides imparables, de ménades generosas y sátiros irrefrenables, de largos cortejos llenos de vida en los que lo humano se animaliza o lo animal se hermana con lo que parecía civilizado, Dioniso parece rozar también el gran límite, que es el de la muerte" (DÍEZ DE VELASCO: 1998:41). *Gorgó* comparte con Dioniso, por consiguiente, un terreno liminar entre lo humano y lo animal, lo vivo y lo muerto, la civilización y el paroxismo. Y también lo comparte con *persona*. Es esta idea la que me ha llevado a convocar la memoria ancestral de *Gorgó* en este trabajo.

En efecto, como veremos más adelante, *persona* es también un concepto liminar y paradójico, un mecanismo de inclusión y de exclusión. Además, aunque la etimología de *persona* es oscura (y en algún momento jugaré con ella para hilvanar estas reflexiones sobre su influencia en mi disciplina), si aceptamos como una de sus fuentes el término *πρόσωπον*, nos encontramos con la sutil burla de *Gorgó*: éste no tiene rostro en el sentido estricto del término y, por tanto, los griegos nunca predicaban de tan terrible ente la palabra *prósopon*. Y, bien a pesar de ello, esa terrible anticara sólo se representaba de cara (FRONTISI-DUCROUX, 1993:78).

En esta línea, es mi intención con las siguientes páginas sugerir al lector que, aplicando la propiedad conmutativa que nos plantea el mito de *Gorgó* y su función en las vidas de nuestros ancestros culturales, arroje una sombra de sospecha sobre *persona*, sobre una *prósopon* que puede ser, a la postre, poco más que una anticara y, por tanto, un término que, si bien se encuentra en nuestra vida cotidiana sin causarnos el más mínimo trastorno, difícilmente puede ser mirado de frente sin caer víctimas del poder destructivo que atesora.

2. (…) PERSONA IURIS [CRIMINALIS?] (…)

"Homo naturae
(…)
vocabulum est".

Vamos, pues, a intentar mirar a *Gorgó* desde la perspectiva penal. Tomando como premisa que uno de los campos semánticos más importantes en los que habita *persona* es el del Derecho y suponiendo que "Derecho penal" designe, ante todo, la Ley penal [algo que no siempre parecen tener claro los que cultivan la llamada *Dogmática jurídico-penal*] podemos decir que, cuantitativamente, la premisa se verifica por completo: existen cerca de 300 referencias a "persona" en el vigente Código penal.

Ahora bien, si horadamos la superficie de la cifra para averigurar si, en efecto, dicho término es propiamente un *vocabulum iuris criminalis*, descubrimos que, en realidad, la sinonimia cualitativa entre "persona", "sujeto" (palabra que también aparece con profusión a lo largo del texto punitivo) y, en definitiva, "ser humano", es prácticamente absoluta. Quizá, por precisar un poco, podría decirse que "humano" aparece en nuestro Código penal fundamentalmente vinculado a factores biológicos (órganos humanos —art. 156*bis*—, genes humanos —art. 159—, especie humana —art. 160—, óvulos humanos —art. 160—), esto es, a nuestras características como especie, mientras que *persona* incidiría más en el sentido de "sujeto de Derecho", pero no da la impresión de que haya sido algo buscado de propósito por el legislador (a lo sumo, podría resultar significativo que el sintagma "ser humano" sólo haya sido introducido como expresión típica en la última de las reformas que

ha sufrido el Código penal —2010—, en materia de *trata de seres humanos* —art. 177*bis*). Parecería, por tanto, que la normativa penal no entra en ningún tipo de valoración sobre el concepto *persona* y deja librada la discusión sobre éste a otros ámbitos filosófico-jurídicos.

Lo mismo sucede con la Dogmática jurídico-penal (construcción teórica que, en ocasiones, —sin duda, más de las aconsejables— deviene *otro* Derecho penal), en la que, usualmente, se alude al principio de que sólo pueden ser delito conductas llevadas a cabo por personas y que afecten a intereses personales (sean éstos individuales o colectivos). Tal principio parece incontrovertido en el tema de los sujetos activos de las especies delictivas y, ciertamente con menos carácter apodíctico, en la discusión sobre los bienes jurídico-penales a proteger. Laten aquí con más fuerza los problemas de *persona* como individuo y *persona* como miembro de una comunidad, del *yo* y del *nosotros* (y de cómo se construye la diferencia), pero, aún así, apenas se entra en la polémica sobre qué sea *persona* y qué papel desempeñe en nuestra disciplina, salvo en tres grandes debates: el de las personas jurídicas, el del aborto y el del llamado Derecho penal del enemigo.

Mi idea rectora en las siguientes páginas, no obstante, no es sólo centrarme en esos tres grandes ejes de la discusión, sino añadir algún otro que me permita plantear al lector un recorrido por los confines que genera el término *persona* en este ámbito, esto es, por lo que podíamos llamar los terrenos de Dioniso. Así, trataré, con la brevedad que requiere el planteamiento de un debate *gorgónico* en el que seguramente nada reste incuestionado, de un lado, el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (y en qué medida hace quebrar la idea de que sólo una *persona* puede delinquir) y el de la protección penal de los animales (y la correspondiente puesta en tela de juicio del dogma de la exclusiva protección de bienes jurídicos reconducibles a la persona) y, de otro lado, trataré incidentalmente las cuestiones de la protección penal del feto y del cadáver humano [soy consciente de que utilizar en este ámbito la expresión "cadáver humano" y no "persona fallecida" ya implica de suyo una decisión sobre el fondo del asunto] y —por último— la noción de *no-persona* en el Derecho penal del enemigo jakobsiano. A través de esos núcleos de discusión intentaré mostrar las dinámicas de creación de fronteras que *persona* conlleva y qué rostro nos muestra dicho concepto en el pensamiento penal.

3. (...) INDIVIDUA SUBSTANTIA

"Sive singularis sit persona quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus".

Como es bien sabido, la persona jurídica ha sido siempre uno de los grandes caballos de batalla del Derecho penal, desde el *societas delinquere non potest* hasta la consagración de su responsabilidad penal en la mencionada reforma de 2010 del Código penal. Como es bien sabido también, la primera gran definición de *persona* fue aportada por Boecio en su *De persona et duabus naturis* bajo la celebérrima fórmula "*Persona est naturae rationalis individua substantia*".

Por supuesto, no puedo pretender examinar aquí una *vexata quaestio* tan compleja como la de la atribución de responsabilidad penal a entes como las personas jurídicas, cuestión que supone precisamente una ruptura con la idea de *individua substantia*, sino sólo realizar algunos apuntes sobre la regulación en nuestro Código y el mar de fondo que podemos escuchar si nos acercamos a ella.

Quisiera empezar con una larga cita que, de algún modo, resume, con un saludable toque humorístico, el debate iusfilosófico sobre las personas jurídicas. Se trata de la fábula ideada por SCHWARZ hace más de un siglo y que nos narra ZATTI del siguiente modo:

"La fábula nos habla de algunos antiguos filósofos que, despertados de la muerte, van observando el nuevo mundo. La aparición de un tranvía los desconcierta no poco y comien-

zan a debatir cuál será su explicación. Uno reflexiona: "no existe un carro que se mueva y no sea tirado por un caballo. El extraño vehículo, sin embargo, avanza y no se ve ninguna bestia de tiro. Bien: quien no quiera renunciar a tener razón, tendrá que imaginarse el caballo. Es el animal ficticio —concluye— quien mueve el tranvía.

La objeción no tarda: una ficción no mueve nada. Cierto es que un caballo es necesario, pero hay que buscarlo en el mundo real. *Hic et nunc* no hay caballo alguno: se puede suponer en cambio que haya habido en el pasado o que vaya a haber en el futuro un caballo al varal. Todo es resuelto sin ficciones: son los caballos pasados, o eventualmente los futuros, los que tiran del tranvía.

Mas surge un tercero que no está dispuesto a prescindir de un animal verdadero y vivo; o, por mejor decirlo, de un ser viviente, cualquiera que éste sea. Y fácilmente ilustra algo que los demás filósofos pasaban por alto: el organismo que tira del vehículo es la sociedad tranviaria. Ésta es un individuo: tiene cabeza, tronco, manos y pies —la dirección, los accionistas, los empleados y obreros. Y tiene una voluntad, mediante la que tira del vehículo.

Un cuarto filósofo está todavía insatisfecho: es bien posible parangonar la sociedad tranviaria a un organismo, pero con manos y pies metafóricos no se empuja ni una carretilla. Aquí, en verdad, ningún individuo real mueve el vehículo: más sabio es percatarse del hecho de que ahora hay carros sin caballos. Es decir, carros semovientes.

Bien hecho, opina el quinto: pero ¿cómo *explicar* el movimiento, sin hacer referencia a la —tan familiar— fuerza? Es necesario pensar en un tipo de vehículo diferente de los antiguos, que emplea una fuerza distinta, y no confundir ambas especies.

SCHWARZ se identificaba como un escolar llegado para informar a los filósofos: ustedes, señores, no deben preocuparse del caballo —decía— todos los vehículos son movidos por alguna fuerza, sea la bestia de tiro, el vapor o la electricidad. Ustedes, señores, deberán buscar el tipo de fuerza aplicada y no empeñarse en indagar sobre el animal" (ZATTI: 1975:3-4).

Podemos reconocer fácilmente las posturas sobre las personas jurídicas caricaturizadas en la fábula. Podemos, también, reconocer la enorme fuerza aplicada para mover el vehículo y la velocidad que éste ha alcanzado en nuestra época. Y, si *persona* es la máscara de algo o alguien [o la máscara que convierte *algo* en *alguien*], creo que podemos afimar sin temor a exagerar, que las personas jurídicas son, en el mundo del Derecho, nuestra *prósopon* favorita.

Esto sentado, la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas nos dice mucho sobre qué entiende el Derecho penal por *persona*, en la medida en que la controversia sobre la posibilidad de imponer sanciones a aquéllas es puramente penal. En efecto, mientras se acepta sin mayores problemas la posibilidad de que las personas jurídicas estén sujetas a responsabilidad civil o administrativa, la discusión sobre su aptitud para recibir sanción penal parecía no tener fin. Parecía, en suma, que lo que el Derecho penal entiende como *persona* en absoluto podía ser predicado de las sociedades.

Sea como fuere, lo cierto es que el actual artículo 31*bis* (dentro, por cierto, del Título II del Libro I del Código penal, cuyo epígrafe es, justamente, "de las *personas* criminalmente responsables de los delitos y faltas") establece lo siguiente en sus dos primeros apartados:

"*1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.*

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no

haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella".

Como vemos, se instaura por primera vez en nuestra legislación penal una responsabilidad directa de las personas jurídicas, independiente de la establecida para las personas físicas, si bien vinculada a ésta a través de una doble vía de conexión. En efecto, el presupuesto para que pueda imputarse responsabilidad penal a la persona jurídica tiene dos alternativas: la previa realización de un hecho delictivo cometido "en nombre o por cuenta y provecho" de la persona jurídica por parte de alguna de las personas físicas que ostenten el poder de representación o de administración de aquélla, o la comisión de un hecho delictivo perpetrado por personas físicas sometidas a la autoridad de quienes ostenten "poder de dirección" dentro de la sociedad, cuando la comisión de este delito tenga origen en no haberse ejercido un debido control sobre dichas personas.

Dicho lo anterior, me interesa realizar a los efectos de este trabajo dos apuntes:

En primer lugar, las críticas a la potencial (y ahora actual) implantación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas han argumentado por el flanco de la supuesta incapacidad de acción de aquéllas. Esta crítica ha sido —creo— solventada con solvencia por la doctrina que hace suya la llamada "concepción significativa de la acción", pues si las acciones son, a fin de cuentas, interpretaciones, parece claro que las personas jurídicas pueden realizar acciones en nuestras sociedades (y aún en las anteriores a ésta, recuérdese que en Derecho romano no había problema en considerar a entes colectivos como capaces de contar con voluntad propia y de actuar a través de sus representantes —en ocasiones, precisamente, utilizando *persona* como anclaje: así podía decir CICERÓN: "*magistratus gerit personam civitatis*").

En todo caso, lo que me interesa destacar es cómo, desde el Derecho penal, se vincula *persona* y acción (valga decir: *persona* y significado). Del mismo modo que se establece, en segundo lugar, una fuerte vinculación entre *persona* y culpabilidad, al afirmarse que, ausente ésta de las personas jurídicas, no cabe responsabilidad penal alguna.

El concepto *culpabilidad* me resulta problemático en su configuración pero, aún así, creo que se ha razonado convincentemente su eventual aplicación también a personas jurídicas. En particular, CARBONELL MATEU, poniendo el dedo en la llaga de la "concepción ventrílocua" de la culpabilidad que maneja parte de la doctrina, propone reconcebir la pretensión de reproche en que se puede resumir el concepto culpabilidad desde su perspectiva (perspectiva que comparto en gran medida) como una "pretensión de obligatoriedad personal" (CARBONELL MATEU: 2009:324), pretensión que parece poder tener como destinatarias las personas jurídicas, sin necesidad de realizar ninguna operación de traslación de responsabilidad de la persona física a la jurídica, en la medida en que "el reproche se basa en una atribución de hecho propio, porque como hecho propio lo reconocen todas las ramas del Ordenamiento jurídico" (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: 2011:533).

Quisiera detenerme aquí, porque es el punto que me interesa destacar: la doctrina ha sido capaz de argumentar sobre la capacidad de las personas jurídicas para ser responsables penalmente desnudando el paradigma de *persona* que se suele utilizar para concebir el sujeto de Derecho penal. Así, por ejemplo, los mencionados autores concretan esa capacidad en las de acción y culpabilidad (entendida ésta como hecho propio e infracción —también propia— del deber personalmente exigible): y con eso sería suficiente.

Por supuesto, los críticos con esta postura lo que hacen es añadir a estas características otras distintas (o reforzando las ya mencionadas), para enfatizar cuán alejada está la persona jurídica del ideal de *persona* posible autora de un delito. De esta suerte, por ejemplo RODRÍGUEZ MOURULLO mantiene que a la persona jurídica le falta capacidad para comprender el significado de sus actos y para autodeterminarse conforme a este sentido. También le faltaría capacidad para "percibir la función motivadora y preventiva de la conminación penal" y "conocer el sentido de la pena en su aplicación" (RODRÍGUEZ MOURULLO: 2012:200). Y, por si fuesen pocas estas deficiencias cognitivas y conductuales, a la persona jurídica le faltaría *dignidad*, (a decir verdad, aquí el mencionado autor recoge la propia apreciación crítica de CARBONELL MATEU, desconozco si haciendo suya la premisa de que la dignidad está entre los atributos de *persona*), pues predicar de ella que es *digna* es remitirse "al mundo de las metáforas".

Me parece muy interesante esta crítica, porque bascula entre un intento de destruir metáforas con realidad (en la línea de un IHERING cuando alertaba sobre la invasión de la *semipoesía* [*halbe Poesie*] en la literatura jurídica) y la construcción de una imagen imposiblemente *natural* de *persona*. Esta confrontación de ideas y la alusión a las metáforas es, creo, el núcleo del debate. Una y otra vez nos encontramos con posiciones parecidas: realidad contra metáfora, libertad y autoconciencia contra ficción, etc. Incluso en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos nos encontramos con un voto particular a una sentencia de 1986 indicando que "adscribir a semejantes entidades artificiales una "inteligencia" o "mente" es confundir metáfora con realidad" a pesar de que otra sentencia muchas décadas anterior (1910) señalaba que el hecho de que las corporaciones sean personas "no está ya sujeto a discusión alguna". Se ve que la resistencia a las "metáforas" es enorme, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, cuando de *persona* se trata.

En efecto, volviendo a la realidad penal española, la discusión, como vemos, sigue, y en los mismos términos: así, RODRÍGUEZ MOURULLO señala que el problema de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es que provoca una desvinculación entre las decisiones del Derecho positivo y las "razones ontológicas o de la naturaleza de las cosas", una de las cuales es que el "ser humano" y la "persona jurídica" son "sujetos distintos, con una estructura lógico-objetiva también diversa" (RODRÍGUEZ MOURULLO: 2012:208).

Pero, desde mi perspectiva, no existe algo así como una "estructura lógico-objetiva" ni una "naturaleza de las cosas". *A maiore ad minus*, considero que nada hay de natural en el concepto *persona* y podría incluso entrar a discutir la cualidad "natural" u "objetiva" del propio concepto *ser humano* (que es el que el citado autor utiliza). Esto es lo que intentaré argumentar a lo largo de las próximas páginas, abandonando esta primera toma de contacto con la problemática de *persona* en Derecho penal y adentrándome en otras zonas donde —creo— también palidece ese *mythos* del carácter ontológico de *persona* (otras zonas de Dioniso). Baste resaltar que ese mito original, que se perpetúa bajo distintas coordenadas culturales, y que "reduce las alternativas a la solución del problema de una definición siempre inmadura de *persona*" (ZATTI: 1975:56) es tan ficticio como el de la persona jurídica.

Esto es, en conclusión: decía ARISTÓTELES que todas las metáforas son indicio de un enigma y, en este sentido, *persona* no es una metáfora de menor calado que la de una sociedad mercantil cometiendo un delito. De hecho, como nos hizo ver SCHLOSSMANN hace más de un siglo, la propia idea de *persona* es estructuralmente antinómica, debido a su origen romano hibridado de un modo [*non* o demasiado, según se mire] santo con el pensamiento cristiano neoplatónico. La antinomia es, ciertamente, entre máscara y rostro, imagen y sustancia, ficción y realidad. No querría caer de nuevo en el reproche de IHERING, pero

retomo la metáfora de *Gorgó* para señalar que no es exactamente que la representación de ese rostro (la persona jurídica) no sea fiel al rostro mismo (la *persona*), sino que éste no existe o no puede ser mirado desde nuestra perspectiva sin ser puesto en tela de juicio. Por ello, las personas jurídicas, haciendo un ejercicio más de *prosopopeia*, pueden jactarse, como el poeta, de que las *personas* no tienen más sustancia de la que tienen ellas.

4. NATURAE RATIONALIS (...)

"*Δικάζει δ' ὁ βασιλεὺς καὶ οἱ φυλοβασιλεῖς, καὶ τὰς τῶν ἀψύχων καὶ τῶν ἄλλων ζῴων*".

Decía SCHELER que la idea de *homo sapiens* era "una invención de los griegos" (precisando a continuación: "de la burguesía política griega") y constituía "uno de los descubrimientos más grandes y fecundos en la historia del juicio que el hombre forma de sí mismo", por ser la que "abre una separación entre el hombre y la animalidad" (SCHELER: 1974:23).

Esta cesura entre *humano* y *animal* es uno de los elementos más indisolublemente unidos a la cultura occidental y su importancia en ésta es difícilmente exagerable. De hecho, con AGAMBEN, podemos llamar *máquina antropológica* al motor del devenir histórico del ser humano y *antropogénesis* a lo que resulta de la cesura y articulación de la diferencia entre ser humano y animal (AGAMBEN: 2004). Esa diferencia es imprescindible a los efectos de una *apotheosis* del concepto "humanidad", concepto que FULLER define con gran plasticidad como "un trastorno bipolar" entre ser poco menos que dioses y poco más que animales.

Pero si el hiato entre nosotros y los animales se ha venido articulando sobre la *racionalidad* del ser humano, sobre el icono del *animal racional*, podemos convenir, *pace* HEIDEGGER, que la añadidura de la racionalidad a la animalidad no sólo no clarifica qué es ser humano, sino que acaba por colocar la racionalidad dentro de la común animalidad, por configurar, en suma, la razón humana como una suerte de *longa manus* de la bestia en nosotros. "*Homo sapiens*, pues, no es ni una especie claramente definida ni una sustancia; es, más bien, una máquina o dispositivo para producir un reconocimiento de lo humano" (AGAMBEN: 2004:26). De hecho, el padre de la Taxonomía, LINNEO, bien pudo afirmar que no había ninguna diferencia entre los primates y el hombre, salvo el habla y la habilidad de reconocerse a sí mismo o, lo que es lo mismo, la capacidad de diferenciarse de otros seres.

Sobre lenguaje y autoreconocimiento hablaré más adelante. Por de pronto hemos de tener claro que siempre ha existido un tremendo aparataje teórico destinado a argumentar tal "abismo ontológico" entre *nosotros* y *ellos*, muchas veces, precisamente, utilizando ese instrumento de exaltación diferenciadora que es el vocablo *persona*.

En efecto, desde el cartesiano "es la naturaleza la que en ellos [los animales] obra, por la disposición de sus órganos, como vemos que un reloj, compuesto sólo de ruedas y resortes, puede contar las horas y medir el tiempo", muchos pensadores se han esforzado en hablar de los animales como si de máquinas o autómatas se tratase y el mito del animal perfectamente determinado —como si fuese una *cosa* cualquiera— sustituyó al *topos* imperante hasta entonces del animal libérrimo, digno de envidia por no estar sujeto al destino. No sólo las críticas de autores como HUME —quien llegó a afirmar que ninguna verdad le parecía más evidente que la de que los animales pensaban y razonaban como los humanos— sino, sobre todo, el advenimiento del darwinismo sirvieron para quebrar esta visión de las cosas, pero la pulsión diferenciadora respecto de los animales sigue teniendo un oscuro poder sobre nuestras vidas y sirve de trasfondo a la posición que los animales ocupan en nuestra ley penal.

A los animales se les niega en cuanto tales (es decir, en tanto en cuanto sean algo más que

un instrumento de la comisión delictiva) toda capacidad para cometer delitos, al contrario de lo que sucedía en otras épocas históricas, como bien nos ilustra ARISTÓTELES en el fragmento propuesto como encabezamiento de este apartado. Esto parece pacífico y sin visos de ir a cambiar, dadas nuestras coordenadas culturales. Pero, además, aterrizando ya en el Derecho positivo, existe una fuerte controversia sobre su capacidad para ser protegidos penalmente también en cuanto tales, esto es, sin vincular dicha protección a intereses estrictamente humanos.

Me refiero, fundamentalmente, al artículo 337 del Código penal, que —tras la mencionada reforma de 2010— establece lo siguiente:

"*El que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente a un animal doméstico o amansado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales*".

Si el dogma por excelencia del Derecho penal es el bien jurídico, hay que decir que la Dogmática jurídico-penal se ha visto en un severo aprieto para encontrar un bien jurídico al antedicho delito (o, más bien, para encontrarle un bien jurídico acorde con la lógica interna del sistema, incluyendo su dogma de proteger sólo bienes jurídicos reconducibles a la idea de persona).

Así, desde la introducción del mencionado precepto en 2003 (aun con una redacción más *tibia* en su protección del animal que la actual) la doctrina española ha propuesto como bien jurídico protegido en este delito el medioambiente, los intereses generales, los sentimientos humanos ante el sufrimiento de un animal, la moral/buenas costumbres y, en definitiva, el bienestar animal. Otros autores optan directamente por señalar que un precepto semejante carece de bien jurídico.

Lo mismo sucedió en Alemania (donde ya se había penalizado esta conducta con anterioridad): mientras algunos autores propusieron vincular este delito a la protección de la vida / integridad no del animal, sino del ser humano (siguiendo —imagino— la máxima tomista "*hoc fit vel ad removendum hominis animum a crudelitate in homines exercenda, ne aliquis, exercendo crudelia circa bruta, ex hoc procedat ad homines*"), otros lo consideraron un delito sin bien jurídico e, incluso, una "excepción absoluta" al sistema penal como ligado a la protección de bienes jurídicos (HEFENDEHL: 2002:53).

Sólo quien no esté acostumbrado al pensamiento jurídico-penal puede sorprenderse de esta variedad de opiniones al respecto: ¿cómo es posible argumentar que un precepto que castiga maltratar injustificadamente o causar la muerte o lesiones que menoscaben gravemente la salud de un animal no ha sido introducido en interés de dicho animal? Es posible, por supuesto, porque se parte de la premisa irrebasable de que el Derecho penal *no puede* proteger semejante bien jurídico. El pensamiento dogmático nos lleva, en consecuencia, o a razonar centrípetamente hacia las *personas* o a afirmar categóricamente la inexistencia de un bien jurídico protegido en el mencionado delito. Ambas salidas tienen algo de paradójico: la premisa "no hay delito sin bien jurídico" nos lleva a una búsqueda a la que la segunda premisa "no se pueden proteger bienes jurídicos no vinculables —siquiera sea mediatamente— al ser humano" establece unos confines de una gran estrechez. Con esos mimbres contruimos, a la postre, una solución, podría decirse, *contra legem*.

No entraré, por razones de espacio, en las razones argüidas por unos y otros para sostener sus respectivas posturas sobre el bien jurídico protegido en el artículo 337. Sí me interesa destacar, no obstante, dos ideas fundamentales.

La primera es que un autor ha podido afirmar que lo que hay detrás de dicho precepto es la "relación especial que se produce entre el humano y el animal" (RUIZ RODRÍGUEZ,

2008:187), lo que explicaría por qué la protección se ofrece sólo a determinados tipos de animales (domésticos y amansados): los más cercanos a nosotros, aquéllos en los que más impronta de nuestras vidas podemos observar. Nos estaríamos dirigiendo, así pues, a una —más o menos pálida— imagen de nosotros mismos. Y en la situación en la que —quizá— mejor nos podemos reconocer: la del sufrimiento. En esta línea, algún autor ha podido proponer como bien jurídico del precepto en cuestión "la exclusión del dolor de toda criatura sensible a aquél".

Señalaba BENTHAM que no debíamos preguntarnos si los animales podían razonar, sino si podían sufrir. Decía, a su vez, WITTGENSTEIN: "¡Mira una piedra e imagínate que tiene sensaciones! —Uno se dice: ¿cómo se puede llegar siquiera a la idea de adscribirle una *sensación* a una *cosa*? ¡Igualmente se la podría adscribir a un número! —Y ahora mira una mosca retorciéndose y al momento esa dificultad ha desaparecido y el dolor parece poder *agarrar* aquí, donde antes todo era, por así decirlo, *liso* para él". A donde quiero llegar es a que *persona*, en la misma medida en que separa, establece también puentes de unión. Y como tal concepto *adscriptivo*, no busca establecer esencias comunes, sino, como apunta RORTY, establecer una *fellowship*. Y esta *fellowship* es tanto más fuerte cuanto más reconocemos en algunos seres pautas de conducta que entendemos como nuestras. Así, señala dicho autor:

"A los bebés y a las más atractivas especies de animales se les atribuye "tener sentimientos", en vez de (como a las células fotoeléctricas y a los animales hacia los que nadie guarda ningún sentimiento —p. ej., lenguados o arañas) "responder meramente a estímulos". Esto se explica sobre la base de esa especie de sentimiento comunitario que nos une con todo lo humanoide. Ser un humanoide es tener un rostro humano" (RORTY: 1980:189) [de nuevo, la máscara].

En absoluto quiero que el lector entienda que propongo considerar personas a los animales, pues la pura esencia de *persona* —como argumenté al principio de este apartado— es la de trazar fronteras (en este caso, entre *humano* y *animal*). Sólo intento comprender el artículo 337 y su discutido bien jurídico desde la frontera móvil y porosa del término *persona*. Y los muros parecen más abatibles cuando observamos al animal que convive con nosotros como un ser que tiene las mismas reacciones que nosotros ante determinados hechos, es decir, cuando lo concebimos (lo *vemos*) como ser sufriente. Es difícil, ciertamente, sustraerse a ver cómo nuestra máscara también encaja en la faz del animal. Como lo es —y se trata del segundo aspecto que me interesa destacar— concebir al ser humano como una suerte de alma que casualmente habita como intrusa en un cuerpo y, por ende, en el mundo físico, en la *naturaleza*.

La relación entre *persona* y *naturaleza* es extremadamente compleja y difícil de aprehender (de nuevo, otro terreno dionisíaco: la desbordante naturaleza *versus* la civilización). Por ello, me resulta particularmente sugerente la propuesta de ALONSO ÁLAMO en el sentido de poner la incriminación del maltrato de animales en el contexto de lo que dicha autora, tomando una formulación de CAPRA, denomina la "trama de la vida". Así, el interés protegido sería el de no mediatizar injustificadamente "la interacción en que consiste la vida". Y, en esta perspectiva, esto significa que no es preciso ni reclamar derechos subjetivos para los animales (en la medida en que no sea un oxímoron esa idea), ni establecer vinculación alguna del bien jurídico a los seres humanos individuales, dado que "los intereses individuales o de la persona se hallan grabados en su esencia [la de la trama de la vida] y forman parte interna del concepto".

A decir verdad, el concepto "vida" es casi tan indefinible como el de *persona*, pero la propuesta de atender a la "trama de la vida" tiene el poder evocador de un retorno a pensar el mundo (*nuestro* mundo, incluyendo en

el posesivo —por qué no— al resto de seres animados) como un complejo *background* que aniquila los compartimentos estancos que *persona* establece. Y, de este modo, sin duda, se evita caer en la consideración del animal como "aquello que separa de manera violenta al hombre de sí mismo" (ESPOSITO: 2011:15).

En suma, la decisión legislativa de castigar el maltrato de animales sirve como piedra de toque de la teoría del bien jurídico y, por ende, del —por así decirlo— personalismo en el Derecho penal. No propondre aquí ni una revisión del dogma "no hay [puede haber] delito sin bien jurídico", ni mucho menos —como señalé antes— una "ampliación del contrato social del círculo de personas vivientes a otras criaturas" (ROXIN, 2006:31), pues mi pretensión con todo lo anterior era sólo hacer notar cómo lo que de apolíneo hay en la teoría jurídica del delito parece menos sólido en estos terrenos dionisíacos.

5. FIGUREN

"Estar en las afueras también es estar dentro"

Aunque he elegido los casos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y del delito de maltrato de animales para poner de relieve cómo existen fallas en la idea del Derecho penal como construcción impensable sin remitirnos al imperio de *persona*, lo cierto es que existen muchas otras escarpas en ese terreno aparentemente llano.

Puedo, *vgr.*, mencionar también el caso del delito de profanación de cadáveres (art. 526 del Código penal): ¿qué se protege ahí? ¿un sentimiento religioso y/o el debido respeto a los difuntos (título de la sección en que se encuadra dicho precepto)? ¿la dignidad humana, que no cesa con la vida —como proponen algunos autores, en la estela de una María ZAMBRANO cuando definía *persona* como "el núcleo viviente capaz de atravesar la muerte biológica"? ¿el sentimiento trascendente que, en nuestra cultura, despiertan los difuntos, ese culto a los muertos, ya ínsito en la *pietas* romana? A mi juicio, el mencionado delito plantea no pocos interrogantes si se observa desde una perspectiva anclada en el imperio de *persona* como elemento —supuestamente— ontológico, pero no si atendemos al *sentido* en que, a fin de cuentas, se constituye la comunidad humana. En ese complejo entramado, en esa red simbólica compuesta de hilos de lenguaje, mito, arte y religión —como dice CASSIRER—, la protección penal de los cadáveres humanos y de los lugares en que éstos se encuentran adquiere una carta de naturaleza que *persona* parece negarles. Se trata, nuevamente, de uno de los ámbitos de Dioniso, donde se entrecruzan multitud de implicaciones que no pueden ser despachadas sin más con un "no existe bien jurídico a proteger" o un simple "se protege un sentimiento", pues existe en todo ello algo más: nada menos —en mi opinión— que una imagen de cómo nos concebimos a nosotros mismos. La consideración del cadáver humano como algo que es, y simultáneamente no es, una *cosa*, requiere, por tanto, aludir a un *background* de aspectos sociológicos, antropológicos y culturales a los que nunca ha sido ajeno el Derecho penal y que, desde la perspectiva que querría transmitir en este trabajo, sobrepasan con mucho la noción de *persona*.

Sea como fuere, espero haber hecho llegar al lector el carácter esencialmente delimitador del concepto *persona* y cómo ese poder diferenciador entre ser un dios y ser un animal, entre ser un cuerpo y ser una ficción, afecta a mi disciplina de múltiples maneras, aún cuando los dos grandes polos de dicha noción en Derecho penal no hayan sido hasta ahora tratados aquí.

En efecto, si parece claro que las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial supusieron un plenilunio del término *persona* en el pensamiento jurídico-político occidental, como respuesta a la visión totalitaria de los seres humanos como meras *Figuren* (por utilizar el léxico nacionalsocialista), percibo —no sé si correctamente— una suerte de inflacionismo de dicha noción en mi disciplina. Me refiero,

en concreto, a la progresiva importancia alcanzada (quizás más en el espacio público que en la doctrina) por la discusión sobre el aborto y (desde luego, más en la doctrina que en la opinión pública) por el debate sobre el llamado Derecho penal del enemigo.

No ocultaré que toda reflexión sobre *persona* en mi disciplina tiene necesariamente que tratar ambos temas, pues suponen, de algún modo, el cénit y el nadir de la *extensio* del concepto. No ocultaré, tampoco, las razones que me han llevado a no centrar prioritariamente mi estudio en esos dos grandes tópicos de la problemática.

La primera de esas razones es que considero que en el Derecho penal hay que mirar a *persona* como a Gorgó, no de frente, a riesgo de perecer en un debate frecuentemente inane, sino a través de su reflejo, porque la sombra que proyecta es más alargada de lo que usualmente se tiende a pensar. Es cierto que los *topoi* antes mencionados son la mera esencia de la polémica sobre *persona* en mi disciplina, pero también lo es que existen sutilezas a reflexionar más allá de la perspectiva *macro*, toda vez que hablamos de un concepto que contiene —a mi juicio— un exceso de significado, una infrecuente riqueza semántica (debida, claro está, a su triple matriz teológica, jurídica y filosófica) que lo hace discurrir tanto por las grandes arterias del Derecho penal como, de un modo u otro, por sus capilares más sutiles. En este sentido, me parecía útil examinar aspectos del Derecho penal en los que la presencia de *persona* es tan poderosa como poco visible.

En segundo lugar, en lo que respecta al llamado *Derecho penal del enemigo*, he de decir que mi impresión personal es que se ha escrito en demasía sobre esa cuestión (no me atrevería a calificarla como teoría), incluyéndome entre los que entramos de lleno en un debate que ya está agotado y que, probablemente, sólo haya sido la *prósopon* académica de la involución que han sufrido los ordenamientos penales europeos en los últimos lustros. En este sentido, no pretendo añadir nada sobre las insuficiencias teóricas del pensamiento de JAKOBS a lo ya expuesto por JIMÉNEZ REDONDO en el número 4 de esta misma revista. Ahora bien, si ciertamente comparto la idea de este último autor de que la idea del enemigo como *no-persona* es un sinsentido, me gustaría hacer notar de nuevo el increíble poder retórico de *persona*, pues fue, precisamente, esa mención de JAKOBS la que hizo del Derecho penal del enemigo el tema estrella durante años en el debate doctrinal. Dada la peculiar concepción que de *persona* maneja el penalista alemán, no es de extrañar que centralizase en ella el núcleo de su propuesta/diagnosis (nunca quedó claro —por escrito: en sus intervenciones públicas la cuestión parecía más clara— si JAKOBS pretendía hacer descripción o prescripción). Pero la práctica unanimidad crítica que sufrió estuvo, a su vez, centralizada en el tótem de la *no-persona.* Es decir, la incisividad que alcanzó la crítica al Derecho penal del enemigo fue superior al tratar ese tótem y motivó como paradójico resultado una exacerbación personalista que a mi juicio resulta, a su vez, harto discutible. Me refiero, por ejemplo, aunque no sea el único caso, al trabajo de SILVA SÁNCHEZ en el que argumenta —de un lado— que "la discusión jurídico-penal sobre los enemigos y sobre las no-personas se ha centrado, pues, en realidad, en casos de reducción del *status civitatis* de ciertos seres humanos, a los que, sin embargo, desde luego no se les niega el *status personae* en términos absolutos" (SILVA SÁNCHEZ: 2006:988) para, acto seguido, afirmar que el verdadero Derecho penal del enemigo es el que se refiere al ser humano concebido y no nacido, sujeto que constituiría la verdadera *no-persona* del Derecho penal.

Aquí enlazo, en tercer lugar, con el tema del aborto.

Son tres las razones que me han llevado a no detenerme aquí en dicha cuestión. La primera es que comparto en gran medida la argumentación ofrecida por CUERDA ARNAU y VIVES ANTÓN en el libro conjunto que publicaron el año pasado y no quisiera reiterar, desde una óptica muy próxima, algunas de sus

aportaciones. La segunda razón es que, en el momento de redactar estas páginas, la vigente regulación está *sub iudice* en el Tribunal Constitucional y parece prudente esperar a la resolución de los recursos de inconstitucionalidad pendientes para poder hacer una valoración de hasta qué punto esa inflación de *persona* en mi disciplina alcanzará a la doctrina de diicho tribunal (y, por ende, al Derecho positivo, en caso de que la sentencia sea de inconstitucionalidad). En tercer y último lugar, aunque no deje de estar conectado con lo anterior, porque, aun cuando la reforma de la actual regulación del aborto es una aspiración que permanentemente enarbola el partido político actualmente en el gobierno (por no utilizar el eufemismo "el legislador"), lo cierto es que en estos momentos se trata de un mero desiderátum y no existe ni siquiera un anteproyecto de reforma (cuando ya ha habido hasta 3 anteproyectos de reforma del Código penal en su conjunto). De nuevo, resulta difícil esclarecer cuál habrá de ser el sentido de la reforma y no conviene apresurarse a ofrecer argumentos para el vacío. No obstante, todo apunta a que la idea de *persona*, en el sentido más amplio atribuible (argumentadamente o no) a este término enseñoreará la nueva normativa. De hecho, basta atender a las declaraciones realizadas por los representantes del gobierno alegando como motivo para una posible prohibición de la indicación eugenésica las obligaciones contraídas por nuestro Estado con la firma de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU de 2006 [destaco: *personas* con discapacidad] para percatarnos de hasta qué punto, a pesar de las insuficiencias y contradicciones a las que aluden CUERDA ARNAU y VIVES ANTÓN, *persona* sigue siendo la veta argumental de la postura antiabortista.

Hay mucho, sin duda, por discutir en todos estos temas, pero es necesario que concluya este trabajo; y lo haré exponiendo algunas líneas básicas de por dónde considero que se debe encauzar una batalla por/frente/sobre *persona* en Derecho penal.

6. ALLES, WAS TIEF IST, LIEBT DIE MASKE

> "(…) πάλιν δ' ἐχώρουν ὅθεν ἐκίνησαν πόδα, κρήνας ἐπ' αὐτὰς ἃς ἀνῆκ' αὐταῖς θεός. νίψαντο δ' αἷμα, σταγόνα δ' ἐκ παρηίδων γλώσσῃ δράκοντες ἐξεφαίδρυνον χροός. τὸν δαίμον' οὖν τόνδ' ὅστις ἔστ', ὦ δέσποτα δέχου πόλει τῇδ': ὡς τά τ' ἄλλ' ἐστὶν μέγας (…)"

"*A ese dios, pues, quienquiera que sea, ¡oh, soberano!, acéptalo en esta ciudad, que en lo demás es ya grande*". Así intima el mensajero al monarca, tras narrarle las muchas maravillas realizadas por aquéllos que siguen el culto a Dioniso. Y es, ciertamente, grande el dios que nos conduce, como señalaba al comienzo de este estudio, por los terrenos en los que podemos mirar a Gorgó de frente, esto es, allá donde el concepto *persona* quiebra.

Visto desde esta perspectiva, en efecto, podemos plantearnos por qué existe tanta discusión sobre la metáfora de la persona jurídica y su presunta incapacidad para delinquir, cómo es que hemos llegado a excluir a los animales y a los fallecidos del ámbito de sujetos de Derecho penal o cómo el mero hecho de la concepción viene a atribuirle al resultado de tal evento físico una supuesta intangibilidad, sacralidad y dignidad intrínsecas. En este sentido, me parece que el término *persona* es confuso y sólo funciona en casos en los que no hay nada que discutir, mientras que oscurece no pocas cuestiones de interés para mi disciplina, al ser utilizado como consigna en supuestos liminares, por su indudable capacidad retórica como delimitador de ámbitos. La utilización de *persona* otorga *status* a una posición teórica y consigue un notable efecto performativo, aun cuando diste mucho de resultar pacífico qué sea, a fin de cuentas, una *persona*.

Desde el "*persona est naturae rationalis individua substantia*" hasta el personalismo del siglo XX (y más allá), desde el turbio nacimiento del concepto en el pensamiento jurídico, filosófico y teológico hasta sus exaltaciones contemporáneas, nos encontramos con una palabra que ha seguido una evolución llena de

contrastes y paradojas: "de una simple mascarada a la máscara, de un rol a una persona, a un nombre, a un individuo; de esto último a poseer un valor metafísico y moral; de la conciencia moral a un ser sagrado; de esto último a una forma fundamental de pensamiento y acción —el recorrido ha finalizado. ¿Quién sabe qué avance habrá de hacer todavía el Conocimiento en este ámbito?" (MAUSS: 1991:22).

Desconozco, faltaría más, qué haya de suceder con el concepto de *persona*, pero gran parte de las confusiones a las que nos conduce se derivan de su indefinibilidad (a la que aluden incluso algunos autores entusiastas del concepto). Decía SUN BIN en *El arte de la guerra* que todo lo que podía ser definido podía ser vencido, y tengo la impresión de que algo de precaución ante la derrota hay en la indefinición a la que abocan propuestas como las de entender *persona* como una forma de conexión con el resto del mundo más profunda que la que tienen otras cosas entre sí (SPAEMANN: 2006:4) o, sencillamente, la huida al refugio metafísico de una frase como la de PALAZZANI, cuando nos señala que "la riqueza inagotable y el misterio insondable de la verdad de la persona sobrepasan la propia posibilidad de comprensión del hombre" (PALAZZANI: 1996:223).

Desde luego, existe toda una *ideología de la persona* y una potente carga emotivo-religiosa anexa a ella, que, creo, cristaliza en la idea de la intrínseca *dignidad* de la persona. De hecho, la última autora mencionada señala, justo después del fragmento antecitado, que la tarea de la filosofía es averiguar cuál sea el fundamento ontológico del concepto *persona* y, por consiguiente, la "fundación" de la dignidad humana. La apelación a la dignidad me parece que está en sintonía con muchas de las propuestas personalistas surgidas del magma cultural post-segunda guerra mundial, pero no deja de ser un callejón sin salida, porque dista mucho de resultar obvio en qué haya de consistir esa dignidad, de quién haya de predicarse y cómo es posible argumentarla (ni mucho menos *ontológicamente*). Decía muy perspicazmente Simone WEIL que los antiguos pensaban con demasiada claridad como para adoptar una noción tan confusa como la de "debido respeto a la persona". Y, sin embargo, *dignidad* no sólo está en el núcleo de muchas concepciones de *persona* sino también detrás de algunas regulaciones penales en las que se niega la capacidad de autodeterminación de los sujetos, esto es, detrás del —llamémosle así— *paternalismo penal*, que no es sino trasunto de una serie de políticas de control de ideología más que discutible.

La cuestión conflictiva aquí es, a mi juicio, que el carácter de concepto *in progress* y paradójico de *persona* se exacerba cuando lo mezclamos con *digno* o *sagrado*, pues la reivindicación de la sacralidad de la persona termina, como bien apunta REGINA, por reducir al ser humano (y, sobre todo, su cuerpo) a algo de lo que apropiarse o de lo que desembarazarse. Así, ya señalaba ARENDT poco después de la pesadilla nacionalsocialista que "la concepción de los derechos humanos basada en la supuesta existencia de un ser humano como tal, se quebró en el momento en que quienes afirmaban creer en ella se enfrentaron por vez primera con personas que habían perdido todas las demás cualidades y relaciones específicas excepto las que seguían siendo humanas. El mundo no halló nada sagrado en la abstracta desnudez del ser humano. Y a la vista de las condiciones políticas objetivas es difícil señalar cómo podrían haber contribuido a hallar una solución al problema los conceptos del hombre en que se habían basado los derechos humanos que está creado a la imagen de Dios (en la fórmula americana), o que es el representante de la Humanidad, o que alberga dentro de sí mismo las sagradas exigencias de la ley natural (en la fórmula francesa) ( ) Si un ser humano pierde su *status* político, según las implicaciones de los derechos innatos e inalienables del hombre, llegaría exactamente a la situación para la que están concebidas las declaraciones de semejantes derechos generales. En la realidad, el caso es necesariamente opuesto. Parece como si un hombre que no es nada más que un hombre

hubiera perdido las verdaderas cualidades que hacen posible a otras personas tratarle como a un semejante" (ARENDT: 1998:249-250).

No es mi cometido ni entrar en la cuestión de la dignidad (que, de por sí, basta para otro estudio *mitológico*) ni hacer un repaso al infinito debate iusfilosófico sobre *persona* y su carácter de piedra basilar de los derechos humanos. Baste lo apuntado para expresar mi contrariedad hacia el uso de un concepto que bascula entre la vacuidad y el exceso semántico. Se preguntará el lector si tengo al respecto alguna propuesta alternativa y lo cierto es que me resulta difícil articularla. Por una parte, resultaría pretencioso proponer la eliminación de un vocablo que, guste o no, es parte de una visión del mundo que está inscrita en el ADN de nuestra cultura jurídica. Por otra, ¿cómo sería posible llenar este viejo odre con un vino nuevo sin que éste se eche a perder?

Me parece que si *persona* ha de significar necesariamente algo, debemos alejarnos de toda ontología y concebir este concepto como *relacional*. Es decir: retomando la idea de RORTY, si *persona* supone, ante todo, el establecimiento de una *fellowship*, considero que ésta no tiene por qué tener un referente *esencial*. En este sentido, *persona* se ha desarrollado como idea sobre la base del hiato entre ser humano y animal, entre "nosotros" y "ellos", entre lo divino y lo humano (no olvidemos Nicea y la ὑπόστᾰσις —ni obviemos que en la actualidad se discute la conveniencia de eliminar *persona* incluso del vocabulario de la teología trinitaria, como documenta amplísimamente URIBARRI BILBAO). Ese camino transitado hasta ahora puede ser también uno de retorno, concibiendo el término como expresivo no de diferencia, sino de reconocimiento (recordemos a LINNEO: el ser humano es la especie que se reconoce a sí misma y que es capaz de hablar). Desde este punto de vista, edificando a partir de las ruinas de *persona* y su maleabilidad un concepto no excluyente, sino incluyente, que tenga en cuenta que todas las divisiones que ha realizado hasta ahora bien pueden ser tachadas de contingentes, quizás pueda dejar de ser un *nomen dignitatis* de discutibles efectos o una aproximación a un ideal de no se sabe muy bien qué para derivar en un término que designe la máscara que el yo elige para "el juego bajo los hombres y con los hombres" (ARENDT: 2006:8). Y dicha máscara será tanto más transparente cuanto más seamos conscientes de que, a fin de cuentas, no somos sino lo que intersubjetivamente determinamos dentro de una comunidad lingüística y social harto más compleja de lo que la sombra de *persona* nos permite ver. Y recorriendo los contornos de esta comunidad, bien podemos afirmar —por hacer un símil teológico que, creo, casa bien con el tema que estamos discutiendo: *Deus personam hominis non accipit*, como indicó nada menos que PABLO DE TARSO. Hecho esto, gran parte de los problemas derivados del concepto habrán desaparecido de nuestra vida como animales hermenéuticos.

El sagaz lector podrá sin duda reprocharme que caigo con mi propuesta en los mismos defectos que achaco a los conceptos usuales de *persona*, vaciando de contenido en gran medida este término, pero parte del sentido de mi argumentación es que *persona* o no significa nada o plantea límites de los que no es tan difícil que nos liberemos. De hecho, como hemos visto, Dioniso fácilmente puede cruzarlos, por algo uno de sus muchos epítetos es *Ελευθέριος*: el liberador.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Al apartado 1

La cita es de *Iliada*, canto E, versos 741 y 742: " allí en fin la cabeza de Gorgona, el espantoso monstruo, horroroso, terrífico, del gran Zeus el portaégida prodigio", según traducción rítmica de Daniel RUIZ BUENO (Librería y Casa

Editorial Hernando, Madrid, 1956, volumen 1, pág. 310). El poeta escondido tras el nombre de HOMERO está describiendo la égida (en este momento de la acción, portada por Atenea, no por su augusto padre).
Las obras citadas en texto son:
AGAMBEN, G., *Lo que queda de Auschwitz: el archivo y el testigo: Homo sacer III*, Pre-Textos, Valencia, 2000.
DÍEZ DE VELASCO, F., "Dioniso y la muerte: Gorgo en contextos dionisíacos en la cerámica ática", en SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, C. / CABRERA BONET, P. (eds.), *En los límites de Dioniso*, Caja de Ahorros de Murcia, Murcia, 1998, págs. 41 y ss.
FRONTISI-DUCROUX, F., "La Gorgone, paradigme de création d'images", *Les cahiers du collège iconique*, I, 1993, págs. 71 y ss. De esta autora, recomendaría, además, su fabuloso *Du Masque au visage. Aspects de l'identité en Grèce ancienne*, Flammarion, París, 1995.

Al apartado 2
La frase truncada que intitula el apartado es una deformación del viejo adagio sobre la esclavitud, cuya paternidad suele ser atribuida a Hugues DONEAU (*sive* DONELLUS): "*Servus homo est, non persona. Homo naturae, persona iuris civilis vocabulum*".

Al apartado 3
La cita preliminar es de ULPIANO, *Digesto*, 4.2.9.1.
Las obras citadas en el texto son las siguientes:
ZATTI, P., *Persona giuridica e soggettività: per una definizione del concetto di persona nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive*, CEDAM, Padova, 1975 (la fábula la toma prestada este autor de SCHWARZ, G., "Rechtssubjekt und Rechtszweck", *Archiv für bürgerliches Recht*, 32, 1908, págs. 12 y ss.).
CARBONELL MATEU, J. C., "Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en CARBONELL MATEU, J. C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / ORTS BERENGUER, E. (dirs.) / CUERDA ARNAU, M. L. (coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 307 y ss.
RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas según la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado", en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A. / GÓMEZ PAVÓN, P. / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. / MARTÍNEZ GUERRA, A., *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 168 y ss.
MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
La frase de CICERÓN proviene de *De officiis*, 1, 34, 124.
IHERING y su estupor ante la semipoética juriprudencial lo encontramos en *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: eine Meihnachtsgabe für das juristische Publikum*, 3ª edición, Druk und Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1885 (la primera edición es del año anterior).
Las sentencias del Tribunal Supremo estadounidense que menciono son, por orden cronológico, la *Southern Railway Co. v. Greene*, 216 U. S. 400 (1910) y la *Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Commission of California*, 475 U. S. 1 (1986). En esta última, el magistrado disintiente era W. REHNQUIST.
La vinculación aristotélica mito-enigma-metáfora la encontramos en su *Poética* (Gredos, Madrid, 1974). La frase en concreto que menciono aparece en el Libro III, 1405b.
La impecable inmersión de SCHLOSSMANN en el surgimiento del término *persona* es su obra *Persona und prósōpon im Recht und im christlichen Dogma*, Lipsius & Tischer, Kiel, 1906.
Al final del apartado aludo al comienzo del magistral poema en prosa *Espacio*, de JUAN RAMÓN JIMÉNEZ: "Los dioses no tuvieron más sustancia que la que tengo yo". El poema continúa así: "Yo tengo, como ellos, la sustancia de todo lo vivido y de todo lo porvivir. No soy presente sólo, sino fuga raudal de cabo a fin".

Al apartado 4
La cita inicial es (o la hacen ser, pues existe alguna controversia al respecto) de ARISTÓTELES (*Constitución de Atenas*, 57. 4). La edición bilingüe que manejo (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000) traduce el fragmento así: "Juzga el rey, con los reyes de tribu, también las causas contra cosas inanimadas y contra animales" (pág. 195).
Obras citadas:
SCHELER, M., *La idea del hombre y la historia*, La pléyade, Buenos Aires, 1974.
AGAMBEN, G., *The open: man and animal*, Stanford University Press, Stanford, 2004.

FULLER, S., *Humanity 2.0: what it means to be human, past, present and future*, Palgrave, Basingstoke, 2011. Excelentemente argumentada —y muy sugerente— la comparación entre la moderna reflexión sobre qué significa "humano" y la lucha entre la escolástica parisina y la oxoniense sobre el mismo tema (págs. 79 y ss.).
RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., "Posición y tratamiento de los animales en el sistema penal", en PÉREZ MONGUIÓ, J. M. / RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. / SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., *Los animales como agentes y víctimas de daños*, Bosch, Barcelona, 2008, págs. 135 y ss.
Un "abismo ontológico" veía JULIÁN MARÍAS entre los animales y los seres humanos (MARÍAS, J., *Antropología metafísica*, Alianza, Madrid, 1983, pág. 55).
La frase de DESCARTES está tomada de *Discurso del método*, Alianza, Madrid, 1979, pág. 114. Con sorna habría de reponer VOLTAIRE que la naturaleza, entonces, había optado por darle todo tipo de órganos y conductas de sentimientos a los autómatas/animales para que, curiosamente, no sintiesen nada. La frase de HUME, por su parte, la he tomado de *Tratado de la naturaleza humana*, Editora nacional, Madrid, 1977, pág. 305.
La frase de BENTHAM aparece en *The principles of morals and legislation* (Harfner Press, New York, 1948). La de WITTGENSTEIN constituye el parágrafo 284 de las *Investigaciones Filosóficas* (utilizo la edición del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Autónoma Nacional de México, editorial Crítica, Barcelona, 1988).
Las citas de RORTY provienen de *Philosophy and the mirror of Nature*, Princeton University Press, Princeton, 1980.
La exposición de la propuesta de ALONSO ÁLAMO de concretar los bienes jurídicos de los delitos relacionados con la naturaleza a través del concepto "trama de la vida" la encontramos en su trabajo "Trama de la vida y protección penal del ambiente" (SERRANO PIEDECASAS, J. M. / DEMETRIO CRESPO, E. (eds.), *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Colex, Madrid, 2010, págs. 160 y ss.).
La cita de TOMÁS DE AQUINO pertenece a la *Summa contra gentiles*, Libro III, 112. La edición bilingüe que manejo (Editorial católica, Madrid, 1967) traduce así: "ello obedece a apartar el ánimo del hombre de practicar la crueldad con sus semejantes, no sucediera que alguien, siendo cruel con los animales, lo fuera también con los hombres".
ESPOSITO, R., *El dispositivo de la persona*, Amorrortu, Buenos Aires, 2011.
Las citas de doctrina alemana son las siguientes:
ROXIN, C., *Strafrecht: allgemeiner Teil*, T. I, Verlag C. H. Beck, München, 2006, pág. 31.
HEFENDEHL, R., *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2002.

Al apartado 5
"Estar en las afueras también es estar dentro" es el único verso de un (micro)poema de Pablo GARCÍA CASADO (*Fuera de campo. Poesía reunida*, Visor, Madrid, 2013, pág. 23).
La definición de *persona* que nos sugiere María ZAMBRANO, aparece en *Persona y democracia: la historial sacrificial*, Siruela, Madrid, 1996, pág. 159.
La cita de CASSIRER pertenece a *Antropología filosófica*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1945, pág. 47.
El magistral artículo de JIMÉNEZ REDONDO sobre el Derecho penal del enemigo jakobsiano tiene la siguiente referencia: "Sobre la distinción de Günther Jakobs entre "derecho penal del ciudadano" y "derecho penal del enemigo"", *Teoría y Derecho*, 4, 2008, págs. 190 y ss.
El trabajo de SILVA SÁNCHEZ sobre aborto y Derecho penal del enemigo es "Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del *status personae*", en CANCIO MELIÁ, M. / GÓMEZ — JARA DÍEZ, C. (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, EDISOFER, Madrid, 2006, págs. 985 y ss.
El libro de CUERDA ARNAU y VIVES ANTÓN es *El debate acerca de la legalización del aborto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
Al apartado 6
"Todo lo que es profundo ama la máscara", indicaba NIETZSCHE en *Más allá del bien y del mal*, 40.
Los soberbios versos que encabezan el apartado son los 765 a 770 de *Las bacantes* de Eurípides. Cito por la edición de la editorial Gredos, Madrid, 1998.
MAUSS, M., "A category of the human mind: the notion of person; the notion of self", en CARRITHERS, M. / COLLINS, S. / LUKES, S., *The category of the person: anthropology, philosophy, history*, 4ª reimpresión, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, págs. 1 y ss. La mayúscula en "Conocimiento" es del propio MAUSS.
SPAEMANN, R., *Persons: the difference between "someone" and "something"*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
PALAZZANI, L., *Il concetto di persona tra bioetica e Diritto*, Giappichelli, Torino, 1996.
WEIL, S., "La persona y lo sagrado", en *Escritos de Londres y últimas cartas*, Trotta, Madrid, 2000, págs. 17 y ss.
REGINA, U., "La persona, il corpo, il prossimo", en NATOLI, S. et. al., *Bioetica e persona*, Mattioli, Parma, 2009, págs. 41 y ss.
ARENDT, H., *Los orígenes del totalitarismo*, 2ª edición, Taurus, Madrid, 1998.

Visto que el concepto *persona* tiene un altísimo componente teológico, utilizo como artificio expresivo los odres a los que alude el Evangelio (Mateo capítulo 9, versículo 17) y, con posterioridad, la Epístola a los Gálatas (capítulo 2, versículo 6) de PABLO DE TARSO.

URIBARRI BILBAO, G., *Monarquía y trinidad*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1996.
ARENDT, H., Diario filosófico 1950-1973, Herdes, Barcelona, 2006.

Fecha recepción: 09/07/2013
Fecha aceptación: 21/10/2013

ESTUDIOS

THE "PRELUSIONS" (PRELUDES) OF ITALIAN CIVIL LAWYERS AND ITS REPERCUSSION IN THE HISTORY OF LEGAL CULTURE

RESUMEN

El texto realiza una aproximación a las Lecciones o Discursos pronunciados con motivo de la toma de posesión de las cátedras en Italia. Analiza las etapas más importantes desde la primera guerra mundial y llama la atención sobre las reflexiones de gran nivel que han constituido pasos adelante relevantes en el desarrollo de la dogmática jurídica de una rama disciplinar, como es, la iuscivilista. Estas Lecciones se caracterizaron por constituir una meditación doctrinal con un carácter proyectivo indudable dirigidas a la comunidad de los cultivadores de la dogmática jurídico privada.

PALABRAS CLAVE

Derecho civil, formalismo, dogmática jurídica, trasformaciones de las instituciones de derecho privado

ABSTRACT

This article approaches the Lectures or Discourses, pronounced during the assumption of Professorships in Italy. It discusses the most important stages from the First World War, and it brings into focus the high-level reflections, which became outstanding steps forward, in relation to the development of a disciplinary branch of legal dogmatics, such as civil law. These Lectures are defined as doctrinal meditations, with an unquestionable good prospect, addressed to the community growers of private legal dogmatics.

KEYWORDS

Civil law, formalism, legal Dogmatics, transformation of private law institutions

LAS "PRELUSIONES"* DE LOS CIVILISTAS ITALIANOS Y SU PROYECCIÓN EN LA HISTORIA DE LA CULTURA JURÍDICA**

Paolo Grossi
Università degli Studi di Firenze

1. En la Italia de hoy, el tradicional rito académico de la 'prelusión', entendida como la toma de posesión solemne de la cátedra por un docente y la subsiguiente lección —pronunciada, más que para los estudiantes, para los colegas y hombres cultos presentes y ausentes—, parece formar parte de un pasado remotísimo. Tan lejano que, incluso, hace dudar que este sustantivo tenga algún significado para el joven estudioso principiante.

En realidad, durante la segunda mitad del siglo XX no sólo se pronunciaron muy pocas 'prelusiones', sino que su número fue decreciendo paulatinamente hasta llegar a su completa desaparición en nuestros días. Por lo demás, yo mismo he tenido el, desde luego, no gratificante privilegio de pronunciar la última —la última en absoluto— 'prelusión' que se profirió en la Facultad de Derecho de Florencia el 4 de abril de 1967.

Creo, sin embargo, que su desaparición es lamentable. La 'prelusión' distaba de ser el acto huero y engreído de una suerte de liturgia y, por ello, merecedora de olvido en nuestro malicioso tiempo actual, sino que era mucho más. Muy frecuentemente se presentaba como la ocasión propicia para que un determinado estudioso/docente explicara su posición, al tiempo que dejaba oír su voz sobre movimientos, cambios y desarrollos científicos dignos de ser discutidos y de profundizar en ellos. En definitiva, era la ocasión adecuada para sepultar lo fenecido y, a su vez, diseñar los caminos del futuro.

Un repaso del itinerario seguido por la ciencia jurídica civilistica italiana hasta pocas

* (N.T.) Aunque el Diccionario de la RAE concede a "prelusión" el significado de "preludio, introducción a un discurso o tratado", he optado por conservar la palabra original italiana, que, en este caso, alude a las Lecciones o Discursos pronunciados con motivo de la toma de posesión de las cátedras, lo que le concede un carácter, sobre todo formal, diferente a la tradicional y habitual acepción de "Lección magistral" entre nosotros.

** Conferencia dictada en Madrid, el 24 de Junio 2013, en la 'Real Academia de Jurisprudencia y Legislaciòn, con ocasion de la elecciòn a Acadèmico Honorario. Traductora: Clara Ávarez.

décadas atrás, será suficiente para probar lo que se acaba de exponer. Porque nos resultará una tarea muy fácil observar en la mayor parte de las 'prelusiones' de los civilistas la presencia de algunas reflexiones de altísimo relieve, al tiempo que encontraremos con frecuencia auténticos grandes pasos adelante en el desarrollo de una rama disciplinar.

2. Con el firme propósito de no aburrir a esta insigne asamblea académica haciendo referencias a las distantes prelusiones que se pronunciaron en el periodo transcurrido entre finales del siglo XIX y el primer siglo XX —cuyo valor cultural y técnico-jurídico es, por otro lado, muy notable—, me limitaré aquí y ahora a señalar las etapas más importantes desde la Primera Guerra Mundial. Es decir, desde aquel formidable acontecimiento cuya influencia fue enorme en la historia política pero también en la historia del derecho, sobre todo en la historia del derecho civil, y la ciencia jurídica italiana.

De hecho, la legislación excepcional implementada por los Gobiernos para resolver una situación de emergencia, con todas las novedades que introducía y, en especial, por cuanto supuso desviaciones de los caminos seguros que hasta ese momento se habían practicado, fue el hito que marcó definitivamente los límites entre el pasado y el futuro. En aquel entonces, los civilistas más sensibles abandonaron su impasibilidad y culto a la pureza formal para ocuparse de estas nuevas normas empapadas de factualidad. Tales normas que, si desde un punto de vista muy simplista, podían obviarse alegando su exigua provisionalidad, dieron, sin embargo, lugar a la aparición de competentes contribuciones en diversas Revistas. A ellas se refirieron con profusión Ascoli y Cogliolo, De Ruggiero y Segrè, Vassalli y Ferrara.

Resulta, a este respecto, singularmente ilustrativo el hecho de que, en 1918, es decir, cuando la guerra finalizaba y se podía realizar un balance de los ruinosos cuatro años precedentes, los dos últimos se ocuparan de la cuestión en sendas importantísimas prelusiones. Filippo Vassalli, lo hizo al tomar posesión de la cátedra de Instituciones de Derecho Civil en la Universidad de Génova, donde disertó acerca "De la legislación de guerra y de las nuevas fronteras del derecho privado"[1]. Y Francesco Ferrara cuando fue designado para pronunciar el discurso de apertura del curso académico 1918/19 en el *Istituto di Scienze Sociali Cesare Alfieri* de Florencia, cuyo tema central fue "El derecho de guerra y el derecho de paz"[2].

Ambas prelusiones revelan un lúcido conocimiento de la crisis, al percibirla como el ocaso de valores consolidados y causante de profundas resquebrajaduras en las paredes de un edificio ya demasiado envejecido. Se trataba, ni más menos, de "una crisis del derecho privado. Quizá la más grande crisis del derecho privado"[3]. Pero existe ahí, asimismo, la igualmente lúcida consciencia de que la guerra había dado un aspecto más preciso al cambio total que se venía llevando a cabo de una manera latente. Es más, Ferrara incluso se pregunta apremiante acerca del significado de esas incontestables laceraciones: "¿(son) anomalías dictadas por la necesidad y conveniencia del momento o, por el contrario (…) gérmenes de un nuevo derecho cuya madurez se alcanzará en un futuro lejano?"[4]. El agudo olfato histórico de este jurista le hace inclinarse por la segunda hipótesis, argumentando al respecto que "en las grandes crisis (…) se elaboran nuevos elementos que fermentan en el conflicto y preparan, de esta manera, la transfiguración y regeneración de la vida venidera"[5]. En su caso, incluso se produce un acercamiento a la guerra desde una percepción que la contempla también como un una suerte de momento histórico providencial, o lo que es lo mismo, "como una ocasión para acelerar y madurar el desarrollo de reformas jurídicas, como un medio violento de evolución"[6].

Para este jurista, la "fuerza crítica demoledora que ha ejercido el conflicto bélico en los dogmas jurídicos"[7] se manifiesta a través de la intervención del Estado en la producción de normas especificas de derecho privado, en la previsión de jurisdicciones de equidad en las que el juez disfrutaba de un fuerte protagonis-

mo, en la protección de los contratantes socialmente débiles, en las limitaciones impuestas a la libertad del propietario, en la afirmación del principio de sucesión universal entre vivos en una relación jurídica, en el resarcimiento de daños causados por la guerra.

Es un elenco que podemos continuar incrementando. Sin embargo, aquí y ahora, nos basta con haber verificado sin el menor atisbo de duda que, en el caso de este civilista muy bien pertrechado desde el punto de vista cultural, la prelusión, además de ser el instrumento confirmante de su presencia en el contexto sociopolítico, se presenta como una manifestación de su sensibilidad cultural. Sobre todo, porque nos indica hasta que punto era consciente del significado, y la dirección que seguía, la línea histórica.

Así pues, el futuro aparece prefigurado con trazos nítidos en estos escritos que responden, es verdad, a requerimientos impuestos por la liturgia académica, pero que también están repletos de contenidos sustanciales.

3. Mil novecientos dieciocho fue, asimismo, el año en que concluyeron las abrumadoras vicisitudes intelectuales de otro civilista que vivió con intensidad las profundas mutaciones producidas en el periodo a caballo entre los dos siglos. Aunque no las había aplaudido, más bien había temido el riesgo de los extremismos que tales mutaciones desencadenarían, siempre se había hecho eco de ellas —diría incluso, las había escuchado— con escrupulosa atención. Nos referimos a Vittorio Polacco, quien, precisamente en este año final de la guerra y de hacer balance de la misma, pronunció la prelusión que significaba su conquista de la que, en esa época, se consideraba la cúspide más elevada en la carrera académica de un civilista: la cátedra de derecho civil del Ateneo de Roma[8].

Polacco, que se jactaba de practicar el valor de la moderación, jamás se había dejado embalsamar por el formalismo y legalismo imperantes. Sensible hacia las reclamaciones solidarias, era asimismo contrario a la esterilidad a que conducía la mera exégesis y siempre, desde sus cátedras civilistas, había contemplado el devenir jurídico de un modo no muy diferente al que, según se dice, practicaba Montaigne cuando observaba la sociedad y sus costumbres desde las altas torres de su castillo. Aún así, jamás se dejó inmovilizar por elecciones definitivas; bien al contrario, nunca ofreció resistencia a modificar las actitudes y posturas que había sostenido con anterioridad. Así, al menos, lo demuestran la diversidad de opiniones que sostuvo a lo largo del tiempo, entre las que se encuentran aquellas 'cábalas del mundo legal' acerca de las cuales disertó en una sede oficial en 1908 y que, aunque no se trate de una prelusión académica, es inevitable recordar en este lugar[9].

El mensaje que transmite su prelusión romana es, ciertamente, complejo. Porque si el propio título —"La Escuela de derecho civil en el presente"— expresa con claridad toda la carga moral y científica que pesaba sobre el ya anciano civilista, la conclusión, por el contrario, registra las instancias en que se está llevando a cabo aquel giro temporal. Es decir, reconoce que es una insensatez seguir creyendo en la omnipotencia del legislador y la dimensión meramente exegética, o lo que es lo mismo, pasiva, del jurista, sobre todo si es juez. Para Polacco la legislación civil debía reducirse a un núcleo esencial de leyes/marco en el que el juez, dotado de un poder discrecional, pudiera moverse libremente. De este modo, el hasta entonces aborrecido juez —aborrecido por estar sumergido en lo particular y, por ello, en la historicidad del derecho— estaba ahora llamado a cogestionar el desarrollo del ordenamiento jurídico.

Con todo, si los rasgos del tiempo posmoderno consiguieron penetrar hasta dejar su huella en el pensamiento de un jurista que hace de la prudencia una virtud, se comprende muy bien que conformen la impronta característica de quien había absorbido de su maestro Giacomo Venezian los modelos inspiradores y los atributos típicos de un derecho pos-moderno. Esto es, el rechazo del subjetivismo mo-

derno y la valoración de las uniones sociales, el redescubrimiento de la dimensión objetiva del derecho privado, la intolerancia hacia las matrices romanistas, el rechazo de un modelo cultural único y ya anquilosado y la atracción por otros filones culturales (el germánico y el anglosajón). He aquí, extractado, todo el mensaje que Enrico Finzi expuso ampliamente desarrollado en el discurso de inauguración del curso académico 1922/23 en el *Instituto de Ciencias Sociales Cesare Alfieri* de Florencia con el título, elocuente por demás, "Las modernas transformaciones del derecho de propiedad"[10]. Impulsado por el ánimo de conseguir finalidades abiertamente desmitificadoras, Finzi sustrae la propiedad del firmamento de las estrellas inamovibles donde la había situado el iusnaturalismo moderno, arranca de sus espaldas la tradicional dimensión ética y la sumerge en la historicidad, donde el propietario se encuentra al lado de otros sujetos; esto es, donde acaba su insularidad y donde pesan sobre él una multiplicidad de deberes. En resumen, a través de un término que este mismo civilista utilizaría en lo sucesivo, la propiedad adquiere más el aspecto técnico de una *función* que de un *derecho subjetivo*.

En 1922 se pone en marcha la experiencia fascista y, con ella, comienzan dos décadas de sofocamiento de las libertades civiles mediante el uso habitual de la violencia por los Escuadrones de Acción y la supresión de todos los pluralismos. No obstante, cuatro años más tarde, en 1926, el Régimen, que se autoproclamaba anti-individualista y anticomunista, se vio obligado, a disgusto de buena parte de la jerarquía del partido, a optar por una ordenación corporativa del trabajo y la economía.

Se trataba, con todo, de un corporativismo alterado en sus caracteres esenciales por cuanto se adecuaba a una visión estatalista y centralista. Pero, aún así, no pudo eludir completamente las venas pluralistas que recorren cualquier tejido corporativista. Por esta razón se presentaba, asimismo, como una oportunidad que muchos juristas no fascistas podían aprovechar para diseñar aquellos esquemas ordenadores y categorías técnicas que tanto necesitaba la economía del siglo XX (perteneciente ya un tiempo posmoderno) y que los viejos Códigos liberales habían ignorado completamente, influidos como estaban por el dominante individualismo económico[11].

Durante esas dos décadas, en Italia no sólo se habló, y mucho, de *empresa*, sino que se propuso un proyecto organizativo que, si bien ya había sido teorizado e implementado desde principios de siglo en el área austríaco-alemana, representaba, sin embargo, toda una novedad para la organización económica italiana. Básicamente se asentaba en los siguientes presupuestos: no más despotismo de los individuos sino entidades concebidas como nexo de unión entre las personas, cosas y servicios y en las que, por encima de las voluntades individuales, se situaba el hecho organizativo con funciones estrechamente vinculadas a fines de una mayor y mejor producción. De este modo, las triunfantes ideas del liberalismo económico, encarnadas en derechos, poderes y relaciones individuales, cedían el paso a un mecanismo complejo en el que esos mismos derechos, poderes y relaciones podían, incluso, ser sacrificados a un interés superior y objetivo. Con la siguiente característica: la estimación de que la empresa, a causa, precisamente, de su proyección económica extremadamente lata, no era un ámbito reservado a los mercantilistas, sino que conformaba en sí misma un terreno unificador de éstos juristas con los civilistas.

Y fue, precisamente, un civilista que acabamos de mencionar, Finzi, quien, en el discurso de inauguración del curso académico 1932/33 del *Instituto Superior de Ciencias Económicas y Comerciales* de Florencia llamó la atención "hacia un nuevo derecho mercantil"[12]. No puede negarse aquí la evidente sintonía del no fascista Finzi con las recentísimas opciones corporativas del Régimen; sin embargo, se trataba, en todo caso, de abandonar y dejar definitivamente a un lado la tripartición *personae/res/actiones* como si fuese la única y obligada vía, imperecedera y válida en todo tiempo, por un lado, y, por el otro, de desembarazar-

se de las hipotecas subjetivas procedentes del filón romanista/pandectista para, en su lugar, construir sobre una base objetiva. En fin, de no volver a considerar —al igual que hacía él cuando hablaba y escribía en ese 1932— "jamás los bienes en función del sujeto sino a éste en función de aquellos"[13], o lo que es lo mismo, de estimar que son los diferentes estatutos de los bienes los que dirigen el análisis de los juristas. Puede advertirse que Finzi no se anda con rodeos al identificar como el gozne fundamental de estos nuevos ordenes económicos el "fenómeno de las pluralidades unidas", concebidas éstas como la superación de un modo completamente individualista de organizar la realidad económica[14]. Queda, pues, meridianamente claro que se refiere a la *empresa* como el nuevo esquema ordenador.

Al año siguiente, 1933, Paolo Greco, un mercantilista y laboralista extremadamente atento a las ideas innovadoras que el orden corporativo ofrecía al teórico del derecho, pronunció su prelusión en Parma. Con el título "Aspectos y tendencias actuales del derecho mercantil"[15], se dedicó, desde un punto de vista claramente historicista, a observar y analizar el paisaje que ofrecían los intereses super-individuales y las formas constitutivas de uniones sociales que estaban atropellando todo el derecho privado. Un derecho este en el que ya dominaban instituciones nuevas como los contratos/tipo y los convenios colectivos de naturaleza económica. Se trataba, por consiguiente, de un paisaje jurídico profunda y totalmente renovado que, por eso mismo, requería instrumentos teóricos de análisis igualmente novedosos. La invitación cursada por Greco a este respecto es concluyente: "nos preparamos para construir esta nueva dogmática"[16].

En este sentido, resulta particularmente interesante el hecho —de ahí la necesidad de analizarlo con un cierto detenimiento— de que Francesco Santoro Passarelli dedicara, en 1942, su prelusión napolitana[17] a tratar exclusivamente el tema de la empresa. Particularmente interesante, sobre todo, porque Santoro no sólo creyó un deber prestar una atención específica a un asunto inmerso hasta el fondo en la factualidad económica, sino que lo hiciera, justamente, en el momento en que estaba concluyendo la redacción de su compendio de 'doctrinas generales' del derecho civil, entre cuyas principales características se encuentra el más riguroso rechazo de todo tipo de contaminación factual.

El texto y contenido de su prelusión es complejo. El civilista no rehuye el análisis de este nuevo objeto misterioso que "surge como un motivo sistemático de todo el derecho civil"[18]. Incluso intenta analizarlo sin objetar insensatamente su naturaleza sustancial de "actividad económica ordenada", de "organismo", de "organismo autónomo", para, al final, llegar a reconocer con sinceridad que "el fenómeno de la empresa (…) no puede entenderse si no abandonamos los esquemas conceptuales tradicionales, según los cuales todos los entes son, sin más, cosas o personas" y admitir que, en su lugar, "pueda construirse una categoría de centros de relaciones jurídicas no personalizados, no elevados a la categoría de sujetos de derecho (…) centros de actividad, organismos que, por eso mismo, pueden denominarse vivos, que expresan la realidad económica"[19].

Nos encontramos, pues, ante un, por así decir, plato cocinado y servido en la mesa del civilista Santoro Passarelli, que es obvio que no es de su agrado, aunque está obligado a ingerir este amargo bocado. Porque, en su opinión, se trata, en efecto, de "el más significativo triunfo de un método económico que, antes que nosotros, ya fue predicado y aplicado fuera de Italia" y que, en su opinión, el codificador italiano había adoptado con un "defecto de maduración doctrinal"[20]. Y es, precisamente, aquí donde aflora y se muestra con toda nitidez el disenso del autor de las 'doctrinas generales', quien escribe al respecto: "(si) la afirmación de ese método (…) nos conduce ciertamente a un irreparable e irreductible distanciamiento de los *esquemas* conceptuales, de las categorías jurídicas abstractas características de nuestro Código y, aun en mayor medida, de los otros

decimonónicos (…) (tampoco) es armónica la sistematización del nuevo Código Civil, que enfoca al menos cuatro de sus Libros sobre la naturaleza de las varias relaciones jurídicas, mientras que el Libro dedicado al trabajo se encauza sobre el criterio económico de la empresa"[21].

Llegados a este punto, me parece que no cabe dudar acerca de una de las afirmaciones que apuntábamos al comienzo y que acaso pudo parecer meramente circunstancial. Me refiero al carácter exquisitamente proyectivo que poseen las prelusiones. En realidad, se presentaban como una preciosa ocasión para que el científico/docente pudiera expresar con franqueza no sólo a los oyentes presentes sino —a causa, precisamente, de la enorme difusión que llevaban aparejada— a toda la comunidad científica, tanto los propios proyectos como los resultados alcanzados en la investigación. Aunque sólo sea por esta razón, benditas sean las prelusiones que procuran al historiador del pensamiento jurídico un instrumento cognoscitivo de importancia excepcional. De ahí que no podemos dejar de apenarnos sinceramente cuando se comprueba que algunas fueron pronunciadas pero jamás publicadas. Tal es el caso de la que expuso Giuseppe Messina en 1934 con motivo de la toma de posesión de la cátedra romana, volitivamente dedicada a "El derecho civil jurisprudencial"[22], en la que señalaba todo el nudo de problemas que se derivaba de la meditación doctrinal acerca de las fuentes del derecho civil en el transcurso de esos tormentosos años Treinta. Su lectura, desde luego, nos hubiera sido extremadamente provechosa.

En su defecto, volvamos sobre la lectura —acerca de cuya valoración, expuesta al principio, me reafirmo— de la de Filippo Vassalli, compendiadora de sus vicisitudes académicas. Nos remontamos a 1930, fecha de su ascenso a la cátedra romana. El tema elegido para esa ocasión es, deliberadamente, amplísimo en la medida que afecta a los mismísimos *fundamentalia* de la ciencia jurídica: "Arte y vida del derecho"[23]. Desde todos los puntos de vista, se trata de una prelusión que, por sus características, bien puede ser tomada como broche final de esta parte de nuestra conferencia. Y ello por muchos motivos; en particular, porque se nos habla de fuentes e interpretación; porque el ponente es Vassalli, es decir, uno de los protagonistas de la reflexión civilista italiana del siglo XX, y, finalmente, porque el jurista aprovecha la prelusión para efectuar todo un examen de conciencia realizado, como debe ser, con toda sinceridad.

Existe ahí una crítica de fondo a la obra codificadora, a la pretensión —completamente moderna— de reducir el derecho privado a códigos. Y existe, asimismo, la voluntad de relativizar, de sumergir en la historicidad y, por consiguiente, de desmitificar, el instrumento/Código. Se protesta, principalmente, contra la ideología absolutista que lo ha acompañado durante su vida en Francia y, posteriormente, en Italia; en definitiva, contra "la omnipotencia jurídica del legislador"[24]. Se trata, por consiguiente, de una postura que, ante todo, denota una franqueza singular por parte de alguien a quien le había "correspondido colaborar durante veinticinco años en las tareas codificadoras y había escrito dos terceras partes largas del Código Civil"[25]. Pero no sólo, porque en la prelusión también se reprueba la pretensión de reducir la labor de interpretación de los juristas a la mera investigación de la intención del legislador —oculta en una regla dictada tal vez cien años atrás—, contra "el culto al texto de la ley" y contra el derecho positivo que "se identifica exclusivamente con la ley"[26]. En lugar de todo esto, Vassalli, anticipando ya en este lugar un tema que daría lugar a dos importantísimas reflexiones formuladas al final de su vida[27], reivindica, por el contrario, para los juristas la función y la responsabilidad de su implicación en la producción del derecho, o, en sus propias palabras, la actuación "casi de *legum conditores*"[28].

Por su relevancia, la prelusión vassalliana podría poner fin a esta parte de la exposición. Sobre todo, porque retrata eficazmente el tiempo posmoderno que vivían los juristas co-

etáneos y porque expresa el serio y correlativo intento de lograr una renovación psicológica y epistemológica adecuada a ese tiempo. No obstante, es obligado aludir igualmente aquí a quien utilizó el instrumento de la prelusión para ratificar su fidelidad a las nervaturas individualistas que caracterizan el mensaje jurídico de la modernidad.

Tal es el caso de Giuseppe Stolfi, cuando, en 1933, pronunció la suya en la Universidad de Módena con el tema "La apariencia del derecho"[29]. Era, ante todo, una acérrima arenga destinada a denostar aquel filón que, arrancando de la reflexión de Giacomo Venezian, había tenido, ya en la década de los Treinta, plena acogida en las páginas de Mossa, Finzi, Sotgia, Dominedò, Salandra, D'Amelio. Al contrario de todos ellos, Stolfi, revalida su confianza en el individuo, en las particulares fuerzas psicológicas del mismo. Y lo hace con una fuerza similar a la que, años más tarde —en la segunda posguerra mundial—, utilizó en su polémica contra las 'contaminaciones' sociales de la teoría del negocio de Emilio Betti, las cuales, en su opinión, mortificaban y sacrificaban la libre voluntad del agente. Totalmente impermeable a los mensajes lanzados en y desde el siglo posmoderno, el imperturbable Stolfi reitera que lo que él defiende no eran más que las valiosas certezas de la modernidad jurídica de las que su prelusión modenesa se convierte, así, en su más lúcido y resonante manifiesto.

4. Cinco años de exterminio de una guerra ruinosa; el final, en 1943, de dos asfixiantes decenios autoritarios; el primer andar a tientas hacia puntos de arribo auténticamente democráticos y el encauzamiento en 1946 de un vigoroso experimento constituyente: todo esto, en su conjunto, llegó a generar en Italia, incluso en el mismísimo mundo de los civilistas —un mundo que sólo en apariencia permanecía inmutable y cerrado—, una verdadera intolerancia hacia las viejas dogmáticas, consideradas ahora una carga demasiado pesada, y la impaciencia por introducir nuevas vías. Intolerancia e impaciencia, en todo caso, que ciertamente embargaban a los *homines novi*, pero no así a la inmensa mayoría que continuaba inmersa en la habitual pereza intelectual, completamente satisfecha con mascullar mecánicamente sus letanías siguiendo la estela de certezas indiscutibles.

Percibir y aferrarse a las novedades, fundamentarlas con una mayor solidez merced al enriquecimiento que aportaban las recientes experiencias política y social italianas, aprehender otras culturas a las que, por fin, se podía apelar libremente. Tales son, a mi parecer, los rasgos identificativos de la nueva dirección seguida por los civilistas más sensibles. Huellas más que evidentes de los mismos se encuentran en las 'prelusiones' que conforman la primera etapa de un largo y muy provechoso camino.

En este sentido, el civilista que más plenamente vivió su tiempo y que sintió la necesidad, no sólo de actuar, sino de manifestar de la manera más diáfana (y, por consiguiente, más honrada) la propia palingenesia fue Gino Gorla, razón por la cual se comprende perfectamente la rapidez en aplicar, por ser la que mejor se adaptaba a sus intereses, una visión comparada. La manifestación más lúcida de este 'renacimiento' se encuentra, sin embargo —según relata en un ensayo autobiográfico tardío, donde explica prolijamente este radical cambio de exquisita índole epistemológica—, en una prelusión académica de juventud. Como él mismo no tuvo reparo de explicar, "(l)a ruptura con el pasado de jurista tendencialmente dogmático-conceptualista y la apertura hacia una concepción historicista del derecho (es decir, la base de la comparación), están consignadas en la prelusión, "El sentido del derecho subjetivo en Alexis de Tocqueville"[30] que pronuncié el 6 de diciembre de 1946 en la Universidad de Pavía".

Aparentemente se trata de un tema muy singular, casi fuera de lugar, en la lección de iniciación a un curso de 'Instituciones de derecho privado'. Sin embargo, tenía el significado preciso de dar fe del radical cambio metodológico de un jurista, de un cambio que encon-

traba su adecuado y conveniente amparo en la figura del gran intelectual francés. Escribe al respecto Gorla en la prelusión paviana: "Tocqueville (…) un hombre entre dos épocas que sintió y sufrió intensamente esa transición"[31]. Era ésta una forma de trasladar y proyectar en el francés sus propias vicisitudes, las de un jurista italiano que dudaba de su misma identidad cultural debido a una inagotable transformación.

Tocqueville fue, ciertamente, un hombre situado en medio de un cruce histórico. Pero también fue el que, en el punto álgido de una insatisfacción intelectual, escapó a América para encontrar allí refuerzos a las exánimes visiones que se estaban efectuando en el observatorio continental europeo. En este preciso sentido, se presentaba para Gorla como un modelo a imitar y que, desde luego, imitó con prontitud cuando atravesó el Atlántico para una larga estancia en la Cornell University. Cuando en 1954 regresó a Italia, el civilista italiano traía consigo el gran don de una renovada y enriquecedora concepción del contrato. En su caso, la comparación, facilitada por su familiaridad con esa aproximación empírica tan típica de la experiencia del *Common Law*, le sirvió de chaleco salvavidas en la confrontación con lo que, en otra ocasión, he calificado de vicio iusnaturalista de la civilística italiana, considerado *prima causa* de tanta ciencia pura —o, hablando en rigor, que tiene la pretensión de serlo—, a pesar de que su unión con un descarado estatalismo es, se mire por donde se mire, una auténtica antinomia.

Más que una palingenesia, es la reafirmación de una opción impuesta por los requerimientos de los nuevos tiempos lo que se observa en la prelusión romana de Emilio Betti en 1948. Una prelusión que marca la investidura en la enseñanza civilista de este versátil jurista[32].

El tema (y el problema) elegido para la ocasión fue la interpretación de la ley, un asunto que había que contemplar de nuevo y sobre el era necesario volver a meditar después de tanto apremiante legalismo moderno. Aunque veinte años atrás Betti ya había tratado cuestiones metodológicas similares en su toma de posesión de la cátedra de derecho romano de la Universidad de Milán[33], en esta nueva prelusión sigue una orientación muy determinada. Porque ahí, en efecto, el historiador del derecho introducía el problema de la relación entre el historiador —un hombre del presente— y su objeto de conocimiento, que pertenece a un pasado más o menos lejano, pero pasado al fin. Desde esta perspectiva, la conclusión, para él, es clara: el pasado "es algo que necesita *ser reconstruido* por nosotros mismos con los medios de nuestra propia mente"; "el conocimiento no consiste en una recepción meramente pasiva del objeto por parte del sujeto" porque, de hecho, "los requisitos del proceso cognoscitivo son dos: el sujeto y el objeto" y "no se trata de *desconocer* la *historicidad* del *objeto.* Se trata de reconocer la historicidad del *sujeto*"[34]. De entrada, parece un trabalenguas, una mezcolanza de palabras; sin embargo, todo está encerrado aquí —esto es, en el diálogo entre texto e intérprete, en el contrato sellado entre dos mensajes que pueden ser diferentes—. Ahí, exactamente, se encuentra el secreto de la comprensión, que siempre es *comprehendere*, o lo que es lo mismo, un aferrar, un hacer propio, algo.

Todo eso es lo que, en mayor medida y con mayor razón, debe suceder en la interpretación estrictamente jurídica, que el civilista aplica, por ejemplo, a un texto legislativo vigente. Comparando lo que hace el historiador del derecho y un cultivador del derecho positivo, Betti escribe lo siguiente: "aquí no se trata sólo, o tanto, de que el sujeto vaya al encuentro del objeto, mientras éste permanece firmemente asentado en su situación histórica primitiva; se trata, sobre todo, de mover el objeto para encontrarse con el sujeto, hacer que aquel participe de la viva actualidad de este último y que se adhiera a la imperecedera dinámica histórica del derecho"[35]. En esta prelusión de 1948 aflora, como se ve, la conciencia de la historicidad del derecho y, por consiguiente, el posible escándalo que se deriva de la imposición de una

ley, basándose en su objetividad (o en su pretensión de ser objetiva), a una sociedad que es incapaz de articular y, por tanto, de ordenar. Y aflora, asimismo, el salvamento que procura el intérprete, ese mediador necesario entre texto e historia, y él único que está en posición de encontrar el auténtico significado de la regla en la historia para transformarla en historia viva.

Por su parte, la exigencia de un rejuvenecimiento parece ser el motor de propulsión de la prelusión romana de Rosario Nicolò en 1956[36]. Así, al menos, lo demuestra la elección del tema, que no es otro que aquella espinosísima cuestión de la empresa, a la que, desde poco tiempo atrás, ya se concebía como uno de los ejes cardinales de la reciente codificación unitaria. En este sentido, merece destacarse la importancia que reviste el hecho de que un civilista se ocupe de este asunto en un lugar reservado a bosquejos de proyectos y a declaraciones programáticas.

Porque lo cierto es que el esquema de la empresa sirvió entonces a Nicolò para verificar que las multiseculares categorías del derecho romano y romanistas/pandectísticas no eran suficientes para ordenar y definir una realidad que —tal y como ya había señalado Santoro Passarelli en su prelusión de 1942— ni es persona ni es cosa, sino, más bien, un complejo ente organizativo. En el 56, el civilista percibió la novedad que presentaba el camino abierto tras la adopción doctrinal y legislativa del ente empresa; un sendero que debía recorrerse sin más demoras pero que también se interrumpió muy pronto. La causa de esta interrupción provino en este caso de que los esfuerzos se aplicaron a reconducir la empresa dentro de los márgenes, excesivamente estrechos, del derecho subjetivo, el cual era totalmente inapropiado para albergar sus valores socioeconómicos. Como ya tuve la oportunidad de escribir muchos años atrás, Nicolò avista lo nuevo, pero sigue utilizando las viejas categorías para clasificarlo jurídicamente. Naturalmente, haciéndolo así, el riesgo de asfixia era evidente.

Precisamente, la plena consciencia de la complejidad de los cambios que se estaban llevando a cabo y la exigencia de un diligente reconocimiento del terreno del derecho privado son los dos motivos de fondo sobre los que, en 1961, elaboró su prelusión napolitana, "El derecho privado y sus actuales fronteras"[37] Michele Giorgianni. El "envilecimiento creciente del individuo" en contraposición al "fenómeno de la intervención del Estado en la economía" y el consecuente resultado de que "el dominio de la voluntad de los particulares sobre el terreno económico (…) está cada vez más acechado por los poderes públicos"[38], es lo que, en su opinión, altera el viejo escenario civilista. Y es esta una alteración que demanda de los hombres de ciencia una vigilancia sin echar la vista atrás, un análisis inmisericorde que lo haga más audaz y le permita controlar sin indulgencia la validez de las categorías tradicionales a la luz de la cambiada realidad económica y jurídica. Tales son las tareas a las que, antes que a ninguna otra, debe dedicarse el civilista.

Frente a esta posición, se presenta la completamente diferente del joven discípulo napolitano de Santoro Passarelli, Pietro Rescigno. Entre 1954 y 1963 pronunció tres prelusiones y un discurso de apertura, en todos los cuales aprovechó la oportunidad para enseñar a los civilistas algunos aspectos concretos de vital importancia.

Se encuentra, en primer lugar, la cuestión de las sociedades intermedias, un campo que los civilistas no cultivaron jamás, ocupados como estaban en seguir la estela de un obstinado individualismo, recibido como la más celosa herencia de la Revolución francesa. El gran mérito de Rescigno, cuyo discurso de apertura del curso de 1954 en la Universidad de Macerata giraba en torno a "Sindicatos y partidos en el derecho privado"[39] y que en la prelusión pronunciada en la de Pavía hacía otro tanto con "Grupos sociales y lealtad"[40], consiste en haber ampliado considerablemente el paisaje jurídico del civilista italiano. Valiéndose de su amplio conocimiento del *Common Law*, de la literatura de especialidad alemana así como de

su formación sociológica, y poseedor, al mismo tiempo, de una sensibilidad historicista que le permitió —de hecho, fue uno de los primeros en Italia en hacerlo— valorar la Constitución como norma jurídica fundamental, persiguió y consiguió grandes metas. Porque no sólo logró recuperar la atención del civilista, sino que también construyó una completa definición de categorías aplicables a las formaciones sociales que ahora habían obtenido reconocimiento constitucional. Es decir, de aquellas que desde las invectivas fisiocráticas en adelante, habían sido extrañadas de los Códigos de cuño napoleónico y a las que únicamente —y sólo a través de la forma de partidos políticos o sindicatos— se les había prestado cierta atención por parte de los constitucionalistas y los laboralistas.

Algunos años más tarde, Rescigno aprovechó otros dos actos académicos en la Universidad de Bolonia[41] para llevar adelante su análisis crítico de la igualdad formal, tema sobre el que ya se había interesado en 1959, para tratar directamente uno de los asuntos más controvertidos de la dogmática burguesa: el abuso de derecho. Inspirándose en páginas literarias, Rescigno, en las líneas finales de la prelusión boloñesa pronunciada en 1961, alude elocuentemente a "errores e ilusiones de una cultura crepuscular"[42]. La expresión, como se observa, encierra la más que evidente referencia de un jurista posmoderno hacia la modernidad jurídica, cuyas certezas, en el transcurso del Novecientos, quedaban cada vez más ocultas tras el telón.

Las últimas prelusiones a las que haré mención son también las que nos son más próximas. Hijas de su tiempo, por haber sido ideadas y escritas en los tardíos años sesenta —es decir, en un momento en el que el abandono de la modernidad jurídica se vivía intensamente a Italia— poseen el interés añadido de mirar hacia el presente, de extraer de ese presente un sentimiento de inquietud e insatisfacción. Pero también de proyectarse hacia el futuro a través de una lúcida visión del fulminante porvenir del derecho italiano; un derecho cuyos fundamentos, asentados en la codificación y en una legalidad de remota ascendencia pos-ilustrada, ya estaban profundamente erosionados. Se trata, por consiguiente, de voces traspasadas por la insatisfacción, pero que, aún así, presentaban propuestas dirigidas a ordenar la inestabilidad de la experiencia jurídica del *Civil Law* en busca de nuevos fundamentos.

Sintomático, a este respecto, es el exordio de la prelusión que Stefano Rodotà pronunció en Macerata, donde se refiere específicamente al modelo que personifica el civilista italiano consciente de su entorno cultural y completamente decidido a "traspasar las fronteras de su ciencia". Y donde se determina un estado de ánimo que no puede pasar por alto: "los nuevos tiempos, ciertamente, no se corresponden con la serena conciencia de quien está satisfecho con la firmeza y armonía de las construcciones de sus predecesores; se corresponden con el ánimo audaz e inquieto del que se prepara a recorrer un difícil camino metodológico y experimental"[43].

Camino difícil, por consiguiente, pero por el que el civilista de los tardíos años sesenta estaba dispuesto a transitar.

Por su parte, la prelusión que Nicolò Lipari pronunció en la Universidad de Bari[44], afrontaba un problema central para el civilista activo en un país de derecho Codificado: el de la rígida sistematización de las fuentes. Una sistematización realizada durante la modernidad, pero que el desarrollo de la experiencia jurídica demostró que era totalmente inadecuada, sobre todo por la grave desvitalización del juez, y del jurista en general, que conllevaba. El aliento expandido de este civilista, inmerso hasta el fondo en el clima jurídico posmoderno, le llevó conseguir el resultado, positivo desde el punto de vista cultural, de capturar, con toda su complejidad, la experiencia jurídica de cuyas fibras "la misma norma conforma, ciertamente, un aspecto que no se puede eliminar, en la medida que forma parte del todo" y "se expresa como dialéctica entre un dato normativo y un tejido de relaciones que nacen de la

actividad de los asociados". La consecuencia es que "la posición del jurista adquiere una nueva dimensión" porque "su función no desaparece con la reconstrucción, siguiendo criterios técnico-sistemáticos, de un determinado precepto normativo"[45]. Con ello cae por su base el mito de la autarquía perfecta del civilista, porque, llegados a este extremo, no le queda más remedio que recurrir a la investigación sociológica como ayuda para madurar su propio proceso cognitivo.

En este sentido, la prelusión de Pietro Perlingieri en la Universidad de Camerino[46] resultó decisiva por su bosquejo de los cánones metodológicos del nuevo civilista. A partir de "una concepción dinámica del derecho civil", el jurista se inclina por valorar más el momento del ejercicio que el de la titularidad, desconfiando abiertamente de las categorías tradicionales y de la típica aproximación categórica de los viejos civilistas, a la que considera paralizante en exceso. Para este jurista, la salvación a este respecto radica, por el contrario, en una valiente apertura hacia la indagación comparativa, en sentido vertical y horizontal, en tanto que, en el plano de la necesaria renovación del enfoque de las fuentes, es absolutamente ineludible que todos los juristas, incluso el civilista, se convenzan de la necesidad de sumergirse en la más alta legalidad, que es la constitucional. Una legalidad que representa, para el cultivador del derecho civil, un enganche salvífico al mundo de los valores compartidos y difundidos en el seno de la sociedad italiana.

Se trata de una arraigada persuasión que podemos, asimismo, encontrar en la prelusión que el propio Perligieri pronunciaría diez años después en la Universidad de Nápoles. Su título, ilustrativo por demás, es exactamente "Normas constitucionales y relaciones de derecho civil"[47]

NOTAS

1. Filippo VASSALLI, "Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato", ahora en *Studi Giuridici,* II. Milano, Giuffrè, 1960

2. Francesco FERRARA, "Diritto di guerra e diritto di pace", Discorso inaugurale tenuto il 25 novembre 1918 en el Istituto di Scienze Sociali de Florencia, ahora en, del mismo, *Scritti Giuridici*, I. Es importante reseñar que Ferrara ya escribió en 1915 *Influenza di guerra nei rapporti civil*, ahora en Ibi.

3. VASSALLI, *Della legislazione di guerra*, pág. 387

4. FERRARA, *Diritto di guerra*, pp 70-71

5. Ibi

6. Ibi

7. Ibi, pág. 99

8. Vittorio POLACCO, "La Scuola di diritto civile nell'ora presente" (prolusione tenuta il 17 dicembre 1918 nella Università di Roma), ahora en, del mismo, *Opere minore*, parte II, fasc. II. Modena, Università degli Studi, 1928

9. Vittorio POLACCO, *Le Cabale del mondo legale.* (Discorso letto in una adunanza dell'Istituto Veneto di Scienze Lettere ed Arti il 24 maggio 1908), ahora en, *Opere minori*, I, pp 41ss

10. Enrico FINZI, "Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà" (Discorso inaugurale tenuto il 12 novembre 1922), en *Archivio giuridico*, LXXXIX, (1923)

11. Para una valoración sintética desde el punto de vista histórico-jurídico de aquella compleja realidad que fue el corporativismo fascista, centrada sobre todo en el itinerario seguido por la doctrina jurídica italiana en las dos décadas

de fascismo y posfascismo, puede verse Paolo GROSSI, *Scienza giuridica italiana —Un profilo storico 1860/1950*. Milano Giuffrè, 2000

12. Enrico FINZI, "Verso un nuovo diritto del commercio", discurso pronunciado en noviembre de 1932, que puede consultarse en el *Anuario* del Istituto y, más fácilmente, en *Archivio di studi corporativi*, IV (1933)

13. Ibi, pág. 214

14. Ibi, pág. 224

15. Paolo GRECO, "Aspetti e tendenze odierne del diritto commerciale" (Prolusione tenuta nella Università di Parma il 13 dicembre 1933), en *Rivista di diritto commerciale*, XXXII (1934)

16. Ibi, pág. 214

17. Francesco SANTORO PASSARELLI, "L'impresa nel sistema del diritto civile" (Prolusione al corso di Istituzioni di diritto privato tenuta nella Università di Napoli il 26 novembre 1942), ahora en, del mismo, *Saggi di diritto civile*, II. Napoli, Jovene, 1961

18. Ibi, pp 946-47

19. Ibi, pág. 981

20. Ibi, pág. 947

21. Ibi, pág. 948

22. "Il diritto civile giurisprudenziale". La referencia es de Fulvio Maroi en un escrito en honor suyo. Cfr. Fulvio Maroi, "Giuseppe Messina, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, N. S. L. (1947), pág. 163

23. Filippo VASSALLI, "Arte e vita nel diritto civile" (Prolusione tenuta nella Università di Roma il 9diciembre 1930, ahora en *Studi giuridici*, II

24. Ibi, pág. 401

25. Así lo expuso literalmente en una contribución escrita en la posguerra: "Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra" (1946), ahora en *Studi giuridici*, III, pág. 576

26. VASSALLI, *Arte e vita*, pág. 401

27. Las referencias pertenecen a su Relación "La missione del giurista nella elaborazione delle legge" (1950) y a la conferencia "Estrastatualità del diritto civile" (1951), *ahora en Studi giuridici*, III, II

28. *Arte e vita*, pág. 404

29. Giuseppe STOLFI, *L'apparenza del diritto* (Prolusione al corso di Diritto civile tenuta nella Università di Modena il 23 novembre 1933). Modena, Università, 1934

30. Gino GORLA, "Ricordi della carriera di un comparatista", en del mismo, *Diritto comparato e diritto comune europeo.* Milano, Giuffrè, 1981, pág. 1

31. Gino GORLA, "Il sentimento del diritto soggetivo in Alexis de Tocqueville" (Prolusione tenuta nella Università di Pavia il 15 maggio 1948), ahora en Diritto comune, pág. 15

32. Emilio BETTI, "Le categorie civilistiche dell'interpretazione" (Prolusione tenuta nella Università di Roma il 15 maggio 1948), ahora en, del mismo *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 2ª edic. Milano, Giuffrè, 1971

33. Emilio BETTI, "Diritto romano e dogmatica odierna" (Prolusione al corso di Istituzioni di Diritto Romano tenuta nella Università di Milano il 14 novembre 1927), ahora en, del mismo, *Diritto Metodo Ermeneutica – Scritti.* Milano, Giuffrè, 1991

34. Ibi, pp 81, 64 y 81, respectivamente

35. BETTI, *Le categorie*, pág. 27

36. Rosario NICOLÒ, "Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile" (Prolusione al corso di Istituzioni di diritto privato tenuta nella Università di Roma il 26 aprile 1956), ahora en del mismo, *Il diritto privato nella società moderna-Saggi* (a cura di S. Rodotà). Bologna, Il Mulino, 1971

37. Michele GIORGIANNI, "Il diritto privato ed i suoi attuali confini" (Prolusione tenuta nella Università di Napoli il 6 febbraio 1961), ahora en, del mismo, *Scritti minori*. Napoli, E. S. I., 1988

38. Ibi, págs. 451, 455, 456 respectivamente

39. Pietro RESCIGNO, "Sindacati e partiti nel diritto privato" (Discorso inaugurale dell'a.a. dell'Università di Macerata tenuto il 28 novembre 1954), ahora en del mismo, *Persona e comunità – Saggi di diritto privato*. Bologna, Il Mulino, 1966

40. Pietro RESCIGNO, "Gruppi sociali e lealtà" (Prolusione al corso di Istituzioni di diritto privato tenuta nella Università di Pavia nel novembre del 1958), ahora en *Persona e comunità*

41. Se trata de "Immunità e privilegio" (Prolusione al corso di Istituzioni di diritto privato tenuta nella Università di Bologna il 2 marzo 1961), ahora en *Persona e comunità* y "L'abuso del diritto" (Discorso inaugurale per l'a.a. della Università di Bologna tenuto il 9 febbraio 1963), ahora en, del mismo, *L'abuso del diritto*. Bologna, Il Mulino, 1998

42. Imminità e privilegio, pág. 425

43. Stefano RODOTÀ, "Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile" (Prolusione al corso di Diritto civile tenuta nella Università di Macerata il 18 dicembre 1966), ahora en *Rivista di diritto commerciale*, LXV (1967), Parte Prima, pág. 83

44. Nicolò LIPARI, "Il diritto civile tra sociología e dogmatica (riflessioni sul método)" (Prolusione al corso di Istituzioni di diritto privato tenuta il 16 marzo 1968 nella Università di Bari), en *Rivista di diritto civile*, XIV (1968)

45. Ibi, pp 323 y 304 respectivamente

46. Pietro PIERLINGERI, "Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare" (Prolusione al corso di Diritto civile tenuta il 18 aprile 1969 nell'Università di Camerino), ahora en, del mismo, *Scuole tendenze e metodi – Problemi del diritto civile*. Napoli, E. S. I., 1989

47. Pietro PERLINGIERI, "Norme costituzionali e rapporti di diritto civile" (Prolusione al corso di Diritto civile tenuta il 20 novembre 1979 nella Università di Napoli), ahora en *Scuole, tendenze e metodi.*

Fecha recepción: 16/07/2013
Fecha aceptación: 21/10/2013

«ESCRACHES», RIGHT OF ASSEMBLY AND CRIMINALIZATION OF SOCIAL PROTEST

RESUMEN

El trabajo aborda el estudio de los escraches como exponente del fenómeno de agudización de las tensiones que tiene lugar en tiempos de crisis en torno al derecho de reunión y manifestación. Se pretende, partiendo de este ejemplo, reflexionar sobre el alcance que se debe conceder en una sociedad democrática al citado derecho fundamental —en tanto que modalidad de la libertad de expresión—. Con este objetivo, se analizan a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinadas resoluciones judiciales y discursos que se han generado con ocasión de la irrupción de los escraches en nuestro país y sobre esa base se denuncia el riesgo de deslizamiento hacia la disolución del contenido esencial del derecho fundamental de reunión y hacia la criminalización de la protesta social. Tales temores, particularmente en circunstancias difíciles y según demuestra la experiencia histórica y del Derecho comparado, no deben considerarse en absoluto infundados. Prueba de ello es el Proyecto de reforma penal de 2013, a cuyo examen desde esta perspectiva se dedica la última parte del artículo.

PALABRAS CLAVE

Derecho de reunión y manifestación, libertad de expresión, escraches, criminalización de la protesta social, desórdenes públicos, Proyecto de reforma del Código penal de 2013.

ABSTRACT

This paper deals with *escraches* ("exposure" denunciation) as a clear exponent of the increasing tensions that take place in times of crisis around the right of assembly and demonstration. On the basis of this example, this study proposes to reflect on the role that should be given to this fundamental right —as a variant of freedom of speech— in a democratic society. With this aim, court decisions and discourses concerning *escraches* are analysed in light of the case-law of Spanish Constitutional Court and the European Court of Human Rights. On that basis, risks regarding dissolution of assembly right and regarding also criminalization of social protest are highlighted. Such fears, particularly under conditions of crisis, and according to historical and comparative law background, should not be considered unsubstantiated at all. Evidence of that can be found in the draft reform of the Penal Code from 2013. Last part of this work focuses on the study of this issue.

KEYWORDS

Right of assembly and demonstration, freedom of speech, *escraches* ("exposure" protest), criminalization of social protest, public disorder, draft reform of the Spanish Penal Code (2013).

ESCRACHES, DERECHO DE REUNIÓN Y CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL*

Alberto Alonso Rimo
Profesor titular de Derecho penal
Universitat de València

Sumario: 1. Planteamiento: el derecho de reunión y manifestación en tiempos de crisis. 2. Escraches y prohibición preventiva del derecho de reunión y manifestación. A. A modo de apunte: de la ponderación como método de resolución de conflictos al vaciamiento del derecho. 3. ¿Son los escraches delito? ¿Son infracción administrativa? A. Perspectiva penal. B. La Ley Orgánica sobre protección de la seguridad ciudadana y el derecho de reunión y manifestación. C. La sombra de la criminalización de la protesta social. 4. (Contra)reforma penal y derecho de reunión y manifestación: los delitos de desórdenes públicos en el Proyecto de reforma del Código penal de 2013. A. Consideración final.

1. PLANTEAMIENTO: EL DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN EN TIEMPOS DE CRISIS

La popularización del fenómeno de los escraches en nuestro país ha generado en los últimos meses una escalada de reacciones valorativas de signo claramente encontrado. En este contexto, el presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo ha afirmado que tales prácticas, en tanto que no impliquen violencia, son "un ejemplo de la libertad de manifestación". En la misma dirección cabe inscribir el auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de Torrelavega de 20 de abril de 2013, por el que se acuerda el sobreseimiento libre en relación con los hechos consistentes en una manifestación llevada a cabo por integrantes de la plataforma *Stop desahucios* frente al domicilio del alcalde de dicha localidad, estimándose que no existían indicios de que se cometieran delitos o faltas de injurias, amenazas o coacciones. Al hilo de esta cuestión, la citada resolución argumenta que los artículos 20 y 21 de la Constitución (CE) legitiman a las personas denunciadas para manifestarse contra los desahucios "en cualquier lugar público, como puede ser la calle, ante la puerta de su domicilio (…) siempre que, como ha sido el caso, lo hagan pacíficamente"; añade que "es servidumbre de todo cargo político, en un ré-

* Agradezco a Javier Mira su generosa disponibilidad para hablar de estos (y otros) temas y sus siempre atinadas observaciones.

gimen democrático (art. 1.1. CE) soportar pacientemente las molestias que le puedan causar este tipo de actos" (…), "de modo que la protección del honor (de las personas con cargos públicos) disminuye y la de la intimidad, aunque no totalmente, se diluye", y recoge a continuación la consabida doctrina del Tribunal Constitucional (TC) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a tenor de la cual en tales casos quedan amparadas por las libertades de expresión e información, no sólo la críticas inofensivas o indiferentes sino también aquellas otras "que puedan molestar, inquietar o disgustar". En una línea muy parecida se sitúan los argumentos recogidos en el auto del Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid de 10 de mayo de 2013, en virtud del cual se archivan las actuaciones iniciadas con motivo del escrache celebrado delante del chalet de la vicepresidenta del gobierno.

Desde distinta óptica, las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco 218/2013 y 219/2013, de 16 de abril, declaran ajustadas a derecho las resoluciones del director de la Ertzaintza por las que se propone la modificación del itinerario de dos manifestaciones comunicadas a la autoridad gubernativa por *Stop desahucios Gipuzkoa* y *Plataforma de afectados por la hipoteca (PAH) Bizkaia* respectivamente, *prohibiéndose*, en concreto, los actos de concentración ante los domicilios particulares de dos representantes políticos. Las indicadas sentencias, de factura casi idéntica, asumen la posición de la Administración y del Ministerio Fiscal y consideran que semejante medida resulta proporcionada en el caso concreto pues, de llevarse a cabo las concentraciones propuestas, se hubiera producido una extralimitación en el ejercicio del derecho de reunión y una injerencia injustificada en el *derecho a la intimidad personal y familiar* de los representantes políticos[1].

Las resoluciones apuntadas en primer término plantean el problema de las posibles responsabilidades penales que cabe derivar de los llamados escraches y las fricciones que la criminalización de estas conductas puede originar con el derecho de reunión y manifestación y la libertad de expresión. En el segundo caso, el debate en torno al ejercicio de los mencionados derechos fundamentales está referido a un plano previo; esto es, se discute sobre la legitimidad de la prohibición preventiva de una reunión, en referencia, por tanto, a un momento anterior a que ésta haya podido llevarse a cabo, y suscitándose aquí la cuestión de si semejante medida respeta en el caso concreto las directrices constitucionales que se establecen en el art. 21.2 CE a efectos de la limitación del derecho de reunión y manifestación pacífica y sin armas.

Ambos grupos de resoluciones reflejan bien, y además en los dos planos señalados, las diversas tendencias que concita el debate sobre el alcance que se debe otorgar a la libertad de expresión y al derecho de reunión y manifestación en una sociedad democrática. Esta discusión, si siempre resulta crucial en el marco de un régimen democrático[2], cobra particular trascendencia en un contexto de dificultades económicas y sociales como el que vivimos, en el que crecen las manifestaciones de protesta social y de manera paralela —que no casual, como veremos— soplan vientos favorables a la restricción de tales libertades. Los escraches representan, a mi modo de ver, un buen ejemplo de la exacerbación que, en tiempos de crisis, acusa la colisión de intereses que late bajo el ejercicio del derecho de reunión y manifestación.

Desde esta perspectiva de análisis, empezaremos estudiando, al hilo del segundo grupo de resoluciones reseñadas, el margen en el que resulta legítima a la vista de la jurisprudencia constitucional la prohibición previa del repetido derecho fundamental en los supuestos de concentraciones ante el domicilio particular de un cargo público. A continuación, se examinarán las responsabilidades de carácter penal y administrativo que, en su caso, cabría derivar en las hipótesis en que ya se ha celebrado efectivamente tal clase de reunión, tratando así de dar respuesta a las distintas voces que en los úl-

timos tiempos han planteado la naturaleza delictiva de los escraches, así como de valorar la legitimidad de la multitud de sanciones administrativas que se están imponiendo a raíz de estas acciones de protesta. Partiendo de estas premisas, en la última parte del trabajo se revisarán las novedades que incorpora el Proyecto de reforma penal de 2013 a propósito de los delitos de desórdenes públicos y se pondrán de relieve las perniciosas consecuencias que originaría la entrada en vigor de dicha regulación en relación con el ejercicio del derecho de reunión y manifestación y de la protesta social en general.

2. ESCRACHES Y PROHIBICIÓN PREVENTIVA DEL DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN

Conviene comenzar el estudio de esta cuestión recordando que en nuestro ordenamiento jurídico el derecho de reunión pacífica y sin armas no está sometido a un régimen de autorización previa. Así lo proclaman expresamente el art. 21.1 CE y el art. 3.1 de la LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, y lo ha subrayado en reiterada jurisprudencia el TC. El deber de comunicación previa a la autoridad competente que establecen los arts. 21.2 CE y 8 LO 9/1983 para los casos de reuniones en lugares de tránsito público y de manifestaciones, no constituye, como recuerda el alto Tribunal, una solicitud de autorización, "ya que el ejercicio de este derecho fundamental se impone por su eficacia inmediata y directa (…)", sino tan sólo "una declaración de conocimiento a fin de que la autoridad administrativa pueda adoptar las medidas pertinentes para posibilitar tanto el ejercicio en libertad del derecho de los manifestantes como la protección de derechos y bienes de titularidad de terceros"[3]. De acuerdo con este planteamiento, el art. 21.2 CE, tras consignar el aludido requisito de comunicación previa, añade que la autoridad sólo podrá prohibir las reuniones en lugares de tránsito público y las manifestaciones "cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes"[4]. La regla general, según se sigue de todo lo anterior, debe ser entonces el ejercicio del derecho y sólo excepcionalmente podrá acordarse su prohibición. Esta premisa básica se explica por la posición esencial que el derecho de reunión y manifestación adquiere en un sistema democrático: el TC ha declarado insistentemente que aquél constituye "una manifestación colectiva de la libertad de expresión" y que es "cauce del principio democrático participativo"[5]. Y de ahí también que, en un plano de análisis más amplio, sus límites hayan de interpretarse con carácter general en términos restrictivos y aplicando, en caso de duda, el principio *favor libertatis*[6].

Las propias sentencias del TSJPV 218/2013 y 219/2013, en las que —según se adelantaba más arriba— se acaba prohibiendo la convocatoria de dos escraches ante las viviendas de cargos públicos, recogen estas ideas, haciéndose eco de la jurisprudencia constitucional y destacando que "para que los poderes públicos puedan incidir en el derecho de reunión es preciso que existan razones fundadas —lo que implica una exigencia de motivación— para concluir que el ejercicio del derecho de reunión, como se ha proyectado por el organizador, producirá una alteración del orden público *con peligro para personas y bienes*, o bien "la *desproporcionada* perturbación de otros bienes o derechos protegidos por nuestra Constitución (STC 195/2003, de 27 de octubre, FJ 4)""[7].

Tomando como referencia estas bases, sobre las que se asienta la delimitación que hace la doctrina del TC del ámbito de ejercicio del derecho de reunión y manifestación[8], entiendo sumamente cuestionables las citadas sentencias del TSJPV avalando la prohibición administrativa de los escraches[9].

Recuérdese que tales decisiones se apoyan en la consideración de que la celebración de las protestas convocadas habría supuesto una injerencia injustificada en el derecho a "la in-

timidad personal y familiar" del representante político. Pero cabe preguntarse, en efecto, hasta qué punto concentrarse pacíficamente ante el domicilio particular de un cargo público durante un breve período de tiempo implica una afectación lo suficientemente grave a la *intimidad personal y familiar* como para justificar el sacrificio del derecho fundamental de reunión y manifestación, bien entendidos los términos (expansivos) en que tal derecho, según acabamos de ver, resulta constitucionalmente formulado. Las "razones fundadas" que esgrime la autoridad gubernativa en las resoluciones administrativas impugnadas se limitan a constatar que el domicilio es un lugar desvinculado de la actividad política y pública donde el representante político ejerce su actividad y a concluir, a partir de lo anterior, que la concentración supondría un "ataque real a su integridad moral, no sólo de su persona, sino de su entorno familiar y laboral". Por su parte, las sentencias del TSJPV 218/2013 y 219/2013, por las que se declaran legítimas las aludidas resoluciones administrativas, señalan con carácter general que la concentración ante una vivienda particular constituye una perturbación en el derecho a la intimidad personal y familiar del morador y que tal perturbación, en el supuesto concreto, resulta además "desproporcionada". La proposición de que cualquier reunión celebrada en las inmediaciones de un domicilio particular puede repercutir en alguna medida en la intimidad personal y familiar es algo que se puede llegar a entender conforme a criterios de sentido común y de experiencia —siquiera sea por los gritos que cabe presumir que llegarían al interior de la vivienda— y por eso quizás no resultaba ineludible que el TSJPV entrara a explicarla. Ahora bien, lo que sí que era necesario aclarar —puesto que tal extremo, según hemos visto, deviene clave en punto a justificar constitucionalmente la limitación del derecho de reunión con arreglo al planteamiento del que se parte en las sentencias estudiadas— es por qué tal afectación a la intimidad resulta en el caso concreto *desproporcionada*[10]. Y aquí el citado tribunal no resulta en absoluto convincente, pues al realizar el correspondiente enjuiciamiento parece apelar como principal argumento al hecho de que el lugar elegido para la concentración sea el domicilio particular del político y a la consiguiente "injerencia en su ámbito más íntimo y personal" que ello representa, sin que más allá de este extremo (el lugar) se atienda a ninguna otra circunstancia concreta de la concentración que se prohíbe [por ejemplo, la hora programada; o el lema o el colectivo al que está dirigida principalmente la convocatoria, en tanto que indicios del posible número de asistentes o de la índole más o menos vehemente que pudiera llegar a tener la concentración y toda vez que a la vista de tales datos mayor o menor capacidad invasiva de la intimidad cabría deducir —a partir de gritos, insultos, etc.—, permitiendo ello también estimar el riesgo de incidencia en otros bienes jurídicos (como la libertad de obrar o la libertad ambulatoria)][11]. En realidad, lo que el TSJPV viene a decir es que la afectación a la intimidad es desproporcionada porque el lugar elegido para la reunión coincide con el domicilio particular del representante político al que se dirigen las protestas y ello comporta en todo caso —aunque no se explica (ni se entiende) por qué— una intromisión en su intimidad *desproporcionada*[12].

La consecuencia a la que conduce semejante razonamiento es que la autoridad administrativa habría de prohibir preventivamente todo escrache convocado ante un domicilio particular; lo que equivale a aceptar, de acuerdo siempre con los parámetros valorativos de las sentencias estudiadas, que cualquier afectación a la intimidad —o al menos la afectación a la intimidad que puede representar *cualquier* reunión ante un domicilio particular (con independencia de quién la convoca, cuándo, con qué lema, etc.)— debería prevalecer sobre el referido derecho constitucional[13]. Lo cierto es, sin embargo, que *esta configuración del derecho de reunión y manifestación no resulta compatible con el modelo que se deriva de nuestra Constitución, ni en particular con la naturaleza excepcional —de "solución extrema"*[14]*— que hemos visto*

que allí se otorga a la facultad administrativa de prohibición del ejercicio de tal derecho.

Desde esta misma perspectiva llama también la atención el escaso peso otorgado en el enjuiciamiento que efectúan las repetidas sentencias al dato relativo a la relevancia pública del afectado; circunstancia que, como es sabido, entiende el TC —y asimismo el TEDH— que obliga en general a relativizar la protección del honor y de la intimidad de la persona pública[15]. Esto último habría de traducirse, en buena lógica, en el carácter cualificado de la justificación exigible —en términos de afectación al bien constitucional en conflicto (aquí "la intimidad personal y familiar")— a efectos de prohibir de manera anticipada el ejercicio del derecho de reunión o manifestación. El TSJPV, sin embargo, se limita a afirmar a este respecto, sin ningún tipo de matización ulterior, que "el hecho de ser representante político no conlleva una renuncia a su ámbito de privacidad"[16].

De igual forma, a la luz de la delimitación de los citados derechos desarrollada por la jurisprudencia constitucional y de la consiguiente necesidad de un análisis de las circunstancias más (o siquiera algo) contextualizado, hubiera sido razonable tener en cuenta que este tipo de concentraciones se están realizando en un contexto en el que, según han denunciado reiteradas veces las organizaciones convocantes, se han agotado previamente otras vías de comunicación con sus destinatarios y en el que se busca una conexión directa con el representante político a fin de "apelar a su conciencia"[17]. Desde este prisma resulta discutible la genérica argumentación que realiza el TSJPV en el sentido de que existen lugares alternativos "igualmente operativos para que alcance la repercusión en la opinión pública, en los medios de comunicación, y a los representantes políticos, a los que más directamente se dirige". Sobre todo si se recuerda la trascendencia que el TC concede en el marco del derecho de reunión a la libertad de elección del lugar ("del espacio físico en el que se desenvuelve la reunión depende que el mensaje que se quiere transmitir llegue directamente a sus destinatarios principales") y en íntima conexión con tal extremo a la publicidad, que se considera uno de los *elementos esenciales* del contenido del derecho, y para garantizar el cual no basta con que el lugar propuesto tenga suficiente tránsito público sino que "ese lugar debe garantizar una repercusión pública —en número y características de los destinatarios, es decir, de quienes pueden tener noticia de la reunión, incluidos los medios de comunicación— que se aproxime al máximo a la que pretendían alcanzar los promotores en el lugar por ellos programado"[18]. A este respecto, un dato sobre el que conviene igualmente llamar la atención es que la publicidad que logran los escraches —ésa que buscan sus promotores y a cuyo nivel de intensidad se ha de tender a aproximarse lo máximo posible— se debe en gran medida, de manera indubitada, a que la protesta se celebra precisamente ante los domicilios particulares de los políticos. De ahí que sea dudoso que la publicidad que se obtendría autorizando la concentración en cualquier otro lugar pudiera ser considerada "igualmente operativa".

Por lo demás, qué duda cabe de que el mensaje que persiguen transmitir los escraches a que se refieren las resoluciones en análisis versa sobre un tema —la búsqueda de soluciones a la dramática situación provocada por el significativo incremento de los desahucios en el marco de la crisis— y tiene lugar en un contexto —coincidente con la propuesta y posterior tramitación parlamentaria de la reforma de la legislación hipotecaria— que inscribe tales acciones expresivas en las coordenadas de la *crítica política* y de un *debate público sobre cuestiones de (máximo) interés general*[19].

Sobre la base de todo lo anterior, creo que es posible afirmar que las limitaciones que avala el TSJPV en los casos estudiados no son proporcionadas ni respetuosas con el contenido esencial del derecho de reunión y manifestación, al menos si se toma como referencia el canon elaborado por la doctrina del TC para delimitar el ámbito de ejercicio del reiterado derecho fundamental. Por eso, las sentencias

examinadas no debieran constituirse en modelo a seguir en futuras resoluciones que valoren la legitimidad de la prohibición previa realizada por las autoridades administrativas en relación con las concentraciones convocadas ante los domicilios particulares de representantes políticos. No es ése, sin embargo, el pronóstico que permite augurar la posterior sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Aragón (355/2013, de 20 de mayo), mediante la que se declara conforme a derecho la no autorización por parte de la autoridad gubernativa del recorrido de una manifestación con el fin de evitar la concentración y los actos de protesta ante el domicilio de la Consejera de Educación del Gobierno de Aragón. Y ello habida cuenta de que, como principal argumentación a este respecto, se aporta la reproducción literal de buena parte de los fundamentos jurídicos de las resoluciones del TSJPV que han sido analizadas en estas páginas[20].

Por lo demás, si se aceptan las razones hasta aquí aducidas en punto a considerar legítimo ejercicio del derecho fundamental de reunión los escraches celebrados ante domicilios particulares[21], aquéllas habrán de servir también, *a fortiori*, en los casos de escraches programados fuera del entorno personal y familiar del político[22].

A. A MODO DE APUNTE: DE LA PONDERACIÓN COMO MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS AL VACIAMIENTO DEL DERECHO

Sin perjuicio de las conclusiones alcanzadas en el apartado anterior, y en un plano más general, creo que lo hasta aquí expuesto ilustra bien los peligros que encierra la denominada teoría de los límites inmanentes a los derechos fundamentales[23], y, sobre todo, cómo mediante la *técnica de la ponderación* de la que aquélla se vale se abre la puerta al "decisionismo judicial y a la arbitrariedad"[24]. Pues, en efecto, lo que en los casos estudiados parece que hace el juzgador es ponderar la libertad (de reunión y manifestación) y su limitación como si se trataran de intereses equivalentes, viniendo así a enjuiciarse no sólo la proporcionalidad del límite sino también la del derecho limitado[25]. Y de esta forma, como denuncia Vives Antón —en la línea crítica que viene señalando desde hace tiempo este autor hacia el método de la ponderación—, al operar la proporcionalidad no sólo sobre los límites del derecho sino igualmente sobre el derecho fundamental en sí mismo, se incide en la determinación de su contenido esencial y se corre el riesgo de disolverlo[26]. Esto es de hecho lo que sucede, según creo, en las resoluciones analizadas —se disuelve el derecho—. Y bien mirado, por esta vía, si como hemos visto basta con una mínima afectación a un bien o derecho protegido por nuestra Constitución (en este caso la intimidad) y sin que se requiera atender a ninguna otra circunstancia para (nada menos) prohibir preventivamente una reunión o manifestación —sea con ocasión de un escrache o de otra modalidad de protesta—, el repetido derecho fundamental podría ser desactivado en *cualquier* caso.

3. ¿SON LOS ESCRACHES DELITO? ¿SON INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA?

Hasta aquí se ha explicado por qué con carácter general no resulta conforme al contenido constitucional del derecho de reunión y manifestación prohibir de forma anticipada los escraches. Lo que ahora me gustaría subrayar es que, aun cuando no se esté de acuerdo con esta afirmación y se entienda que tales actuaciones suponen normalmente una extralimitación en el ejercicio del derecho fundamental señalado, ello no permitiría sostener sin más que por participar en ellas se incurre en responsabilidad administrativa, ni mucho menos aún en responsabilidad penal.

A. PERSPECTIVA PENAL

Esta idea interesa destacarla pues en los últimos tiempos se advierte una corriente de

opinión, integrada por políticos y también por diversos juristas, que viene denunciando la asimilación de estas conductas a, entre otras infracciones, las amenazas, las coacciones, los desórdenes públicos o a algunos delitos contra las instituciones del Estado. En el marco de este trabajo no es posible entrar a analizar de manera pormenorizada cada una de estas figuras delictivas a propósito de las acciones de protesta que estudiamos. Con todo, a los efectos que ahora importan, se debe poner de relieve que en términos jurídico-penales no se puede calificar genéricamente el escrache como un comportamiento constitutivo de cualquiera de las referidas infracciones sin a la vez hacer una interpretación muy forzada de los tipos y sin violentar, de esta forma, los principios de legalidad, de ofensividad y de prohibición de exceso[27]. Desde estos parámetros garantistas, que son los que deben regir la interpretación en Derecho penal, no cabe entender, en efecto, que concentrarse pacíficamente ante el domicilio de un político —o ante la sede de un partido— pueda cumplimentar la alteración del orden público "con el fin de atentar contra la paz pública" que conforma, entre otros elementos típicos, los desórdenes públicos del art. 557 CP[28], o la "fuerza, violencia o intimidación o amenaza grave" dirigida a coartar la libre manifestación de las opiniones o emisiones de votos de los miembros del poder legislativo a que alude el art. 498 CP[29]. Del mismo modo que, por aludir a las figuras delictivas que con más frecuencia se han asociado a los escraches, tampoco parece admisible concluir que dificultar el acceso o la salida de un domicilio durante un breve período de tiempo, como consecuencia de la presencia en el lugar de manifestantes, pueda adquirir en términos generales la suficiente entidad *desde el punto de vista de la afectación a la libertad de obrar* para dar entrada a los tipos de coacciones. Lo anterior sin perjuicio de si se asume —algo que aquí no se hace— la criticada y criticable, desde la perspectiva de los principios antedichos, elasticidad interpretativa a que viene siendo sometido por parte de los tribunales el concepto de violencia en las citadas infracciones y conforme a la cual, como es conocido, la violencia se desnaturaliza —se "espiritualiza"— y pasa a dar cabida también, además de a la fuerza física, a la intimidación e incluso a la fuerza en las cosas y a otro tipos de comportamientos cuyo carácter violento —en sentido estricto— es más que discutible[30]. Resulta ilustrativo en este sentido el auto del Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid de 10 de mayo de 2013, en el que se afirma que no hubo "*violencia física ni fuerza en las cosas ni restricción a la libertad de obrar de la familia de la Vicepresidenta del Gobierno por el mero hecho de concentrarse ante el domicilio particular y la imposibilidad de sacar al hijo de la Sra. Sáenz de Santamaría a pasear durante los poco más de 20 minutos que duró la manifestación*"; añadiéndose a continuación que "*sólo estaríamos ante la presencia de actos delictivos si los convocados no se hubieren manifestado o expresado pacíficamente*" y que "*(l)a concentración que se realiza delante del domicilio de un cargo público es evidente que ocasiona ciertas molestias; no sólo al cargo público, sino también a su familia y vecinos, ya que puede obstaculizar el tráfico, el acceso o salida del domicilio con vehículos, puede causar incomodidades al oírse consignas o reivindicaciones, gritos, etc., pero estas perturbaciones no se encuadran dentro de la violencia o la fuerza en las cosas que requiere el tipo de las coacciones y sí en el ámbito de la libertad de expresión y son consecuencia inevitable del ejercicio del derecho de manifestación*"[31].

Naturalmente que nada de lo anterior obsta a que si uno o varios individuos incurren durante la realización del escrache en conductas violentas, y por ejemplo golpean y hieren a otros, profieren amenazas o insultos, o desobedecen contumazmente a los agentes de la autoridad, deba plantearse la exigencia a aquéllos de responsabilidad por las correspondientes infracciones —delitos o faltas— de lesiones, amenazas, injurias, desobediencia, etc.[32]. Pero incluso en algunos de estos supuestos, una vez afirmada la tipicidad penal, cabrá valorar todavía si el ejercicio legítimo de los derechos de reunión y manifestación

y —sobre todo— de la libertad de expresión puede justificar en el caso concreto la conducta y, con ello, eliminar su antijuridicidad[33]. Es, pues, en este terreno principalmente, en el de la discusión sobre la eventual aplicación de la eximente del artículo 20.7 CP[34], donde habrán de cobrar relevancia —en su caso, y en función de la entidad del comportamiento y del resto de circunstancias concurrentes— las consideraciones relativas a la libertad de expresión y al derecho de reunión y manifestación contenidas en los autos de archivo aludidos y que han sido reflejadas más arriba (carácter público del afectado, asunto de trascendencia pública, encaje en el marco de la crítica política, etc.)[35].

En relación con los convocantes u organizadores de la protesta, descartado con carácter general que el hecho de concentrarse ante un domicilio particular adquiera de suyo naturaleza delictiva, decae también la viabilidad del delito de reunión ilícita que castiga a los "promotores o directores de cualquier reunión o manifestación" celebrada "con el fin de cometer algún delito" (art. 514.1 en relación con el art. 513.1 CP)[36]. Ello al margen, nuevamente, de aquellas hipótesis concretas en las que la convocatoria sí que cumpliera tal exigencia típica o bien los mismos sujetos no hubieran tratado de impedir por todos los medios a su alcance la concurrencia de "personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso" (art. 514.1, inciso segundo, en relación con el 513.1 y 2)[37], o "convocaren, celebraren o intentaren celebrar de nuevo una reunión o manifestación que hubiese sido previamente suspendida o prohibida", pero únicamente en este último caso en la medida en que quedara probado —algo ciertamente improbable *a priori*, a la vista de las pautas que se suelen seguir en los escraches— que lo anterior se hace con la intención de "subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública" (art. 514.5 CP).

B. PERSPECTIVA ADMINISTRATIVA. LA LEY ORGÁNICA SOBRE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA Y EL DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN

Por lo que se refiere ahora al plano del Derecho administrativo sancionador, ha de quedar sentado que tampoco es posible atribuir en principio ninguna responsabilidad a los meros participantes en los escraches, salvo que en ellos recaiga la condición de organizador o promotor de la convocatoria y además no se haya dado comunicación previa a la autoridad gubernativa o se haya incumplido alguna otra de las previsiones de los arts. 4.2 y siguientes de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión[38]. El hecho de tomar parte en una manifestación que no ha sido comunicada o que, habiéndose cumplido este trámite, ha sido prohibida preventivamente por la autoridad no es por sí mismo constitutivo de infracción alguna —el artículo 23 c) de la LOPSC, de acuerdo con lo acabado de indicar, castiga en esos casos sólo a los organizadores o promotores—. Lo anterior a excepción de que se entienda que la mera acción de manifestarse en tales circunstancias merece ser sancionada como uno de los *desórdenes públicos* tipificados en la LOPSC, ya sea en la modalidad de infracción grave, muy grave o leve (arts. 23 n), 24 y 26 i) respectivamente)[39]; *pero semejante conclusión estimo que es difícilmente aceptable en un régimen democrático*[40]. Por lo demás, y aunque en un plano de importancia menor, desde una perspectiva sistemática tal resultado resultaría absurdo: la propia Ley sobre protección de la seguridad ciudadana, en el mismo precepto y con idéntica sanción, castiga precisamente esa conducta pero sólo —se debe decir una vez más— en relación con los promotores u organizadores (y excluyendo, por tanto, a aquéllos que no reúnen dicha cualidad).

Es importante tener bien presente esta idea —*y hay que remarcar que no siempre se hace así por parte de la Administración*— a la hora de

determinar el alcance típico de las mencionadas infracciones de desórdenes públicos de la LOPSC. De hecho, y por lo que respecta ahora particularmente a los casos que son objeto de atención en este trabajo, hay precedentes jurisprudenciales con ocasión de supuestos homologables a los escraches —en tanto que se refieren a protestas celebradas ante domicilios particulares— que han revocado la imposición de sanciones por las infracciones graves y leves de los arts. 23 n) y 26 i) LOPSC[41]; lo que significa que, a juicio de dicha jurisprudencia, este tipo de conductas no merecen siquiera la calificación de ilícito administrativo menor. Habrá que ver si ése es el criterio que se sigue en el futuro a propósito de los eventuales recursos contra el alud de sanciones administrativas que, según reflejan los periódicos, se están imponiendo últimamente a los ciudadanos que participan en escraches —por el solo hecho de intervenir en ellos y no de organizarlos o promocionarlos—.

En suma, y al margen de la opinión que a cada cual le pueda merecer esta forma de protesta[42], en términos estrictamente jurídicos no estamos ante conductas ilícitas, y, por lo tanto, participar en ellas no puede —no debería— dar lugar con carácter general, y a salvo de las matizaciones que se han venido haciendo en páginas anteriores, a la exigencia de responsabilidades penales ni tampoco administrativas.

C. LA SOMBRA DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL

Creo que no es necesario insistir más ahora en la importancia de la libertad de expresión para una sociedad democrática, ni en la necesidad —tomando las palabras de Vives Antón— de "estar siempre en guardia frente a los mil peligros que a cada momento la amenazan"[43]. La experiencia histórica enseña, y esto es lo que en este momento quisiera resaltar, que en tiempos de crisis se intensifica la criminalización de la protesta social; lo que no es sino un signo que confirma lo vulnerables que resultan las libertades de expresión y de reunión y manifestación y, a la vez, de su trascendencia; pues así se explica también el interés del poder político en desincentivar su ejercicio. Como muestra brillantemente Rodríguez Montañés, la evolución de la libertad de expresión en la jurisprudencia estadounidense, europea y española si algo expresa es la "enorme fragilidad" que adquiere en tiempos convulsos este derecho fundamental —del cual, ya está dicho, la libertad de reunión y manifestación no es más que un mero trasunto— y de ahí, nuevamente, la imperiosa necesidad de defenderla[44].

Por otra parte, y como también es conocido, la criminalización en sentido estricto se ve normalmente acompañada de un discurso estigmatizador de los actos de protesta social y de sus protagonistas —criminalización en sentido amplio— que sirve para abonar el terreno de la represión[45]. El caso de los escraches no ha sido una excepción a este respecto, y en este sentido resulta muy elocuente la vinculación que se ha querido trazar entre este fenómeno de protesta y las prácticas nazis o el entorno del terrorismo etarra[46].

Recientemente se ha aducido, al hilo del debate generado en torno a los escraches, que "(s)i el derecho de reunión y el derecho de manifestación fueran derechos fundamentales cuasi absolutos en situaciones de injusticias graves y de contención social, la seguridad nacional también podría ser causa absoluta y preferente sobre el derecho a la libertad personal en situaciones de terrorismo y alarma social"[47]. En mi opinión, tal consideración constituye otro ejemplo de planteamiento del tema en términos claramente desenfocados. No se trata de concebir el derecho de reunión de manera "absoluta" sino de evitar su estrechamiento; es decir, de respetar su contenido constitucional[48]. Esto último no se hace cuando se entiende, en los términos en que se ha comprobado en páginas anteriores, que cualquier vulneración de la intimidad, por exigua que sea, justifica el sacrificio del aludido derecho (no se olvide que el carácter molesto y —en alguna medida siempre— perjudicial para los

derechos de los demás resulta consustancial a toda acción de protesta); o cuando se busca forzar los tipos —penales y administrativos— para castigar las manifestaciones de protesta, aunque sea a costa de erosionar principios nucleares como el de legalidad o el de prohibición de exceso[49]. Por eso, como decía, de lo que se trataría es más bien de impedir que en tiempos de crisis, en los que —esto no creo que nadie lo ponga en duda— resulta comprensible que aumente la necesidad de la protesta social, no se deforme, restringiéndolo, el contenido del derecho de reunión y manifestación y de libertad de expresión. Como se ha mencionado ya, la experiencia histórica demuestra que es esto justamente, y no lo contrario, lo que sucede en tales situaciones. Una muestra evidente de esta tendencia podemos encontrarla en el Proyecto de reforma penal de 2013. A analizar esta cuestión se destina la última parte del trabajo.

4. (CONTRA)REFORMA PENAL Y DERECHO DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN: LOS DELITOS DE DESÓRDENES PÚBLICOS EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2013

En la línea de las consideraciones que se vienen haciendo conviene llamar la atención, en efecto, sobre la incidencia que tendría, en relación con los derechos fundamentales que son objeto de atención en este trabajo, la aprobación del Proyecto de reforma penal de 2013, particularmente por lo que respecta a las previsiones relativas a los delitos de desórdenes públicos. Como ya ha puesto de relieve la doctrina[50], son varios los aspectos criticables del nuevo texto desde esta perspectiva. Entre ellos cabe citar la tipificación de la interrupción del funcionamiento de los medios de transporte públicos (art. 560 bis)[51] —sin que aquí se exija la causación de daños, a diferencia del vigente art. 560 (que se mantiene también con el proyecto)—, la extensión de la figura delictiva de invasión de establecimientos o edificios (art. 557 ter)[52], o la supresión del actual art. 559, que castiga los desórdenes públicos dirigidos precisamente a impedir el ejercicio de los "derechos cívicos" (entre los que se cuenta el de reunión y manifestación). Con todo, creo que lo más preocupante de la reforma en este ámbito es la incorporación que contempla de tipos de incitación y de reforzamiento de la decisión o disposición delictiva de terceros. Y es que si de acuerdo con el Código penal vigente la provocación, la proposición y la conspiración en este contexto delictivo no resultan punibles, la normativa proyectada sanciona —y con las mismas penas que las que les corresponderían a los autores (!)— a "quienes actuaren sobre el grupo o sus individuos incitándoles a realizar las acciones descritas en el apartado anterior" (tipo básico de desórdenes públicos)[53] "o reforzando su disposición a llevarlas a cabo" (art. 557.2 del proyecto); o igualmente, en este caso con una penalidad menor, la "distribución o difusión pública, a través de cualquier medio, de mensajes o consignas que inciten a la comisión de algunos de los delitos de alteración del orden público del art. 557 bis" (tipo agravado de desórdenes públicos)[54] "o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo" (art. 559 del proyecto).

La regulación descrita supondría, en mi opinión, una ampliación insoportable de la barrera de intervención penal. Algunos ejemplos pueden servir para justificar esta afirmación: en el marco del proyecto sería posible castigar con la pena de 1 a 6 (!) años de prisión al sujeto (A) que, en el contexto de una reunión numerosa, *reforzara la disposición* de otros (B) a alterar la paz pública —amenazando éstos (B) a terceros (C) con ejecutar actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas— (art. 557.2 en relación con art. 557.1 y el art. 557 bis); o asimismo cabría sancionar, aquí con pena de 3 meses a 1 año de prisión, al sujeto (A) que difundiera públicamente un mensaje por cualquier medio que sirviera para *reforzar la*

decisión de B de, a su vez, *reforzar la disposición* de C para que éste realice la referida amenaza de actos de violencia o cualquier otro desorden público con ocasión de una manifestación o reunión numerosa (art. 559 en relación con los arts. 557 bis.3º y 557). Así las cosas, resulta sorprendente —o, en rigor, hasta cínico— que la Exposición de Motivos del proyecto asevere, a título de justificación de este nuevo tipo del art. 559, que "(d)e este modo, se evita la sanción general de la mera realización de comentarios que puedan incitar de un modo más o menos indirecto a los desórdenes públicos, y solamente se sancionan los actos de incitación a desórdenes especialmente graves cuya delimitación no plantea dificultades"[55].

En íntima conexión con lo anterior, no se puede perder de vista la notable inseguridad interpretativa y el riesgo de expansión punitiva que introduciría la presencia de los elementos típicos de los que aquí se vale el prelegislador. Si la falta de taxatividad siempre resulta criticable, todavía merece más rechazo cuando nos movemos en un ámbito tan cercano al ejercicio de derechos fundamentales; piénsese a este respecto en que se habría de entrar a valorar si la actuación de un sujeto —portando por ejemplo una pancarta con un determinado eslogan— es idónea para *reforzar la disposición* de algún integrante del grupo a realizar el delito, o si la consigna divulgada a través de mensajes SMS o de Internet *serviría para reforzar* en alguien esa *decisión* delictiva —ya tomada— (¿bastaría, por ejemplo, a estos efectos con haber proclamado la necesidad de protestar ante la casa de los políticos a fin de "remover sus conciencias"?)[56].

Esta clase de previsiones, en sintonía con la estrategia de estigmatización —o criminalización en sentido amplio— a la que se hacía referencia más arriba, habían sido adelantadas a través de un goteo de anuncios por parte de responsables políticos en los medios de comunicación ante el incremento de las acciones de protesta social de los últimos tiempos; si bien no por ello deja de causar estupor su incorporación al texto del proyecto[57]. Como ha subrayado Cuerda Arnau, "la proscripción del desaliento, en tanto que componente de la proporcionalidad de la reacción, es un límite constitucional esencial que el art. 20 CE impone, no sólo a la actividad judicial, sino también a la actividad legislativa, límite que se inserta en el proceso de justificación del castigo y que en un Estado democrático obliga a excluir al derecho penal como factor de desánimo del ejercicio de derechos fundamentales"; esto es, a renunciar a la sanción penal ante conductas levemente ofensivas y/o muy próximas al legítimo ejercicio del derecho fundamental[58]. Lo anterior constituye una exigencia derivada de nuestra Constitución y del Convenio europeo de derechos humanos, así como de la doctrina construida, en aplicación de dichos textos, por la jurisprudencia del TC y del TEDH[59]. Pero es evidente que la regulación que se avecina no se ajusta a tales garantías, ni tampoco al resto de principios penales básicos a los que se viene haciendo referencia en líneas anteriores.

A. CONSIDERACIÓN FINAL

Este breve repaso por las novedades que presenta el proyecto en relación con los delitos de desórdenes públicos deja, a mi juicio, poco margen de duda en cuanto a que una de las finalidades que preside la reforma se cifra en limitar los derechos fundamentales de reunión y manifestación y de libertad de expresión. En este orden de cosas, creo que no se exagera si se afirma que el proyecto en este punto permite evocar la Ley 45/1959, de 30 de julio, en cuyo art. 2 se declaraban como actos contrarios al orden público, entre otros, "todos aquellos por los cuales se propague, recomiende o provoque la subversión o se haga la apología de la violencia o de cualquier otro medio para llegar a ella", o simplemente "excitar al incumplimiento de las normas relativas al orden público". Repárese, por lo demás, en que *la definición transcrita se concebía en la citada ley franquista a efectos de sanción administrativa y que aquí estamos hablando, desde la perspectiva del proyecto, de castigos de naturaleza penal.*

A la hora de abordar una reformulación de los delitos de esta clase conviene no olvidar los excesos limitadores de los derechos que se han cometido a lo largo de la historia al abrigo de la tutela de nociones como el orden público. De aprobarse esta reforma, en los términos en que ahora se prevé, no hay duda de que se avanzaría en una dirección criminalizadora de la protesta social y de que asistiríamos, por esta vía, a un grave retroceso en materia de derechos de reunión y manifestación y de libertad de expresión. Ello resultaría, por las razones que se han señalado, inaceptable desde un punto de vista constitucional y jurídico-penal. Pero aún más, en un plano moral, sería indigno. Recortar (también) los derechos de protesta en la situación de restricción de derechos sociales que vivimos sólo añadiría una poderosa razón —una más— para alimentar la conflictividad social y la protesta en las calles. Muchos ciudadanos respetables seguiremos manifestándonos, y animando a otros a que nos secunden, aunque sea bajo amenaza de cárcel.

NOTAS

1. Cfr. también, en una línea similar, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Aragón 355/2013, de 20 de mayo.

2. "El derecho de reunión es (…) un rasgo distintivo de un Estado liberal-democrático frente a uno de carácter autoritario, y ello porque su reconocimiento constituye uno de esos indicadores que nos proporciona información fiable relativa al mayor o menor grado de participación democrática existente en el régimen político de que se trate" (Martínez Garay, L./Mira Benavent, J., *Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 49). Cfr. asimismo, de Lucas Martín, subrayando la idea de que la democracia no es tal sin resistencia e insistiendo en el "viejo argumento" de que "la calidad de un sistema democrático se mide siempre por su visión y su trato a la desobediencia civil" ("Ciudadanía, derechos humanos, y desobediencia civil", *Conferencia celebrada en las IV jornadas sobre Noviolencia Activa*, Donostia/San Sebastián, octubre de 2005, http://www.bidea-helburu.org/testuak/04_00_liburua_04_ciudadania_%20derechos%20humanos_%20y_%20desobediencia%20civil.htm, última visita: 31 de julio de 2013). Vid. también, del mismo autor, "Una consecuencia de la tesis de los derechos: la desobediencia civil según R. Dworkin", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* nº 2, 1985, págs. 197 y ss, y págs. 205 y ss.

3. STC 59/1990, de 29 de marzo, FJ 5. En la misma línea, entre otras, las SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ2; 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 195/2003, de 27 de octubre, FJ 3; 163/2006, de 22 de mayo, FJ 3.

4. En términos similares, el art. 10 de la LO 9/1983 dispone que "(s)i la autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, podrán prohibir la reunión o manifestación o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar duración o itinerario de la reunión o manifestación".

5. Vid., por ejemplo, las SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3; 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 195/2003, de 27 de octubre, FJ 3 y 6; 163/2006, de 22 de mayo, FJ 2; STC 193/2011, de 12 de diciembre, FJ 3 y 6. La estrecha vinculación entre el derecho de reunión y manifestación y la libertad de expresión y el pluralismo político lo ha destacado también de manera reiterada la jurisprudencia del TEDH (vid., entre otras, caso Refah Partisi y otros c. Turquía, 31 de julio de 2001; caso Stankov y United Macedonian Organisation c. Bulgaria, 2 de octubre 2001).

6. Vid. SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3; 195/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 170/2008, de 15 de diciembre, FJ 3; 96/2010, de 15 de noviembre, FJ 3 y 193/2011, de 12 de diciembre, FJ 3.

7. El subrayado es añadido. Puede verse en la misma dirección, por ejemplo, las SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3; 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2 y 5; 193/2011, de 12 de diciembre, FJ 3, 4 y 5.

8. Vid. extensamente sobre ello, Martínez Garay, L./Mira Benavent, J., *Audiencia Nacional…*, cit., págs. 44 y ss. Cfr. también Javato Martín, A., "Libertad de reunión y Derecho penal. Análisis de los artículos 513 y 514 del Código penal", *InDret* 3/2011, págs. 22 y ss.

9. El carácter inadecuado de dicha limitación anticipada resulta aún más evidente si, como hace parte de la doctrina para evitar un estrechamiento excesivo del contenido esencial del derecho de reunión, se adopta un planteamiento metodológico en virtud del cual sólo resultan aplicables a los derechos fundamentales aquellos límites que se contemplan expresamente en la letra de la Constitución (vid. una fundamentada toma de posición en este sentido en Martínez Garay, L./Mira Benavent, J., *Audiencia nacional…*, cit., págs. 80 y ss.). Desde este prisma, el único motivo de prohibición del derecho de reunión y manifestación estaría constituido por la "alteración del orden público, con peligro para personas y bienes", y así las cosas no parece, en efecto, que en el caso que nos ocupa —ni tampoco en el de los escraches en abstracto, de acuerdo con el patrón general de estas conductas— quepa inferir un riesgo de *acciones violentas* de las que pueda derivarse peligro para personas o bienes ("integridad física o moral de las personas o integridad de los bienes públicos o privados") con arreglo a los términos en que el TC ha interpretado tal referencia del art. 21.2 CE (vid. por ejemplo, la STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3; o la 163/2006, de 22 de mayo, FJ 2; con mayor razón aún habría de descartarse la legitimidad de la prohibición con base en esta limitación constitucional si se parte de concepciones exegéticas más restrictivas respecto al alcance de la cláusula del orden público del art. 21.2 CE, como es el caso de la que lo restringe a los supuestos de "colapso circulatorio" (Martínez Garay, L./Mira Benavent, J., *Audiencia Nacional…*, cit., págs. 86 y ss.; vid. asimismo, recientemente, insistiendo en la necesidad de interpretar restrictivamente el concepto de orden público en este contexto, Sandoval, J.C., *El delito de rebelión. Bien jurídico y conducta típica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 181 y ss.)). De hecho, así lo entienden las propias sentencias que comentamos cuando a fin de excluir la aplicabilidad al supuesto enjuiciado de la limitación relativa al orden público con peligro para personas y bienes afirman que "no se trata de efectuar una prospección sobre si se producirá un peligro material para las personas o bienes, cuestión que ni se menciona en la resolución impugnada" e insisten a continuación en que de lo que se trata aquí es de determinar "si se produce una colisión con otros derechos fundamentales y si ésta es "desproporcionada"". Lo que en el texto se quiere mostrar es que la solución a la que llegan las sentencias en estudio resulta igualmente cuestionable incluso desde las premisas de las que en ellas se parten —que son también las que sigue en ocasiones la doctrina del TC—, y a tenor de las cuales la restricción del derecho de reunión puede derivarse asimismo de otros límites (tácitos) —que se cifran en la tutela de los valores constitucionales en general— y que aunque no están explícitamente previstos en la Constitución vienen dados por la naturaleza relativa o limitada de todos los derechos fundamentales (se trata de la denominada *teoría de los límites inmanentes a los derechos fundamentales*; vid. sobre esta construcción, de Otto y Pardo, I., "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía del art. 53.1 de la Constitución", en Martín-Retortillo, L./de Otto y Pardo, I., Derechos fundamentales y Constitución, Civitas, Madrid, 1988, págs. 107 y ss. y 120 y ss.; cfr. también Martínez Garay, L./Mira Benavent, J., *Audiencia Nacional…*, cit., págs. 80 y ss.). Pues, en efecto, también desde estos presupuestos la interpretación de aquellos límites debería estar presidida *en principio* por la regla de excepcionalidad que hemos visto que imprime a este respecto el texto constitucional (cfr., no obstante, lo apuntado *infra*: 2.A.) y que es lo que justifica, como hemos visto, que incluso desde esta perspectiva se exija que para que la limitación sea legítima se deba tratar de una perturbación "desproporcionada" de otros bienes o valores constitucionales. Mas este extremo (el carácter desproporcionado de la perturbación), como se explica en el texto, no es posible afirmarlo en las resoluciones examinadas.

10. Máxime si se tiene en cuenta que el TC, con ocasión de la valoración del ruido derivado de la utilización de megafonías y otros elementos sonoros durante el transcurso de manifestaciones, ha declarado que "la posibilidad de emitir en el momento de la reunión mensajes escritos o verbales —amplificados por megafonía o no— por parte de los titulares del derecho de reunión es inescindible de éste" y que, en consecuencia, su libre utilización, dentro de determinados límites que no supongan una desnaturalización del contenido del derecho fundamental —entre los que se destacan que el uso de la megafonía se acomode a los límites establecidos en materia de ruido por las ordenanzas municipales— debe considerarse amparada por el derecho del art. 21.1 CE (STC 195/2003, de 27 de octubre, FJ 6 y 8; y la STC 193/2011, de 12 de diciembre, FJ 5 y 7, en este caso en referencia concretamente a "las quejas de los vecinos" como consecuencia del ruido que soportan ocasionado por el uso de megafonía y otros instrumentos sonoros similares). Sobre estos presupuestos, y con apoyo asimismo en la jurisprudencia del TEDH —en la que se resalta que la tutela del derecho de reunión abarca "no sólo la esencia de las ideas e informaciones expresadas, sino también su forma de expresión" (caso Gouveia Gomes Fernandes y Freitas e Costa c. Portugal, 29 de marzo de 2011)— Presno Linera concluye que los gritos y consignas proferidos ante un domicilio son, dentro de los márgenes indicados (el uso de los elementos ruidosos respetando los decibelios que permite la legislación específica en la materia), "parte del objeto protegido por el derecho de reunión y no suponen lesión ni de la intimidad ni de la inviolabilidad del domicilio" ("Los escraches", *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho,* nº 37, mayo 2013, pág. 79).

11. Tal y como el TC se encarga de recordar, las reuniones *no pacíficas* quedan ya directamente excluidas del ámbito de tutela constitucional por el párrafo primero del art. 21 CE y por eso la cláusula relativa a la "alteración del orden pú-

blico, con peligro para personas o bienes" del párrafo segundo de dicho precepto no puede entenderse como sinónimo de reunión no pacífica, debiendo integrar entonces el contenido "propio y específico" del límite del art. 21.2 CE, en opinión del alto tribunal y según se ha adelantado ya más arriba, "los peligros para personas o bienes derivados de las acciones violentas que puedan derivarse de la celebración pacífica de la concentración, ya sea porque la misma cree situaciones que provoquen directamente esos peligros, ya porque imposibilite la realización de actividades tendentes a evitar o paliar los citados peligros" (STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3). Es decir, se asume que reuniones pacíficas pueden dar lugar a situaciones de las que se sigan acciones violentas con peligro para personas o bienes, y que tales son los casos que debe conjurar el límite del art. 21.2 CE. De ahí la importancia, por lo que aquí ahora interesa, de atender a las circunstancias particulares de la convocatoria específica a fin de valorar si existen indicios que permitan deducir tal riesgo de propensión violenta. Pues bien, esa misma trascendencia adquieren lógicamente los indicios del caso concreto, en el sentido en el que se trata de poner de manifiesto en el texto, cuando para prohibir preventivamente el derecho de reunión no se parte del límite expreso del art. 21.2 sino del basado en la "desproporcionada perturbación" de otro bien jurídico constitucional, tal y como se hace en las sentencias del TSJPV que aquí son objeto de atención.

12. La intromisión en la intimidad resulta injustificada "cuando se programa el domicilio particular, como lugar de concentración, con la finalidad de presionar la voluntad del representante político, precisamente mediante la injerencia en su ámbito más íntimo y personal. Lo que se instrumentaliza como elemento de presión es la injerencia en la vida privada y personal del representante político, derecho a la intimidad personal y familiar que se vincula con la propia personalidad y la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)" (sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJPV 218/2013, de 16 de abril de 2013). La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJPV 219/2013, de 16 de abril, que reproduce casi en su totalidad los fundamentos jurídicos de la resolución anterior, añade en este punto, y en términos igual de ambiguos, lo siguiente: "(L)o que, en criterio de la Sala, no puede considerarse proporcionado es la utilización de la injerencia en la vida privada, mediante la utilización de una concentración ante el domicilio particular, como medio de presión para mover la voluntad de un representante político en un Estado democrático, donde existen cauces de participación pública y política que posibilitan la repercusión pública del mensaje reivindicativo, sin que se comprometan desproporcionadamente otros derechos fundamentales". En distinta línea —aun cuando se acabe aquí respaldando igualmente la prohibición del paso de una manifestación por el domicilio de un representante político— cabe situar la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJPV 1054/1998, de 24 de diciembre. En esta resolución se establece como criterio general que la concentración en las inmediaciones del domicilio de quien tiene alguna relación con la finalidad pública de tales actos no es "fundamento suficiente para prohibir o incluso modificar el lugar de concentración o de paro, si no concurren las situaciones de riesgo o peligro mencionadas" ("violencia física o al menos moral con alcance intimidatorio para terceros"), si bien a continuación el tribunal entra a valorar *una serie de circunstancias del caso concreto* ("el ambiente de presión y acoso", el hecho de que se hubiera señalado previamente el domicilio con una pintada y de que hubiera programadas varias manifestaciones reiteradas con el mismo itinerario que harían que el riesgo se fuera "acrecentando desde la primera manifestación (…) al ampliarse el número de los partícipes que identificarían el domicilio" del afectado, la duración, trayecto y previsible afluencia de la marcha, el texto de las pancartas), que, a su juicio, lo "individualizan frente a situaciones similares" y que le llevan a concluir que se crearía un "peligro grave físico, además de un riesgo grave de intimidación moral".

13. En este punto no está de más insistir en que el TC se ha pronunciado repetidas veces en el sentido de que "para poder restringir el derecho de reunión deberán ponderarse, caso a caso, todas las circunstancias específicas concurrentes en cada una de las reuniones que pretendan llevarse a cabo" (vid. STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3 y 4; STC 42/2000, de 14 de febrero, F. 4; STC 193/2011, de 12 de diciembre, FJ 3); o que asimismo ha señalado que el límite al ejercicio de un derecho —refiriéndose aquí en concreto al orden público frente a la libertad de manifestación de las convicciones religiosas, ideológicas o de culto del art. 16.1 CE— "no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad" (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 11). Vid. también en esta dirección, en alusión específica aquí al derecho de reunión, por ejemplo, la STC 195/2003, de 27 de octubre, FJ 7 o la STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2.

14. En estos términos se refiere el TC al límite previsto en el art. 21.2 CE (STC 59/1990, de 29 de marzo, FJ 5). La STC 66/1995, de 8 de mayo, habla de medida "tan drástica (…)" (FJ 4).

15. A título de ejemplo, sobre la consolidada doctrina del TC y del TEDH de la que se sigue la rebaja de la tutela del honor frente a la libertad de expresión cuando el afectado es un cargo público, pueden verse las SSTC 107/1988, de

8 de junio, FJ 2 y 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8 y 9, y 19 de julio de 2004 y las SSTEDH caso Incal c. Turquía, de 9 de junio de 1998 y caso Lopes Gomes da Silva c. Portugal, de 28 de septiembre de 2000.

16. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJPV 214/2013, de 16 de abril. En cambio, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJPV 274/2003, de 14 de mayo, utiliza precisamente como argumento para considerar ajustada a derecho la prohibición de una manifestación ante el domicilio particular de unos empresarios el hecho de que se trate de "personas sin relevancia pública".

17. "La esencia del "escrache" consiste en apuntar directamente los mensajes acusadores contra la persona, levantando los velos que la institución, la organización, el cargo, etc. se interponen habitualmente al discurso de la responsabilidad" (Paredes Castañón, J.M., "Escrache: ¿es delito?", *Trazos de aprendizaje y de experiencia*, http://josemanuelparedes.blogspot.com.es/2013/03/escrache-es-delito.html, última visita: 31 de julio de 2013). En este orden de consideraciones, quizás tampoco debiera perderse de vista el contenido simbólico a la vez que el mayor impacto y eficacia que se pretenden a través de este modo de transmitir el mensaje: se trata de llamar la atención sobre la situación que asola a miles de familias que han sido desahuciadas de sus casas incidiendo justamente sobre ese ámbito tan íntimo y privado (el de las viviendas, en este caso de los representantes políticos de los que depende en buena medida la decisión sobre la regulación del problema) (en sentido parecido, Presno Linera, M.A., "Escraches", cit., pág. 78). Otros argumentos que se han aducido en esta línea se remiten al hecho de que la protesta en estos casos se ejercita por parte de colectivos que se encuentran en una situación de vulneración grave y sistemática de derechos básicos, con una voz infrarrepresentada en el espacio público y sin fuerza para contrarrestar la constante presión que sobre las instituciones ejercen bancos y grandes promotores (Asens, J/Pisarello, G., "Los escraches", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 865/2013).

18. STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3. Vid. también, entre otras, las SSTC 163/2006, de 22 de mayo, FJ 3 y 193/2011, de 12 de diciembre, FJ 5.

19. Vid. destacando la dilatación del margen de la libertad de expresión que, de acuerdo con la jurisprudencia del TC y del TEDH, debe operar cuando se trata de asuntos de trascendencia pública, particularmente en el marco de la crítica política, Cuerda Arnau, M.L., "Libertad de expresión y crítica política a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Teoría y Derecho*, 2013, nº 13, págs. 215 y ss. Cfr. asimismo la STEDH caso Lopes Gomes da Silva c. Portugal, de 28 de septiembre de 2000 y caso Plattform «Ärzte Für Das Leben» c. Austria, de 21 de junio de 1988.

20. Añadiéndose a continuación que "como se sostiene en la Sentencia apuntada (del TSJPV), cuando existe colisión entre el derecho a la libertad de expresión, manifestación o reunión con el derecho (…) (a la inviolabilidad del) domicilio, el sacrificio de uno u otro debe tener una clara justificación pues de lo contrario existiría un ejercicio antisocial del mismo y en perjuicio de terceros que sería desproporcionado. Y en este caso este Tribunal considera que no es necesario para el ejercicio del derecho de manifestación la concentración enfrente del domicilio de la Consejera. No añade nada a la acción reivindicativa y es desproporcionado en cuanto al fin que pretende (…)".

21. Son éstos los que han centrado la atención de este trabajo porque, por razones obvias, constituyen los supuestos que más problemas plantean desde una perspectiva jurídica.

22. Esta última modalidad de escrache —dirigida asimismo a señalar públicamente o a llamar la atención sobre la responsabilidad de una persona pública u organización, y que se celebra ante la sede de partidos políticos, de entidades bancarias, etc.— es la que está adquiriendo mayor protagonismo en las últimos tiempos.

23. Vid. sobre ello lo indicado *supra*: nota 9.

24. Vid. la contundente crítica realizada por Martínez Garay y Mira Benavent a este respecto (*Audiencia Nacional…*, cit., págs. 80 y ss.).

25. Vid. Cuerda Arnau, poniendo de relieve cómo el propio TC se desliza todavía por esta senda de la ponderación en casos difíciles, apartándose así de su propia doctrina y de la del TEDH ("Libertad de expresión…", cit., págs. 229 y ss.; cfr. también págs. 221 y ss.).

26. Vives Antón, T. S., "Ferrajoli y después: una reflexión sobre los fundamentos de la teoría del derecho", *Teoría y Derecho*, nº 13, pág. 322. Cfr. también, del mismo autor, "Sentido y límites de la libertad de expresión", *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 367 y ss., en donde afirmaba ya que "la ponderación judicial abre una brecha incontrolable por la que pueden penetrar cualesquiera limitaciones" (pág. 369); o asimismo el "In-

forme sobre el anteproyecto de Código penal de 1992 del Consejo General del Poder Judicial", *Cuadernos de Política Criminal*, nº 48, 1992, págs. 667 y ss.: "cabe decir que el recurso a la ponderación judicial (*balancing*) anula toda la tutela específica que confieren —a la libertad de expresión y a otros derechos fundamentales— tanto la Constitución norteamericana como la española y, a la vez, degrada la potestad legislativa del Parlamento, hasta el punto de que la aplicación de las leyes queda, en último término, librada a la diferencia judicial" (pág. 674).

27. Como se ha recordado recientemente, con base en la jurisprudencia del TC y del TEDH sobre el efecto desaliento y en el peso que, a la luz de aquélla, debe jugar este extremo como elemento de enjuiciamiento en el marco del principio de prohibición de exceso, "ante un acto comunicativo cercano al legítimo ejercicio de la libertad de expresión (el juez) no debe olvidar que las exigencias derivadas del principio de legalidad devienen aún más reforzadas por su conexión con el derecho fundamental, lo que proscribe la interpretación extensiva —no ya analógica— de la norma penal y, por lo mismo, se robustece la proyección de la proporcionalidad en la interpretación y aplicación de los tipos " (Cuerda Arnau, M.L., "Libertad de expresión…", cit., pág. 224; vid. también págs. 216 y ss. y pág. 225). Cfr. asimismo en este sentido, Rodríguez Montañés, T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 67 y ss.

28. Vid. Paredes Castañón, destacando que tal consideración sólo sería posible si el uso del espacio público fuera en el supuesto concreto "de tal índole que impida el ejercicio de la libertad por parte de terceros"; lo que —añade— "(n) o suele ser el caso, si estamos hablando de un "escrache" ordinario", y llamando la atención sobre la "inaceptable y autoritaria doctrina que las autoridades gubernativas y las fuerzas policiales suelen invocar", a tenor de la cual cualquier manifestación no comunicada a la subdelegación del gobierno comporta la realización del mencionado delito ("Escrache…", cit.). Estoy totalmente de acuerdo con este autor: si, como se explica más adelante (*infra*: punto 3.B.), la simple *participación* en una protesta no comunicada previamente no constituye ni siquiera una infracción administrativa contra el orden público —en lo que respecta a los meros participantes en la reunión o manifestación—, menos aún cabrá admitir su consideración como delito de dicha naturaleza.

29. Para de la Iglesia Chamarro, el escrache, al singularizar el destinatario, apunta un carácter intimidatorio, que se endereza a la finalidad de influir en la posición de un grupo político para que cambie su voto o modifique su política ("la sola presencia del grupo reivindicativo frente a uno genera el efecto intimidatorio y rompe el equilibrio que existe en el derecho de manifestación genérico"; "Los escraches", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 865, 2013). Apurando este razonamiento podría concluirse que cualquier protesta singularizada, dirigida a personas concretas, adquiriría semejante naturaleza intimidatoria. Pero es que incluso dando por buena esta particular exégesis, quedaría todavía por verificar, a efectos de poder invocar el citado tipo, el carácter *grave* de la intimidación.

30. Vid. por todos, censurando fundadamente esta extensión jurisprudencial de la definición de coacciones, Mira Benavent, J, CPC, págs. 96 y ss.

31. Cfr. también, descartando la existencia de delito o falta de coacciones en un escrache celebrado ante el domicilio particular de un alcalde, el auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de Torrelavega de 20 de abril de 2013. En la misma dirección se ha pronunciado el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Teruel en relación con el escrache realizado frente a la vivienda de un diputado por miembros de la PAH de dicha localidad (vid. diario *Heraldo.es*, 28 de mayo de 2013). Por su parte, el auto del Juzgado de Instrucción nº 21 de Valencia de 21 de agosto de 2013, dictado a propósito del escrache llevado a cabo ante el domicilio del representante del Partido popular Esteban González Pons, tras considerar no constitutiva de ilícito penal alguno y amparada por el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión la actuación del conjunto de personas que se limitaron a concentrarse y a permanecer en el lugar un tiempo aproximado de hora y media —"teniendo en cuenta que la concentración fue pacífica, que no se profirieron amenazas o insultos hacia el denunciante ni su familia, que no se alteró el orden público, no se interrumpió la libre circulación de los vehículos por la calle, ni se desobedeció las indicaciones de los agentes"—, estima que "deben reputarse falta" de coacciones y motivar la incoación del correspondiente juicio de faltas los siguientes hechos: acceder dos de las personas concentradas al rellano de la vivienda familiar y llamar al timbre y golpear la puerta con la mano "varias veces", en total "durante un tiempo aproximado de algo más de diez minutos", "sin que conste que llegasen a proferir amenazas o insultos, hasta el punto de que los vecinos del inmueble no advirtieron la presencia de las mismas en el rellano". A mi juicio, la propia descripción del comportamiento ofrecida en la resolución —en los términos en que se acaba de transcribir— resulta bastante ilustrativa por sí sola de la ineptitud del mismo para incidir "en la libertad de decisión y de acción" a la que el propio auto apunta como referencia valorativa de las coacciones, y con ello, pues, del déficit de contenido de injusto existente, que por tratarse de una falta, como se recuerda en la resolución, habrá de ser menor, o más leve, pero —se debe añadir aquí— no insignificante. De interés asimismo en este contexto, el

pronunciamiento del Juzgado de Instrucción nº 1 de Sabadell absolviendo de las faltas de coacciones y de injurias a un grupo de trabajadores que había sido denunciado por convocar escraches ante el domicilio de un empresario para reclamarle el pago de sus salarios (vid. diario *La vanguardia.com*, 14 de octubre de 2013); o igualmente la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección cuarta), de 28 de junio de 2013, que revoca una condena por delito de coacciones con ocasión de la conducta de una madre y su hijo que, en días distintos y durante varias horas cada vez, se sitúan en la vía pública ante los domicilios laboral y particular de un traumatólogo para protestar con pancartas con motivo de una operación mal realizada por dicho profesional de la que se siguieron graves secuelas para el acusado, y abordándole a su paso con gritos y consignas. La Audiencia concluye que no se deduce de los hechos que los acusados emplearan o hicieran uso de la violencia para impedir al médico "hacer algo, en concreto, acceder a los distintos lugares donde presta sus servicios como traumatólogo o a su domicilio", excluye también la existencia del "el dolo típico de la coacción", y añade finalmente, al hilo de todo lo anterior, que tal conducta "no es distinta de la que en estos días constituye práctica habitual, el escrache, y que, en casos similares a éste (…) (ha) finalizado por auto de sobreseimiento", remitiéndose a estos efectos a la resolución del Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid citada en el texto (repárese en que, a diferencia de los supuestos que son objeto de estudio en este trabajo, en este caso el afectado no era un cargo público sino un particular, y en que la protestas se sucedieron aquí durante múltiples días y a lo largo de varias horas en cada ocasión, pese a lo cual se considera improcedente apreciar la conducta como típica de coacciones). La STC 2/1982, de 29 de enero, se refiere asimismo a un particular delante de cuya frutería tuvo lugar una reunión de 200 personas para protestar por el despido de una trabajadora y a consecuencia de lo cual disminuyó la entrada de compradores y algunos de los que estaban en la tienda devolvieron el género. En esta hipótesis se deniega el amparo al condenado por una falta de coacciones, si bien ello se hace al entenderse que tales conductas no pueden considerarse comprendidas en el ámbito del ejercicio legítimo del derecho de reunión (FJ 5) y aclarándose a continuación, en lo que se refiere al extremo que ahora importa, que dada la índole del recurso de amparo al Tribunal no le resulta posible entrar en la valoración de la calificación de la conducta como una falta de coacciones (FJ 6). También aquí, en todo caso, frente a lo que sucede en los supuestos estudiados, el destinatario de la protesta era un particular. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, como advierte Presno Linera ("Los escraches", cit., pág. 76), la jurisprudencia constitucional posterior ha considerado legítimas las concentraciones en las inmediaciones de las sedes de entidades (oficinas bancarias) a las que iba dirigida la protesta (STC 66/1995, de 8 de mayo).

32. A las que habrá que sumar, en su caso, la agravación de la pena prevista por el art. 514.3 CP para las personas que "con ocasión de la celebración de una reunión o manifestación, realicen actos de violencia contra la autoridad, sus agentes, personas o propiedades públicas o privadas" (cfr. también el art. 514.2 CP). Vid. sobre los problemas de interpretación sistemática que plantea la relación del precepto transcrito con los concretos delitos en que se materialicen los actos de violencia (lesiones, atentados, etc.) y con los desórdenes públicos del art. 557 CP, Torres Fernández, M.E., *Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*, Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 315 y 316.

33. Dado que lo que garantiza el art. 21 CE es el derecho de reunión *pacífica y sin armas*, la aplicación del art. 20.7 CP en este contexto no podría admitirse en referencia a conductas claramente violentas o en las que se vea implicado el uso de armas, pues en tales casos —justamente por no tratarse de una reunión pacífica y sin armas— se estaría por fuera de la esfera de tutela constitucional del derecho y por consiguiente no cabría aducir su legítimo ejercicio a efectos de justificación de la conducta. Cabe pensar, sin embargo, en comportamientos que reuniendo los requisitos típicos de los correspondientes delitos o faltas (por ejemplo, una injuria) pudieran resultar compatibles con el concepto de reunión pacífica y sin armas, y respecto de los cuales entonces fuera posible plantearse su justificación con base en el legítimo ejercicio del repetido derecho fundamental y en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto. En la ya mencionada STC 2/1982, de 29 de enero (caso de la frutería), se debate precisamente la posible inclusión en el ámbito del ejercicio legítimo de la libertad de pensamiento y del derecho de reunión y manifestación de una conducta que había sido sancionada como una falta de coacciones, y si bien el TC concluye aquí que el derecho fundamental no comprende la posibilidad de realizar las actuaciones enjuiciadas (vid. sobre el particular, *supra*: nota 31), tal decisión no se apoya en la consideración no pacífica de la reunión —lo que la excluiría directamente de la órbita de protección del art. 21 de la CE— sino en la consabida premisa que niega existencia de derechos ilimitados y en la consiguiente necesidad de que la libertad de expresión y el derecho de reunión y manifestación resulten limitados por la preservación de otros valores constitucionales (en el caso de referencia, la dignidad de la persona y la integridad moral). En todo caso, aun cuando se estimara, como hacen algunos autores, que la delimitación que establece el art. 21 CE en el sentido de que la reunión sea pacífica y sin armas excluye la comisión de cualquier infracción penal —algo que entiendo que restringiría en exceso el marco de ejercicio del derecho fundamental y se conciliaría mal con el principio *favor libertatis* que debe regir en esta materia—, es claro que podría darse entrada a la aplicación de la eximente del art. 20.7 CP en relación con el derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE), del que, como se

ha repetido ya, aquel otro derecho es una variante, y que, por razones evidentes —se trata de un asunto de relevancia pública, el destinatario de la protesta es un cargo público, etc.—, resultaría igualmente susceptible de invocación en los supuestos estudiados.

34. Cfr., no obstante, reconduciendo los casos de ejercicio legítimo de un derecho constitucional directamente al ámbito de la atipicidad, por todos, Rodríguez Montañés, T., *Libertad de expresión…*, cit., págs. 91 y ss.

35. Vid. *supra*: punto 1.

36. Cfr. los autos del Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid de 12 de abril de 2013 y de 10 de mayo de 2013.

37. Cfr. sobre la interpretación que ha de otorgarse al confuso tenor literal del inciso segundo del art. 514.1 CP en el sentido de considerar como sujetos activos de este tipo omisivo sólo a los promotores o directores y no a los meros participantes, Javato Martín, A., *Comentarios al Código penal* (dir. Gómez Tomillo), 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 1791 y 1792, y, del mismo autor, "Libertad de reunión…", cit., págs. 31 y ss.

38. A tenor del art. 23 c) de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana (LOPSC) constituye infracción grave "(l)a celebración de reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones, incumpliendo lo preceptuado en los artículos 4.2, 8, 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, cuya responsabilidad corresponde a los organizadores o promotores, siempre que tales conductas no sean constitutivas de infracción penal". Por su parte, la citada LO 8/1983 dispone en su art. 4.2 que "(d)el buen orden de las reuniones y manifestaciones serán responsables sus organizadores, quienes deberán adoptar las medidas para el adecuado desarrollo de las mismas"; los arts. 8 y 9 establecen la obligación de comunicación previa de la reunión a la autoridad gubernativa por parte de los organizadores o promotores, y los términos y plazos en que tal comunicación habrá de hacerse; y los arts. 10 y 11 regulan la facultad administrativa de prohibición previa de la reunión o manifestación y la de modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario.

39. El art. 23 n) de la LOPSC establece que es infracción grave "(o)riginar desórdenes graves en las vías, espacios o establecimientos públicos o causar daños graves a los bienes de uso público, siempre que no constituya infracción penal"; el art. 24 prevé que dicha infracción, entre otras, pueda ser considerada muy grave "teniendo en cuenta la entidad del riesgo producido o del perjuicio causado, o cuando supongan atentado contra la salubridad pública, hubieran alterado el funcionamiento de los servicios públicos, los transportes colectivos o la regularidad de los abastecimientos, o se hubieran producido con violencia o amenazas colectivas"; y el art. 26 i) califica como infracción leve de la seguridad ciudadana "(a)lterar la seguridad colectiva u originar desórdenes en las vías, espacios o establecimientos públicos".

40. Cfr., no obstante, Presno Linares ("Escraches", cit., pág. 81), que se refiere genéricamente a los "participantes" en los escraches como posibles destinatarios de un expediente por infracción administrativa derivada de la LOPSC.

41. Vid., por ejemplo, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña de 18 de abril de 1997, o las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía de 9 de marzo de 2000, de 7 abril de 2000 y de 25 de mayo de 2000.

42. La considera "inmoral" (aunque no por ello punible), Sola Pascual, A., "Los escraches practicados ante domicilios particulares", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 868, 2013, pág. 3. Para de la Iglesia Chamorro, los escraches se aproximan a un "modo peligroso de protesta" y considerarlos como ejercicio ordinario del derecho de manifestación colectiva supondría "desvirtuar la categoría del derecho fundamental mismo" ("Los escraches", cit.). Lo ven, en cambio, como manifestación del derecho de reunión y de la libertad de expresión, Asens, J./Pisarello, G. "Los escraches", cit., y Presno Linares, M.A., "Los escraches", cit., págs. 80 y 81.

43. "Sentido y límites…", cit., pág. 367.

44. *Libertad de expresión…*, cit., págs. 16 y 17, 103 y ss., y 217 y ss.

45. Vid., poniendo de manifiesto este fenómeno en relación con la criminalización de las ocupaciones ilegales de inmuebles en Holanda, Inglaterra y Gales, así como la existencia de discursos de resistencia y de apoyo a este tipo de conductas y los efectos que ambos órdenes de tendencias discursivas antagónicas generan, Dadusc, D./Dee, E.T.C, "Vulnerable demons? Moral rhetoric and the criminalisation of squatting", http://www.academia.edu/3218760/Vulnerable_demons_Moral_rhetoric_and_the_criminalisation_of_squatting, última visita: 31 de julio de 2013, págs. 3 y ss., y 22 y ss.

46. Cfr., por ejemplo, diario *El Mundo*, 13 de abril de 2013: "Cospedal arremete contra los escraches por ser «nazismo puro»"; o diario *Publico.es*, 14 de abril de 2013: "Aguirre compara los escraches con el «matonismo de eta» y con los «peores totalitarismos»".

47. Sola Pascual, A., "Los escraches…", cit., pág. 3.

48. Como observa Zaffaroni, con el elemental reconocimiento del derecho a la protesta "avanzamos muy poco, especialmente cuando, de inmediato, se cae en la invocación de la gastada argumentación de que no existen derechos absolutos y con ello queda todo en una nebulosa que abre un espacio enorme para la arbitrariedad" ("Derecho penal y protesta social", *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina* (comp. E. Bertoni), Universidad de Palermo-UP, Buenos Aires, 2010, pág. 5).

49. Vid., dando cuenta del auge de este fenómeno en Latinoamérica y de sus peligros desde el punto de vista de las garantías, el libro colectivo *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina* (comp. E. Bertoni), Universidad de Palermo-UP, Buenos Aires, 2010. De interés también, denunciando los excesos policiales —en términos principalmente de detenciones preventivas— como instrumento, amparado por la regulación canadiense, para interferir en la libre expresión colectiva del disenso y criminalizar la protesta social, Esmonde, J., "The Policing of Dissent. The Use of Breach of the Peace Arrests at Political Demonstrations", *Journal of Law and Equality*, Vol. I, nº 2, 2002, págs. 246 y ss. Un análisis de la respuesta policial en distintos países frente al fenómeno de la protesta transnacional puede verse en della Porta, D./Peterson, A./ Reiter, H. (eds.), *The Policing of Transnational Protest*, Ashgate, 2006.

50. Baucells Lladós, J., "Desórdenes públicos", *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012* (dir. J. Álvarez; coord. J. Dopico), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 975 y ss.; Díez Ripollés, J.L., "Sucintas observaciones sobre algunas decisiones del anteproyecto de Reforma del Código penal de 2012", *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012* (dir. J. Álvarez; coord. J. Dopico), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 62 y ss.; Goicoechea García, P., "Análisis del anteproyecto de reforma del Código penal (I): la criminalización de la protesta social en el anteproyecto", *Análisis Jurídicos SyDH*, nº 1, marzo 2013 págs. 7 y ss.

51. Art. 560 bis del Proyecto de Código penal de 2013 (PCP): "Quienes actuando individualmente, o mediante la acción concurrente de otros, interrumpan el funcionamiento de los servicios de telecomunicación o de los medios de transporte público y alteren con ello de forma grave la prestación normal del servicio, serán castigados con una pena de tres meses a dos años de prisión o multa de seis a veinticuatro meses".

52. Art. 557 ter PCP: "1. Los que, actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, invadan u ocupen, contra la voluntad de su titular, el domicilio de una persona jurídica pública o privada, un despacho, oficina, establecimiento o local, aunque se encuentre abierto al público, y causen con ello una perturbación relevante de su actividad normal serán castigados con una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, salvo que los hechos ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código. 2. Los hechos serán castigados con la pena superior en grado cuando concurran las circunstancias 1ª, 3ª, 4ª ó 5ª del artículo 557 bis".

53. Art. 557.1 PCP: "Quienes actuando en grupo, o individualmente pero amparados en él, alteraren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo, serán castigados con una pena de seis meses a tres años de prisión. Estas penas serán impuestas sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los actos concretos de violencia o de amenazas que se hubieren llevado a cabo".

54. Art. 557 bis PCP: "Los hechos descritos en el artículo anterior serán castigados con una pena de uno a seis años cuando concurran algunas de las circunstancias siguientes: 1º. Cuando alguno de los partícipes en el delito portare un arma u otro instrumento peligroso, o exhibiere un arma de fuego simulada. 2º. Cuando el acto de violencia ejecutado resulte potencialmente peligroso para la vida de las personas o pueda causar lesiones graves. En particular, están incluidos los supuestos de lanzamiento de objetos contundentes o líquidos inflamables, el incendio y la utilización de explosivos. 3º. Cuando los hechos se lleven a cabo en una manifestación o reunión numerosa, o con ocasión de alguna de ellas. 4º Cuando se llevaren a cabo actos de pillaje. 5º. Cuando el autor del hecho se prevaliera de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Estas penas serán impuestas sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los actos concretos de violencia, amenazas o pillaje que se hubieran llevado a cabo".

55. Vid., denunciando también la contradicción entre la "intención declarada" del anteproyecto y la letra del precepto, Goicoechea García, P., "Análisis…", cit., pág. 11, y críticamente en general con la regulación de los delitos contra el orden público en el anteproyecto, págs. 5 y ss.

56. El Consejo Fiscal, en su informe al Anteproyecto de reforma del Código penal de 2013, recomendó suprimir la previsión del tipo de reforzamiento de la decisión de delinquir de tercero contemplada en el art. 557.2 por considerarla "excesivamente laxa y genérica" (*Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, Fiscalía General del Estado, Madrid, 8 de enero de 2013, pág. 321). El Consejo General del Poder Judicial, en una línea similar, llamó la atención en su respectivo informe sobre el riesgo de excesiva ampliación del ámbito de aplicación del Derecho penal en esta materia y sobre la alteración que el repetido art. 557.2 del texto proyectado supondría en relación con el régimen general de punición de los actos preparatorios (*Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, Madrid, 16 de enero de 2013, págs. 258 y ss.). Por el contrario, el Consejo de Estado no muestra reparos en su dictamen a la aludida disposición en tanto que fórmula dirigida a "introducir una cierta gradación entre los diversos casos singulares de provocación para delinquir" (*Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, Madrid, 27 de junio de 2013).

57. Otras iniciativas, también divulgadas, han quedado (de momento) en el tintero. Cfr., por ejemplo, diario *abc.es* de 10 de octubre de 2012: "Se está estudiando que manifestarse con la cara cubierta pueda ser delito" (la afirmación que se recoge en el titular es de Ignacio Cosidó, Director General de la Policía Nacional); o diario *Público.es* de 11 de abril de 2012: "El ministro del Interior, Jorge Fernández Díaz, anuncia que se incluirá como «delito de integración en organización criminal» convocar concentraciones violentas por Internet".

58. Cuerda Arnau, M.L., "Libertad de expresión…", cit., pág. 225. Vid. también Rodríguez Montañés (*Libertad de expresión…*, cit., pág. 82), aludiendo en esta misma línea a la "fuerte presunción de inconstitucionalidad de la sanción de conductas periféricas o limítrofes al ejercicio de derechos y libertades fundamentales, mayor cuanto más imprecisa o ampliamente esté redactado el tipo penal, cuanto más próxima al ejercicio legítimo del mismo sea la conducta que en concreto se sanciona y cuanto más grave sea la sanción".

59. Vid. Cuerda Arnau, M.L., "Libertad de expresión…", cit., págs. 224 y ss.; Goicoechea García, P., "Análisis…", cit., págs. 9 y 10; Rodríguez Montañés, T., *Libertad de expresión…*, cit., págs. 61 y ss.

Fecha recepción: 03/08/2013
Fecha de aceptación: 21/10/2013

ARTISTS AND COPYRIGHT: ITS INSERTION IN THE CONTRACT OF EMPLOYMENT

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto estudiar la relación jurídica que une al artista que desarrolla una actividad artística en régimen de dependencia y ajenidad con el empresario que lo contrata, cuando, como consecuencia de dicha actividad, se generan derechos de propiedad intelectual. En particular, se estudia cómo se transmiten dichos derechos al empresario para que éste los explote, pues ni el RD 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la Relación Laboral de los Artistas en Espectáculo Públicos, ni el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual son claros al respecto. De hecho, en la normativa laboral ni siquiera se hace mención a esta materia, pese a que resulta de vital importancia para las partes, pues el rédito económico que persigue el empresario al contratar con el artista no se produce con el desarrollo de la actividad artística, sino con la explotación de la misma, para lo cual requiere disponer de los derechos que la normativa sobre derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual concede al artista.

PALABBRAS CLAVE

Relación laboral especial de artistas; propiedad intelectual; contrato de trabajo

ABSTRACT

The present paper studies the juridical relationship between artists, who develops their activity as employees, and their employer. Particularly the paper deals about the intellectual propriety rights arisen as a consequence of the above mentioned activity: how these rights are transmitted to the employer for its commercialization, a basic question to be solved as neither the RD 1435/1985, of August 1 (regulating the Labour Relation of the Artists in Public Spectacles) nor the Intellectual Property Act they are clear about this matter. In fact, labour regulation does not even mention the matter, in spite of its vital importance for the parties of the contract as the economic income that the employer intends to get is not drawn from the artistic activity, but from its commercialization, what requires the employer to have these intellectual rights at their disposal.

KEYWORDS

Artists employment relation; copyright; contract of employment

ARTISTAS Y DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: SU INSERCIÓN EN EL CONTRATO DE TRABAJO*

Juan Antonio Altés Tárrega
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los sujetos objeto de estudio. A. El artista asalariado. B. El artista intérprete. C. Encuentros y desencuentros entre la normativa laboral y la normativa sobre propiedad intelectual. a) Las exclusiones provocadas por la actividad realizada. b) La necesaria interpretación de una obra protegida. 3. Los derechos de propiedad intelectual objeto de ese estudio. 4. La transmisión de los derechos de explotación al empresario laboral en el marco de una relación laboral especial de artistas. A. Las posturas laboralistas: en especial la cesión de derechos como consecuencia intrínseca del contrato de trabajo. B. La independencia de los derechos de propiedad intelectual del artista en relación con el contrato de trabajo. C. Revisión crítica: la difícil aplicación práctica de la tesis laboralista.

1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene por objeto exponer el régimen jurídico de los derechos de propiedad intelectual de los artistas que desarrollan su actividad en el marco de un contrato de trabajo.

Compaginar estos dos regímenes jurídicos no resulta fácil. Su configuración, que puede llegar a ser antagónica, requiere de una intervención legislativa apropiada, que en España, a diferencia de otros países como Francia en los que la normativa ha ido evolucionando para armonizar estas cualidades, todavía no se ha producido. De hecho, la normativa laboral (el RD 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la Relación Laboral de los Artistas en Espectáculo Públicos, en adelante RDA) y la que regula los derechos de propiedad intelectual (el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto

* Artículo elaborado en el marco del Proyecto I+d+i DER2011-23528 del Ministerio de Economía y Competitividad de España.

Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobada por la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, en adelante TRLPI) no interactúan y prácticamente se ignoran. En este contexto, la dificultad que supone construir el régimen jurídico del trabajo artístico bajo los parámetros del derecho laboral se incrementa exponencialmente cuando, como consecuencia de dicho trabajo, se originan derechos de propiedad intelectual. En ambos casos, el principal problema ha consistido en lograr una correcta conceptualización de los presupuestos básicos que caracterizan toda relación laboral —la dependencia y ajenidad—, no resultando difícil encontrar entre los intérpretes del derecho voces extremadamente críticas con la posibilidad de aplicar dichos presupuestos a estas relaciones jurídicas.

Así, en primer lugar, se ha defendido que la importante autonomía con la que se desarrolla la actividad artística, como consecuencia del aporte personal y singular que imprime el sujeto a la prestación contratada, impide entender que la prestación se realiza en régimen de dependencia y, por tanto, que se trata de una relación laboral (BUSTOS PUECHE, 2008). Es cierto que el trabajo de los artistas comparte *a priori* las notas distintivas que caracterizan el trabajo dependiente y el trabajo autónomo; sin embargo también lo es que la autonomía que presenta la actividad no siempre es suficiente para imponerse a la subordinación presente en la relación (GARRIDO PÉREZ, 1999), incluso cuando se contrata a artistas de renombre que son la propia esencia del espectáculo y cuyo estatus de independencia es todavía mayor. Por ello, hay que evitar caer en la trampa de la uniformidad que implica defender que cualquier actividad artística debe someterse, desde una postura iuslaboralista, a la norma laboral, o bien que se trata de una prestación de trabajo autónoma (GONZÁLEZ SÁNCHEZ, 2008).

No obstante, con el fin de evitar controversias, sería mejor que el RDA abordara frontalmente esta cuestión. De hecho, de forma indirecta ya lo hace, pues, en el art 6.2 se señala que "*el artista está obligado a realizar la actividad artística para la que se le contrató, en las fechas señaladas, aplicando la diligencia específica que corresponda a sus personales aptitudes artísticas, y siguiendo las instrucciones de la empresa en lo que afecte a la organización del espectáculo*"; y con ello está diferenciando dos ámbitos distintos para la calificación de la dependencia: el referido a la organización del espectáculo; y el referido al desarrollo de la propia actividad, en el cual el artista goza de mayor autonomía. A este respecto quiero traer a colación que el ordenamiento jurídico laboral francés sí que ha resuelto de forma expresa esta controversia en favor de la laboralidad del vínculo. De esta manera, mientras que el art. L7121-3 del *Code du Travail,* establece una presunción de laboralidad sobre el trabajo artístico, el L7121-4 refuerza dicho posicionamiento señalando que la presunción se mantiene, entre otros factores, aunque se pruebe *que el artista conserva la libertad de expresión de su arte*, esto es, que mantenga un alto grado de autonomía en la prestación de la actividad artística. De hecho, la doctrina francesa advierte que, aunque, en principio, nada impide que el artista realice su prestación de forma autónoma, el alcance de la presunción hace prácticamente inviable tal posibilidad —DAUGAREILH y MARTIN, 2000; DRAI, 2005).

En segundo lugar, la ajenidad en los frutos, esto es la adquisición originaria por parte del empresario de los frutos del trabajo, ha sido la base argumental sobre la que ciertos autores han defendido la imposibilidad de construir una relación laboral cuando el artista con su actividad genera derechos de propiedad intelectual (BAUTISTA GARCÍA, 1992; ARAGÓN GÓMEZ, 2007). El propio Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de abril de 1986 (*Tol 2318*553) puso en duda esta posibilidad, argumentando que la tarea realizada por el artista no encuentra acomodo en una relación laboral. Sin embargo, al margen de cómo se articule el régimen de los derechos de propiedad intelectual en estos casos, lo cierto es que la ley expresamente admite esta posibi-

lidad y así lo expresa tanto el art. 51 TRLPI, en relación con los autores, como el artículo 110 TRLPI, objeto de este estudio, en relación con los artistas [STS de 31 de marzo de 1997 (RECUD 3555/1996) *(Tol 238141)*].

De todas maneras, la normativa no impone la laboralidad de las actividades artísticas en espectáculo público. Para determinar si la misma existe, "*habrán de analizarse las circunstancias tanto subjetivas como objetivas para determinar si estamos ante esa relación o no*" [STSJ Aragón de 15 de mayo de 1996 (s. nº 442/1996) *(Tol 387570)*]. Se requiere entonces que el trabajo desempeñado sea personal, voluntario, por cuenta ajena, subordinado y retribuido (STSJ Cataluña de 14 de diciembre de 1999 [s. nº 8977/1999]). Así, la STS de 19 de julio de 2010 [RECUD 2830/2009 *(Tol 1961533)*], mantiene al respecto que "*dependencia y ajenidad son, en consecuencia, los rasgos definitorios del nexo contractual laboral; características ambas que han de predicarse también de la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos*". En consecuencia, no existe relación laboral cuando la relación jurídica se construye con un artista autónomo (DOLZ LAGO, 1983), formalizando un contrato de coproducción en el que el artista asume el riesgo empresarial junto con el productor (MARTÍN VILLAREJO, 2003), salvo que estas fórmulas se utilicen como una forma de esconder una relación laboral (STSJ de Andalucía, Málaga, de 15 de diciembre de 1992 [s. nº 883/1992]). Por tanto, al igual que en la relación laboral común, la manera en cómo se ejecuta la actividad determina la calificación contractual, sin que la forma, es decir el contrato elegido por las partes, imponga el tipo de relación jurídica del artista.

Finalmente, existe consenso en señalar que los requisitos esenciales que configuran una relación de trabajo, la dependencia y la ajenidad, se encuentran modulados o matizados en estas relaciones. Como la doctrina judicial pone de relieve, "*por la propia singularidad de esta actividad, los requisitos que caracterizan toda relación laboral ordinaria pueden concurrir con una mayor flexibilidad y en circunstancias ciertamente diferentes a las habituales en un contrato de trabajo sometido a las normas generales del Estatuto de los Trabajadores, sin que este hecho pueda impedir la aplicación de estos mismos criterios, con la matizaciones que sean necesarias*" [STSJ de Cataluña de 14 de diciembre de 1999 (s. nº 8977/1999); STSJ Madrid de 25 de abril de 2002 (Rec. Sup. 1194/2002); STSJ Madrid de 5 de julio de 2002 (Rec. Sup. 2374/2002); y STSJ Castilla y León, Burgos, de 5 de febrero de 2009 (Rec. Sup. 12/2009) *(Tol 1567852)*]. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede encontrarse esta doctrina en la sentencia de 31 de marzo de 1997 [RECUD 3555/1996, *(Tol 238141)*].

2. LOS SUJETOS OBJETO DE ESTUDIO

Antes de adentrarse en la problemática específica que genera la inserción de los derechos de propiedad intelectual en una relación de estas características, hay que delimitar el ámbito subjetivo sobre el que se aplica este régimen jurídico o, lo que es lo mismo, determinar a qué sujetos se aplica.

Pues bien, en este sentido, debe tenerse bien presente que se parte de una doble condición en el sujeto, la de artista interprete o ejecutante en el sentir de la normativa de propiedad intelectual y la de artista asalariado, a los efectos del RD 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la Relación Laboral de los Artistas en Espectáculos Públicos.

A. EL ARTISTA ASALARIADO

De acuerdo con el art. 2.1 ET el trabajo del artista asalariado posee un régimen jurídico especial. Con ello se precisa esta relación contractual, pese a poder desarrollarse bajo los parámetros de laboralidad, mantiene ciertos elementos que la individualizan y que justifi-

can una regulación especial y específica. Estos elementos propios están especialmente ligados a la cualidad de las personas que realizan la actividad artística, la naturaleza de la actividad, el tipo de funciones que desempeñan y el marco y el modo en que se desarrollan.

El ámbito de aplicación de esta normativa viene determinado de forma escueta en su art. 1.2, el cual establece que "*se entiende por relación especial de trabajo de los artistas en espectáculos públicos la establecida entre un organizador de espectáculos públicos o empresario y quienes se dediquen voluntariamente a la prestación de una actividad artística por cuenta, y dentro del ámbito de organización y dirección de aquéllos, a cambio de una retribución*". Aparentemente, el art. 1.2 RDA, al igual que el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, construye el ámbito de aplicación de la relación especial a partir de los elementos subjetivos del contrato, esto es el trabajador y el empresario que lo contrata.

De esta manera, el trabajador ha de ser un artista, sin que ello implique que haya que poseer ciertas cualidades o aptitudes artísticas, bastando con que se desarrolle un trabajo artístico. Por ello, el condicionamiento subjetivo de la relación se transforma *de facto* en uno de carácter objetivo, pues queda referido a la actividad que es objeto de la relación laboral especial (HURTADO GONZÁLEZ, 2006). Es por tanto el concepto de *actividad artística* el que hay que determinar. Para ello, algunos autores han acudido a un concepto de lo artístico ajeno a la dogmática jurídica (ALZAGA RUIZ, 2001); y otros a un concepto legal de arte, acudiendo para ello a la normativa sobre propiedad intelectual (VALDÉS ALONSO, 2001). Sin embargo, estos parámetros no son válidos en todos los casos, pues con carácter general el concepto adopta en lo laboral perfiles más amplios (RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, 2007), como más adelante se comprobara en relación con el concepto de artista que integra el TRLPI. Laboralmente, a tenor del art. 1.3 RDA, "*quedan incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto todas las relaciones establecidas para la ejecución de actividades artísticas, en los términos descritos en el apartado anterior, desarrolladas directamente ante el público o destinadas a la grabación de cualquier tipo para su difusión entre el mismo, en medios como el teatro, cine, radiodifusión, televisión, plazas de toros, instalaciones deportivas, circo, salas de fiestas, discotecas, y, en general, cualquier local destinado habitual o accidentalmente a espectáculos públicos, o a actuaciones de tipo artístico o de exhibición*". El precepto no define el concepto de actividad artística, si acaso proporciona un elemento indirecto para su identificación, tomando como referencia las modalidades de difusión de la actividad y los lugares en los que se desarrolla, pero permite concluir que para la normativa laboral sólo es relevante la actividad artística que se realiza en el marco de un espectáculo público o está destinada a provocarlo o conformarlo.

De esta manera, el espectáculo público debe entenderse como el creado para el público, porque se efectúa directamente ante él, o bien, de roma indirecta mediante, su grabación previa y su posterior difusión. La norma atiende al concreto sector o ámbito productivo al que pertenecen todos los trabajos de realización o producción de espectáculos y proporciona relevancia jurídica sólo al trabajo que, en los espectáculos públicos, es artístico y, para ello, se toman en consideración las cualidades específicas de los trabajos y no las de los trabajadores, en relación con el propio espectáculo (HURTADO GONZÁLEZ, 2006).

Quedan englobadas, por tanto, todas aquellas actividades que pertenecen a esta concepción. Es, desde luego, el caso de aquellas actividades que se relacionan con el arte, esto es las relativas al género teatral, cinematográfico, musical o circense, que lleva a considerar artistas a los payasos, ilusionistas, bailarines, bailaores, cantantes, músicos, actores de cine, actores de teatro, humoristas [STS de 24 de julio de 1996 *(Tol 236417)*; STSJ Andalucía de 24 de mayo de 1994 (Rec. 1488/1993) y STSJ Andalucía de 21 de junio de 1996 (s. nº 839/1996); STS de 31 de enero de 1991 (Rec. nº 343/1990) *(Tol 2425578)*; STSJ Madrid de

12 de febrero de 1996 (Rec. Sup. 4793/1994)]. Pero también quedan incluidas otras muchas que no tienen que ver con el mismo, como la actividad que desarrollan los presentadores de programas de variedades [STS de 16 de julio de 1990 *(Tol 2381962)*], los especialistas, los actores de doblaje [STS de 17 de noviembre de 1997 (Rec. Cas. 1528/1997) *(Tol 237315)*], las actividades taurinas, la lucha libre (COLLAUT, 1992), la participación de ciertos personajes en espectáculos públicos y la figuración de esos mismos personajes con fama en fiestas y celebraciones (HURTADO GONZÁLEZ, 2006), las *performances* de striptease y ciertas exhibiciones deportivas en las que no se encuentra el elemento competitivo (LÓPEZ-TARRUELLA, 1987).

Por contra, no quedan incluidos en el tenor del art. 2.1 ET los trabajos no artísticos en espectáculos públicos, que, si acaso, seguirán rigiéndose por la normativa laboral común [STS de 21 de junio de 1990 *(Tol 2418201)*].

B. EL ARTISTA INTÉRPRETE

Por su parte, la protección de los derechos de propiedad intelectual de los artistas se limita subjetivamente por el art. 105 TRLPI que otorga la condición de artista a "*la persona que representa, cante, lea, recite, interprete o ejecute de cualquier forma una obra…*". De esta manera, el artista se define, en primer lugar, por la realización de una actividad en los términos señalados en el precepto y de esa genérica definición se desprende que, al igual que ocurre en el RDA, la actividad califica a la persona como artista, independientemente de sus méritos y/o cualidades. No se exige ni una cierta altura creativa, ni que el sujeto que la presta posea el requisito de profesionalidad. Basta, en principio, con la mera interpretación o ejecución de una obra para que se despliegue la protección que dispensa la normativa sobre propiedad intelectual. Así pues, el objeto de protección (cada interpretación artística de una obra) se define en función del sujeto de protección: cada artista que interpreta o ejecuta una obra (SÁNCHEZ ARISTI, 2007-b).

Por otro lado, la consideración de artista requiere que la actividad se despliegue sobre una obra protegida por dicha normativa. El art. 105 TRLPI entiende que el objeto sobre el que recae la actividad artística ha de ser una obra de la creación humana (que es la que se lee, recita, interpreta), que ha de ser asimismo objeto de protección por la norma y por tanto incluible en el art. 10.1 TRLPI. Por tanto, la obra preexiste a la actividad artística. La autoría es anterior a la interpretación. Ahora bien, en las obras improvisadas, aquellas que se crean al tiempo que se interpretan o ejecutan, desaparece esta sucesión temporal. Así, independientemente de que la improvisación sea absoluta o tenga como base otra obra (constituyendo el resultado una obra derivada) los artistas tendrán que ser considerados como intérpretes y autores de sus improvisaciones (PESSINA DASSONVILLE, 2006).

A estos efectos debe recordarse que la obra surge de una creación intelectual suficiente del hombre, eso es ha de ser el resultado de "una actividad personal, controlada y elegida por el autor" (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2007-c); y que, como predica el art. 10 TRLPI, para beneficiarse de la protección que dispensa la normativa ha de tratarse de una obra original. Este concepto se ha venido entendiendo desde dos puntos de vista distintos: objetivo y subjetivo. El criterio objetivo se ha equiparado a la noción de novedad objetiva (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2007-b), si bien "no tiene la exigencia del requisito de novedad absoluta, propio de las invenciones patentables" (RODRÍGUEZ TAPIA, 2009-a), esto es, con su consideración como "un objeto y nuevo dentro del campo de las creaciones intelectuales" (DE ROMÁN PÉREZ, 2003). El criterio subjetivo, sin embargo, se identifica con la aportación personal del autor a la obra. Ello no implica la necesidad de que se incorpore una cierta "altura creativa". Siguiendo esta postura, resultan protegibles las obras que reflejan la impronta del autor por

mínima que esta fuera, hasta el punto de que el concepto se redefine para considerar originales las obras que son resultado de una actividad creativa del autor (SAIZ GARCÍA, 2000). En opinión de reputados juristas el criterio objetivo, además de ser el que exige la ley para proteger y explotar una creación (RODRÍGUEZ TAPIA, 2009-a), tiene mayor trascendencia práctica que el subjetivo, pues si bien puede resultar ciertamente difícil buscar la impronta personal del autor, siempre cabe una comparación entre las distintas obras, de manera que analizando sus similitudes y diferencias, se constate la exigencia de originalidad o no (DE ROMÁN PÉREZ, 2003). Lo cierto es que ambas concepciones tienen sus pros y sus contras, por lo que, seguramente, lo más apropiado sea aplicar un doble concepto de originalidad. La protección requiere que la obra resultante no sea una reproducción o copia, o una transformación no autorizada de una obra preexistente; y que además incorpore una manifestación de la personalidad, talento o inventiva del autor. Esta doble concepción de la originalidad ha sido defendida tanto por la doctrina civil (VALBUENA GUITIERREZ, 2000; SAIZ GARCÍA, 2000), como por la laboral (VALDÉS ALONSO, 2001; ALTÉS TÁRREGA, 2011) En cualquier caso, las diferencias entre ambas concepciones no son tan irreductibles, cumpliéndose por lo general que si una obra resulta original desde una perspectiva objetiva también lo es de un modo subjetivo, reduciéndose a un problema de carga de la prueba (SÁNCHEZ ARISTI, 2005).

C. ENCUENTROS Y DESENCUENTROS ENTRE LA NORMATIVA LABORAL Y LA NORMATIVA SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL

Según se ha visto en lo anteriormente relatado, los sujetos objeto de regulación por el RDA y el TRLPI son mayoritariamente coincidentes. Pese a ello, existen discrepancias que van a provocar que ciertos artistas estén regulados por una norma y no por la otra. Para conocer mejor a que sujetos nos referimos podemos se ha de tomar como referencia la actividad artística desempeñada (esto es la interpretación o ejecución que lleva a cabo el artista) y el objeto sobre el que recae dicha interpretación o ejecución.

a. Las exclusiones provocadas por la actividad realizada

En principio, la actividad artística a la que alude la normativa sobre propiedad intelectual es esencialmente la misma que la constituye el ámbito de la relación laboral especial de artistas. No obstante, existen ciertos matices que pueden llegar a excluir determinadas actividades del ámbito de aplicación de la normativa laboral y/o de la normativa sobre propiedad intelectual.

En este sentido, tomando como referencia la finalidad de la actividad desempeñada, debe señalarse que laboralmente, pese a la existencia de algunas manifestaciones doctrinales (TOROLLO GONZÁLEZ, 2000; RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, 2007) y judiciales contrarias (STSJ Cataluña de 16 de febrero de 2004 [Rec. Sup. 675/2001]), se incluye cualquier actividad artística independientemente de que busque ocupar el ocio del público destinatario de la misma. Sin embargo, sí deben excluirse las actividades cuyo fin primordial es la docencia, o la divulgación y/o la información, pues no conforman un espectáculo (COLLAUT ARIÑO, 1992; HURTADO GONZÁLEZ, 2006; RUIS DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, 2007).

De esta manera no conforman una relación laboral especial las actividades artísticas destinadas a la educación, pues aunque impliquen la ejecución de una obra y sean contempladas por un cierto público (es el caso por ejemplo de una interpretación como enseñanza en un conservatorio), no constituyen una actividad artística en espectáculo público (STSJ Castilla y León, Valladolid, de 10 de febrero de 1992 [Rec. Sup. 132/1992]). Sin embargo, si cum-

plen con los requisitos de la normativa sobre derechos de protección intelectual estas interpretaciones sí serán objeto de protección.

Tampoco se encuadran en la relación laboral de artistas las actividades que desempeñan ciertos profesionales de la información que son expuestas al público. En este supuesto se encuentra el meteorólogo televisivo si es él quien elabora y redacta la información, sin que la intervención del trabajador ante las cámaras desvirtúe el elemento informador predominante (STSJ Cataluña 2 de mayo de 2000 [Rec. 570/2000]); o la presentadora de televisión que participa en la elaboración de las noticias formando parte del equipo de redacción, al ser esta actividad predominantemente informativa (STSJ Madrid de 20 de septiembre de 2002 [Rec. Sup. 2956/2002]; STSJ Madrid de 12 de marzo de 2007 [Rec. Sup. 5768/2006]; STSJ Madrid de 28 de junio de 2002 [Rec. Sup. 2152/2002]; STSJ Galicia de 3 de julio de 2012 [Rec. Sup. 2212/2012]). En este caso existe coincidencia pues estas actividades tampoco son objeto de protección por parte de la normativa de propiedad intelectual, por cuanto, con carácter general, los textos que incluyen las noticias de las que informan no tienen la consideración de obras (SÁNCHEZ ARISTI, 2007-b); y además, aunque lo fueran, y esto es lo importante, no realizan ningún tipo de actividad creativa original al leerlos (CABANILLAS SÁNCHEZ, 1997-b).

Ahora bien, de acuerdo con esta argumentación, si la actividad consistente en la transmisión de las noticias se encomienda a un actor que se limita a poner voz e imagen a estas informaciones sí que había que entender que se daría el supuesto de actividad artística en espectáculo público (HURTADO GONZÁLEZ, 2006).

A efectos de aplicar la normativa sobre propiedad intelectual, tampoco se consideran artísticas las actividades que prestan los extras, figurantes o modelos publicitarios por carecer de la nota mínima de originalidad (MARTÍN VILLAREJO, 2009-b), aunque su actuación puede estar contenida, descrita o predeterminada por una obra. La originalidad se contempla desde un punto de vista subjetivo, en función de la impronta personal con que el artista contribuye a su actividad que hace que se diferencie de la de cualquier otro artista. Por tanto, cuando no existe esa aportación original a la interpretación o ejecución, no se genera protección, ni nacen derechos de propiedad intelectual (MARTÍN SALAMANCA, 2000).

Por otro lado, el propio RDA excluye determinadas actividades de su ámbito de aplicación. Así el art. 1 en sus apartados 4 y 5 determina que no integran la relación laboral especial las actividades artísticas que se realizan en un entorno privado y la relación de trabajo del personal auxiliar que colabora en la producción de espectáculos.

La exclusión de las actividades que se desarrollan en un ámbito privado se justifica en la no concurrencia del requisito de espectáculo público, aunque, como se señala en el propio art. 1.4 RDA, estas actividades artísticas sí pueden ser objeto de una relación laboral común, si se dan todos los requisitos de laboralidad. A la hora de definir lo que constituye ámbito privado, la doctrina (ALZAGA RUIZ, 2001; VALDÉS ALONSO, 2001, RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ; 2007) se ha fijado en las argumentaciones elaboradas al hilo del concepto de comunicación pública que regula la Ley de Propiedad Intelectual, consistente en la puesta a disposición del público de una obra sin distribución de copias físicas de la misma, pues dicha comunicación no se produce cuando tenga lugar "*dentro de un ámbito estrictamente doméstico*" (art. 20.1 TRLPI).

En este sentido, debe tenerse presente: a) que basta con que se posibilite el acceso del público, sin que importe el número determinado de personas que finalmente presencien el espectáculo artístico, bastando conque que no haya una discriminación o selección de las personas que constituyen el público, es decir el público ha de tener posibilidad de acceder a la obra, aunque finalmente no lo haga (ER-

DOZAIN LÓPEZ, 1997); b) que el espectáculo será privado si está dirigido al entorno familiar, pero también a los amigos y personas que frecuentan el hogar de quien convoca y organiza (RIVERO HERNÁNDEZ, 2007) o a una pluralidad de personas unidas por vínculos asociativos, políticos, profesionales, etc. (STSJ de Cataluña de 16 de febrero de 2004 [Rec. Sup. 675/2001]); y c) que no importa el emplazamiento de la actividad, sino si se presenta o no con vocación de exhibición pública (DURÁN LÓPEZ, 1986), por lo que no es necesario que se desarrolle en el hogar familiar, pudiendo ser igualmente privadas las actuaciones que realizadas en un local con vocación pública, pero que se cierra para realizar un acto privado (RIVERO HERNÁNDEZ, 2007) y, en sentido contrario, que se considere pública la actividad artística llevada a cabo en un entorno totalmente privado si se realiza con vocación de difusión general o apertura al público (ALZAGA RUIZ, 2001). Evidentemente, cuando la interpretación o ejecución de una obra se produce en un entorno doméstico no se produce un acto de comunicación pública que genere derechos de propiedad intelectual, por lo que estas actividades tampoco son tenidas en cuenta por la Ley de Propiedad Intelectual.

Por otra parte, la segunda exclusión viene constituida por el denominado personal técnico y auxiliar que colabore en la producción de espectáculos. En este caso la exclusión se produce por falta de los requisitos de la realización de una actividad encuadrable en la relación laboral especial, es decir los trabajadores no llevan a cabo "*una labor artística propiamente dicha*" [STS de 21 de junio de 1990 *(Tol 2418201)*]. De hecho este personal se regirá, en su caso, por la normativa laboral común y normalmente mantendrá su vínculo aunque cambie el espectáculo, mientras que el personal artístico irá variando dada la necesidad de renovación constante que requiere la finalidad de disfrute y entretenimiento del público (GONZÁLEZ SÁNCHEZ, 2008).

En algunos casos la exclusión es obvia: maquinistas, eléctricos, utileros, técnicos de sonido y video, ayudantes de producción, acomodadores (STSJ Galicia de 18 de julio de 2003 [Rec. Sup. 3092/2003]); en otras no tanto. En cualquier caso, aunque se trate de actividades que requieren de un cierto tratamiento artístico y aunque el resultado final sea percibido por el público (decorado, vestuario, luces, sonido), el hecho de que sólo el resultado y no la actividad se exhiba excluye la aplicación del RDA.

Conforme a esta exclusión normativa quedan fuera quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma laboral quienes ejercen de directores de un espectáculo público, pese a que tienen una participación primordial en la creación y formación del mismo, coordinando y supervisando distintas actividades. No por ello, su relación jurídica ha de quedar al margen del derecho del trabajo, pues, si en su actividad se dan los elementos que configuran la relación laboral, existirá una relación laboral especial de alta dirección (DOLZ LAGO, 1983) o bien una relación laboral común.

En principio, este tipo de trabajadores tampoco generan derechos de propiedad intelectual, pues carecen de la condición de artista a los efectos del art. 105 TRLPI. No obstante, existen otros supuestos en los que estas actividades sí son merecedoras de protección. Se encuentran en esta situación el director-realizador de películas que está excluido de la relación laboral especial de artistas, pero sí que es sujeto de derechos de autor, pues el art. 87 TRLPI lo ubica entre los autores, como coautor de la obra audiovisual; y con el director de escena, que "sirve de enlace entre el director y el equipo técnico, ocupándose de montar las obras teatrales y musicales llevando el orden del espectáculo y controlando el desarrollo del mismo en todas sus facetas", lo que justifica su exclusión del ámbito de aplicación del RD 1435/1985" (GONZÁLEZ SÁNCHEZ, 2008), pese a que el artículo 105 TRLPI asimila su condición a la de los artistas otorgándoles idénticos derechos que a estos.

Frente a estos, el director de orquesta sí que se encuentra incluido en ambos ordenamientos jurídicos. Efectivamente, el art. 105 TRLPI equipara esta figura con los artistas y laboralmente la actividad desempeñada encaja con precisión en los presupuestos de aplicación del RDA. Estos sujetos, a diferencia de los directores de escena que también son equiparados a los artistas, realizan su actividad de cara al público y con su actuación conjuntan a los músicos y marcan el compás a seguir por la orquesta, dotando a la interpretación musical de la expresividad requerida (ALZAGA RUIZ, 2001). Su presencia en el espectáculo que se ofrece al público es estructural y no accidental (HURTADO GONZÁLEZ, 2006) y tiene evidentes connotaciones artísticas como para considerar que su regulación se lleva a cabo por el RDA (RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, 2007).

b. La necesaria interpretación de una obra protegida

Como se dijo, para la Ley de Propiedad Intelectual sólo es artista quien interpreta o ejecuta una obra protegida y es esta exigencia la que provoca que el ámbito subjetivo de una y otra norma sea cualitativamente diferente. Efectivamente, por mucho que la inmensa mayoría de los artistas quede encuadrada en ambas, existen ciertos colectivos que sí se incluyen en el ámbito de aplicación del RDA, pero que carecen de los derechos que otorga la normativa sobre propiedad intelectual. Y ello pese a que la amplitud con la que se define la obra protegida multiplica las posibilidades de su interpretación o ejecución y, por tanto, también el elenco de artistas protegidos.

Este es el caso de los toreros, que despliegan su actividad sin sujetarse a una obra preexistente y de otras profesiones en similar situación sobre las cuales también se extiende un cierto debate científico, como los participantes en espectáculos deportivos, al margen de una competición, por consistir su actividad en una mera habilidad física; los artistas de circo; los anteriormente comentados locutores y presentadores de noticiarios en radio y televisión; los extras y figurantes, ya que su actividad consiste en aportar únicamente su presencia física; los modelos publicitarios, etc.

La situación de exclusión de los toreros o artistas circenses, cuya actividad, pese a que sigue un cierto plan, un cierto orden y una cierta técnica, se excluye por carecer dicho plan de la identidad intelectual que caracteriza una obra, merece ser objeto de revisión, pues, siempre que la interpretación se exteriorice y sea original, derive o forme parte o no de una obra, debería ser merecedora de protección, por lo que se deberían incluirse ciertas actuaciones aleatorias, improvisadas, espontaneas y ciertas manifestaciones del folclore (PÉREZ DE CASTRO, 2009).

En cualquier caso, a la vista de lo hasta ahora expuesto, como se ha señalado, para el ordenamiento laboral es suficiente con que la actividad se destine a ser exhibida o contemplada por el público, mientras que para la Ley de Propiedad Intelectual "en cambio, sólo es artista el intérprete o ejecutante de una obra reconocida como tal en la propia TRLPI, lo que excluye de este ámbito a todos los artistas (en el sentido jurídico-laboral de la expresión) cuya actividad no tenga esa base y fundamento" (HURTADO GONZÁLEZ, 2006).

3. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL OBJETO DE ESE ESTUDIO

Los derechos de propiedad intelectual reconocidos a los artistas sobre sus actuaciones no tienen todos los mismos objetivos, si no que poseen diferente naturaleza y finalidad. En particular, la normativa les reconoce unos derechos de contenido patrimonial, también denominados derechos de explotación (recogidos principalmente en los artículos 106 a 109 TRLPI) y ciertos derechos morales (art. 113 TRLPI).

Respecto de los derechos morales baste decir que el conjunto de derechos reconocidos en el artículo 113 TRLPI (derecho de paternidad, derecho de integridad y derecho de doblaje) es sustancialmente menor que el que se reconoce a los autores que configura un haz de facultades negativas o defensivas que parten del presupuesto de una explotación legítima y que "no empecen ni interfieren la explotación por el cesionario: la legitiman" (MARTÍN SALAMANCA, 2000). En contraposición, al autor también se le reconoce el derecho moral en su vertiente positiva: derecho de divulgación, derecho de modificación, derecho de retirada y el derecho de acceso al ejemplar raro o único. Sin embargo, en opinión de parte de la doctrina no hay una intención normativa de excluir al artista de estas facultades positivas. Se trata de lagunas que se explicarían por otros motivos que tienen que ver con el momento y la manera en que se fue incorporando a la normativa esta protección (DE ROMÁN PÉREZ, 2003), lo cual además justificaría que estas facultades sean aplicables analógicamente con base en el art. 14 TRLPI.

Por otro lado, los derechos de explotación son los que posibilitan que el artista obtenga réditos económicos por la explotación de su actuación, y por tanto constituyen la base de la problemática que aborda este trabajo. Pese a ello, queda fuera de los límites de estudio tratar el régimen jurídico particular de estos derechos, el cual, por otro lado, ha sido profusamente tratado por la doctrina, por lo que simplemente van a apuntarse unas pequeñas notas sobre los mismos, para a continuación determinar cuáles de ellos se ven afectados por la existencia de un contrato de trabajo.

Estos derechos, se pueden agrupar en dos categorías: derechos de autorización de carácter exclusivo y derechos de simple remuneración.

Así, de una parte, en los derechos de carácter exclusivo, el titular autoriza previamente cada acto de explotación de forma individual o varios actos de explotación de forma conjunta, o por una duración concreta, a cambio de una contraprestación económica con el cesionario o el usuario. Forman parte de estos derechos: a) El derecho exclusivo a autorizar la fijación de las interpretaciones (art. 106 TRLPI); b) el derecho exclusivo a autorizar la reproducción de una actividad artística fijada (art. 107 TRLPI); c) el derecho a autorizar la distribución de las actividades artísticas fijadas (art. 109.1 y 2 TRLPI); y d) el derecho a autorizar la comunicación pública de las interpretaciones artísticas y de la puesta a disposición del público en entornos digitales de sus interpretaciones fijadas [art. 108.1.a) y b) TRLPI].

En relación con estos derechos deben destacarse ciertas peculiaridades en su regulación normativa:

En primer lugar, debe resaltarse que el derecho de fijación, mediante la cual se obtiene la matriz de la actuación artística en un soporte tangible que permite su posterior reproducción y explotación (SÁNCHEZ ARISTI, 2007-c), se regula de forma separada al derecho de reproducción, que posibilita que el artista pueda autorizar la obtención de copias, mediante su incorporación a medios o soportes diversos a los del original o primera fijación de la actuación. Este régimen jurídico choca con el establecido para el autor, en el que ambos derechos son regulados conjuntamente (art. 18 TRLPI) y con base en el mismo parece lógico entender que, en aquellos casos en que la actividad artística tiene por finalidad ser fijada para su posterior explotación, el derecho a autorizar la fijación, como ocurre en el caso de los autores, acompaña implícitamente al derecho a autorizar la reproducción (PÉREZ DE CASTRO, 2009), siendo entonces de aplicación el art. 107 TRLPI. Ahora bien, en aquellos otros casos en los que la actividad artística se lleva a cabo con vocación de ser representada ante el público, sin el propósito inicial de ser fijada para su reproducción, el derecho de fijación, exclusivo de los artistas, requiere de expresa autonomía y de expresa autorización, siendo este el supuesto al que se refiere el art. 106 TRLPI (DE ROMÁN PÉREZ, 2003).

En segundo lugar, también hay que llamar la atención sobre ciertas diferencias que la norma establece en relación con la posible transmisión de estos derechos a terceros. La norma no contempla respecto del derecho a autorizar la fijación, como sí hace expresamente en relación con los derechos a autorizar la reproducción y distribución, la posibilidad de que sea transmitido, cedido o sea objeto de licencias contractuales. Ciertamente, el precepto literalmente sólo se refiere a la autorización para fijar la actividad artística y, sin embargo, una parte de la doctrina avala que también pueda ser objeto de un negocio jurídico de transmisión. En estos casos el derecho cambia de titularidad y el adquirente obtiene las facultades de disposición del derecho que detentaba el artista-titular, por lo que será él quien proceda a autorizar o ceder a terceros la fijación de la actuación (SÁNCHEZ ARISTI, 2007-c). Se avala esta interpretación en el art. 1112 CC, que determina que "*todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario*", y que no puede entenderse derogado por el silencio de la LPI (RODRÍGUEZ TAPIA, 1997-c). Por tanto, la ausencia de una regulación expresa no debe ser entendida como prohibición, sino como habilitante de la transmisión del derecho. En sentido contrario, se defiende que la omisión por la norma del negocio transmisivo ha de entenderse como una prohibición de cesión, revistiendo a este derecho de carácter personalísimo (CABANILLAS SÁNCHEZ, 1997-c). Se señala que no cabe contraponer los derechos derivados de una obligación a los que se refiere el art. 1112 CC, con los que el artista pasa a detentar como consecuencia de su actuación y cuyo contenido está determinado por la norma. Estos derechos se agotan una vez autorizada la fijación, sin que quepa sostener que el empresario adquiere este derecho, permitiendo su posterior retransmisión, lo cual carece de sentido una vez se ha producido la fijación (VENTURA VENTURA, 1998). Por lo que parece que, cuando se trata de la propia actuación, sólo el artista, por sí mismo o mediante tercero autorizado (el representante legal o voluntario), puede intervenir en el contrato CABANILLS SÁNCHEZ, 1997-c). De esta manera, el derecho permanece en el dominio del artista, pues "la decisión de fijar no debe quedar en manos distintas a las del propio intérprete teniendo en cuenta que, una vez fijada la ejecución musical, se abra la posibilidad de la divulgación; y que cada una de las ejecuciones en vico de una obra es nueva y diferente" (DE ROMÁN PÉREZ, 2003); y el sujeto que obtiene la autorización sólo podrá realizar los actos de explotación que le confiera la autorización expresa. Sin embargo, una vez fijada, el resto de derechos de explotación de dicha fijación sí pueden ser transmitidos a otros sujetos.

Y, en tercer lugar, debe apuntarse que, pese a la contundencia con que la norma expresa el derecho exclusivo a autorizar la comunicación pública de las actividades artísticas —esto es los actos por los cuales una pluralidad de personas puede tener acceso a la interpretación de la obra, sin que se produzca una previa distribución de copias de dicha interpretación—, en realidad este *ius prohibendi* queda prácticamente restringido a ciertos actos de comunicación directa o inmediata. Efectivamente, según el art. 108.1.a) TRLPI, el artista detenta el derecho exclusivo a autorizar la comunicación pública de su actuación, esto es de su interpretación o ejecución de la obra, pero a continuación el precepto excluye este derecho en dos supuestos: "*cuando dicha actuación constituya en sí una actuación transmitida por radiodifusión*"; o cuando "*se realice a partir de una fijación previamente autorizada*". Tanto en el primer caso, que constituye un supuesto de comunicación directa, como en el segundo, que abarca todos los tipos de comunicación pública indirecta, el derecho a la autorización no es que no exista, sino que la misma se entiende incluida en el consentimiento otorgado para la actuación en vivo que va a ser fijada o radiodifundida, cediéndose entonces al productor o a la entidad de radiodifusión la facultad de decidir la comunicación pública (RODRÍGUEZ

TAPIA, 1997-e). Además, la norma sujeta las actuaciones artísticas que sean objeto de difusión por satélite o cable un régimen particular (art. 108.1 en relación con el art. 20.3 y 4 TRLPI) y establece un complejo sistema de remuneraciones para los actos de comunicación secundaria de las actuaciones artísticas fijadas (art. 108.4 y 5 TRLPI).

Por otro lado, aunque el art. 108.1.b TRLPI determina que los artistas tienen el derecho exclusivo de autorizar "*las fijaciones de sus actuaciones, mediante la puesta a disposición del público, en la forma establecida en el artículo 20.2.i*", es decir, mediante la puesta a disposición del público de las interpretaciones de las obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos con el objetivo de que cualquier persona pueda acceder a ellas en el momento y desde el lugar que elija, lo cierto es que el art. 108.2 TRLPI establece que, en el marco de un contrato de producción fonográfica o audiovisual, el derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición del público también se entiende cedido, salvo pacto en contrario, al productor, si bien se mantiene un derecho a una remuneración equitativa y única a abonar por quien realice el acto de puesta a disposición (art. 108.3 TRLPI). De esta manera, el derecho acaba por articularse como un supuesto más de comunicación pública secundaria (RODRÍGUEZ TAPIA, 2006; SÁNCHEZ ARISTI, 2006).

En fin, como puede observarse, el derecho a autorizar la comunicación pública se circunscribe a los actos de comunicación pública más antiguos y tradicionales, caracterizados por la inmediatez espacio-temporal entre quien interpreta o ejecuta la obra de cualquier modo y el público (RIVERO HERNÁNDEZ, 2007).

De otra parte, en los denominados derechos de remuneración, el derecho a percibir una determinada cantidad económica requiere que se produzcan unos requisitos que no siempre tienen una relación directa con las facultades de explotación. Cuando sí la tienen, el derecho de remuneración se explica por razones de orden práctico, como una forma de facilitar la explotación de la actividad artística, pues su comercialización sería prácticamente imposible si se mantuviera la gestión individual (comercialización en masa, en la que se desconoce el número usuario de actos de explotación y de usuarios a autorizar, con la consiguiente imposibilidad de que el artista gestione individualmente con cada usuario). En estos casos, la participación de los artistas en la explotación de su actividad se presume (*ope legis* o *iuris tantum*) transmitida a un tercero, pero el titular conserva por cada acto de explotación el derecho a una remuneración equitativa. Se corresponden con esta categoría los actos de comunicación pública secundaria referidos en los apartados 3, 4 y 5 del art. 108 TRLPI y la cesión del derecho de distribución mediante alquiler de las copias que contienen la actuación fijada recogido en el art. 109.3.1º y 2º TRLPI. Además, la gestión de los derechos se hace de forma colectiva a través de las correspondientes entidades de gestión. En España la administración y gestión de los artistas de la industria musical reside en la AIE (Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España), mientras que otros colectivos como los actores, dobladores, bailarines y directores de escena gestionan colectivamente sus derechos a través de la AISGE (Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión).

En otros casos, como ocurre con el canon por copia privada, la relación con los actos de explotación no es tan directa, ya que no dependen del ejercicio de un determinado derecho patrimonial, sino que más bien pretenden resarcir al autor por los actos de reproducción privada que se produzcan. Así, el art. 31.2 TRLPI determina que la reproducción de una copia privada de una obra ya divulgada hecha por una persona física que ha accedido a ella legalmente, no requiere autorización del interprete o ejecutante, lo cual es extensible a la interpretación y ejecución de la obra. Sin embargo, sí genera para el artista interprete o ejecutante un derecho de compensación equitativa (hasta ahora regulado en el art. 25 TRLPI, si

bien el RD-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, en su DA 10ª ha suprimido esta compensación equitativa y ha anunciado su sustitución por un nuevo régimen compensatorio que todavía no se ha aprobado), cuyo fin es resarcirle por los derechos de propiedad intelectual que dejan de percibir como consecuencia de estas reproducción de sus interpretaciones fijadas por parte de los usuarios finales en soportes físicos de audio y video o en soportes digitales que almacenan y reproducen archivos de audio y video.

La cesión de estos derechos al empresario, en el marco de un contrato laboral, opera de acuerdo con el pacto que alcancen las partes. Sin embargo, con el fin de facilitar el tráfico jurídico y permitir la explotación de la actividad artística el art. 110 TRLPI determina un mecanismo de cesión de derechos en defecto de pacto. La naturaleza jurídica, es decir el fundamento jurídico que determina esta cesión se aborda en el epígrafe siguiente. Sin embargo, hay otro aspecto del precepto que debe ser tratado ahora ya que según se detalla "*si la interpretación o ejecución se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que el empresario o el arrendatario adquieren sobre aquéllas los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y la comunicación pública previstos en este título…*". Como puede observarse, el art. 110 TRLPI sólo hace mención expresa del derecho de reproducción y del derecho de comunicación pública y, además, a renglón seguido, expresa que, "*lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación a los derechos de remuneración reconocidos en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 108*". Así pues, la disposición normativa no engloba todos los derechos que la Ley atribuye al artista por su actuación, al tiempo que otros son excluidos expresamente. Por ello no está de más determinar qué ocurre con estos otros derechos —los no incluidos y los excluidos— y dilucidar si pueden ser objeto de cesión tácita o presunta.

Pues bien, en primer lugar, la norma, en relación con los derechos sobre los que existe un *ius prohibendi*, no alude ni al derecho de fijación, ni al de distribución. En relación con éste último, algún autor ha defendido que su no inclusión del derecho se debe a un olvido del legislador (VENTURA VENTURA, 1998) y en consecuencia conforma parte del conjunto de derechos que, a falta de pacto, se ceden al empresario (RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, 2007). Pese a ello, coincido con aquellos autores que defienden que la exclusión es intencionada y que persigue que la cesión de este derecho deba ser pactada expresamente (SUAREZ LOZANO, 1995; HURTADO GONZÁLEZ, 2006). Por ello, el artista podrá reservarse el derecho a autorizar la distribución, en todas o algunas de sus formas (venta, préstamo) o ceder el mismo en función de las condiciones pactadas con el empresario. Se salvaguarda el derecho del artista a negociar la remuneración que ha de obtener por cada copia vendida, salvo el derecho de alquiler que, como se vio, se encuentra presuntamente cedido al productor. No obstante, lo normal será pactar expresamente la cesión de este derecho al productor para facilitar la normal explotación de la actividad artística a cambio de un derecho remuneratorio que normalmente se concretará en una cantidad a tanto alzado, en un porcentaje sobre el salario (MARTÍN VILLAREJO, 2003) o en una cantidad sobre cada copia distribuida y vendida.

Más sorprendente resulta la ausencia de toda referencia al derecho de fijación, ya que la cesión del derecho de reproducción debe incluir también este derecho para poder ejercitarse (VALDÉS ALONSO, 2001). De hecho, para algún autor, partiendo de que el art. 110 TRLPI sólo se aplica a los contratos que tienen por finalidad grabar la actuación artística siempre se cedería al empresario el derecho de reproducción y comunicación pública (CABANILLAS SÁNCHEZ, 1997-e). Sin embargo, en mi opinión, el artículo 110 TRLPI se debe aplicas a cualquier actividad artística y la no inclusión del derecho de fijación ha de

explicarse en base a la ya referida separación entre este derecho y el de reproducción. Con esta interpretación, además, se da sentido al último inciso del párrafo primero del precepto que determina que el empresario adquiere los derechos a los que se refiere el precepto siempre que "*se deduzcan de la naturaleza y objeto del contrato*", de manera que la actividad que desarrolle el empresario resultará determinante para delimitar el régimen de adquisición de los derechos de propiedad intelectual (VALDÉS ALONSO, 2001; HURTADO GONZÁLEZ, 2006; RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, 2007). Efectivamente, en los casos en que la actividad artística contratada tiene como finalidad ser grabada para su posterior explotación, no cabe separar el derecho de fijación del de reproducción, el primero se encuentra subsumido en el segundo, por lo que la referencia a la cesión del derecho de reproducción es suficiente. En este sentido, la celebración de un contrato de producción fonográfica o de grabación audiovisual cuyo fin es la fijación de la actuación para su posterior reproducción y comunicación pública, implica la cesión de todos ellos, si bien, sólo en relación con las formas o modalidades de explotación que se deriven de la naturaleza del contrato, por lo que cualquier otro acto de explotación deberá ser autorizado. Sin embargo, en otras ocasiones, el derecho de fijación se presupone cedido al margen del derecho de reproducción. Así ocurre con las actuaciones concertadas para llevar a cabo actos de comunicación pública que requieren la previa fijación de la actuación. En estos casos, el contrato permite la grabación de la actuación y evidentemente la comunicación pública de la misma, pero no pueden entenderse autorizados o cedidos el derecho a la reproducción y distribución de copias de la misma De todas maneras, con el fin de evitar obstáculos en la explotación de la actividad artística suele ser práctica habitual autorizar de forma expresa este derecho al productor (MARTÍN VILLAREJO, 2003).

Es, por tanto, en los casos en los que cabe ejercer este derecho de forma independiente cuando opera esta exclusión, debiendo el empresario contar con la autorización expresa del artista. De esta manera, al contratar la mera ejecución artística para ser representada en directo ante el público, en el marco de un arrendamiento de servicios o de un contrato de trabajo se autoriza la comunicación pública de la misma, la cual está incluida en la propia aceptación del contrato, pero nada más (CABANILLAS SÁNCHEZ, 1997-e; HURTADO GONZÁLEZ, 2006; RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, 2007). Se traslada al arrendador o empresario la capacidad de exigir la prestación en que consiste la actuación así como la de controlar la dimensión pública de la misma (SÁNCHEZ ARISTI, 2007-e). Lo mismo ocurre si el contrato se perfecciona con el fin de transmitir de forma simultánea la actuación, pues el acto de transmisión es también uno de comunicación pública (HURTADO GONZÁLEZ, 2006; RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, 2007). Pero si se pretende su comunicación pública por cualquier otro medio o la fijación de dicha actuación y/o su reproducción y distribución, así como la comunicación pública de dicha fijación, se requerirá un pacto expreso, y si éste no se produce no cabrá entender cedido, por vía del art. 110 TRLPI, ninguno de estos otros derechos. En ese sentido, a mi juicio, no puede ni debe defenderse, como hace parte de la doctrina, que es la actividad habitualmente desarrollada por el empresario y no la concreta finalidad de la actividad contratada la que determinará la cesión de unos y otros derechos, de manera que, "aun cuando del contrato de trabajo se pudiera desprender que lo únicamente pactado era el desarrollo (ante el público) de determinadas interpretaciones artísticas, la actividad (habitual) de la empresa (audiovisual, discográfica, etc.) determina la cesión de los derechos de comunicación pública y reproducción (y fijación, lógicamente) ( ); sólo de esa manera entendemos satisfecha la causa del contrato de trabajo para el empresario" (VALDÉS ALONSO, 2001).

En segundo lugar, en relación con los derechos de simple remuneración que se articulan a través de entidades de gestión colectiva, la norma determina expresamente, al menos para parte de ellos, su exclusión del mecanismo de cesión. En cualquier caso, debe señalarse que los derechos a los que remite la norma, recogidos en el art. 108.3, 4 y 5 TRLPI, de hecho, configuran una cesión al productor del derecho a autorizar la comunicación, por lo que la exclusión debe entenderse hecha al derecho remuneratorio en sí que estos mismos preceptos atribuyen al artista. Por otro lado, aunque para algunos autores sí cabría una cesión expresa de estos derechos (RODRÍGUEZ TAPIA, 1997-e; HURTADO GONZÁLEZ, 2006), coincido con la doctrina que defiende se excluye tanto la presunción de transmisión, como la propia transmisión misma (MARTÍN VILLAREJO, 2009-g). Se garantiza el derecho de los artistas a una compensación económica por cada acto de comunicación pública que deberá abonar el usuario a través de la correspondiente entidad de gestión. Al respecto, en sede judicial, se arguye frente a esta tesis que los precedentes legislativos; la naturaleza de estos derechos de remuneración; su ejercicio a través de entidades de gestión; y la propia literalidad del art. 110 TRLPI mantienen la irrenunciabilidad de estos derechos y, por tanto, la posibilidad de transmitirlos [SAP Madrid de 11 de septiembre de 2002 (Rec. Núm. 9/2001) *(Tol 228983)*; SAP Madrid de 12 de noviembre de 2003 (Rec. Apelación, Rollo 133/2003); SAP Madrid de 11 de junio de 2004 (Rec. Apelación 700/2003) *(Tol 510730)*]. Por último, hay que precisar que, aunque no se mencione, tampoco pueden ser objeto de cesión en el contrato laboral: a) el derecho de remuneración por copia privada, pues se trata de un derecho de gestión colectiva obligatoria e indisponible a título individual; la radiodifusión por cable en el ámbito de la Unión Europea que también requiere de forma imperativa gestión colectiva (art. 108.1 y art. 20.4.b TRLPI), aunque no esté incluida entre las que recoge el precepto (MARTÍN VILLAREJO, 2009-g); y c) el derecho de remuneración que obtiene el artista por la cesión presunta al productor de derecho a autorizar el alquiler de las fijaciones de la actividad artista.

4. LA TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN AL EMPRESARIO LABORAL EN EL MARCO DE UNA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE ARTISTAS

Con anterioridad a la aparición de una protección específica para los artistas, el contrato se erigía como el instrumento jurídico que determinaba tanto la actividad a realizar, como las formas y condiciones de exhibición de la misma (HURTADO GONZÁLEZ, 2006). En este contexto el empresario, salvo limitación expresa, adquiría todas y cada una de las facultades derivadas de la actividad artística, incluyendo la posibilidad de fijarla, reproducirla, radiodifundirla, etc. El progresivo desarrollo de un régimen protector ha invertido este panorama, al atribuir al artista la decisión sobre las condiciones de explotación de la actividad artística, de manera que el contrato se ha convertido en un instrumento habilitante (y no limitante) para el empresario (HURTADO GONZÁLEZ, 2006).

De todas maneras, la regulación que la normativa de propiedad contractual despliega sobre la transmisión de estos derechos es ciertamente escasa, en contraposición a la forma en como se trata esta materia en relación con los derechos de autor (SÁNCHEZ ARISTI, 1997-d), sobre todo si se tiene en cuenta que en la mayoría de las ocasiones la contratación de una actividad artística está supeditada a la explotación de los derechos que se desprenden de la fijación de dicha actividad (VALDES ALONSO y BENZAL MEDIA, 2004). Por ello, los contratos que ligan a los artistas con los sujetos a los cuales transmiten los derechos

para explotar el resultado de su actividad (organizadores de espectáculos y/o productores de fonogramas o videogramas, entidades de difusión y radiodifusión) tienen un alto grado de atipicidad y se regulan de acuerdo con las reglas generales del Código Civil y por los usos del sector al que pertenecen (tiempo de vinculación del artista, compromisos adquiridos, forma y causa de desvinculación) (SÁNCHEZ ARISTI, 1997-d). La ausencia de una regulación más detallada resulta todavía más problemática cuando los artistas desarrollan su actividad en régimen de dependencia y ajenidad, mediante un contrato de trabajo conforme, en la inmensa mayoría de las veces, a los postulados del RDA.

La única referencia legal a esta cuestión se encuentra en el ya mencionado art. 110 TRLPI, el cual señala que, "*si la interpretación o ejecución se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que el empresario o el arrendatario adquieren sobre aquéllas los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y la comunicación pública previstos en este título y que se deduzcan de la naturaleza y objeto del contrato*". Pese a que el precepto sitúa en igualdad ambos contratos —el de trabajo y el de arrendamiento de servicios—, lo cierto es que la actividad artística se encuentra mayoritariamente regulada por el derecho del trabajo. El precepto reproduce, más o menos, el dibujo establecido por el art. 51 TRLPI para los autores asalariados cuando señala que: "*1. La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito. 2. A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral*".

Pues bien, en ambos casos, la ambigüedad de los preceptos y la añadida, y mencionada, desatención de la norma laboral hacia esta singularidad, obligan a realizar una labor de integración normativa, con el fin de determinar en virtud de qué negocio jurídico se produce la transmisión de derechos. En este sentido, atendiendo a la propia idiosincrasia de la relación laboral lo que en realidad debe determinarse es si dicha transmisión forma parte del objeto del contrato y si, por tanto, más que ante una cesión, existe una atribución *ab origine* de estos derechos al empresario, que se produciría como consecuencia de la propiedad que el empresario detenta sobre los frutos del trabajo (principio de ajenidad en los frutos), es decir como consecuencia del poder de disposición que ostenta sobre la actividad artística. Se trata de una cuestión de indudable trascendencia práctica, ya que la explotación comercial de la actividad artística fijada para su reproducción y/o comunicación pública tiene un valor económico muy superior al de la propia interpretación o ejecución. Por ello, cobra suma importancia determinar si el empresario adquiere también posibilidad de disponer de la misma a estos efectos (RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, 2007). Para lograr una respuesta, a la hora de rescatar las tesis elaboradas por la doctrina, se va a acudir tanto a las argumentaciones vertidas sobre los artistas asalariados, como sobre los autores asalariados, pues son igualmente trasladables a los primeros.

De todas maneras hay que comenzar advirtiendo que en este tema es difícil dar con una solución exacta. Existen varios modelos, cada uno con sus peculiaridades, que, además al implantarse en cada país, adoptan perfiles propios, impidiendo establecer categorías estancas. Aun así, la doctrina que se ha encargado de realizar estudios comparativos sobre esta materia ha elaborado la siguiente clasificación (LUCAS-SCHLOETTER, 2004):

a. Reconocimiento de la cualidad de autor al propio empresario, atribuyéndole en consecuencia el reconocimiento de autoría de la obra, tanto en su vertiente patrimonial como moral. Esta situación, con mayor o menor alcance, es típica de los países de tradición jurídica anglosajona (ROUSSEL, 1990).

b. Transmisión de los derechos patrimoniales al empresario por efecto de la propia Ley. En este caso se distinguen dos situaciones: *cessio legis* y presunción de cesión.

c. Cesión tácita de derechos patrimoniales por efecto del contrato de trabajo.

d. Mantenimiento del régimen de titularidad de derechos de autor y propiedad intelectual sin incidencia del contrato de trabajo.

Pese a ello, atendiendo a la difícil categorización aludida, se advierte que ineludiblemente la figura de la *cessio legis* se encuentra muy próxima a la ficción legal, por la que la ley atribuye al empresario los derechos de forma originaria, mientras que la simple presunción no está lejos de la cesión tácita, sobre todo cuando esta última es evocada por el propio legislador (LUCAS-SCHLOETTER, 2004).

En cualquier caso, nuestro ordenamiento jurídico, como el del resto de los países de tradición jurídica latina, considera que los derechos pertenecen al autor o al artista que crea o interpreta la obra, independientemente de que la actividad creadora se lleve a cabo de forma autónoma o se enmarque en un contrato de trabajo o un arrendamiento de servicios. Se aparta esta regulación de la típica de los países anglosajones que, bajo el influjo de la normativa del *copyright*, atribuyen la titularidad de los derechos de autor que se generan en el marco de un contrato de trabajo al empresario.

Por tanto, el empresario no detenta un derecho de autor *ab initio,* sino un derecho derivado de una cesión, de una concesión, de una licencia o de un derecho de uso (ROUSSEL, 1990). Prevalece el principio por el cual autor es quien crea la obra y, por ello también los artistas, cuando realizan su actividad mediante un contrato de trabajo, mantienen los derechos de propiedad intelectual que la norma les reconoce (BAUTISTA GARCÍA, 1992).

Partiendo de esta premisa, la doctrina ha considerado que el mecanismo por el cual se ceden los derechos de propiedad al empresario en la norma española constituye, retomando la clasificación sobre los modelos de regulación, bien una cesión tácita (VALDÉS ALONSO, 2001), o bien una cesión presunta (BAUTISTA GARCÍA, 1992; SÁNCHEZ ARISTI, 2006; RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, 2007; LUCAS SCHLOETTER, 2004). Ambas figuras presentan, como ya se advirtió, un cierto nivel de abstracción, lo que hace que muchas veces sea difícil diferenciarlas o distinguirlas de otras fórmulas como la cesión legal.

Además, se tiende a forzar su sentido, pues, en mi opinión, el hecho de adoptar una u otra postura está muy relacionado con el fin que la doctrina pretende atribuir al contrato de trabajo en relación con los derechos de propiedad intelectual. Así, al defender la cesión tácita, se mantiene que la norma atribuye siempre la explotación intelectual de la actividad artística al empresario, bien con el contenido que las partes determinen, bien con el contenido que expresa la ley, por lo que no cabría un pacto de no cesión. De hecho, en defecto de pacto, el empresario siempre podrá esgrimir la titularidad de dichos derechos, sin que el trabajador-artista pueda oponerse a ello. Desde esta perspectiva, como se ha señalado, habría que entender que la normativa sobre propiedad intelectual no impide que el empresario pueda utilizar aquellas fórmulas de exhibición de la actividad artística no contempladas en el contrato, sino sólo las que expresamente dicho contrato excluya. El mandado legislativo implicaría que el empresario adquiere como consecuencia del contrato los derechos de propiedad intelectual salvo estipulación en contrario que lo evite, manteniéndose por tanto el mismo régimen que operaba con anterioridad al reconocimiento legal de estos derechos de los artistas (ALZAGA RUIZ, 2001; HURATO GONZÁLEZ, 2006). En otro sentido, la cesión presunta implica que la atribución de derechos al empresario se produce salvo pacto en contrario (BAUTISTA GARCÍA, 1992; HURTADO GONZÁLEZ, 2006). Siguiendo esta interpretación, la STSJ Madrid de 7 de noviembre de 1994 [Rec. 1123/1993] señaló que "*previene la norma una presunción* iuris tantum

que no es observable (…) cuando las partes establezcan otras exigencias, o del propio contrato se infiera con absoluta claridad el limitado alcance de la autorización, esto es, que resulte de la propia naturaleza u objeto del contrato".

Es decir, cabe una cesión expresa, modulada en el contrato; una cesión, en defecto de acuerdo expreso, con el contenido que la norma refiere; y un pacto de no cesión, lo que es tanto como afirmar que la explotación del contenido patrimonial de los derechos de propiedad intelectual puede quedar al margen del contrato de trabajo y, por tanto, que no forman parte de su objeto. De hecho, aun sin pacto, el trabajador podría demostrar, en función de las circunstancias concretas, que nunca hubo intención de ceder los derechos de contenido patrimonial.

Una vez hechas estas premisas, hay que acometer las distintas tesis mantenidas sobre la naturaleza jurídica de la transmisión de los derechos del artista asalariado al empresario.

A. LAS POSTURAS LABORALISTAS: EN ESPECIAL LA CESIÓN DE DERECHOS COMO CONSECUENCIA INTRÍNSECA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Con carácter general, la doctrina y la jurisprudencia, han explicado la cesión de los derechos de propiedad intelectual al empresario en la especial naturaleza jurídica del contrato de trabajo y en la atribución de los frutos que este produce al empresario.

Este ha sido el sentir mayoritario de la doctrina y por el que había venido optando las resoluciones judiciales, lo cual, además, conlleva considerar que la retribución que se produce por la cesión de derechos posee carácter salarial [STS de 9 de diciembre de 1982 (RJ 1982\7791); STS de 12 de febrero de 1985; STS de 13 de octubre de 1986 *(Tol 2322629)*; STS de 26 de febrero de 1988 *(Tol 2355595)*; STS de 9 de octubre de 1989 *[Tol 2377767)*; la STS de 31 de marzo de 1997 (RECUD 3555/1996) *(Tol 238141)*; STSJ Madrid de 20 de junio de 1995 (Rec. 2605/1994); STSJ País Vasco de 19 de octubre de 1999 (Rec. 1599/1999); STSJ Andalucía, Sevilla, de 21 de enero de 2000 (Rec. 3903/1999)].

De acuerdo con esta idea, la cesión de los derechos de explotación constituye, junto con la actividad propiamente dicha, la causa del contrato de trabajo, pues la actividad y su resultado no pueden separarse de los derechos de explotación (VALDÉS ALONSO, 2001; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, 2008). Se entiende que la actividad que realiza el trabajador no genera un beneficio económico, sino que éste nace con la explotación de la actividad por parte del empresario, que es quien compensa al artista asalariado, mediante el salario, de parte de dicho beneficio (ARAGÓN GÓMEZ; 2007). Esto es, los derechos de explotación forman parte del objeto del contrato de trabajo, sin que sea un obstáculo el hecho de que la adquisición de los frutos por parte del empresario, por la incidencia de una norma que no forma parte del ordenamiento laboral, se produzca a título derivado y no originario. De hecho la ajenidad propia de la relación laboral se explica por dicha cesión de los derechos de propiedad intelectual y, por tanto, la retribución atiende a estas dos circunstancias: a la actividad y a la cesión de los resultados de la misma (VALDÉS ALONSO, 2001). En definitiva, así entendida, la ajenidad se consuma, bien en los términos que se pacten (delimitando qué se entiende por fruto del trabajo), o bien por la cesión que establece el art. 51 TRLPI para los autores asalariados y el art. 110 TRLPI para los artistas de forma específica.

Así, en la STS de 12 de febrero de 1985 se mantiene que "*la propiedad intelectual en cuanto conjunto de derechos que la ley reconoce al autor o autores sobre la obra producto de su inteligencia entendida la expresión de su sentido más amplio y general, es parte indisoluble de la actividad laboral, cualquiera que sean los pactos que la regulen, porque otra cosa conduciría a establecer una artificial y nociva disgregación del contrato, en cuanto acuerdo de voluntades organizado para*

producir determinados efectos, haciéndole perder su sustancial unidad y haciendo, incluso, desaparecer los principios generales y especiales sobre los que cada relación se construye".

Posteriormente, enmarcada en la misma forma de interpretar la cesión de derechos, la STS de 31 de marzo de 1997 [RECUD 3555/1996 *(Tol 238141)*], matizaba que, "*cuando el resultado del trabajo es una obra de autor… la cesión de dicho resultado no tiene por qué abarcar a la integridad de los derechos de propiedad intelectual, sino sólo a los principales o más relevantes*". De esta primera afirmación se pueden extraer algunas consecuencias. La existencia de un contrato de trabajo con un autor no requiere la cesión de todos los derechos de propiedad intelectual. Por tanto, será el contrato de trabajo el que necesariamente delimite qué derechos se transmiten y cuáles no. Sin embargo, los principales o más relevantes, esto es, los que posibilitan la explotación comercial de la obra creada en función de la actividad desarrollada por la empresa sí han de pasar a ser de titularidad empresarial. Y, en caso de que nada se diga en el contrato, entrará en juego el art. 51 TRLPI.

Continua argumentando la citada sentencia que el derecho de propiedad intelectual está compuesto por un complejo y plural entramado de facultades, que no siempre pueden ser objeto de cesión a terceros como ocurre con las que integran el derecho moral del autor. Y que, el presupuesto de ajenidad incluye la cesión de los derechos de propiedad intelectual como frutos del trabajo, si bien no es necesario que se transmitan todos, sino sólo los principales. Por último, se establece, "*a propósito de la ajenidad en las relaciones de servicios de creación de obras de autor, que el derecho de autor es independiente, compatible y acumulable con el derecho de propiedad sobre la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual (artículo 3 de la Ley)".* Por tanto, la cesión resulta, de esta manera, indispensable para la existencia de un contrato de trabajo. No cabe, en los términos señalados anteriormente, un pacto de no cesión de derechos, pues sin transmisión de derechos, o incluso cuando solo se transmitan aquellos cuya importancia económica es accesoria, no podrá entenderse existente una relación laboral (ARAGÓN GÓMEZ, 2007).

Existe otra tesis doctrinal que, aunque considera que la transmisión de los derechos de propiedad intelectual forma parte del objeto del contrato, la desliga del presupuesto de ajenidad de la relación laboral. De acuerdo con esta interpretación, la cesión de los derechos de propiedad intelectual es un presupuesto del contrato que hace posible su objeto y que cumpla con su finalidad de exhibición pública —que es lo que caracteriza la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos (HURTADO GONZÁLEZ, 2006). De esta manera, el empresario sólo adquiere aquellos derechos que permiten realizar el objeto básico de del contrato de trabajo, formando parte de él, junto con la actividad convenida. Por tanto, se entiende que, a diferencia del contrato con el autor asalariado, cuya existencia es posible sin que haya cesión de derechos, en el caso de los artistas no puede perfeccionarse el contrato sin la exhibición de la actividad por parte del empresario, constituyendo entonces la cesión parte de su objeto, sin que pueda admitirse la mera actividad artística sin posibilidad de exhibición, salvo, claro está, cuando se contrate una actuación realizada exclusivamente en vivo o cuando la realicen artistas no protegidos por la LPI. La ajenidad, en cualquier caso, no se identifica con esta cesión, sino con la prestación de hacer contratada: la actividad artística (que incluirá en su caso las posibilidades de exhibición convenidas). El trabajador se integra en el ámbito de organización del espectáculo, dirigido por el empresario, siendo ajeno respecto de su titularidad y resultado. Los derechos de explotación no son un fruto del trabajo, ni del proceso productivo, sino un presupuesto del mismo que lo delimitan y le dan sentido.

Por último, también se ha defendido la laboralidad de la cesión de los derechos de propiedad intelectual, sin que ello implique identificarlos con el presupuesto de la ajenidad

o con el objeto del contrato. Así, partiendo de que los derechos aludidos tienen naturaleza transmisible aun cuando no existiera el artículo 110 TRLP, se defiende que la trasmisión de los derechos se produce por efecto de un pacto entre las partes que, sin embargo, no posee naturaleza civil, sino laboral (RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, 2007). Se argumenta que los derechos de explotación se derivan de la actuación artística, que, como tal, se desarrolla en el marco de un contrato de trabajo, por lo que el pacto tácito o expreso de cesión de los mismos forma parte del contenido del contrato de trabajo, lo que además justifica la naturaleza salarial de las contraprestaciones que recibe el artista por esta cesión.

B. LA INDEPENDENCIA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL DEL ARTISTA EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE TRABAJO

Frente a estas tesis laboralistas, también se ha defendido que el reconocimiento de la propiedad intelectual al autor o al artista en cualquier caso, aunque medie un contrato de trabajo, implica que la ajenidad queda referenciada en la actividad creativa, sin compromiso con el resultado, y que la no inclusión de la propiedad intelectual en el objeto del contrato de trabajo viene avalada por el propio articulado que subordina la cesión al pacto entre el trabajador y el empresario (BAUTISTA GARCÍA, 1992; ALZAGA RUIZ, 2001; HURTADO GONZÁLEZ, 2006).

Se afirma que la cesión de derechos no nace como causa del contrato de trabajo, sino como consecuencia de otro vínculo de naturaleza civil o mercantil que se superpone al contrato de trabajo, lo cual es igualmente predicable si la actividad se realiza mediante un contrato de arrendamiento de servicios.

En este caso el trabajador se obligará mediante el contrato de trabajo a la prestación de los servicios de la actividad artística a cambio de un salario y, mediante otro contrato, estipulará el alcance y el contenido de la cesión de los derechos de propiedad intelectual al empresario. Poco importa que la cesión se instrumente en el momento de celebrar el contrato de trabajo —en contrato aparte o incluida como un contenido más del mismo, lo que no alteraría su naturaleza—, o en un momento posterior. Existiría en este caso una relación jurídica compleja, un contrato mixto que no responde a los criterios ortodoxos de los tipos contractuales tipificados en la normativa de referencia, pero que no pierde su naturaleza laboral por contener un pacto añadido, de cuya realización depende el objeto del contrato de trabajo, que aisladamente puede ser considerado civil [STS de 19 de mayo de 1986 *(Tol 2321071)*]. Se trataría de un arrendamiento de obra o una prestación laboral que llevaría aparejada la cesión de los derechos de propiedad intelectual. De no existir este pacto, entrará en juego la presunción de adquisición, pero no por ello se desvirtúa este mecanismo de transmisión de derechos, quedando salvaguardada la consideración que la norma hace del autor y sus derechos sobre el resultado de su creación (BAUTISTA GARCÍA, 1992).

Esta postura también tiene cierto apoyo jurisprudencial, pues, tras muchos años sin entrar en el fondo de esta cuestión, en el año 2010 se dictaron un buen número de resoluciones, con idéntico sentir y presupuesto de partida (la discutida relación laboral de actores de doblaje), que han significado una vuelta de tuerca al entendimiento de esta cuestión y que, además, la abordan desde el punto de vista de los artistas y no de los autores [STS 16 de julio de 2010 (Rec. 3391/2009) *(Tol 1952837)*; STS de 19 de julio de 2010 (RECUD 2830/2009) *(Tol 1961533)*; STS de 19 de julio de 2010 (Rec. 2233/2009) *(Tol 1973410)*; STS de 19 de julio de 2010 (Rec. 1623/2009) *(Tol 1973509)*; STS 5 de octubre de 2010 (Rec. 1766/2009) *(Tol 1981476)*; STS de 6 de octubre de 2010 (Rec. 2010/2009) *(Tol 1980657)*, STS de 24 de noviembre de 2010 (RECUD 191/2010) *(Tol 1998387)*, y STS de 9 de diciembre de

2010 (RECUD 1874/2009) *(Tol 2030258)*], sobre las mismas *vid*. GARCÍA TESTAL, 2011).

Como digo, el sentir de estas sentencias es similar, cuando no idéntico, lo que, dado que han tenido como ponentes a distintos magistrados, da idea del asentamiento de la cuestión en el Tribunal Supremo. En la exposición se sigue el hilo de la STS de 19 de julio de 2010 (RECUD 2830/2009) *(Tol 1961533)*, pues es la única que contiene un voto particular al fallo y que, por tanto permite confrontar dos formas de pensar en torno a este conflicto.

Pues bien, en esta sentencia se señala que "*no cabe negar la ajenidad por el hecho de que los actores de doblaje mantengan sus derechos de autor, sin cesión a la empresa*". Con ello, se corrobora que los derechos de propiedad intelectual no se transfieren al empresario como frutos del trabajo ni originariamente ni de forma derivada. Continua la sentencia aclarando que "*los derechos de propiedad intelectual no se encuentran de modo necesario en el paquete de las obligaciones básicas del contrato de trabajo, pudiendo incluirse entre las respectivas contraprestaciones de las partes o quedar al margen de éstas".* Esta afirmación se desprende de modo "indubitado" de lo establecido en el art. 51 TRLP sobre la cesión de derechos del autor asalariado al empresario, por lo que resulta ciertamente recriminable que la resolución no analice el art. 110 que sería el aplicable al caso concreto objeto de conflicto.

Por otro lado, según se expresa en la sentencia, esta doctrina ya había sido recogida por el Tribunal Supremo en la anteriormente comentada STS de 31 de marzo de 1997 (RECUD 3555/1996) *(Tol 238141)*. Sin embargo, la STS de 19 de julio de 2010 va en su posicionamiento mucho más allá de lo que lo hace la de 31 de marzo de 1997. Efectivamente, mientras que esta última requiere que se produzca una transmisión sino de todos, sí al menos de los más importantes derechos de propiedad intelectual, en las sentencias de 2010 se admite expresamente que no se ceda ningún derecho, sin que ello influya en la caracterización del contrato, por lo que difícilmente pueden considerase los mismos como un presupuesto necesario para la existencia de ajenidad en este tipo de relaciones.

De hecho, es el voto particular que incluye esta resolución el que se acerca al espíritu de la doctrina de la STS de 31 de marzo de 1997 (RECUD 3555/1996) *(Tol 238141)*. En él, se habla de una ajenidad mitigada en relación con la "*adquisición ad initio de los frutos por el empresario* (…), *desde el momento en que si bien cede la utilidad patrimonial derivada del trabajo, en todo caso el autor mantiene el derecho moral que le faculta para velar por la integridad de su obra y prestigio profesional (art. 113 TRLPI, aprobado por RD Legislativo 1/1996, de 12 Abril), de manera que esta atenuación es precisamente una de las peculiaridades que justifican la calificación de la relación como «especial»*". Sin embargo, en relación con la posibilidad de reservarse todos los derechos de propiedad intelectual, como ocurre, en el supuesto de autos determina que "*si bien tal posibilidad está admitida como excepción —a contrario sensu— en el art. 110 TRLPI [si «la interpretación o ejecución se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios»], tal circunstancia parece ir más allá de lo que es una singularidad justificativa del carácter especial de la relación, para excluir prácticamente la ajenidad de los frutos y en el mercado (…), y con ello la sustancia del contrato de trabajo".*

Y es que, como se ha señalado anteriormente, la principal consecuencia de dejar al margen del objeto del contrato laboral la cesión de los derechos de retribución es la de incluir en el contrato cláusulas de reserva de cesión totales o parciales, estando estos pactos avalados por la jurisprudencia anteriormente citada.

Así cabe que el artista se reserve los derechos no incluidos en la cesión tácita, aunque su explotación forme parte de la actividad del empresario-productor y pese a la dificultad de ejercicio que ello entraña (MARTÍN VI-

LLAREJO, 2009-g). En estos casos el artista inmerso en un contrato de producción no cobraría la remuneración del derecho y sería el mismo quien concedería la autorización necesaria al productor según las condiciones económicas que se pactasen.

C. REVISIÓN CRÍTICA: LA DIFÍCIL APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA TESIS LABORALISTA

A mi modo de ver, ambas tesis cuentan con un sustento jurídico nada despreciable. Sin embargo, atribuir a los derechos de propiedad intelectual naturaleza laboral perjudica a los autores y los artistas que no podrán oponerse a la cesión, viendo mermadas sus posibilidades de negociación y, sobre todo, dificulta el tráfico jurídico de estos derechos. Por otro lado, considerar que los derechos de propiedad intelectual quedan al margen del contrato de trabajo y que este sólo atiende a la actividad creativa no comporta una lesión a los intereses empresariales. Que en determinados supuestos deba de existir necesariamente una autorización o cesión de derechos para lograr el buen fin de la actividad comercial, no debe implicar *per se* que el empresario los haga suyos por efecto de la propia prestación laboral contratada. Aun así los hará suyos, pues en otro caso no tendrá interés en contratar la actividad artística, con lo que, bien de forma expresa, bien tácitamente por el juego del art. 110 TRLPI, dispondrá de los medios necesarios para exhibir y rentabilizar económicamente la actividad remunerada.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la defendida laboralidad de la cesión puede devenir imposible si el artista ha cedido sus derechos a otra persona física o jurídica para que negocie con ellos. Es decir, el artista puede realizar una cesión de los derechos de explotación futuros sobre las actividades artísticas que desarrolle. De esta manera, la sociedad mercantil o la persona titular de los mismos deberán concurrir cuando el artista contrate sus servicios laboralmente, a fin de que el empresario adquiera los derechos, remunerándolos por tanto de forma paralela e independiente al contrato de trabajo. Doctrinalmente, desde el derecho civil se ha afirmado la nulidad de estos negocios jurídicos sobre los derechos de propiedad intelectual, entendiendo que si el derecho nace con la actuación no resulta posible cederlos antes de que la misma se produzca. Laboralmente, aun admitiendo la realidad de una cesión futura, se señala que, teniendo presente que dicha cesión es un presupuesto del contrato de trabajo, en estos casos el contrato resultaría imposible y o bien se entiende que es nulo, al carecer el trabajador del derecho de autorizar; o bien, de forma más lógica, se entiende que es nulo el contrato previo, por el cual se ceden los derechos al intermediario por impedir el derecho al trabajo. De un modo u otro, se acaba señalando que un artista podrá transmitir los derechos que acompañan a la concreta interpretación por la que se obliga, pero no podrá desprenderse de la posibilidad de "fijarse" de forma indefinida e indeterminada (VENTURA VENTURA, 1998).

Existen, además, otras realidades que ponen en tela de juicio la pretendida laboralidad de los derechos de propiedad intelectual.

Me refiero al hecho de que el empresario para lograr la adecuada explotación de la ejecución artística, haya de adquirir los derechos de propiedad intelectual que sobre la obra preexistente posee el autor de la misma. Así, si se trata de contratar actuaciones para ser representadas se requerirá obtener el derecho de comunicación pública de la obra y si se pretender grabar la actuación también el derecho de reproducción (que en el caso de los autores, como se dijo, incluye el de fijación) y distribución de la misma. Para ello el empresario deberá dirigirse bien al autor o al editor al que haya cedido sus derechos, si se trata de *obras de gran derecho* que incluyan elementos escénicos; o bien a la entidad de gestión correspondiente, si se trata de *obras de pequeño derecho* (DE ROMÁN PÉREZ, 2003). Siendo esté negocio previo a la propia relación laboral, no es discutible su naturaleza civil e independiente

de la del contrato de trabajo y, sin embargo, tiene la misma característica imposibilitante de la relación laboral, pues la misma no será posible, al menos de forma lícita, sin obtener las autorizaciones correspondientes: del autor, directamente o a través de la correspondiente entidad de gestión; o del editor a quien haya cedido estas facultades, si bien en este caso el productor se dirigirá también a la entidad gestora con el fin de recabar las consiguientes autorizaciones. En segundo lugar, si no existía ya, se deberá celebrar el oportuno contrato con el artista que va a interpretar o ejecutar la obra.

Esta situación todavía es más clara cuando el artista es asimismo el autor de la obra musical que se interpreta, lo cual ocurrirá en la mayoría de las ocasiones. Hay que tener presente que, aunque coincida esta doble condición de autor-interprete, los derechos que la norma atribuye por cada una de estas situaciones son independientes y se superponen, sin que se plantee una colisión de derechos. Así, a la hora de celebrase el contrato de trabajo artístico con el intérprete-autor, el empresario deberá obtener los derechos que permiten la reproducción de la obra, previa a la propia relación laboral, por lo que su adquisición se perfecciona mediante un negocio civil a celebrar con el autor-intérprete o incluso con la editorial a la que haya transmitido dichos derechos. Y siendo como son estos derechos igualmente necesarios para el desarrollo del contrato de trabajo artístico, no creo que pueda defenderse la nulidad del contrato de trabajo o del pacto previo que pudiera existir, conforme a la ley, entre el autor-intérprete y la editorial correspondiente. La realidad es que el empresario o bien los adquirirá en función de la circunstancias mediante el correspondiente pacto con el autor o el editor o a través de la correspondiente entidad de gestión; o bien no celebrará el contrato de trabajo artístico, por no alcanzarse un acuerdo entre las partes.

La tesis de la laboralidad de la transmisión tampoco explica demasiado bien un supuesto todavía más complejo que es el que se produce cuando el contrato artístico no se basa en una obra ya creada, sino que también incluye la creación de la obra. Doctrinalmente se ha considerado que el contrato de artista puede incluir a su vez la realización de cualquier otra actividad, independientemente de que la misma lleve asociada propiedad intelectual (HURTADO GONZÁLEZ, 2006). Se plantea entonces que el artista sea contratado para crear la obra, para después interpretarla, y se toma como ejemplo el caso de las casas discográficas con los cantantes, cuya laboralidad ha sido mantenida por nuestros tribunales [STS de 20 de junio de 1966; STS de 25 de abril de 1969; STS de 9 de diciembre de 1982; STS de 13 de octubre de 1986 *(Tol 2322629)*; y STS de 26 de febrero de 1988 *(Tol 2355595)*], si bien es cierto que estas sentencias fueron dictadas en un momento en que el contexto normativo era distinto del actual "en tanto que ni existía distinción legal entre la propiedad intelectual del autor y la del artista, ni tampoco distinción (en el sentido que hoy tiene) entre relación laboral común y especiales (HURTADO GONZÁLEZ, 2006). Es cierto que este ejercicio por parte de la productora guarda muchas similitudes con el contrato civil de encargo de obra, lo que lo acercaría a un contrato de "edición fonográfica" que no podría ser calificado como laboral, al no referirse exclusivamente a la grabación de la interpretación (STS, Civil, de 15 de febrero de 1991), pero también lo es que la ya aludida doctrina de los contratos mixtos determina la laboralidad de la relación contractual, manteniendo además el carácter de relación laboral especial, puesto que la prestación laboral comprometida está dirigida a su exhibición ante el público (HURTADO GONZÁLEZ, 2006).

En cualquier caso, lo que se no aclara es si, por mor de este contrato, el empresario adquiere también los derechos que el artista posee como autor sobre la obra creada, igualmente necesarios para la explotación de la actividad artística. Lo cierto es que, pese a que parte de la doctrina considera que el empresario hace suyos estos derechos también al formar parte del objeto del contrato celebrado con el autor

asalariado, existe también otra interpretación, la cual comparto, que con una base muy sólida defiende lo contrario y a la que se suma el propio autor ahora citado (HURTADO GONZÁLEZ, 2006). Por ello, aun en este caso el empresario debería suscribir un contrato sobre la cesión de dichos derechos, sin perjuicio de que en su defecto los adquiera por medio de la cesión presunta que regula el art. 51 TRLPI. Estos derechos son un presupuesto ineludible para la consecución de la prestación laboral y sin ellos el empresario no llevará a cabo el contrato artístico y sin embargo no por ello forman parte del objeto del contrato de trabajo, lo que entiendo que puede predicarse igualmente de los derechos de propiedad intelectual que se derivan de la interpretación artística.

Este negocio jurídico es habitual hoy en día, pues las productoras fonográficas ante la crisis actual de la venta de los soportes clásicos de música grabada, como consecuencia de la indiscutible primacía de las nuevas tecnologías de reproducción de la música asociadas a los entornos digitales y la omnipresente piratería, conciertan con sus artistas contratos editoriales para gestionar los derechos de propiedad intelectual que poseen como autores y recuperar así parte de los ingresos.

Como puede observarse todas estas relaciones jurídicas se explican mejor y encuentran mayor acomodo al margen de la tesis laboralista. Además, como último argumento, quiero hacer notar que esta fórmula no es extraña y se aplica en otros ordenamientos jurídicos con una tradición similar a la nuestra. Así, la normativa francesa desde la modificación introducida por la Ley de 26 de diciembre de 1969 con el fin de poner fin a las controversias surgidas con ocasión de la naturaleza fiscal de los cánones de los artistas-intérpretes, distingue, al menos teóricamente, entre "el salario debido como contrapartida de la ejecución de una prestación, de los cánones debidos en contrapartida de la explotación de la interpretación, entendida como el resultado de esta prestación" (PESSINA DASSONVILLE, 2006). Por tanto, la retribución que originan los derechos de autor, los derechos afines y los "royalties" habrán de ser calificados como extrasalariales a la luz del art. L. 7121-8 *Code du Travail*. La norma laboral francesa, aun sin mencionarlo expresamente, no considera que estas retribuciones formen parte del objeto del contrato de trabajo, pues no requieren la presencia física del artista y nacen de la explotación de la grabación del trabajo del artista (DRAI, 2005).

De esta manera, el legislador francés da especial relevancia a la actividad objeto del contrato, la que se corresponde con la puesta a disposición de la fuerza de trabajo por parte del artista (una actuación en directo, una sesión de grabación, un ensayo) y que permite presumir la existencia de un contrato de trabajo (PESSINA DASSONVILLE, 2006). A causa de dicha actividad se genera el derecho al salario; mientras que las percepciones correspondientes a la cesión de los derechos de propiedad intelectual, en cuanto que se generan con ocasión de dicha actividad mantienen carácter extrasalarial (DRAI, 2005; PESSINA DASSONVILLE, 2006; GIL Y GIL, 2008).

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ALONSO VISO, R. (1996), "El derecho de propiedad intelectual en el art. 51 de la Ley (naturaleza jurídica de las relaciones entre autor y empresario), *Actualidad Civil*, nº 32, pág. 730.

ALTÉS TÁRREGA, J. A. (2011), "El contrato de trabajo del autor asalariado: el ámbito de aplicación del art. 51 de la Ley de Propiedad Intelectual", *Relaciones Laborales*, nº 10.

ALZAGA RUIZ, I. (2001), *La relación laboral de los artistas*, Consejo Económico y Social de España, Madrid.

ARAGÓN GÓMEZ, C. (2007), "El Derecho del trabajo y el Derecho de propiedad intelectual. Los problemas derivados de la colisión de ambas disciplinas", *Pe. i. Revista de Propiedad intelectual*, nº 26.

BAUTISTA GARCÍA, E. (1992), "Las obras realizadas por encargo. La figura del autor asalariado. Planteamiento general y problemática española", en AA. VV. *I Congreso Iberoamericano de propiedad intelectual: Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, T. I., Ministerio de Cultura, Madrid.
BENZAL MEDINA, E. y VALDÉS ALONSO, A. (2004), "Los derechos de propiedad intelectual e imagen de los artistas en espectáculos públicos" *Documentación laboral*, ISSN 0211-8556, núm. 71.
BERCOVITZ ALVAREZ, G. (1997), *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid.
BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1997-a), ""Artículo 10.1.b). Comentario", en AA. VV. (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano) *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 2ª Edición, Tecnos, Madrid
BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1997-b), "Artículo 105. Comentario", en AA. VV. (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano) *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 2ª Edición, Tecnos, Madrid.
BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1997-c), "Artículo 116. Comentario", en AA. VV. (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano) *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 2ª Edición, Tecnos, Madrid.
BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006), "Los derechos de autor y los límites a la propiedad intelectual", R. Bercovitz Rodríguez-Cano *et altri*, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia.
BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2007-a), "Artículo 1º. Comentario", en AA. VV. (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano) *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 3ª Edición, Tecnos, Madrid.
BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2007-b), "Artículo 10.1. Comentario", en AA. VV. (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 3ª Edición, Tecnos, Madrid
BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2007-c), "Artículo 10.1.b). Comentario", en AA. VV. (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 3ª Edición, Tecnos, Madrid.
BONDÍA ROMÁN, F. (1984), "Los autores asalariados", *Revista Española del Derecho del Trabajo*, nº 19.
BUSCH, C. (2003), "El autor asalariado", en J. Gutierrez; M. Sardá; C. Busch, *Quien paga no es autor*, Trama, Madrid.
BUSTOS PUECHE, J. E. (2008), "Marco jurídico de la prestación de los artistas intérpretes o ejecutantes", en AA. VV. (coord. por Alfonso García-Moncó Martínez), *Las retribuciones de los artistas, intérpretes y ejecutantes: estudio multidisciplinar*, Ediciones Cinca, Madrid, ISBN 978-84-96889-24-8, págs. 39-48.
CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1997-a), "Comentario al Libro II, Título I. Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes", en AA. VV. (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual,* 2ª Edición, Tecnos, Madrid.
CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1997-b), "Comentario al artículo 105", en AA. VV. (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual,* 2ª Edición, Tecnos, Madrid.
CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1997-c), "Comentario al artículo 106", en AA. VV. (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual,* 2ª Edición, Tecnos, Madrid.
CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1997-d), "Comentario al artículo 107", en AA. VV. (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual,* 2ª Edición, Tecnos, Madrid.
CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1997-e), "Comentario al artículo 110", en AA. VV. (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual,* 2ª Edición, Tecnos, Madrid.
CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1997-f), "Comentario al artículo 113", en AA. VV. (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual,* 2ª Edición, Tecnos, Madrid.
CÁMARA ÁGUILA, M. P (2005), "La creación asalariada y el derecho contractual de autor. Estudio de derecho comparado" [resumen], *Revista de propiedad intelectual*, Número 21 (págs. 15-21).
COLLAUT ARIÑO, G. (1992), "Contrato de trabajo común y relaciones de trabajo especiales", *Estudios de Derecho Judicial.* CGPJ, Madrid, págs. 83-111.
DAUGAREILH I. y MARTIN P. (2000), "Les schémas émergents: vers de nouveaux modèles? Les intermittents du spectacle: une figure du salariat entre droit commun et droit spécial", *Revue Française des Affaires Sociales*, nº 3 y 4, juillet-décembre.
DE ROMÁN PÉREZ, R. (2003), *Obras Musicales, Compositores, Intérpretes y Nuevas Tecnologías*, Reus/Aisge, Madrid.
DE ROMÁN PÉREZ, R. (2010), "Derecho de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes como derecho análogo al derecho de autor", *Diario La Ley*, ISSN 1138-9907, Nº 7387, 2010.
DE ROMÁN PÉREZ, R. (2011), La propiedad intelectual en el ámbito de la empresa. AA. VV. *Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios: Una perspectiva multidisciplinar* (coord. por Julio Pérez Gil, Raquel de Román Pérez), ISBN 978-84-92681-48-8, págs. 161-179.
DOLZ LAGO, M. J. (1983), "La relación laboral de carácter especial de los artistas en espectáculos públicos", *Revista de derecho Privado*, T. LXVII, enero-diciembre.
DRAI L. (2005), *Le droit du travail intellectuel,* LGDJ, Paris.
DURÁN LÓPEZ, F. (1986), "La relación laboral especial de los artistas", *Relaciones Laborales*, T. 1.

ERDOZAIN LÓPEZ, J. C. (1997), *Las retransmisiones por cable y el concepto de público en el derecho de autor,* Aranzadi, Pamplona.
FABIANI, M. (1981), "La protección de los derechos de los autores asalariados", BDA nº 3.
GARCÍA MURCIA, J. y RODRÍGUEZ CARDO, I. A. (1998), "Las actividades artísticas como zonas de frontera del Derecho del Trabajo", *Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración*, nº 83, págs. 65-100.
GARCÍA TESTAL, E. (2012), "Relación laboral y propiedad intelectual: La especial configuración de la prestación de servicios de los autores asalariados", *Justicia Laboral*, nº 52.
GARCÍA, H. A. (1994), "Artistas, trabajadores autónomos o dependientes", *Derecho del Trabajo*, V. 54, nº 7, Buenos Aires, págs. 1167-1171.
GARRIDO PÉREZ, E. (1999), "Trabajo autónomo y trabajo subordinado en los artistas en espectáculos públicos", en AA. VV. *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de frontera del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid.
GIL Y GIL, J. L. (2008), "El salario de los artistas", en AA. VV. (coord. por Alfonso García-Moncó Martínez) *Las retribuciones de los artistas, intérpretes y ejecutantes: estudio multidisciplinar*, Ediciones Cinca, Madrid, ISBN 978-84-96889-24-8, págs. 103-140
GIRAUD, P. (2001), "Herméneutique, interprétation et vérité. L'advenir d l'ouvre musicale", *RRJ*, nº 1, pág. 429
GONZÁLEZ PÉREZ, F. (1981), *El Estatuto laboral del artista de espectáculos públicos*, Universidad de Extremadura, Facultad de Derecho, Cáceres.
GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. J. (2008), "Relación laboral de carácter especial de artistas en espectáculos públicos", en AA. VV. (coord. por Alfonso García-Moncó Martínez), *Las retribuciones de los artistas, intérpretes y ejecutantes: estudio multidisciplinar*, Ediciones Cinca, Madrid, ISBN 978-84-96889-24-8, págs. 49-102.
HURTADO GONZÁLEZ, L. (2001), "Contrato de trabajo y derechos de propiedad intelectual de los autores", *Relaciones Laborales*, nº 5.
HURTADO GONZÁLEZ, L. (2006), *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual y seguridad social*", La Ley, Madrid.
JAVATO OLLERO, M. J. (2002), "Algunas consideraciones sobre la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos", en AA. VV. *Congreso de Derecho Administrativo Turístico: Actas del I Congreso sobre Derecho Administrativo Turístico* (dir. J. E. Soriano García), Universidad de Extremadura, Cáceres, págs. 97-102
LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F. (1987), "Relación especial de trabajo de los artistas en espectáculos públicos", en AA. VV. (dir. Efrén Borrajo Dacruz), *Comentarios a las leyes laborales*. *El Estatuto de los Trabajadores*, T. II — Vol. 1º, Artículo 2, EDERSA, Madrid.
LUCAS-SCHLOETTER, A. (2005), «La création salariée et le droit contractuel d'auteur. Étude de droit comparé", *Revista de propiedad intelectual* Número 21 (págs. 15-79).
LUCAS-SCHLOETTER, A. (2004), *Les droits d'auteur des salariés en Europe continentale*, Cahiers irpi núm. 5.
MARTÍN SALAMANCA, S. (2000), "Artistas, cesionarios y otros derechos", *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual,* nº 5.
MARTÍN VILLAREJO, A. (1995), "Ámbito laboral e intelectual del actor. Transmisión y autorización de derechos intelectuales: las presunciones legales y las cláusulas contractuales", en AA. VV. *Jornadas sobre Propiedad Intelectual de AISGE*, Madrid.
MARTÍN VILLAREJO, A. (1997), "El ejercicio de los derechos conexos sobre las interpretaciones artísticas integradas en la obra audiovisual: Prácticas contractuales", AA. VV. *110 años de protección internacional del derecho de autor: Berna 1886-Ginebra 1996: III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual: Ministerio de Educación y Cultura: Instituto Interamericano de Derecho de Autor.
MARTÍN VILLAREJO, A. (2003), "Los derechos de propiedad intelectual del artista interprete o ejecutante, ponencia presentada al *Seminario Nacional Sobre los Derechos y la Gestión Colectiva de los artistas intérpretes o ejecutantes,* organizado por la OMPI y CENDA y celebrado en Ciudad de La Habana del 19 al 21 de mayo de 2003. Versión electrónica Ref. OMPI/CCM/HAV/03/3.
MARTÍN VILLAREJO, A. (2009-a), "Los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes", en AA. VV. (dir. J. M. Rodríguez Tapia) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª edición, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).
MARTÍN VILLAREJO, A. (2009-b), "Comentario Artículo 105. Definición de artistas intérpretes o ejecutantes", en AA. VV. (dir. J. M. Rodríguez Tapia) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª edición, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).
MARTÍN VILLAREJO, A. (2009-c), "Comentario Artículo 106. Fijación", en AA. VV. (dir. J. M. Rodríguez Tapia) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª edición, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).

MARTÍN VILLAREJO, A. (2009-d), "Comentario Artículo 107. Reproducción", en AA. VV. (dir. J. M. Rodríguez Tapia) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª edición, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).
MARTÍN VILLAREJO, A. (2009-e), "Comentario Artículo 108. Comunicación Pública", en AA. VV. (dir. J. M. Rodríguez Tapia) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª edición, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).
MARTÍN VILLAREJO, A. (2009-f), "Comentario Artículo 109. Distribución", en AA. VV. (dir. J. M. Rodríguez Tapia) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª edición, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).
MARTÍN VILLAREJO, A. (2009-g), "Comentario Artículo 110. Contrato de trabajo y de arrendamiento de servicios", en AA. VV. (dir. J. M. Rodríguez Tapia) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª edición, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).
MORENO DE LA VEGA Y LOMO, F. (2002), "Propiedad intelectual y relación de trabajo. Un supuesto de «laboralización» de derechos fundamentales", *Actualidad Laboral*, nº 17.
NAZARETH PÉREZ DE CASTRO, N. y JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V. (2008) "Las contraprestaciones económicas de los artistas intérpretes o ejecutantes en la ley de propiedad intelectual", en AA. VV. *Las retribuciones de los artistas, intérpretes y ejecutantes: estudio multidisciplinar* (Coord. por Alfonso García-Moncó Martínez), ISBN 978-84-96889-24-8, págs. 25-29.
PÉREZ AGULLA, S. y MARÍN CALLEJA, L. M. (2009) "Relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos" *Actualidad laboral*, ISSN 0213-7097, Nº 11, pág. 3
PÉREZ DE CASTRO, N. (2009) "Tema 10: Los Derechos de propiedad intelectual de los artistas", en AA. VV. (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano) *Manual de Propiedad Intelectual*, 4ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO (2002) "Aproximación al significado de la expresión "ámbito estrictamente doméstico", en la regulación legal de la facultad patrimonial de comunicación pública", *Revista de Propiedad Intelectual*, nº 12 (págs. 25-52).
PÉREZ PÉREZ, M. (1989), "Derechos de autor y relación de trabajo", Relaciones Laborales, nº 11.
PESSINA DASSONVILLE, S. (2006), *L'artiste-interprète salarié (entre creation intellectuelle et protection sociale)*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Marseille.
RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2007), "Artículo 20. Comunicación Pública. Comentario", en AA. VV. (Coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual,* 3ª Edición, Tecnos, Madrid.
RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1997-a), "Artículo 51", en F. Bondía Román y J. M. Rodríguez Tapia, *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual (Texto Refundido, R.D.Leg. 1/1996, de 12 de abril)*, Civitas, Madrid.
RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1997-b), "Artículo 105", en F. Bondía Román y J. M. Rodríguez Tapia, *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual (Texto Refundido, R.D.Leg. 1/1996, de 12 de abril)*, Civitas, Madrid.
RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1997-c), "Artículo 106", en F. Bondía Román y J. M. Rodríguez Tapia, *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual (Texto Refundido, R.D.Leg. 1/1996, de 12 de abril)*, Civitas, Madrid.
RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1997-d), "Artículo 107", en F. Bondía Román y J. M. Rodríguez Tapia, *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual (Texto Refundido, R.D.Leg. 1/1996, de 12 de abril)*, Civitas, Madrid.
RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1997-e), "Artículo 108", en F. Bondía Román y J. M. Rodríguez Tapia, *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual (Texto Refundido, R.D.Leg. 1/1996, de 12 de abril)*, Civitas, Madrid.
RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1997-f), "Artículo 110", en F. Bondía Román y J. M. Rodríguez Tapia, *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual (Texto Refundido, R.D.Leg. 1/1996, de 12 de abril)*, Civitas, Madrid.
RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1997-g), "Artículo 111", en F. Bondía Román y J. M. Rodríguez Tapia, *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual (Texto Refundido, R.D.Leg. 1/1996, de 12 de abril)*, Civitas, Madrid.
RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1997-h), "Artículo 113", en F. Bondía Román y J. M. Rodríguez Tapia, *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual (Texto Refundido, R.D.Leg. 1/1996, de 12 de abril)*, Civitas, Madrid.
RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (2006), *La Ley de Propiedad Intelectual. Tras las reformas introducidas por la Ley 19/2006, de 5 de junio y 23/2006, de 7 de julio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (2007), "Artículo 51. Comentario", en AA. VV. (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª Edición, Tecnos, Madrid.
RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (2009-a), "Art. 10. Obras y títulos originales. Comentario", en AA. VV. (dir. J. M. Rodríguez-Tapia) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).
RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (2009-b), "Art. 20. Comunicación Pública. Comentario", en AA. VV. (dir. J. M. Rodríguez-Tapia) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).
RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (2009-c), "Art. 51. Transmisión de los derechos del autor asalariado. Comentario", en AA. VV. (dir. J. M. Rodríguez Tapia) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª edición, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).

ROGEL VIDE, C. (2003), *Interpretación y autoría. Estudios completos de propiedad intelectual*, Editorial Reus/AISGE, Madrid.
ROQUETA BUJ, R. (1995-a), *El trabajo de los artistas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
ROUSSEL, G. (1990), "Le Droit d'auteur des auteurs salariés et employés: étude comparative de législations nationales", *Revue Le Droit d'auteur*, juillet-août
RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S. (2007), *El contrato laboral del artista*, Tirant lo Blanch, Valencia.
SAIZ GARCÍA, C. (2000), *Objeto y sujeto del Derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia.
SÁNCHEZ ARISTI, R. (1995), "Comentario a la STS (Sala 1ª) de 20 de marzo de 1995", *CCJC,* nº 39 (septiembre-diciembre), pág. 959
SÁNCHEZ ARISTI, R. (1999), *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada.
SÁNCHEZ ARISTI, R. (2004) "Plagio de fondos musicales para spots: ¿responde el editor?", por *Revista de propiedad intelectual* nº 17 (págs. 31-76).
SÁNCHEZ ARISTI, R. (2005), *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, 2ª Edición, Comares, Granada.
SÁNCHEZ ARISTI, R. (2006), "Modificaciones que afectan al Libro II de la LPI", R. Bercovitz Rodríguez-Cano *et altri*, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia.
SÁNCHEZ ARISTI, R. (2007-a), "Libro II. De los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección sui generis de las bases de datos. Título Primero. Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes", en AA. VV. (Coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual,* 3ª Edición, Tecnos, Madrid.
SÁNCHEZ ARISTI, R. (2007-b), "Artículo 105. Definición de artistas intérpretes o ejecutantes. Comentario", en AA. VV. (Coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual,* 3ª Edición, Tecnos, Madrid.
SÁNCHEZ ARISTI, R. (2007-c), "Artículo 106. Fijación", en AA. VV. (Coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual,* 3ª Edición, Tecnos, Madrid.
SÁNCHEZ ARISTI, R. (2007-d), "Artículo 107. Reproducción", en AA. VV. (Coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual,* 3ª Edición, Tecnos, Madrid.
SÁNCHEZ ARISTI, R. (2007-e), "Artículo 108. Comunicación pública", en AA. VV. (Coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual,* 3ª Edición, Tecnos, Madrid.
SÁNCHEZ ARISTI, R. (2007-f), "Artículo 109. Distribución", en AA. VV. (Coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual,* 3ª Edición, Tecnos, Madrid.
SÁNCHEZ ARISTI, R. (2007-g), "Artículo 110. Contrato de trabajo y arrendamiento de servicios", en AA. VV. (Coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual,* 3ª Edición, Tecnos, Madrid
SUÁREZ LOZANO, J. A. (1995), *Aproximación al derecho audiovisual*, Madrid, pág. 126.
TOROLLO GONZÁLEZ, F. J. (2000) "Las relaciones laborales de los deportistas y artistas en espectáculos públicos", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 100, edición especial *El Estatuto de los Trabajadores 20 años después*, Tomo I, Civitas.
UREÑA SALCEDO, J. A. (2011), *Régimen público de la gestión colectiva de derechos de autor*, Iustel, Madrid.
VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A. (2000), *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Comares, Albolote (Granada).
VALDÉS ALONSO, A. (2001), *Propiedad Intelectual y relación de trabajo. La transmisión de los derechos de propiedad intelectual a través del contrato de trabajo. Artistas, programadores informáticos y producción audiovisual*, Civitas, Madrid.
VALDÉS ALONSO, A. y BENZAL MEDINA, E. (2004), "Los derechos de propiedad intelectual e imagen de los artistas en espectáculos públicos", *Documentación Laboral*, nº 71.
VENTURA VENTURA, J. M. (1998), "El derecho exclusivo del artista intérprete o ejecutante de autorizar la fijación de sus actuaciones", *Actas de derecho industrial y derecho de autor,* T. 19.
VENTURA VENTURA, J. M. (2000), *La edición de obras musicales*, Centro de estudios Registrales, Madrid, págs. 237 y 238.

Fecha recepción: 06/05/2013
Fecha aceptación: 21/10/2013

PRESUMPTION OF INNOCENCE AND SUSPICION CRIMES: THE TURN OF THE SCREW TO THE CRIME OF ARTICLE 166 OF THE SPANISH PENAL CODE, IN THE CRIMINAL REFORM OF 2013?

RESUMEN

En este trabajo, la autora analiza si, a raíz de la reforma del Código penal de 1995 prevista en el Anteproyecto de 2012/13, se vuelve a introducir un *delito de sospecha* en el art. 166 CP, referido a las detenciones ilegales y secuestros agravados y, por ende, se reproduce la problemática constitucional que implicaban. Esta polémica se aborda novedosamente, ante todo, desde la perspectiva del principio de presunción de inocencia en su vertiente pre-procesal, entendiendo que dicho principio penal implica a otros como, particularmente, el de culpabilidad. Para ello no solo se revisa el ámbito material de aplicación de aquel principio del art. 24.2 Constitución española, en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en relación con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino que se aclaran los rasgos definitorios de los delitos de sospecha. Todo ello a fin de analizar si el delito previsto en el art. 166 Anteproyecto, verifica sus características y, por ende, si existe una base para postular su posible inconstitucionalidad por vulneración de la presunción de inocencia.

PALABRAS CLAVE

Presunción de inocencia, delitos de sospechas, detención ilegal, secuestro, principio de culpabilidad, reforma penal, proceso penal, presunciones legales.

ABSTRACT

In this paper, the author analyses if, as a consequence of the reform of the Spanish Penal Code of 1995, established in the preliminary draft of 2012/13, it is included again, a *suspicion crime* in the article 166 of the Penal Code, concerning an aggravated illegal detention and kidnapping and, therefore, it causes a constitutional problem. This controversy is analyzed specially from the perspective of the principle of presumption of innocence, in *its pre-procedural aspect*, which also involves some other principles as, particularly, the culpability principle. For this purpose, it is not only reviewed the material field of application of the principle based on art. 24.2 of the Spanish Constitution, according to the jurisprudence of the Spanish Constitutional Court and of the European Court of Human Rights, but also it is tried to make clear the defining features of the suspicious crimes. This research will allow to conclude wheather the crime of the article 166 of the preliminary draft of 2012/13, fulfils the requirements of the suspicion crimes and, hence, whether it could be unconstitutional for the breach of the presumption of innocence.

KEY WORDS

Presumption of innocence, suspicion crimes, illegal detention, kidnapping, culpability principle, penal reform, criminal proceeding, legal presumptions.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DELITOS DE SOSPECHA: *¿OTRA VUELTA DE TUERCA AL DELITO DEL ART. 166 CP EN LA REFORMA PENAL DE 2013?*

Elena M. Górriz Royo
Profesora titular Derecho penal
Universitat de València

Sumario: 1. Planteamiento. 2. Contenido y alcance esenciales de la presunción de inocencia: A. Contenido material de la presunción de inocencia. B. En especial, la eficacia pre-procesal de la presunción de inocencia. 3. Breve caracterización y crítica de los "delitos de sospecha": A. Rasgos comunes. B. De la prueba de los hechos a la de las sospechas. 4. A vueltas con el delito del art. 166 CP: A. Notas sobre su historia más reciente. B. Análisis crítico del art. 166 en el Proyecto de reforma de CP de 2013: a. Apartado 1º del art. 166 del Proyecto de reforma CP de 2013. b. Apartado 2º art. 166 del Proyecto de reforma CP de 2013. C. Bases para propugnar la inconstitucionalidad del precepto por vulneración, especialmente, de la presunción de inocencia. 5. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO

El estigma de la "sospecha" ha lastrado la historia del Derecho penal y procesal clásico, perdurando hasta tiempos recientes. No solo respecto al proceso penal del sistema civil —o continental— sino también al del *common law* en tanto inspirados ambos, originariamente, en ideas comunes al proceso penal de la *inquisitio*, como la *sospecha, "fama", rumor o "indicia",* desarrolladas durante todo el s. XIII. El proceso hacia la erradicación de las diversas *sombras* o manifestaciones de la idea de "sospecha" en la legislación penal y procesal penal, no comienza sino hasta mucho después: en el *"siglo de las luces"*. Hacia la segunda mitad del s. XVIII, la implantación del sistema acusatorio comporta, ante todo, el logro de quitar la verdad de las manos del aparato estatal, que la producía en virtud del dominio absoluto de la *inquisitio* y ponerla en manos del pueblo, como el sistema democrático exige, según destaca VIVES ANTÓN. Aquel cambio —sigue explicando el citado autor— puede ya enten-

derse alcanzado, en gran medida, con un sistema de garantías con el que el ciudadano puede oponer sus razones, en términos de igualdad, a las pretensiones de verdad y validez del aparato estatal. Y desde luego, a mi juicio, ese sistema de garantías cristaliza en el reconocimiento que, en nuestro país, contiene el art art. 24.2 CE al *derecho fundamental a ser presumido inocente.* Por todo ello, no considero exagerado afirmar que el proceso para desterrar aquellos resquicios de la idea de "sospecha", propia del proceso inquisitivo, es, a la vez, la historia de la *progresiva implantación de las garantías inherentes al derecho fundamental a la presunción de inocencia*.

Pese a dicho proceso, no puede obviarse la existencia de algunas manifestaciones en Derecho penal sustantivo reciente, de los llamados *"delitos de sospecha"*. Así, en la actualidad, y para asombro de quienes creíamos que los problemas constitucionales anejos a este expediente dogmático no eran sino una rémora del pasado, cabe advertir que el *Proyecto de ley orgánica de reforma del Código penal de 1995, presentado en 2013*, conduce a la conclusión contraria. En efecto, la legislación penal que allí se propone aprobar reintroduce la clásica problemática de la imposible conciliación entre los delitos de sospecha y las garantías penales de primer orden toda vez que se vislumbran cambios importantes en la legislación penal material que, en más casos de los que cabe aceptar, comprometen a principios y garantías penales irrenunciables. La *presunción de inocencia* es uno de ellos. Su vigencia en Derecho penal material queda en entredicho con la propuesta de introducir tipos penales de *sospecha* que parecían ya desterrados de la legislación penal, pero que experimentan un resurgir, acorde con el signo que caracteriza la citada reforma. Pese a que en Derecho penal *material* se suele apelar a la presunción de inocencia más bien como una máxima de carácter programático, en realidad puede desplegar en este contexto una eficacia que resultaría insensato desconocer. *Delimitar la proyección práctica de dicho principio en el ámbito penal sustantivo, será uno de los objetivos de este trabajo*. Semejante tarea no es tan acuciante en el plano procesal, pues existe un elevado nivel de consenso, entre la doctrina y jurisprudencia, para aceptar la impregnación de las exigencias del art. 24.2 CE en todo el proceso penal. Tanto es así que, por fortuna, se abre paso la idea, acuñada por VIVES ANTÓN, de configurar un *proceso penal de la presunción de inocencia*.

Aún sin desconocer que existen ámbitos en este proceso donde los requisitos de este principio precisan de un mayor asentamiento, tan solo se apelará a la eficacia procesal del mismo en aspectos concretos en que lo demande el presente trabajo. *El mismo versará*, ante todo, sobre un *análisis de las posibles vulneraciones de la presunción de inocencia, como regla pre-procesal o límite al legislador,* a raíz de la configuración de *delitos de sospecha.* En particular, del que podría volver a ser un ejemplo paradigmático, esto es, *las detenciones ilegales y secuestros agravados que se pretenden introducir en el art. 166 CP por el Proyecto de ley orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP; BOCG de 4 de octubre 2013* (en adelante, Proyecto de 2013).

Para ello, además de exponer primeramente cómo la presunción de inocencia despliega su eficacia en el momento legislativo, será preciso, en segundo lugar, aclarar *por qué tradicionalmente se han contrapuesto los "delitos de sospecha" a esta máxima* y a otros principios, como el *culpabilidad* que será objeto de análisis, en los aspectos en que quede afectado por tales delitos. El estudio de los tipos de sospecha arrancará analizando si sus principales características ya se verificaban por el art. 483 del derogado Código penal (en adelante, ACP). Las dudas de constitucionalidad que planeaban sobre este polémico delito, parecían disipadas a raíz de las mejoras técnicas introducidas por el legislador de 1995 en el art. 166 CP, si bien *la nueva configuración que se propone del mismo, en el Proyecto de 2013,* ha reavivado el debate acerca de su compatibilidad con diversas garantías penales, en especial, la *presunción de inocencia*.

De los términos de esta discusión se dará cuenta finalmente, puesto que dicho delito podría ser el banco de prueba para medir el nivel de respeto o —según se mire— de vulneración de este principio en Derecho penal sustantivo. Es esperable que este estudio arroje como resultado, propuestas de corrección respecto del art. 166 del Proyecto de reforma de CP 2013. E incluso permita ponderar si a raíz de la probable previsión de éste y similares delitos en el Código penal, se está anticipando tanto la intervención punitiva, que pudiera hablarse de un *retorno* desde el *paradigma del Derecho penal de la sociedad del riego* al de, lo que podríamos llamar, la *"sociedad de la sospecha*".

2. CONTENIDO Y ALCANCE ESENCIALES DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El *análisis de la presunción de inocencia como regla a seguir en el momento de la creación legislativa de preceptos penales* y, por ende, como límite al legislador es el punto de partida de este trabajo, ante todo porque, tradicionalmente, se ha considerado que es una de las máximas, junto con el *principio de culpabilidad*, vulneradas por la tipificación de delitos de sospecha. De modo que no se abordará un detallado examen de aquella presunción en todo el proceso penal, sino que, solo en algunos aspectos, se aludirá a su eficacia como *regla de juicio*. Y es que se acoge aquí, el entendimiento de la presunción de inocencia conforme a la ya clásica delimitación realizada por ILLUMINATI entre *regla de juicio* (o probatoria) y *regla de tratamiento*.

El estudio que aquí se pretende acometer se enfoca, ante todo, hacia su *eficacia pre-procesal,* previa al momento de la aplicación del derecho y a la determinación judicial de los hechos. De suerte que se analizarán los *efectos que aquella máxima puede desplegar como límite al legislador en su labor de creación de la norma penal*. Para delimitar dicho alcance, ha de partirse de la creciente importancia de la presunción de inocencia a raíz, sobre todo, de su consagración en el art. 24.2 CE como *derecho fundamental*. Hasta tal punto que, en tiempos recientes, cabe advertir una prolija jurisprudencia constitucional que, de una forma u otra, acaba remitiendo al principio allí consagrado como soporte justificativo de una parte importante de la doctrina penal del Tribunal Constitucional (en adelante, TC). De ahí que cuando se alude al *proceso penal de la presunción de inocencia,* ello significa, como destaca VIVES ANTÓN, que aquella máxima es la expresión abreviada del conjunto de derechos fundamentales "…que definen el estatuto jurídico del imputado, estatuto cuyo respeto ha de ser el primer criterio rector del contenido y de la estructura del proceso penal." En este sentido la STC 56/1982, 26 de julio *(Tol 79029)*, explicitó que el art. 24.2 CE contiene una norma que "…sin ser en sí misma de carácter procesal, es la norma que sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura…" (FD 3). Por todo ello, cabe hablar de la *fuerza expansiva* de la presunción de inocencia en tanto impregna todos los ámbitos del proceso penal. Sin embargo, la importancia de esta presunción en dicho proceso contrasta, con la *limitada eficacia que se le suele reconocer en la doctrina penal como principio rector en Derecho penal sustantivo y, por ende, en el momento de la creación legislativa de las normas de este sector del ordenamiento.* Frente a esta postura entiendo, con el citado autor, que constituye *la garantía más básica* por cuanto "…si el derecho a la presunción de inocencia no existiese, ninguno de los demás derechos fundamentales estaría garantizado". Así pues, en este trabajo se asume la importancia de la presunción de inocencia como *soporte de los demás derechos fundamentales* y, por ende, como *garante de la mayoría de principios penales*.

Más aún, ahondando brevemente en el ***posible fundamento de este principio***, coincido con quienes apuntan a su capacidad para hacer primar los *valores de libertad y dignidad humana* de todo ciudadano en un Estado democrá-

tico y de Derecho. En efecto, "…el estatuto constitucional del ciudadano de un Estado de derecho ha de comenzar por el reconocimiento de su derecho a la presunción de inocencia: es esa presunción la que *le hace libre*", como dice VIVES ANTÓN. Desde una perspectiva propia PÉREZ MANZANO defiende que el valor que sustenta la regla que impone absolver en caso de duda es la *libertad*, de modo que la presunción de inocencia es garantía de *libertad de los inocente*s. Desde estos enfoques puede conectarse con la idea de que, en nuestro modelo de Estado social y democrático de Derecho, ha de prevalecer el respeto a la libertad de los ciudadanos por encima de la obligación del Estado de garantizar la seguridad de los mismos. Cabría incluso entender que, de nuestra Constitución, deriva un programa de política-criminal basado en aquella *preferencia de la libertad.* De modo que el entendimiento de nuestro *Derecho penal* como *garantista*, pasa por exigir al Estado que asegure la libertad de los ciudadanos frente a la amenaza de condenas injustas, que supongan restricciones a dicha libertad y a otros derechos afectados por consecuencias penales. Conforme a este programa, nuestro sistema penal se alinea con la máxima, muy extendida en otros países democráticos, según la cual es preferible asumir la puesta en libertad de varios culpables, a la condena de un solo inocente.

> Idea que se corresponde con la conocida *"ratio"* del *Common law,* según proclamara William *Blackstone*, a tenor de la cual: *"All presumptive evidence of felony should be admitted cautiously; for the law holds it better that ten guilty persons escape, than that one innocent party suffer."*

Si esto es así, y así considero que debiera ser, parece que la crítica a los *delitos de sospecha* podría analizarse *principalmente* desde su incompatibilidad con la *presunción de inocencia*, por el alto riesgo que aquéllos implican de condenar a inocentes. Y asimismo, la pretensión de introducir estos delitos también ha de analizarse por su oposición a aquel programa garantista, pues responden a una política criminal donde prima la *seguridad*, como bien jurídico, postergando la *libertad* y desplazando el concreto *hecho* cometido por el autor, como objeto de prueba, a favor de las conjeturas, indicios o sospechas, que no necesitan de comprobación. Lo que unido al auge del binomio seguridad-peligrosidad, permite vislumbrar lo que PORTILLA ha denominado "retorno al Derecho penal de autor" con la consiguiente creación de espacios donde la desaparición del derecho y la ausencia de garantías, es lo habitual. La primera manifestación de ello pudiera ser la (re)aparición de los delitos de sospecha en la legislación penal, pues no solo son reflejo del denostado *derecho penal de autor*, sino una muy grave vulneración del *principio del hecho* y de la presunción de inocencia en su *aspecto pre-procesal*; tanto más incluso que las violaciones al mismo principio, en cuanto *regla de juicio*, como se analizará Y es que la *novedad* que pretende aportar el enfoque crítico que aquí se sostiene frente a los delitos de sospecha, es aglutinar las objeciones basadas, ante todo, en los principios de culpabilidad y proporcionalidad (en su vertiente de ofensividad), desde la *presunción de inocencia*. Conviene, por ello, analizar el ámbito de aplicación que, en sede constitucional, se concede a esta máxima para luego revisar la relación entre la misma y el *principio de culpabilidad.*

A. CONTENIDO MATERIAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La resumida fórmula con la que este principio se proclama en el artículo 24.2 CE por alusión a que *"…todos tienen derecho… a la presunción de inocencia"*, no ha de hacernos olvidar la trascendencia de esta declaración, al dar carta de naturaleza a un derecho fundamental, inexistente antes de 1978, ni siquiera como derecho subjetivo. Tampoco ha sido óbice para que el TC desarrolle el *contenido material* de este derecho fundamental, proyectándolo sobre todo el proceso penal, de suerte que, según se indicó, cabe hablar de un *proceso penal de la presunción de inocencia*.

Al igual que la mayoría de principios penales, el que nos ocupa ha ido consolidando su importancia gracias a la labor del TC en aras a su desarrollo como postulado constitucional y derecho fundamental (art. 24.2 CE), como se reconoce desde la primera sentencia referida a este principio [STC 31/1981, 28 de julio *(Tol 110833)]* y ha ido admitiéndose en la doctrinal penal. Así, en tiempos recientes, no puede obviarse que, aun cuando la exigencia de legalidad penal es, sin duda, el "principio de principios", la *presunción de inocencia* iguala —cuando no supera— en importancia a aquel otro postulado por cuanto, frente al poder punitivo —o poder de declarar y castigar la culpa— constituye la *garantía más básica*, como destaca VIVES ANTÓN. A ello se añade la relevancia que ha adquirido dicho principio en la jurisprudencia del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (en adelante, TEDH) a raíz de su proclamación en el art. 6.2. del Convenido Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH).

> Baste ahora indicar, que el TEDH dotó de protección a la presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH) como derecho autónomo del Convenio, a partir de la STEDH de 8 junio 1976, *caso Engel y otros c. Holanda*. TEDH 1976\3. Aún cuando aquél principió no se declaró vulnerado (§ 11), con esta sentencia comenzó el desarrollo del ámbito de aplicación del precepto, que se extiende a todas las fases de proceso penal, incluidos el recurso de apelación, la sentencia y sus efectos. *Vid.* STEDH de 15 julio 1982, caso Eckle c. Alemania [TEDH 1982, 4], serie A, núm. 51, nº. 76. Además según el TEDH, el derecho a la presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH) constituye el principio fundamental de la *"rule of law",* indicando así su vinculación al principio de legalidad (*Vid.* SSTEDH 26 abril de 1979, *caso Sunday Times*, FD 55 *(Tol 148640)* y 7 octubre 1998, *caso Salabiaku*, FD 28 *(Tol 210445)*.

A los efectos de este trabajo, conviene aclarar cómo se proyecta la presunción de inocencia en el Derecho penal sustantivo, pues no siempre son obvias *las consecuencias prácticas* derivadas de ello. La razón pudiera ser que, en la jurisprudencia del TC, se incide menos en su *eficacia pre-procesal*, por más que se reconozca que se trata de "…uno de los principios cardinales del *ius puniendi* contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal…" [STC 34/1996, 11 de marzo *(Tol 82969)*]. Interesa, por tanto, aclarar *cuál es, actualmente, el* ***ámbito de aplicación*** *de la presunción de inocencia.* Se trata de un vasto ámbito de operatividad, delimitado merced la ***doctrina constitucional*** que abordó la problemática acerca de su naturaleza y efectos. Así en la STC 109/1986, de 24 septiembre, FJ 1 *(Tol 79655)* se estableció su *alcance*, de modo que:

> "…además de su obvia proyección como límite de la potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes, es un derecho subjetivo público que posee eficacia en un doble plano. Por una parte, opera en las situaciones extraprocesales (…). Opera, el referido derecho, además y fundamentalmente en el campo procesal (…)." (FD 1).

A raíz de esta declaración suele afirmarse que la eficacia de la presunción de inocencia se proyecta, primero, en el del Derecho penal material —es decir, en un momento *pre-procesal*— así como, en segundo lugar, en el *ámbito extra-procesal*, y por último, en el *campo estrictamente procesal*.

I.- Como *principio informador del Derecho penal sustantivo*, aquel principio opera como límite frente al legislador. Cabe hablar así de ***eficacia pre-procesal*** de la presunción de inocencia de modo que debiera vetar el empleo de presunciones de hechos, conjeturas o sospechas de culpabilidad —fundadas en el autor, su carácter o peligrosidad—, para configurar el delito. No obstante, la presunción de inocencia tiene eficacia en *dos momentos previos al proceso penal*: no solo en el citado *momento legislativo*, sino también en el llamado ***ámbito extra-procesal*** o *extra-penal.* En ambos casos, implica una *interdicción de declarar la culpabilidad* contra ciudadanos por parte del Estado o, en sentido amplio, por los poderes públicos, antes de un proceso penal; creo que entre ellos cabe incluir al *legislador ordinario* cuando ejerce su tarea, en materia penal.

II.- Según la jurisprudencia constitucional, en el ámbito ***extra-procesal*** la presunción de inocencia, implica el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos "…y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo." [*vid.* la citada STC 109/1986 y, sobre todo, las SSTC 283/1994, de 24 octubre, FJ 2 *(Tol 82688)*; y 166/1995, de 20 noviembre, FJ 3 *(Tol 82903)*]. También el *TEDH* ha aludido a la dimensión *extra-penal y extra-procesal* de este principio en diversas resoluciones.

> En líneas generales se considera ajena a la presunción de inocencia "…una decisión judicial que afecta a un acusado (y) refleja la imprecisión de que es culpable, sin que se haya declarado previa y legalmente su culpabilidad y, especialmente, sin que este último haya tenido ocasión de ejercer sus derechos de defensa…". *Vid.* el caso *Minelli c. Suiza*, A 62 STEDH de 21 de febrero de 1983 (§37-38). *Vid.* asimismo el "*Libro verde*" sobre *Presunción de inocencia* (pág. 6), presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 26.4.2006, COM (2006) 174 final, donde se resume la jurisprudencia según la cual "las autoridades pueden informar públicamente de las investigaciones y expresar sospechas de culpabilidad, siempre que la sospecha no sea una declaración de culpabilidad del acusado…"

El análisis de la eficacia extra-penal de la presunción de inocencia, suele remitir al conflicto entre el derecho al honor (art. 18.1 CE) y los medios de comunicación; si bien, pese a su interés, excede de los límites de este trabajo [*vid*. al respecto STC 244/2007 de 10 diciembre, FD 2 *(Tol 1211346)*].

III.- Volviendo al ámbito del *derecho penal sustantivo*, la presunción de inocencia no solo implica prohibir al legislador que formule sospechas en la ley penal, sino que también cabe reconocerle eficacia como ***criterio "condicionador" de las interpretaciones*** *de las normas penales vigentes* (STC 109/1986); es decir, sería un criterio rector en la tarea de *aplicación del derecho*, por lo general, desarrollada en el proceso penal. Sobre este último aspecto ya me pronuncié a favor de su *evidente validez como criterio para dirimir en la aplicación del derecho*. Ello implica además al principio de legalidad pues supone que determinado castigo se imponga *solo* donde la ley así lo prevea y, por tanto, queda prohibido aplicar un delito si no cabe subsumir los hechos probados en el precepto penal que lo regule "más allá de toda duda razonable".

IV.- Al margen ahora del análisis de la *dimensión pre-procesal* de la presunción de inocencia, ha de repararse en que opera, de otro lado y esencialmente, en el ***proceso penal***. En dicho campo, el derecho y la norma que lo consagra, determinan una presunción, de carácter *iuris tantum,* denominada "de inocencia", con influjo decisivo en el *régimen jurídico de la prueba* (*vid.* STC 31/1981, 28 de julio, FJ 2). Desde esta perspectiva conviene recordar que, según la citada STC 109/1986, la presunción de inocencia significa "…que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria impidiendo la condena sin pruebas." Además, las pruebas tenidas en cuenta para condenar han de ser "constitucionalmente legítimas" y, por último, la carga de la prueba ha de pesar sobre la *acusación* (FD 1). Así concebida como una "regla de juicio", podemos hablar de *presunción de inocencia en sentido estricto*.

V.- En *sentido más amplio*, la presunción de inocencia atañe al conjunto de derechos fundamentales del imputado y se entiende como ***regla de tratamiento***, con la que impedir que se utilicen ciertas medidas —en especial las cautelares y particularmente, la prisión provisional— para infligir al imputado, anticipadamente, una pena. En concreto, implicaría que la adopción de cualquier medida cautelar restrictiva de derechos fuera *excepcional,* toda vez que estuviera justificada en la existencia de indicios de criminalidad [*vid.* SSTC 109/1986, 24 septiembre; 128/1995, 26 julio FD 3 *(Tol 82867)*]

Una vez delimitado genéricamente el *ámbito de aplicación material* de la presunción de inocencia, por lo que a esta investigación concierne, interesa reparar en su relación con el *principio de culpabilidad* (a) y en su dimensión como *regla de juicio* (b).

(a) Respecto al *principio de culpabilidad*, ha de partirse de que la falta de previsión expresa de este principio en la Constitución de 1978, se ha subsanado convincentemente apelando a diversos fundamentos [*vid.* STC 150/1991, 4 de julio, FD 4 *(Tol 80562)*], reconducibles, en resumen, al *principio de proporcionalidad y legalidad penales* (art. 25.1 CE). No obstante, tan solo en relación con los delitos de sospecha suele subrayarse la estrecha relación de este postulado con el de *presunción de inocencia*. Creo que dicha vinculación puede aclararse e incluso fortalecerse con distintos argumentos. De entrada, ambas máximas se *implican mutuamente*, como han destacado, en la doctrina penal, GARCÍA PÉREZ y VIVES ANTÓN. Ello comporta, cabalmente, que la una da fundamento a la otra y viceversa, puesto que solo en un proceso penal regido por la presunción de inocencia, puede ser afirmada la culpabilidad. Más aún, solo si el proceso penal basado en la presunción de inocencia se cohonesta con un Derecho penal sustantivo donde rige el principio de culpabilidad, cabe garantizar que la imputación de un hecho a su concreto autor, queda justificada y, en su caso, es legítimo imponer la correspondiente pena. La *implicación mutua* entre ambos principios no es ajena a la jurisprudencia penal clásica donde ya se advierte que el principio de culpabilidad está implícito en el art. 24.2 CE:

> "…en cuanto es una derivación del de presunción de inocencia, pues que si inocencia y culpabilidad son términos contrarios, en la misma medida que se destruya la primera ocupará su lugar la segunda, o lo que es lo mismo; que para que se dé un plus de responsabilidad habrá de darse un correlativo excedente de culpabilidad; lo que conlleva, como ya ha dicho también esta Sala, que cuantos supuestos pervivan de responsabilidad objetiva, y no hay duda que la presunción del artículo 546 bis; b) (que ni siquiera admite prueba en contrario) lo es, han de ser revisados…" [STS 25 de abril 1988, Considerando 3º *(Tol 2313701)*]

Así pues, la amplia base constitucional que ofrece el derecho fundamental del art. 24.2 CE, adicionalmente, da cobertura a la exigencia de culpabilidad, al aludir al derecho a no confesarse *culpable*. Ahora bien, frente al común entendimiento de esta expresión de la culpabilidad exclusivamente en sentido *procesal,* no suele repararse en su comprensión en *sentido material*. Sin embargo, solo desde esta última perspectiva parece plausible concebir la culpabilidad y engarzar el principio que la proclama con la presunción de inocencia, pues ambos proyectan sus efectos en aquellos dos planos —procesal y material—. De modo que un entendimiento *material* de la culpabilidad, no exclusivamente anclado en la idea de cumplimentar una serie de requisitos formales para la imposición de la pena (sentido procesal), resulta más próximo a una *concepción constitucional* de la misma. Dando este sentido a la culpabilidad, cabe proyectar su contenido material o exigencias básicas proclamadas en Derecho penal sustantivo, al resto de sectores del ordenamiento, en especial, al proceso penal.

Ello comporta, en primer término, que todos los elementos que se esgrimen en la teoría del delito para afirmar la culpabilidad, han de ser también probados en el proceso penal *más allá de toda duda razonable*, deviniendo así la presunción de inocencia en *criterio práctico* de aplicación del derecho penal material. Pero además, en tanto *principio penal*, el reconocimiento de la culpabilidad y sus manifestaciones directas —"no hay pena sin culpa" (art. 5 y 10 CP) y "la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad" (art. 4.3 CP)— implican la aceptación de una serie de *consecuencias materiales* en el proceso penal. Ante todo que la responsabilidad penal ha de ser probada en atención al *hecho cometido* [*vid.* STS 24 febrero 2003, FD 4 y 5 *(Tol 265657)*] como expresión del *principio del hecho*. Ello pone en entredicho aquellos elementos del delito que, incluso acogiéndolos la ley, permitan acreditar

la culpabilidad en función de hechos presuntos, la "conducción de vida", el "carácter" del sujeto, o reflejen un *derecho penal de autor* [*vid.* STC 150/1991, de 4 de julio, FD 4; STS 14 diciembre de 1991, FD 5 *(Tol 23131)*]; o bien, alberguen una *pura responsabilidad objetiva (derecho penal de resultado)*. El juicio *jurídico-penal* en que la culpabilidad consiste, es independiente de cualquier reproche moral y se limita a analizar los *hechos cometidos* y a decidir si son atribuibles a su autor. En suma, como núcleo del delito, han de tipificarse conductas objetivamente demostrables y no "formas de vida", presunciones incriminatorias o elementos que permitan basar la responsabilidad penal en el puro azar —sin comprobar dolo ni imprudencia—. Parece pues plausible que aquellas consecuencias materiales y garantías del principio de culpabilidad, puedan vulnerarse por los *delitos de sospecha*. De modo que si una ley penal los prevé —tipificando lo que, según la Constitución, nunca se podría castigar— ha de considerarse *inconstitucional,* por contraria tanto al *"nullum crimen sine culpa"* como a la presunción de inocencia.

(b) En segundo lugar, la presunción de inocencia como *regla de juicio*, no sólo es el aspecto más perfilado de este principio [*vid.* SSTC 220/1998, 16 de noviembre *(Tol 81071)*, FD 3 y 61/2005, de 14 de marzo, FD 2 *(Tol 609868)*], sino que requiere atención por la influencia que pueda desplegar en el resto de ámbitos donde cabe aplicar dicha máxima. Ante todo, comporta reconocer la *condición de inocente a todo imputado* como presupuesto para, en su caso, demostrar su culpabilidad. Dicho entendimiento quedó establecido a partir de la STC 81/1998, de 2 de abril, [ponente: T. S. Vives Antón *(Tol 80937)*] donde se reconoce por primera vez, que la condición de inocente sólo puede destruirse mediante la *prueba de la culpabilidad "más allá de toda duda razonable."* Este canon, que hunde sus raíces en el criterio seguido por el TS de USA (*beyond all reasonable doubt*), fue introducido por nuestro TC al proclamar que:

> "la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio (…), opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida *más allá de toda duda razonable*, en virtud de pruebas que puedan ser obtenidas de cargo y obtenidas con todas las garantías (…)" (cursiva añadida al FD 3º).

Dicha regla ha de esgrimirse —como subraya el TC— respecto a *la jurisdicción ordinaria*. No huelga ahora recordar, que una de *las consecuencias* más evidentes del canon *más allá de toda duda razonable* es que si la culpabilidad no queda acreditada despejando cuantas dudas razonables se planteen para probarla, *el imputado tiene derecho a ser declarado inocente*. Sin embargo, en la *jurisdicción constitucional*, el papel del TC, a este respecto, es más limitado.

> En efecto, en la *jurisdicción constitucional* cabrá constatar una vulneración de la presunción de inocencia "cuando no exista una actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida, de la que, de modo no arbitrario, pueda inferirse la culpabilidad". Es decir, el TC "…ha de limitarse a comprobar que la prueba existente se ha obtenido y practicado conforme a la Constitución, que sea de cargo y que, en consecuencia, los hechos declarados probados puedan inferirse de ella de modo razonable y no arbitrario …" *Vid.* SSTC 155/2002, 22 julio, FJ 7 *(Tol 258487)* y 203/2007, 24 septiembre, FD 5 *(Tol 1115254)*

Tradicionalmente el TC ha establecido que la presunción de inocencia, reconocida en el art. 24.2 CE, comporta para la jurisdicción ordinaria *en el orden penal*, al menos las siguientes *cuatro exigencias* [*vid.* entre otras, *SSTC 76/1990, de 26 de abril, FD 8 (Tol 80368); y 138/1992, de 13 de octubre, FD 1 (Tol 80748)*]:

> 1) La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una *probatio diabolica* de los hechos negativos.
> 2) Sólo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la inmediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de publicidad y contradicción.
> 3) De dicha regla general sólo pueden exceptuarse los supuestos de prueba pre-constituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral

sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el derecho de defensa o la posibilidad de contradicción.
4) La valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador (…)
Respecto al papel del TS en sede casacional, en relación con la presunción de inocencia, cabe destacar su función revisora de la corrección legal de las sentencias recurridas [*vid.* STS 11 diciembre 2006, FD 2 *(Tol 1022937)*].

Al margen ahora del análisis del papel que juega cada jurisdicción —ordinaria y constitucional— respecto a la presunción de inocencia, de lo que no parece caber duda es que entendida dicha presunción como *regla de juicio*, se vincula definitivamente a la *culpabilidad*. La prueba de la culpabilidad es *la carga* y, a la vez, el *límite,* que se establece al poder del Estado en el proceso, para que la imposición del castigo sea legítima. Así, las dudas razonables que puedan surgir son, cabalmente, las *referidas a la culpabilidad* y no a la inocencia, pues, como destacara TOMÁS Y VALIENTE, lo que garantiza el derecho del art. 24.2 CE es que la *inocencia* del reo es un hecho inicialmente *cierto*. Y ésta solo puede ser destruida mediante pruebas, pudiéndose así pasar de "una certeza a otra, (con) el proceso como camino y la duda como imposible jurídico".

Todo ello aboca a la *prueba de la culpabilidad* en el *sentido constitucional* anteriormente indicado. En la jurisdicción ordinaria, ello no solo habría de comportar la acreditación de pruebas de cargo que la demuestren —*fijación de los hechos*— sino también comprobar que los hechos probados verifican todos y cada uno de los elementos del delito considerado —*determinación del derecho* o *presunción de inocencia como criterio de aplicación del derecho*—, en ambos casos "más allá de toda duda razonable".

Sin perjuicio de la anterior consecuencia, no puede obviarse que, en tanto derecho fundamental, el *efecto característico de la presunción de inocencia*, no sería tanto el imponer a la acusación que aporte las pruebas de cargo con todas las garantías, sino que esta presunción *asegura al ciudadano que el acceso a un juez imparcial en un proceso contradictorio, es el requisito obligado para poder destruir su inocencia*. Por ello cabe afirmar que la *presunción de inocencia* informa todas las fases del proceso penal. Más aún, cualquiera *que sea el ámbito —procesal o extra-procesal— donde se proyecta dicho principio,* su eficacia viene condicionada por el papel que también juega *en el resto de sectores*. Ello parece evidente, si se admite que los derechos y garantías fundamentales estrechamente relacionadas con el derecho penal lo están, asimismo, con el *proceso penal*. Porque el Derecho penal *sólo existe efectivamente en el contexto de un proceso*.

Sentado este ámbito de aplicación del principio, el mismo no agota el contenido material de la presunción de inocencia pues ésta se proyecta en el momento *previo de la creación legislativa del Derecho penal.* Dicha e*ficacia preprocesal de la presunción de inocencia* resulta, asimismo, conectada con el resto de facetas de este principio.

B. EN ESPECIAL, LA EFICACIA PREPROCESAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Si se advierte que cuantos principios limitan el *ius puniendi,* condicionan la *fase de creación del derecho* que compete al legislador y que no son compartimentos estancos, cabe apreciar que, en concreto, la presunción de inocencia está conectada con el *principio de culpabilidad* y el de *legalidad*. Atendiendo a esta fluida relación, conviene delimitar la eficacia de *la presunción de inocencia como límite al legislador*.

Respecto al TEDH, ha reconocido que el ámbito de aplicación de la presunción de inocencia trasciende la esfera estrictamente judicial. Así, desde la *STEDH de 10 de febrero de 1995*, caso *Allenet de Ribemont c. Francia*, se admite que el alcance de la presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH) "es más amplio: no se impondrá únicamente al juez penal que juzgue sobre una acusación sino también a otras auto-

ridades" [§§33-36; *vid.* STEDH *Hammern c. Noruega*, 11 febrero 2003, §44 *(Tol 320004)*]

> El principio del art. 6.2 CEDH comporta una garantía procesal en materia penal y la exigencia de que ningún representante del Estado declare que una persona es culpable de una infracción *antes de que su culpabilidad haya sido afirmada por un tribunal* (STDH 28 de octubre de 2004, en el *caso Y.B. y otros c. Turquía*, § 42). El derecho de aquel precepto se viola en casos en que se declara la culpabilidad del acusado sin haberla probado previamente en un proceso conforme a la ley y particularmente cuando se le impide ejercitar los derechos de defensa (*vid.* STEDH, *Lutz v. Germany*, 25 Agosto 1987, § 60). En este sentido, puede decirse que la presunción de inocencia opera como *regla extra-procesal o extra-penal* y va dirigida a todos los poderes públicos, entre los que cabria incluir al legislador.

Por lo que toca a nuestro TC, la *eficacia pre-procesal* de la presunción de inocencia ya se advirtió en la STC 31/1981, 28 de julio *(Tol 110833)*, donde se establece que, a raíz de su consagración constitucional, deja de ser un principio general de derecho "…para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata…" (FD 2). El legislador parece, por tanto, incluido entre aquellos "poderes públicos." Pero, por si alguna duda quedara al respecto, en la citada STC 109/1986, 24 de septiembre *(Tol 79655)*, se alude directamente a la *actividad legislativa* como ámbito de aplicación de este principio, al apuntar que el derecho del art. 24.2 CE tiene "…obvia proyección como límite de potestad legislativa…" (FD 1). Asimismo, en el Voto particular de la citada STC 31/1981, ya se explicitaba la trascendencia de aquella presunción *iuris tantum* dado que además de sus efectos procesales, permite:

> "…determinar hasta qué punto están o no en contraste con el derecho, presunciones inversas establecidas en normas penales comprobando la existencia material y objetiva de una actividad probatoria…" (magistrado A. Escudero del Corral)

La caracterización de este principio como límite al ejercicio del *ius puniendi* del Estado quedó definitivamente plasmada en la STC 71/1994, de 3 de marzo *(Tol 82479)* en tanto… "límite que se proyecta, en sustancia, sobre el régimen de la prueba en el proceso o, lo que es lo mismo, sobre el modo de acreditar y fundamentar, en su caso, la culpabilidad del procesado" (FD 7). El reconocimiento de esta proyección supone, por tanto, vincular las perspectivas material y procesal del principio.

También en el bloque de sentencias del TC en que se analizan tipos penales que, como los *delitos de sospecha*, se basan en *presunciones*, cabe encontrar alguna reflexión sobre la *eficacia pre-procesal* de la citada máxima. Así según la *STC 105/ 1988 (Pleno) de 8 de junio (Tol 109337)*, sobre el "delito de tenencia" del art. 509 ACP, son contrarias al art. 24.2 CE (FD 3 *in fine*), las *interpretaciones* que supongan *presunciones en contra del reo*; incluidas aquellas que sean *iuris tantum* y que ocasionen una traslación o inversión de la carga de la prueba, obligando con ello al *acusado* a destruir dichas presunciones a través del descargo suficiente. Respecto a los llamados *delitos de habitualidad* la jurisprudencia advertía de la posible inconstitucionalidad sobrevenida —con posibilidad de declararla los tribunales ordinarios— de las *presunciones* sobre las que se construían, por vulneración de la presunción de inocencia y del principio de culpabilidad [*vid.* STS 25 abril de 1985, sobre el art. 546 bis a) Considerando 4º *(Tol 2313701)*]

Otra limitación derivada de la presunción de inocencia que atañe al legislador, alude a casos en que éste tipifica *hechos negativos* pues la carga de la prueba sobre los *hechos* constitutivos de la pretensión penal ("*onus probandi*") corresponde exclusivamente a la *acusación* [STC 259/1994, 3 octubre 1994, FD 2 *(Tol 82664)*], sin que sea exigible a la defensa "… una *probatio diabólica* de los hechos negativos" [*vid.* STC 34/1996 y SSTS 11 diciembre de 2006, FD 2 *(Tol 1022937)*; 16 febrero de 2000, FD 1 *(Tol 23222)*]

A la luz de lo anterior y de la doctrina penal (*vid.* DE VICENTE MARTÍNEZ, OC-

TAVIO GARCÍA, VIVES ANTÓN, PÉREZ MANZANO) la presunción de inocencia como *regla pre-procesal*, comportaría al menos las siguientes consecuencias:

a) En primer lugar, cabe atribuirle un papel central *desde un punto de vista político*, para establecer límites en las relaciones entre el individuo y el Estado; es decir, coadyuva a encontrar el equilibrio entre, de un lado, el interés que ostenta el aparato estatal en reprimir la delincuencia y, de otro, el interés del imputado en proteger su libertad y dignidad, frente a condenas injustas u otros límites penales a derechos fundamentales.

b) El carácter fundamental del derecho del art. 24.2 CE hace que la presunción de inocencia opere como límite al *ius puniendi* con consecuencias prácticas en el ámbito jurídico. Ante todo comporta la *prohibición, al legislador ordinario,* de configurar tipos penales sobre la base de *presunciones de culpabilidad.* Esta proscripción asegura al acusado la *certeza de la inocencia* desde el inicio del proceso penal, de modo que no llegue al mismo siendo considerado *ab initio* por la ley penal, *sospechoso de culpabilidad,* sino *que se parte de la presunción —iuris tantum—* de su inocencia.

c) La aceptación del anterior límite implica que, dado aquel carácter de derecho fundamental, habrán de *tenerse por inconstitucionales* cuantos preceptos del CP establezcan una responsabilidad penal basada en *presunciones de culpabilidad* o en *hechos presuntos contra reo.* Esta importante consecuencia es, a todas luces, proporcional a la gravedad que comporta vulnerar la faceta pre-procesal de la presunción de inocencia. Pues si el legislador introduce *ex lege* presunciones de culpabilidad, éstas son aplicables indiscriminadamente, a *todos los destinatarios de la norma penal*. Lo que, en sede procesal, comporta que los ciudadanos que verifiquen las conductas allí tipificadas pasan —por virtud de las presunciones de culpabilidad que llevan aparejadas— a adquirir el *status* de *culpables* desde el inicio del proceso penal. De modo que en éste ya no rige la presunción de inocencia, sino que se produce la *inversión* de la misma y, por tanto, su vulneración.

d) La forma de evitar lo anterior, pasa por exigir al legislador ordinario que los *hechos* que sirvan de base a los tipos penales, sean susceptibles de *prueba de cargo* sin que impliquen una *presunción de culpabilidad*, como sucede si se prevén hechos presuntos.

e) Pero es que, en todo caso, el empleo de presunciones de culpabilidad en Derecho penal, altera la exigencia de la jurisprudencia constitucional según la cual la *acusación* ha de soportar la carga de la prueba de la pretensión penal. Porque ya sean *iuris et de iure* o *iuris tantum*, son de apreciación automática por el juez. Y al margen de las diferencias entre ellas —como luego se revisarán— parece evidente que su empleo, por el legislador, es idóneo para configurar *delitos de sospecha.* Frente a lo anterior, las garantías propias del momento *pre-procesal de la presunción de inocencia,* habrían de proscribir los tipos penales basados en hechos presuntos incriminatorios *en el mismo momento de su creación legislativa*. Dichas garantías prohíben presuponer la culpa humana, como si fuera originaria o propia de ciertas personas.

f) Así pues, el *sustrato* del delito ha de configurarse por *hechos externos* concretos e imputables a un autor y *objetivamente verificables* en sede procesal. Para ello, cabe reivindicar la conexión de la *eficacia pre-procesal* de la presunción de inocencia con su entendimiento como *regla de juicio*. Ello habría de vetar que el legislador introdujera, en los preceptos penales, elementos del delito que no pudieran verificarse conforme a los parámetros probatorios que se derivan del canon *más allá de toda duda razonable*.

Por las anteriores razones, en resumen, se oponen al citado principio, al no ser susceptibles de prueba según aquel canon, los delitos en que baste acreditar determinado hecho para dar por probada la *sospecha, conjetura o presunción* de que el autor cometió un resultado más grave —sin tipificar sus contornos objetivos—

que incluso puede admitirse, sin probar si sucedió por dolo o imprudencia.

En definitiva, el empleo de presunciones *contra reo* para configurar tipos de sospecha constituye una *excepción inconstitucional a los requisitos de la presunción de inocencia en su vertiente pre-procesal* y como *regla de juicio*, así como al principio de culpabilidad. Y esta conclusión habría de surtir efectos prácticos frente al *legislador* pero también respecto a *jueces ordinarios* y, a la postre, al TC. Pero para ello sería conveniente delimitar los contornos dogmáticos de los *delitos de sospecha* siquiera brevemente, pues no resultan todo lo claros que sería deseable

3. BREVE CARACTERIZACIÓN Y CRÍTICA DE LOS DELITOS DE SOSPECHA.

A. RASGOS COMUNES

El expediente dogmático de los *delitos de sospecha*, se remonta a antecedentes históricos en la legislación comparada. En concreto cabe advertir la presencia de esta clase de ilícitos, sobre todo, en la *tradición jurídica italiana*. En la época moderna, entrado el s. XX, se acuña la denominación *"reati di mero sospetto"* a raíz de la propuesta dogmática de MANZINI (1908-19). No obstante, DELITALA (1930) introdujo algunos matices para diferenciar entre casos de "*sospetto di reato*" y aquéllos "reati". De sus observaciones se deduce que ambos aluden a técnicas legislativas próximas: aquéllas en las que se castiga determinada situación, status o posición del sujeto activo, *por la pura sospecha que entrañan, de la comisión de un ulterior delito*.

Así, MANZINI caracterizó los *"delitos de pura sospecha"* como una tercera clase de modalidad de conducta, dado que "…(no) son delitos ni de comisión ni de omisión, en cuanto que no consisten en un hecho, ni positivo ni negativo, sino simplemente en una situación individual, que por sí misma no constituye infracción de una orden o prohibición penal, pero que se castiga solo por la sospecha que suscita." Citaba el ejemplo del art. 708 del *Codice penale italiano*, donde se castigaba el delito de "*possesso ingiustificato di valori*" de quien tuviera determinados antecedentes penales o estuviera sometido a una medida de seguridad. La ilegimitidad constitucional de aquel precepto fue declarada, consecutivamente, por las sentencias de la *Corte Costituzionale* n.110/1968 de 19 de julio y n.370/1996 de 2 de noviembre (presidente Ferri/redattore Guizzi) por vulneración de la Constitución italiana en su art. 3 (principio de igualdad ante la ley) y 25 (principio de legalidad).
Por su parte DELITALA rechazó la idea de que existieran *delitos sin acción*, de modo que el hecho de ostentar la posesión no debía considerarse —a su juicio— como un elemento del delito, sino como un *indicio* de su comisión.

Centrándonos en la *regulación penal preconstitucional de nuestro país*, la doctrina penal (QUINTANO RIPOLLÉS, 1978) criticó diversos preceptos del Código penal de 1944/1973 que compartían rasgos similares al incorporar, en su enunciado típico, determinadas *presunciones o sospechas*.

Se solían citar los delitos del art. 216 (presunción de jefatura de la rebelión); art. 227.2; art. 266 (presunción de responsabilidad de los padres, tutores, de menores de 16 años si éstos cometían delitos de tenencia y depósito de armas o de explosivos); art. 408 (responsabilidad en cascada, por presunciones, en riña tumultuaria); art. 483; art. 502.2 (robo en cuadrilla), art. 509 (tenencia de útiles destinados al delito de robo); y art. 546 *bis.b)* (presunción de habitualidad para reos de receptación). Alguno de estos delitos eran tildados *"de sospecha"* siendo definidos como "… aquéllos en que el legislador, al no poderse probar la culpabilidad por la producción de un resultado más grave, establece una presunción *iuris et de iure* de culpabilidad que la imputa a quienes hayan realizado determinados hechos delictivos, con aquél más o menos relacionados" (SAINZ CANTERO, 1990)

En principio, estas figuras se consideran desterradas del Código penal de 1995, aunque según GÓMEZ RIVERO, aún existen presunciones en algunos tipos penales que resultan incompatibles con diversos principios penales. Este estado de la cuestión hace inaplazable ana-

lizar qué ***rasgos*** pueden considerarse ***comunes*** a los ***delitos de sospecha*** de modo que, si bien no puede hablarse de una suerte de *categoría*, sí al menos sirven para perfilarlos, toda vez que revisar las objeciones de índole constitucional que quepa dirigirles:

a) En primer término, los tipos de sospecha incorporan, explícita o implícitamente, una *presunción* o elemento supuesto. Es decir, se construyen sobre la descripción de una conducta típica, a la que se une uno o varios elementos presuntos, directa o indirectamente, relacionados con aquélla. A partir de estos últimos surge la "sospecha" de la culpabilidad del autor de la citada conducta, si bien dicha presunción de culpabilidad no tiene que aparecer siempre tipificada en el precepto penal.

Para aproximarnos al concepto y estructura de las presunciones, conviene analizar *qué es, en sentido técnico, una presunción.* Cabe acudir para ello y de modo meramente indicativo, al derecho privado, donde se regulan las *presunciones legales, que pueden ser alegadas* en el ordenamiento procesal civil. En dicho ámbito, se conectan a la *teoría de la prueba* porque constituyen, uno de los mecanismos de *fijación de la certeza de los hechos,* de modo que según FERNÁNDEZ LÓPEZ, en términos generales, permiten considerar probado un hecho (presunto) a partir de la prueba de otro hecho (indicio), gracias a la existencia entre ambos de una relación tal (nexo) que permite afirmar que, probado el segundo, ha de considerarse probado el primero. Así, las *presunciones legales* dispensan de la prueba del hecho *presunto* a la parte a la que este hecho beneficia; no obstante el "hecho indicio" o hecho base, sí ha de probarse (*vid.* art. 385.1 LEC; derogado art. 1249 C.Civ.). Este entendimiento se predica tanto de las llamadas presunciones *iuris et de iure* como de las *iuris tantum*, si bien quedan al margen las denominadas *praesumptiones hominis.* Conviene diferenciar, cada una de ellas:

> Las *presunciones iuris tantum* suelen definirse como enunciados que asumen ciertos hechos o situaciones acreditados objetivamente, para constituir un "estado de cosas" que —como elemento característico— *puede destruirse mediante prueba en contrario* (art. 385.2 LEC; derogado art. 1.251 C.Civ.). La doctrina especializada les atribuye como *propósito técnico*, su utilidad para lograr *eficacia procesal e incluso policial*, dado que, al establecerse por ley, facilitan la prueba en casos en que ésta suele ser compleja. También se les atribuye una *finalidad ideológica,* pues con ellas se trata de alcanzar valores, imponiendo al juez, distribuir la carga de la prueba en determinado sentido. Se ha podido por ello decir que, en realidad, estas presunciones *no tienen por fin describir la verdad,* ni siquiera como "verdad hipotética", sino fomentar concretos valores, aún cuando cabe demostrar que lo presumido sea falso.
>
> De otro lado, las presunciones *iuris et de iure* comparten definición con las anteriores, pero su principal diferencia es que, en el caso de estas segundas, *se prohíbe prueba en contrario* (art. 385.3 LEC), por lo que también se las denomina "absolutas." De igual modo, la presunción *iuris et de iure* no puede ser considerada un *enunciado asertivo verdadero*, es decir, no tienen por fin garantizar que lo presumido sea verdad; es más, incluso, puede ser perfectamente falso dado que no admite "contraprueba".
>
> Por último las presunciones *hominis* o presunciones *simples*, son razonamientos basados en "máximas de la experiencia" que, a partir de hechos conocidos, permiten afirmar otros desconocidos (v.gr. la observación de humo, permite deducir la existencia de fuego). Su particularidad es que se basan en la experiencia común o realidades empíricas que, por observación, resultan regularmente afirmadas. En el proceso, a veces, se alude a ellas como "prueba indirecta, indiciaria o presuntiva", si bien se discute si son medios de prueba en sentido estricto o se identifican con la "libre convicción" del juez.

b) A la vista de esta caracterización, cabe apuntar como *objetivo común* de las presunciones propias de los delitos de sospecha, el encubrir las *dificultades —o incluso la imposibilidad— de prueba de la culpabilidad* del sujeto, que surgen en la investigación o en el propio proceso penal. De ahí que, usualmente se las tilde también de presunciones "de culpabilidad". Esta crítica justifica la objeción extendida en la doctrina penal, según la cual la *"ratio"* de estos tipos penales está en el *plano procesal*, es decir, en la complejidad probatoria que

determinadas figuras delictivas plantean. Se estaría instrumentalizando así el Derecho penal sustantivo a fin de solucionar problemas de persecución procesal, orden público o seguridad y, lo más preocupante, eludiendo mediante la ley penal, garantías probatorias inherentes a la presunción de inocencia.

c) En ocasiones, los tipos de *sospecha* se basan en presunciones *iuris et de iure* de modo que al probar ciertos hechos delictivos, más o menos relacionados con un resultado más grave, se podía imputar éste al autor. Pero sin que quepa *prueba en contrario* acerca de la culpabilidad del sujeto por dicho ulterior resultado, en el momento en que el juzgador analice el caso concreto.

> Ejemplo de esta clase de presunciones *iuris et de iure*, era el delito del art. 546 *bis b)* en su redacción previa a la reforma penal de 1989. Entonces se preveía la presunción de habitualidad para los reos del delito de receptación que "fueren dueños, gerentes o encargados de tienda, almacén, industria o establecimiento abierto al público", criticando la doctrina penal el objetivismo de este precepto (QUINTANO RIPOLLÉS).

d) En otros delitos, la presunción que origina la sospecha es *iuris tantum*, es decir, la ley penal permite acreditar, en el caso concreto, pruebas para desvirtuarla y —paradójicamente— "destruir" así la culpabilidad del acusado.

> Como ejemplo considérese el delito del art. 509 ACP (redacción de LO de 1989) que castigaba al que "…tuviere en su poder ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación…" La opción de "dar descargo suficiente" imponía a la defensa el peso de rebatir en juicio la veracidad de la presunción, como también sucedía a raíz de la cláusula del art. 483 ACP: "…no diere razón del paradero de la persona detenida o no acreditare haberla dejado en libertad…"

e) A mi entender, tanto el empleo de presunciones *iuris et de iure* como *iuris tantum* incriminatorias en la delimitación de un delito, permite advertir *tachas de inconstitucionalidad en los preceptos que las contienen*, porque ambas pueden albergar suposiciones sobre la culpabilidad perfectamente falsas. Con la única diferencia de que, en caso de que sea una presunción *iuris tantum*, la *defensa* puede alegar en juicio, razones para su "descargo", es decir, demostrar la inocencia. Además si las presunciones se formulan mediante hechos negativos, no es exigible a la *defensa*, la carga de la prueba de los mismos, pues supondría una prueba diabólica [*vid.* STS 24 octubre de 2008, FD 1 *(Tol 149828)*]. Por ello parece que la contradicción entre las presunciones de culpabilidad *iuris et de iure* y la presunción de inocencia sea más grave. No obstante, a mi juicio, tampoco las *iuris tantum* eluden dicha vulneración, porque ambas clases permiten establecer *ex lege* la culpabilidad del autor del delito, toda vez que revierten la carga de la prueba, en el acusado.

f) Por último, con respecto al elemento del delito con el que estas presunciones pueden identificarse, no hay una postura unánime en la doctrina penal. A partir de la comentada concepción *manziniana* de los delitos de sospecha se discutía si éstos podían ser considerados una "tercera forma de conducta" —lo que resulta harto discutible—, o bien si se basaban en elementos ajenos a la propia conducta (DELITALA). En nuestra doctrina, algunos autores conceptuaron las presunciones en las que se basan los delitos de sospecha, como *condiciones objetivas de punibilidad* (GARCÍA PÉREZ) si bien de forma "*impropia*" (MARTÍNEZ PÉREZ). Desde la óptica actual también parecen dirigidas a modular la pena, de modo que no afectarían tanto a la comisión del delito —que ya estaría completo—, cuanto a su *punibilidad*.

Pero dada la limitada utilidad que ha reportado el hecho de definir estas presunciones conforme a un expediente dogmático, en este trabajo se otorgará más importancia a las dificultades prácticas que, en sede procesal, suscitan, siendo la principal —según se apuntó— la vulneración de la presunción de inocencia. Junto a la incompatibilidad con este principio, las ***críticas más importantes*** que se dirigían a los delitos de sospecha *bajo la vigencia del derogado CP* aludían a la flagrante vulneración del principio de *culpabilidad*. Y ello porque

este principio, somete la aplicación de la pena a que quede acreditado que el hecho puede atribuirse a su autor, por su previa actuación dolosa o imprudente. Frente a ello, los tipos basados en sospechas, permitían imputar una pura *responsabilidad objetiva* (o reproche penal por el resultado) e incluso favorecían resquicios de "*versari.*" A ello se unían, por último, objeciones hacia estos delitos por *vulnerar el derecho a no declarar contra sí mismo*.

Tras la entrada en vigor del ***Código Penal de 1995*** puede decirse que aquellas *objeciones* se han visto moduladas, toda vez que, disminuyó el interés doctrinal por los delitos de sospecha, probablemente por la no previsión en el texto de 1995 de la mayoría de presunciones de culpabilidad y por la corrección de otras, como la delito del art. 166 CP. Sin embargo, en la doctrina penal se ha apuntado la existencia, de determinadas *suposiciones* en ciertos tipos del CP de 1995, que pueden albergar paralelismos con los clásicos delitos de sospecha. Así GÓMEZ RIVERO advierte de la vulneración de los principios de *culpabilidad*, *presunción de inocencia* y —añade— de *intervención mínima* (en su vertiente de lesividad) cuando el legislador incorpora presunciones *iuris et de iure* en la configuración de la conducta típica, por cuanto limitan la labor de jueces y tribunales a una "…tarea de subsunción formal, sin margen alguno para la discrecionalidad…". A partir de una *clasificación* de las diversas presunciones, identifica, entre otras, aquéllas "relativas a la culpabilidad de los autores", en las que incluye la del delito del art. 483 ACP, por cuanto allí se ubicaba una presunción de que "…el secuestrado había muerto a manos de sus secuestradores…" Pero, según la citada autora, dicha presunción fue suprimida del Código penal de 1995 y ya no se refleja en el art. 166 CP. Por su parte SÁNCHEZ-VERA identifica, con respecto al mismo precepto, una "soterrada pseudopresunción", de modo que —a su juicio— ésta pesa sobre quien se sitúa en posición de garante.

A mi entender, en tanto el legislador penal de 1995 introdujo en el art. 166 CP una cláusula para el *descargo* del acusado, más bien atemperó una presunción *iuris tantum* que, sin embargo, ha seguido latente durante estos años. Es cierto que, bajo el CP de 1995, el art. 166 CP ha experimentado unas correcciones que lo alejaron de un *puro* delito de sospecha así como de algunos otros delitos con los que parecía compartir características. Así, sucedía con los llamados *delitos de posesión* (v.gr. tenencia ilícita de armas, art. 563 PC) y *delitos de status* (v.gr. pertenencia a organización criminal), cuyo paralelismo con los de "sospecha" nace a raíz de que todos ellos obedecen a una "lógica de anticipación de la intervención penal" basada en una política criminal orientada a garantizar la seguridad. En efecto, como pone de manifiesto PASTOR MUÑOZ, aquellos delitos de posesión y status comportan una *utilización policial del Derecho penal*. Y también este rasgo es predicable de los *delitos de sospecha*. Sin embargo, cada clasificación plantea, según creo, problemas de legitimación distintos: mientras que los puros delitos de sospecha se basan, por lo general, en una presunción de culpabilidad referida a *hechos*, a la *persona del autor* o a su *conducción de vida*, los delitos de *status* y *posesión*, comportan un *peligro abstracto* que emana de disponer de determinados objetos o de ostentar cierta condición. De modo que, en una escala ideal hacia la lesión del bien jurídico, los delitos más alejados de cualquier ofensa al mismo serían, desde luego, los *de pura sospecha* y escasamente más próximos a dicha ofensa, podrían situarse los *delitos de peligro abstracto* —originariamente denominados de peligro *presunto*—. Estas diferencias *impiden la "reducción"* de todos aquellos delitos a una sola categoría, toda vez que evidencian que no existen soluciones generales para los diversos problemas que plantean. Los propios de los delitos aquí analizados, surgen por cuanto se construyen sobre una *presunción de culpabilidad* o una *sospecha* fundada en hechos, en la personalidad, la forma de vida del autor o vinculada al llamado *derecho penal de autor.* En consecuencia, metodológicamente es aconsejable abordar la problemática de

cada delito de sospecha, de modo que en este trabajo se acometerá un estudio específico del delito del art. 166 del Proyecto de 2013 en un capítulo aparte.

Previamente conviene reparar en que, bajo el Código Penal de 1995 y merced la expansión del ámbito material de la *presunción de inocencia*, adquiere mayor fuerza e interés la hipótesis sostenida en este trabajo, según la cual cabe aglutinar las críticas a aquellos delitos desde la perspectiva de este principio. Y ello no solo en tanto *límite* al legislador sino también como *regla de juicio.* De modo que, si las pruebas de cargo se construyen, ante todo, a partir de *hechos* —en coherencia, también, con el principio de culpabilidad—, resta por abordar una cuestión escasamente debatida pero capital, a saber: ¿resulta constitucionalmente legítimo basar *pruebas de cargo* sobre meras *sospechas*?

B. DE LA PRUEBA DE LOS HECHOS A LA DE LAS SOSPECHAS

Un estudio, siquiera breve, del anterior interrogante, ha de arrancar de la estrecha conexión entre los problemas constitucionales que los *delitos de sospecha* plantean en el proceso y en derecho penal. Para advertirlo, ha de repararse en que la presunción de inocencia como *regla de juicio*, no solo comporta, que la carga de la prueba recaiga en la *acusaci*ón sino que implica una serie de *garantías y reglas* a las que atender para concretar los *hechos* que han de tenerse por *probados* en el proceso penal. Como viene indicando el TEDH desde la sentencia del caso *Barberà Messegué c. España*, de 6 diciembre 1988, FD 67 *(Tol 117828)*, las garantías inherentes a la presunción de inocencia (arts. 6.2 y 6.3 CEDH) son expresión del más amplio derecho a un *"fair trial" o proceso justo* (art. 6.1 CEDH). Ha de destacarse la conexión entre estos derechos —previstos en el art. 24.2 CE— para reparar en que el valor *"justicia"* se vincula al respeto de las garantías anejas a la presunción de inocencia. Estas reglas son cada vez más conocidas en la doctrina penal (*vid.* VIVES ANTÓN, PÉREZ MANZANO, ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC) y pueden resumirse como sigue:

> Primero, una *regla sobre la carga de la prueba*: nadie puede ser condenado más que en virtud de *pruebas de cargo*, obtenidas e incorporadas al proceso con todas las garantías [STC 136/2006, 8 de mayo, FD 7 *(Tol 922658)*].
> En segundo lugar, existe una regla sobre la *licitud o validez de las pruebas de cargo*: no se consideran tales, las pruebas conseguidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos. Por tanto, existe una *prohibición de valorar en juicio pruebas* originariamente ilícitas o derivadas de pruebas ilícitas [STC 81/1998, 2 de abril, FJ 2 *(Tol 80937)*]. No obstante, respecto a la posibilidad de valoración de las pruebas derivadas de otras constitucionalmente ilegítimas, el TC estableció el criterio básico, de si existe la llamada "conexión de antijuridicidad" (*vid.* SSTC 81/1998, 2 de abril, FJ 5 y 49/1999, 5 de abril, FJ 4)
> Tercero, se niega eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos (STC 261/2005, de 24 de octubre, FJ 5)

A la luz de estas reglas es obvio que solo las pruebas de cargo, obtenidas con todas la garantías —o constitucionalmente válidas— permiten, acreditar los *elementos fácticos* del ilícito punible. Por obvia que parezca, ha de destacarse la idea de que las citadas reglas se dirigen a la *prueba de hechos* pues éstos son los que, ante todo, cabe subsumir en una concreta ley penal, determinando la aplicación del derecho vigente para, en su caso, destruir la presunción de inocencia y demostrar la *certeza de la culpa* del acusado. Ello arroja la duda acerca de *si las sospechas son susceptibles de pruebas de cargo.*

A primera vista parece que la prueba de puras *sospechas* distorsiona el conjunto de requisitos anejos a la presunción de inocencia como *regla de juicio,* por cuanto estas garantías se dirigen a la prueba de *hechos* en coherencia además con lo que exigen el *principio de culpabilidad* —la prueba de un *hecho* imputable al autor como propio— y el *principio del hecho*. Y, por ende, la sola exigencia de la prueba de *sospechas* podría vulnerar todos estos principios

y, por añadidura, del *derecho fundamental a un juicio justo (art. 24.1 y 2 CE).* La anterior cuestión obliga a aclarar las razones por las que los *hechos son el objeto de prueba en el actual proceso penal* o, en sentido amplio, *por qué el "hecho"* se convierte en la *premisa básica* del *razonamiento jurídico* hasta la imposición del postulado "*cogitationes poenam nemo patitur";* cuya máxima expresión actual es el *principio del hecho*, flanqueado por el principio de culpabilidad, en tanto *la esfera de lo externo* es el objeto sobre el que pivota el reproche penal.

Brevemente, puede decirse que el proceso de evolución del derecho y proceso penal en que, el juicio empírico, se convierte en el *momento exclusivo de la aplicación del derecho*, arranca con la instauración de una visión secularizada de éste. Sin embargo, la tajante separación entre, de un lado, los conceptos de *delito y pecado* y, de otro, de *penitencia y pena*, no adquirió plena madurez hasta la segunda mitad del s. XVIII, por la decisiva aportación ilustrada. A raíz de ello se desplazaron los "vicios morales" o "de carácter" a favor de los "hechos externos" como base de cualquier reproche jurídico; y la personalidad del autor —o su forma de vida— dejó de constituir el centro de gravedad para aplicar un derecho, orientándolo hacia el *hecho*. Éste pasa a convertirse en el único *fundamento* de la aplicación judicial de la norma o razón por la que se adopta una decisión jurídica. Aquel cambio de paradigma se tradujo, en Derecho penal sustantivo, en la implantación del *culto al hecho* por la influencia ilustrada y supuso, como es sabido, la introducción de importantes *límites* al *ius puniendi*: solo lo fenomenológico y causal, es decir, los hechos susceptibles de observación, podían tener relevancia en el ámbito de lo punible. Ello unido al proceso de secularización del derecho, hizo que las meras opiniones, convicciones morales y, más aún, los rasgos del carácter que daban pie a *presumir o sospechar* la personalidad herética, endemoniada o peligrosa del culpable, fueran —al menos teóricamente— marginadas del ámbito de lo penalmente relevante. En definitiva, como indica FERRAJOLI "el *carácter empírico* o fáctico de las hipótesis de desviación legalmente definidas" es una de las principales aportaciones de la tradición jurídica ilustrada y liberal, al *garantismo penal* moderno.

Por lo que toca al *proceso penal*, dejó de centrarse en los problemas propios del sistema inquisitivo —basado en la prueba de la "confesión del reo" y del tormento— para ocuparse de cuestiones acerca de los límites y posibilidades del conocimiento judicial de los hechos, ante todo, a raíz del movimiento ilustrado y de su proclama del "imperio de los hechos." Esta herencia ilustrada se traduce, en nuestros días, en la idea unánime en la doctrina procesal, de que las *cuestiones fácticas* conforman el objeto de prueba.

Por consiguiente el legado ilustrado que, a la postre, está en el origen de los *principios del hecho y culpabilidad*, haría incompatible estos postulados penales con la previsión, en los tipos, de *hechos presuntos o sospechas*. Asimismo en la doctrina penal actual no se duda de que los *hechos* son el presupuesto de la aplicación de las normas y están definidos por ellas, atendiendo a la finalidad, que les es propia, de regir las conductas humanas y ordenar la vida social (VIVES ANTÓN).

Son, por todo ello, los *hechos* —y solo éstos— los que pueden someterse al canon *más allá de toda duda razonable*. Ahora bien, los delitos que se construyen sobre *sospechas* incriminatorias no se someten al *filtro* de dicho canon, sino que con ellos el legislador trata de eludir —que no de solucionar— determinados escollos procesales en la prueba de complejos elementos del delito. En definitiva *sirven para excepcionar las exigencias probatorias que conlleva la presunción de inocencia*. Ello comportaría una limitación del canon *más allá de todas duda razonable*, porque si, en el caso concreto, un juez considerara que el hecho del que ha de deducirse una presunción, resultó probado, por la mera subsunción formal de dicho hecho en el correspondiente elemento típico del delito en cuestión, podría verse obligado, de forma

automática, a aplicar la sospecha aneja a aquéllos, incluso si se evidenciaran "dudas razonables" acerca de la prueba de aquella conjetura. Todo ello evidencia que la previsión *ex lege* de presunciones *iuris tantum* o *iuris et de iure* de las que emanan *sospechas* incriminatorias, vulnera la presunción de inocencia en su *vertiente pre-procesal* y como *regla de juicio*.

4. A VUELTAS CON EL DELITO DE DETENCIONES ILEGALES Y SECUESTRO DEL ART. 166 CP

A. NOTAS SOBRE SU HISTORIA MÁS RECIENTE

El precedente más directo del precepto que nos ocupa, data del art. 483 del Código penal de 1944, sin perjuicio de que, en la doctrina penal, se hayan señalado antecedentes más remotos (v.gr. art. 403.1 CP de 1848). Actualmente, la ubicación sistemática del delito del art. 166 en el Capítulo I del Título VI del Código penal vigente, hace que comparta la tutela del bien jurídico *libertad ambulatoria* y otros aspectos de la estructura típica de las detenciones ilegales. A su vez este delito entronca con los ilícitos penales referidos a las desapariciones forzosas, a los que la comunidad internacional ha sido especialmente sensible, desde finales del s. XX.

> En concreto, aquéllos que dieron origen a los llamados *desaparecidos*, figura por lo general referida a las víctimas del terrorismo de Estado de diversas dictaduras, como las instauradas entre finales de los años setenta y principios de los ochenta del s. XX en Argentina o Chile. Inicialmente la persecución de los delitos con víctimas consideradas "desaparecidos", fue excepcional y por ello ampliamente demandada por la doctrina, incluso en nuestro país (*vid.* ABELLÁN HONRUBIA; MARTÍN PALLÍN). Con el devenir de los años, prosperó una legislación nacional e internacional tendente a reprimir aquellos ilícitos, vinculándolos por lo general con delitos de "lesa humanidad." Así, el actual art. 607 bis) 2º CP, regla 6º, castiga el delito de detención de una persona y negarse a reconocer dicha privación de libertad "…o dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida."

Sin obviar que el delito del art. 166 CP pudo orientarse, originariamente, a castigar ilícitos en los que se ejercía el llamado *terrorismo de Estado*, en nuestro país también se aplicó a secuestros cometidos por organizaciones terroristas (*v.gr.* caso *Plubio Cordón*). Incluso puede decirse que, en los últimos tiempos, el ámbito de aplicación de este delito se ha ampliado pues, en atención a la realidad criminológica reciente, puede concurrir con otros delitos comunes (v.gr. de violencia de género, contra la propiedad, agresiones sexuales). Y pese a ser un *delito común*, se ha aplicado a casos en que el autor tenía la cualidad de funcionario pero actuó al margen de sus competencias (*vid.* sentencias del caso *Nani*, luego citadas).

Más allá de los posibles ***fundamentos político-criminales*** del delito del art. 166 CP, interesa reparar en su difícil encaje con las garantías constitucionales básicas a raíz de una configuración típica que, hasta tiempos recientes, ha rememorado la de los *delitos de sospecha*. Frente a la tendencia doctrinal y jurisprudencial dirigida a despojar por vía interpretativa a este delito de posibles resquicios de su carácter *sospechoso*, la propuesta del mismo que ahora se presenta en el Proyecto de 2013 agudiza dicho carácter por las razones que a continuación se expondrán. Con carácter previo, conviene revisar, brevemente, el ***precedente histórico más directo del delito del art. 166 CP***.

En líneas generales, el delito *ahora previsto en el art. 166 CP* data de sucesivos tipos previstos en Códigos penales del s. XIX desapareciendo, únicamente, bajo el texto penal de la II República. Las diversas modificaciones que sufrió no hicieron sino mantener un ilícito que finalmente trascendió al art. 483 CP de 1944/1973. A pesar de las críticas que le dirigieron doctrina y jurisprudencia, aquel delito fue trasvasado al Código penal de 1995, si bien intentando adaptarlo al sistema constitucional para lo que se reformuló una cláusula con la que disipar su carácter de *delito*

de sospecha, indicando ahora el art. 166 CP: *"salvo que (al detenido) se le haya dejado en libertad"*. No obstante, el parangón con el que, a mi juicio, el legislador de 1995 trasmutó el art. 483 CP de 1944/1973 en el delito del art. 166 CP de 1995 y la incapacidad o falta de voluntad real, para reformular por completo un delito con resquicios de quiebras de principios penales esenciales, pudiera estar en el origen del nuevo retroceso que, sobre todo desde la perspectiva de la presunción de inocencia, representa la propuesta de este delito en el Proyecto de reforma del CP de 2013. Esta crítica se fundamenta, ante todo, en el olvido que el pre-legislador manifiesta, del **proceso de constitucionalización del delito que nos ocupa,** *desde su previsión en aquel art. 483 ACP hasta el art. 166 CP.* Conviene por ello recordar las *dificultades que suscitó el art. 483 ACP para su adaptación al sistema constitucional* y la *reinterpretación* que tuvo que realizar el TS en el *caso Nani* [STS 25 de junio de 1990 *(Tol 38565)*] de aquel precepto, que preveía:

> *"El reo de detención ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida, o no acreditare haberla dejado en libertad, será castigado con la pena de reclusión mayor".*

La reinterpretación de dicho precepto ya había sido apuntada anteriormente (*vid.* STS de 11 de marzo de 1974, donde se justificaba porqué el delito del art. 483 ACP no era un delito de sospecha), aunque no fue aplicada hasta entonces con rigor.

> Resumidamente, las críticas que originaron aquella reinterpretación —ya presentes en la STS 25 de junio de 1990 (FD 1)— fueron: a) La *vulneración del principio de culpabilidad*, por constituir el delito del art. 483 ACP una manifestación de responsabilidad objetiva (o reproche penal por el resultado) propia del *versarismo. b) La vulneración del principio de presunción de inocencia* (MARTÍNEZ PÉREZ, C.) dado que sobre la prueba de los elementos de aquel delito (detención ilegal y no dar razón del paradero o de su liberación), se presumía *iuris tantum* la concurrencia de otros (muerte) de donde se sospechaba la culpabilidad del reo. En la doctrina penal, incluso se criticó que este precepto vulnerara el *derecho a no declarar contra sí mismo*, ínsito en la presunción de inocencia (GARCÍA PÉREZ, O.)

Para salvar las críticas, el TS realizó un giro interpretativo del art. 483 ACP que, muy probablemente, evitó su expulsión del ordenamiento jurídico. Así en la citada *STS 25 de junio de 1990*, se analizó la condena que la *Audiencia Provincial de Madrid estableció en sentencia de 3 septiembre de 1988* del conocido caso *Nani.* A pesar de que, aplicando el art. 483 ACP, se impusieron severas penas a tres de los procesados, miembros de las fuerzas de seguridad del estado (veinte años y un día de reclusión mayor), el TS no revocó aquella sentencia, sino que, apoyándose, ante todo, en el llamado "principio de conservación de las normas", hizo una reinterpretación de aquel precepto que —a su modo de ver— salvaba su posible inconstitucionalidad y permitía su aplicación al caso. Para ello, básicamente, el TS entendió el precepto como una *clase de detención ilegal agravada*, desvinculada de un delito de sospecha. En el FD 1º (2), de la STS de 25 de junio de 1990, se recogen los requisitos que debía probar la *acusación*:

> a) La detención ilegal de la persona desaparecida b) La ausencia de toda explicación razonable de la desaparición c) Omisión de la puesta en libertad. Esto sentado, "tal desaparición aumenta tan considerablemente el desvalor del hecho que (…) resulta justificada la pena establecida por el legislador."

Asimismo, se trató de configurar este delito acentuando la ***posición de garante por injerencia*** que asumía la persona que cometía la detención ilegal o secuestro.

> A tal efecto se afirmaba: "la desaparición de la persona que se encuentra bajo el dominio de quien la privó de su libertad aumenta de relieve cuando se trata de una detención ilegal en su origen o en su desarrollo, teniendo en cuenta que respecto de él adquirió una posición especial que la doctrina lo identifica a la del garante, figura tan de actualidad en el moderno Derecho penal en el sentido de que a partir de ese momento responde no sólo de la legalidad de la detención, lo que es obvio, sino también del hecho de no devolverle la libertad como debió hacer." (FD 1 y 2). Este mis-

mo razonamiento fue acogido para aplicar el art. 483 ACP (en relación con el art. 481.1 y 2 ACP) en la condena por el *caso Plubio Cordón* de la SAN de 13 diciembre 2007 *(Tol 1256435)*, donde también se advierte que, en aquel delito, quien detuvo o secuestró, ostentaba, en una primera fase, la posición de garante (FD 2b)

El TC no revocó dicho pronunciamiento en su *Auto nº 421/1990, de 28 de diciembre*, sino que inadmitió a trámite el recurso de amparo planteado, *por vulneración de la presunción de inocencia*. Para ello, ante todo, interpretó aquel delito de modo distinto a un delito de sospecha, incidiendo en que la *probanza del requisito de la "no puesta en libertad"*, en tanto hecho negativo, recaía en la *acusación* (FD 4):

> "No ha habido, pues, ni un juicio de sospecha ni se ha invertido carga alguna de la prueba, puesto que la acusación ha probado la no puesta en libertad y la desaparición de la persona, demostrando que el detenido no ha sido vuelto a ver en sus lugares habituales y que ha puesto en marcha un infructuoso mecanismo de búsqueda, prueba que ha de estimarse suficiente teniendo en cuenta la dificultad probatoria consiguiente a la probanza de los hechos negativos, que permite pruebas indiciarias relativas a la no presencia del detenido en sus lugares habituales o en aquellos en que los imputados dicen que podría hallarse el sujeto pasivo."

A pesar de esta interpretación, el art. 483 ACP seguía despertando críticas entre un sector de la doctrina penal que lo seguía considerando incompatible con las garantías constitucionales de culpabilidad, presunción de inocencia y derecho del acusado a no autoincriminarse. Desde dicho sector, se abogó por declarar la inconstitucionalidad del precepto (*vid.* MAQUEDA ABREU, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ) de modo que el delito allí contenido se consideraba derogado (GARCÍA PÉREZ). No obstante, la mayoría de la doctrina pareció aceptar una reinterpretación de este delito (*vid.* MARTÍNEZ PÉREZ), acogida por el TS y no revocada por el TC. Y aunque, en diversas propuestas de reforma penal se abordó su modificación (PCP de 1980 —art. 183— y PANCP 1983 —art. 161.2—) siguió vigente hasta el Código penal de 1995.

Probablemente por las críticas doctrinales y las fricciones constitucionales expuestas, el legislador de 1995 trató de adaptar el antiguo art. 483 ACP a las exigencias garantistas de la CE de 1978, tipificando un delito similar en el art. 166 CP. Para ello, ante todo, trasformó la exigencia típica del art. 483 ACP relativa a que *el reo de detención* "…no acreditare haberla dejado en libertad" en el *requisito típico negativo de que el detenido no se encuentra en libertad*, del art. 166 CP. A partir de este cambio, tanto la mayoría de la doctrina penal como la jurisprudencia, entienden que corresponde a la *acusación* —y no al acusado— demostrar la falta de libertad del detenido. Ahora bien, precisamente este *requisito, que cohonesta mejor el precepto con la presunción de inocencia*, es el que ahora se *pretende eliminar en el Proyecto de reforma de CP 2013.*

Por otra parte, el legislador de 1995 mantuvo la exigencia de que el reo de detención ilegal *"…no de razón del paradero de la persona detenida"*, aspecto en mi opinión criticable. Ante todo porque con ello se configura un tipo agravado que, en lugar de pivotar sobre un requisito típico —que en un proceso penal requeriría prueba de cargo— bascula sobre un elemento negativo, a saber: que el autor de la detención ilegal o secuestro no acredite donde está la víctima. La prueba de estos elementos del delito del art. 166 CP ha tratado de compatibilizarse con la presunción de inocencia, de modo que según una interpretación extendida entre nuestros tribunales, la *acusación* ha de demostrar:

> - Una privación violenta de libertad: es decir, la detención ilegal o secuestro (*elemento objetivo*);
> - El querer precisamente esa acción de forma clara e injustificada (*aspecto subjetivo*);
> - No acreditar la puesta en libertad de la víctima, ni dar razón de su paradero. Ambos elementos típicos son los que plantean mayores problemas probatorios.
>
> Conforme a estos parámetros, nuestros tribunales consideran incuestionable la aplicación del art. 166 CP [*vid.* entre otras, STS 1043/2009, 28

de octubre, FD 2 *(Tol 1726703)*], de modo que los datos o circunstancias que sirven de base al art. 166 CP han de ser probados a través de la actividad desarrollada en el juicio oral, bajo los principios de inmediación y contradicción en los términos exigidos con carácter general por el TC (*vid.* SAP Cantabria, 3 de junio 2004, FD 3º).

En esta línea también el *Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de 2012* (19 de enero de 2013) interpreta el art. 166 CP, rechazando su consideración como delito de sospecha, sobre la base de lo indicado en el *Auto del TC 419/1990* y —según el mismo informe—, de lo sostenido en la STC 155/2002, 22 de julio (caso "Lasa y Zabala").

Según dicho Informe (pág. 161) el Auto del TC 419/1990 "…interpreta que no se castiga por la sospecha de homicidio o de asesinato, sino por la desaparición forzosa de la persona que estuvo secuestrada". Respecto a la STC 155/2002 incide en que "rechazó, como incompatible con el derecho fundamental de presunción de inocencia, una interpretación del tipo como puro delito de sospecha por la falta de explicación de la desaparición."

En la doctrina penal, la postura mayoritaria es la que adopta un entedimiento similar a la anterior interpretación jurisprudencial (*vid.* SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES), si bien existen voces que aún critican el delito del art. 166 CP por verificar rasgos de un delito de sospecha (*vid.* FALCÓN CARO). Y es que en este delito aún late una presunción *iuris tantum* que puede ser rebatida si el autor demuestra haber puesto en libertad a la víctima. La cuestión es si esta problemática, aún no resuelta, ha sido heredada por el delito propuesto en el art. 166 del Proyecto de reforma de CP de 2013.

B. ANÁLISIS CRÍTICO DEL ART. 166 EN EL PROYECTO DE REFORMA DE CP DE 2013

De la dicción del art. 166, según el Proyecto de 2013 (BOCG, 4 octubre 2013), cabe advertir que son, fundamentalmente, tres los cambios que se proponen respecto del vigente delito:

Primero, se suprime la cláusula "salvo que la haya dejado en libertad" que hasta ahora venía haciendo posible una lectura constitucional del delito del art. 166 CP. En segundo lugar, se establece una pena de prisión *de diez a quince años* —idéntica a la del actual homicidio— para casos en que se pruebe una previa detención ilegal*;* y una pena de prisión de entre quince a veinte años, si se prueba un previo *secuestro*. Como tercer cambio, en un apartado 2º se prevén dos agravaciones de penas de prisión muy severas (incluso entre 20 y 25 años), usando una técnica legislativa defectuosa.

a. Apartado 1° Art. 166 del proyecto de reforma de CP 2013

"El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado con una pena de prisión de diez a quince años, en el caso de la detención ilegal, y de quince a veinte años en el de secuestro.

De una primera valoración del texto propuesto, cabe deducir que se ha dado al traste con el proceso de reinterpretación constitucional del art. 483 ACP, al que el legislador de 1995 pareció ser sensible plasmando algunas correcciones en el art. 166 CP. Pero además, se obstruye cualquier avance para conciliar el ilícito analizado con las garantías constitucionales inherentes a la presunción de inocencia, por las siguientes razones:

a) Con la supresión de la cláusula "salvo que la haya dejado en libertad" —del original art. 166 CP— se pretende eliminar un requisito que incluso se preveía en el delito del art. 483 ACP. Esta supresión tan solo puede obedecer a la necesidad, contraria a las garantías constitucionales, de "orillar" los requisitos probatorios de este delito para la *acusación*, como se reconoce en el *Informe del Consejo fiscal al Anteproyecto 2012* donde ello "…se valora positivamente …" (*vid.* punto Nonagésimo primero). No obstante, en el *Informe del CGPJ al Ante-*

proyecto de 2012, se emitió un juicio negativo a la supresión del último inciso del art. 166 CP de 1995 pues se entiende que ello evoca al delito de sospecha que el TC rechazó por contrario a la presunción de inocencia. Y es que, en efecto, al margen incluso de la sorpresa que causa aquella valoración positiva del Consejo fiscal, la referencia a "orillar" requisitos probatorios —es decir, a *eludirlos*— revela el propósito implícito en el art. 166 del Proyecto, que por sí solo sería suficiente para promover la inconstitucionalidad de este precepto por vulneración del art. 24.2 CE.

A su vez, la supresión de la *posibilidad de excluir la agravación para el caso en que la víctima haya sido puesta en libertad* acarrearía, ante todo, un grave inconveniente procesal, pues para eludir este delito *la defensa* se vería privada de un mecanismo *de descargo*: en principio, ya no podría evitarse la pena del art. 166 Proyecto 2013, probando que el detenido o secuestrado ha sido puesto en libertad. De modo que con la supresión del párrafo final del precepto, el juez —adoptando una postura formal— no tiene por qué excluir dicha pena ni aun cuando, en el caso concreto, la víctima haya sido liberada. Este sería el efecto más extremo de excluir el mecanismo de defensa que atempera el carácter de sospecha de este delito.

Para evitar caer en un delito de sospecha, en el *Informe del CGPJ* se propone configurar el delito del art. 166 CP, sobre la base de la categoría de la *comisión por omisión,* al modo en que se interpretó por la STC 155/2002, es decir, "… sobre la base de la posición de garante del secuestrador respecto de su víctima…" No obstante, más allá de rechazar la configuración de un delito de sospecha, la STC 155/2002 aporta escasas pautas interpretativas para configurar un tipo de omisión. Además, el intento de configurar una posición de garante —se supone que por *injerencia*— deja abiertas múltiples preguntas, entre otras: si se entiende que el autor está en posición de garante ¿cuál sería el resultado que cabría imputarle?, ¿un presunto homicidio?; o ¿sería una omisión pura de garante?, etc.

b) Con el mantenimiento del *requisito "no dar razón del paradero de la persona detenida",* unido a la supresión del elemento antes analizado, se estaría positivizando lo que la doctrina penal calificó de *interpretación anticonstitucional* —respecto del art. 483ACP— pues el tipo se cumpliría, sin más, por el mero hecho de realizar una detención ilegal seguida de la imposibilidad de dar razón del paradero (MARTÍNEZ PÉREZ). Asimismo, la prueba de este requisito aboca a problemas probatorios casi irresolubles, como ya puntualizara GARCÍA PÉREZ. En primer lugar, porque presupone probar que el autor de una detención ilegal o secuestro *sabe dónde está la víctima*, *pero no lo dice*. No cabría aplicar este precepto si dicho autor *no conociera* aquel paradero y, por esa razón, *no lo acreditara*. No obstante ni el delito actual ni el que se pretende introducir garantizan que, finalmente, quede impune este último supuesto. Pero es que además la falta de colaboración del acusado con la Administración de justicia —no dar razón del paradero de la víctima—, que en el fondo no es sino manifestación del derecho a no autoincriminarse y a guardar silencio, sería el único *fundamento* de una pena más agravada que la del delito de detención ilegal (art. 163 CP) o secuestro (art. 164 CP). En este sentido se vulneraría la interpretación del TEDH sobre la presunción de inocencia según la cual, utilizar en contra del acusado el derecho a guardar silencio equivaldría a invertir la carga de la prueba que comporta aquella presunción; pues incumbe al Estado probar la acusación formulada más allá de toda duda razonable, sin obligar por ningún medio al acusado a prestar colaboración (v*id.* STEDH 8 febrero 1996, caso John Murray vs. Reino Unido, TEDH 18731/91, §41)

Por otra parte, cabe plantearse *si el requisito ahora comentado,* forma parte o no de la conducta típica del precepto. Pues si el autor revela el paradero de la víctima, por lo general, *quedará al descubierto su localización* y ya no sería aplicable el art. 166.1 Proyecto 2013, sino, en su caso, un delito de detenciones ilegales o de secuestro. De ahí que, si la conducta típica

que ha de probarse es una detención ilegal o secuestro, en la doctrina penal se ha barajado calificar el requisito de "no dar razón del paradero de la víctima", como una "condición objetiva de punibilidad" (GARCÍA PÉREZ) *impropia* (MARTÍNEZ PÉREZ). Sin embargo creo que, al margen de encuadrarlo en una concreta categoría, ha de repararse en que ni pertenece a la conducta típica ni a la ilicitud, sino a la punibilidad. Y por ello, desde el principio de culpabilidad, cabe criticar que la pena establecida experimente un aumento tan considerable a raíz de un elemento que no agrava la ilicitud de la conducta típica.

b. Apartado 2° art. 166 Proyecto de reforma de CP 2013

Según el apartado 2º art. 166 Proyecto de reforma 2013 (versión, 20 septiembre):

> *2.- El hecho será castigado con una pena de quince a veinte años de prisión, en el caso de detención ilegal, y de veinte a veinticinco años de prisión, en el de secuestro, cuando concurran alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la víctima fuera menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección. b) Que el autor hubiera llevado a cabo la detención ilegal o secuestro con la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esa finalidad."*

Conforme a la redacción dada a este apartado 2º en el Proyecto de 2013, se corrigen algunas imperfecciones técnicas que se habían apuntado por la doctrina penal y el *Informe del CGPJ* (pág. 162) al original Anteproyecto de 2012. Así, se indica que la pena a imponer es de *prisión* toda vez que se distingue la duración de esta pena, dependiendo de si las agravantes previstas concurren con el delito de *detención ilegal* (de 15 a 20 años) o con el de *secuestro* (de 20 a 25 años). Esto último comporta, no obstante, una intolerable elevación de la pena, desde la *perspectiva del principio de proporcionalidad*, como también se destacaba en el *Informe del CGPJ*. Junto a ello conviene reparar en el problema de interpretación que plantea la técnica legislativa empleada en el art. 166.2 Proyecto 2013. Ante todo, porque se dice que las agravantes propuestas, pueden aplicarse tanto a los delitos de detenciones ilegales como secuestros, a los que también alude el art. 166.1 Proyecto 2013. En principio, parece que hayan de verificarse los elementos del tipo del apartado 1º para aplicar las agravantes del apartado 2º; si bien sería deseable que se aclarara, con mayor especificidad, si no cabe aplicarlas, respectivamente, a los arts. 163 y 164 CP.

Concretamente, el apartado a) art. 166.2 del Proyecto 2013 agrava la responsabilidad, cuando el delito se comete contra "menor de edad" o "persona con discapacidad necesitada de especial protección." Con esta última referencia se incorpora una previsión demanda en el *Informe del Consejo fiscal al Anteproyecto 2012*, que reclamaba aludir a los *incapaces,* en el apartado a). No obstante la posibilidad de que una detención ilegal o secuestro de la modalidad del art. 166.1 Proyecto 2013, recaiga sobre sujetos especialmente desvalidos (menores, incapaces) o concurra con otros delitos, no suele plantear problemas en sede judicial. Así en relación con el *sujeto pasivo*, una vez eliminado el antiguo delito de sustracción de menores (a excepción de lo previsto en el art. 225 bis CP) doctrina y jurisprudencia, admiten que pueda serlo cualquier persona con independencia de su edad y, por tanto, también se incluiría a *menores e incapaces*. Ahora bien, resulta difícil que, por sí solas, la minoría de edad o la incapacidad del sujeto pasivo justifiquen una agravación tan elevada como la que se propone en el art. 166.2 a) Proyecto 2013 que, por ello mismo, resulta desproporcionada.

Por lo que toca a lo previsto en el apartado b) del art. 166.2 Proyecto 2013, solo parece aludir a una de las diversas clases de delitos con las que las detenciones ilegales pueden concurrir, esto es, a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Pero al margen de las razones de alarma social que puedan haber pesado en la previsión de este supuesto, la agravación

también es, a todas luces, desmesurada si consideramos que, actualmente, unas agresiones básicas contra la libertad sexual se castigan con prisión de 1 a 5 años (art. 178 CP) y las cualificadas con prisión de 6 a 12 años (art. 179 CP).

Asimismo esta agravante plantea otra cuestión, pues se aplicaría cuando en la detención ilegal pudiera probarse "*la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima",* bien dicha finalidad hubiere surgido antes o durante la ejecución de la detención ilegal, bien hubiera actuado posteriormente con tal propósito. Pero es que al margen de las dificultades probatorias de este posible elemento subjetivo, no queda claro si, conforme a esta cláusula, ha de probarse que se ha cometido alguna clase de agresión sexual o basta demostrar aquella *finalidad*. Para dilucidarlo ha de tenerse en cuenta que en los casos en que una detención ilegal —en su modalidad del art. 166 CP— concurre con otro delito, como puede ser el de agresión sexual, en sede judicial se aplica, con carácter general, el *concurso real* para casos en que dicha detención o secuestro se excede de lo necesario para cometer otro delito y dura indefinidamente. Mientras que si la detención ilegal es inherente a la consumación de otro tipo (*v.gr.* robo) y dura el tiempo estrictamente necesario para cometerlo, por lo general queda absorbida por éste último [*vid.* SSTS 23 de julio 2002, FD 1 *(Tol 213425)*; STS 10 febrero 2003, FD 1 *(Tol 254113)*; 14 de noviembre 2006, FD 12 *(Tol 1022935)*]

En el apartado 2º b) art. 166 Proyecto 2013, no se diferencia entre estas situaciones sino que se atiende al momento en que *surge la intención de la agresión sexual*; de modo que, al obviarse aquella posibilidad concursal, parece que no se esté considerando la *efectiva comisión* de algún delito contra la libertad sexual, sino que requiere demostrar —con todo lo que ello implica en sede procesal— la "intención" de cometerlo. De ahí que basar una agravación tan pronunciada en la concurrencia de un elemento que arroja tantos interrogantes, supone introducir un régimen muy cualificado con quebranto, entre otros de principios como proporcionalidad y taxatividad. En definitiva, por la falta de fundamento de agravaciones tan elevadas, sería preciso suprimir el apartado 2º del art. 166 Proyecto de 2013.

C. BASES PARA PROPUGNAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL PRECEPTO POR VULNERACIÓN, ESPECIALMENTE, DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Una vez justificada la propuesta de supresión del apartado 2º art. 166, Proyecto 2013, conviene centrarnos en el delito del apartado 1º que se construye sobre una conducta típica (detención ilegal o secuestro) más un elemento negativo (no dar razón del paradero de la persona detenida). La relevancia de dicho elemento negativo radica en la *presunción* que encubre: su prueba supone que se ha cometido un *homicidio*, lo que cabe deducir por el dato de que, en el Proyecto 2013, se establece una pena de entre 15 y 20 años de prisión —en caso de detención ilegal—, que incluso puede elevarse entre 20 a 25 años —en casos de secuestro—. No obstante, con esta objetable técnica legislativa se *están invirtiendo las reglas de la carga de la prueba* pues en lugar de basar el delito en elementos típicos que correspondería demostrar a la acusación, basta probar la concurrencia formal de aquella inacción del acusado. Con la cortapisa de que éste ya no tiene posibilidad de descargo por el hecho de que la víctima esté en libertad. Es decir, ya no se prevé una presunción *iuris tantum*. A mi juicio, semejante tipo penal solo tiene sentido en la estructura de un *delito de sospecha* que ahora se propone construir sobre una presunción *iuris et de iure*. Varias son los principios penales vulnerados, por los que este delito habría de devenir inconstitucional:

1.- El principio de culpabilidad se considera vulnerado, según la doctrina penal, entre otros casos, cuando se castigan "hechos presuntos". Esta vulneración podría producirse al aprobar el propuesto art. 166 Proyecto 2013, cuya pena superaría además, claramente, el

contenido de injusto o ilícito culpable, del único tipo definido por este delito (detención ilegal o secuestro). Asimismo aquel precepto abriría la puerta a una de las quiebras más acusadas del principio de culpabilidad, esto es, a la *responsabilidad objetiva y al versari in re illicita,* basando una agravación penal exclusivamente en la *sospecha* de un resultado, a saber, la muerte del desaparecido. Sentada la vulneración de este principio ha de advertirse, no obstante, la limitada eficacia del mismo para declarar la inconstitucionalidad del precepto, en caso de aprobarse. Pero puesto que el principio de culpabilidad se implica con el de presunción de inocencia y dado que el art. 166 Proyecto 2013 compromete con igual o mayor intensidad a este otro postulado penal, cabría fundamentar su posible inconstitucionalidad, en la vulneración del art. 24.2 CE (*vid.* la solicitud de inconstitucionalidad del art. 483 ACP, resuelta en *Auto nº 421/1990*).

2.- ***Principio de presunción de inocencia.*** Como se ha indicado a lo largo del trabajo, la vulneración de este principio por los *delitos de sospecha* resulta evidente por cuanto a partir de la prueba de uno de sus elementos se presume al acusado culpable, bien *iuris tantum* o bien *iuris et de iure* y, por cualquiera de estos dos cauces, se produce una *inversión de la carga de la prueba* en el acusado. Habida cuenta de la tendencia expansiva de aquella presunción (*vid.* SSTC 56/1982 y 109/1986), interesa aclarar a qué facetas de este principio afectan, en concreto, dichos delitos.

2.1) La ***eficacia pre-procesal*** de la presunción de inocencia resulta especialmente relevante en relación con el art. 166 Proyecto 2013 puesto que, como *límite frente al legislador*, impide configurar, entre otros, *delitos de sospecha*. De modo que, dada la naturaleza constitucional de aquel principio, han de considerarse nulos los preceptos penales que establezcan una responsabilidad basada en hechos presuntos o en presunciones de culpabilidad contra reo, como destacaron COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN. Y dicha capacidad de vetar delitos de sospecha, consustancial a la *presunción de inocencia en su vertiente pre-procesal*, habría de ser efectiva en el mismo momento de crear o modificar leyes. Así entendido, un tipo como el del art. 166 Proyecto 2013, sería criticable porque trata de resolver problemas de eficacia procesal o persecución policial, utilizando el Derecho penal sustantivo (*vid.* el *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto 2012*). Ello comprometería severamente la función del Derecho penal y los fines de la pena, pues lejos de justificar este precepto en la protección de bienes jurídicos, se estaría usando el Derecho penal material para resolver dificultades en la persecución de delitos, cuya comisión no se puede probar o esclarecer. Y lo que es más grave, se sortearían así las exigencias probatorias de la presunción de inocencia, justificándolo en razones de seguridad y orden público, que parecen ser los objetos de tutela del precepto analizado.

2.2) De otro lado, el delito del art. 166.1 Proyecto 2013 es también criticable desde la perspectiva de la presunción de inocencia como *regla de juicio*. Porque basar la culpabilidad sobre sospechas es lo opuesto a probarla *más allá de toda duda razonable*. Así pues, ha de construirse sobre pruebas de cargo que permitan acreditar, de forma no irrazonable, *todos los elementos fácticos* del hecho punible [SSTC 31/1981, 28 de julio, FJ 3 y 75/2007, 16 de abril, FD 3 *(Tol 1050326)*].

Si, como se propone en el Proyecto 2013, el tipo del art. 166.1 se construye sobre la prueba de una detención ilegal o secuestro —que sería, respectivamente, la *conducta típica* de los art. 163 y art. 164 CP— y sobre el requisito de "no dar razón del paradero de la persona detenida", en realidad, la *agravación de la pena* de este precepto, depende de este último elemento, que plantea arduas cuestiones: por un lado, aunque suela calificarse de una "omisión" no lo es, en sentido estricto del término penal, pues cabe cuestionar la posición de deber y, por ende, de garante del sujeto activo. Creo que ni la descripción típica ni, sobre todo, la presunción de inocencia avalan dicha opción: desde la perspectiva de este principio

más bien se alude a una *falta de colaboración con la justicia*, inactividad que incluso formaría parte del derecho a no declarar contra uno mismo (art. 24.2 CE). Si esto es así, la falta de colaboración aludida no hace aumentar la gravedad del injusto ni de la culpabilidad de los delitos de detención ilegal o secuestro, que ya estarían completos. Más bien cabe vincular este elemento a la *punibilidad*.

Pero es que además, en los delitos en que el legislador prevé actos de colaboración con la justicia de carácter auto-incriminatorio, suele formularlos de modo *positivo* y mediante cláusulas cuya eficacia es la *atenuación* (*vid. v.gr.* arts. 376.1 CP y art. 579.4 CP) o incluso *exención de la pena* (*v.gr.* art. 305.4 CP). Ésta podría ser una alternativa para conciliar el delito analizado con la presunción de inocencia, como luego se verá. Pero no ha sido la seguida por el pre-legislador, de modo que hemos de cuestionarnos la *razón por la que, en este delito, la falta de colaboración tiene eficacia agravante.* A mi juicio, solo cabe explicarlo porque al enunciar aquel requisito en *un sentido negativo* se revierte en el acusado la *presunción* de que ha cometido otro delito que, a la vista de la pena, se eleva a la categoría de *sospecha* de homicidio. Este entendimiento atenta contra la *presunción de inocencia*, no solo porque se configura una presunción de culpabilidad que, como tal, puede encubrir un dato perfectamente falso, sino porque se impone probar al acusado un elemento negativo, lo que supone una *"probatio diabolica"*.

Al mantener el anterior elemento y eliminar la posibilidad de descargo a favor de la defensa, el Proyecto 2013, convierte la presunción que alberga —y ésta es una novedad— en *iuris et de iure* (en sentido impropio, no técnico). Con ello se intensifica la vulneración del *derecho a no declarar contra sí mismo del acusado* o, lo que es lo mismo, a no presentar pruebas que puedan destruir su inocencia, porque precisamente el no hacerlo —el no dar razón del paradero de la víctima— es el motivo por el que se agrava la pena. Puede por ello decirse que esta exigencia comporta una *inversión de la carga de la prueba*, cuando no una criminalización de una facultad amparada en el derecho de defensa. Con lo que, de nuevo, se vulnera la presunción de inocencia, si tenemos en cuenta que, según el TEDH, el orden público y la seguridad no son causas que justifiquen suprimir los derechos a guardar silencio y no autoincriminarse (*vid.* caso *Heaney and McGuiness vs. Irlanda*, STEDH 21 de diciembre 2000, TEDH 34720/97, §58)

La anterior conclusión parece inevitable si se repara, en que el requisito de *probar que el detenido no está en* libertad juega, en realidad, un *doble papel*: de gravamen para la *acusación* y de *descargo* para la *defensa* que, para demostrarlo, no tiene que atender al canon *más allá de toda duda razonable* (dado que se trata de una causa que excluye su culpabilidad). Al quedar eliminado en el Proyecto de 2013, la *acusación* ya no asumiría la compleja prueba de aquel requisito, mientras que el *acusado*, en principio, no podría impedir la aplicación del tipo con la prueba de la liberación de la víctima. A su vez, se abrirían múltiples interrogantes, entre otras: la aparición de la víctima —viva o muerta— ¿permitiría excluiría la pena del art. 166 CP?, ¿tanto si aparece *antes* como *después* de una sentencia condenatoria?; ¿cómo podrían resolverse los problemas procesales relativos al *ne bis in idem* y al carácter de *cosa juzgada* de la sentencia condenatoria?

Los casos más complejos podrían ser aquéllos en que apareciera la víctima, *tras ser condenado* el autor de un delito del vigente art. 166 CP; porque si apareciera durante el juicio por este delito, dependiendo del momento procesal, hay diversos cauces para que se detenga la causa. Respecto a aquel primer caso, cabe considerar el *recurso de revisión* que, según art. 954 LECRIM, procede contra sentencias firmes condenatorias (contra las que no cabe recurso extraordinario ni ordinario).

El **apdo. 4**, art. 954 LECRIM especifica: *«Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado».* (*vid.* además art. 121

CE). Sin embargo, de la jurisprudencia del TS, se deduce la *aplicación excepcional* de esta clase de recurso (SSTS 28 octubre 1982; SSTC 15/1986, 124/1987 y ATS de 10 julio 1994). Y ello porque la anulación de una sentencia firme significa una "derogación del principio preclusivo de cosa juzgada". Respecto al motivo 4º art. 954 LECRIM, la jurisprudencia destaca su *carácter abierto* hasta el punto de comprender todas las anteriores causas de revisión (STS de 12 de mayo de 1978, RJA 3039). El primer presupuesto para aplicar este motivo es que los hechos sean «nuevos», si bien "…no es preciso que se hayan producido con posterioridad (*novum*) al proceso, sino que pueden haber existido durante el mismo pero no hubo posibilidad de aportarlos o no se conocieron, pero *se conocen* después de la sentencia (…)." Además, es preciso que, los hechos o elementos probatorios sobrevenidos, evidencien la inocencia del condenado y creen, en el Tribunal Supremo, "la convicción de que, esa inocencia, se demostrará en el nuevo proceso." (*vid.* STS 25 febrero 1985 e incluso la STS de 11 de noviembre de 1966). Ejemplo en que se aprecia este recurso es el caso de *muestras de ADN que exculpan al condenado* (*vid.* Sumario 1/1995 Juzgado de Instrucción nº 4 de San Boi de Llobregat).

En resumen, el recurso de revisión no es de apreciación automática, sino *excepcional* y nunca cabe *"contra reo"*, de suerte que hay que atender a los estrictos requisitos que, respecto al art. 954.4 LECRIM, ha delimitado la jurisprudencia del TS. En la doctrina penal se había defendido que el art. 166 CP no podía producir la excepción de cosa juzgada en el supuesto en que "…aparezca el cadáver de la persona desaparecida, pues en ese caso puede ser revisada la condena por ese tipo (hecho nuevo), sin perjuicio de la posible nueva acusación por asesinato…" (QUINTERO OLIVARES). No obstante esta última posibilidad se vería dificultada —conforme al art. 166 del CP de 1995— dado que la revisión no procede "contra reo." Por tanto, parece que cabría *excluir* el precepto —antes de sentencia— o proceder a la *revisión* si se demostrara, que *el reo dejó a la víctima en libertad*. Esto último podría ocurrir en dos casos: cuando, después de una condena, *aparece viva* la persona detenida o secuestrada —y ya no cabria un ulterior proceso por asesinato—; o si *aparece muerta*, pero se demuestra que el autor la había dejado en libertad y aquella muerte no le es imputable. Ahora bien, *si se suprime del art. 166 CP la opción de demostrar que la víctima está en libertad*, ¿cabe seguir manteniendo la conclusión de *excluir el precepto* —antes de una sentencia— o *revisar la condena* tras recaer sentencia, para casos en que la persona detenida ilegalmente o secuestrada, finalmente *aparezca* —viva o muerta—*?* A mi juicio, aquel cambio legislativo afecta de lleno a la cláusula de descargo del actual art. 166 CP. De modo que, llevado su entendimiento formal hasta los últimos extremos, el art. 166 del Proyecto 2013, incluso permite condenar cuando la víctima *haya sido puesta en libertad*, si simplemente se prueba que el autor *no dio razones del paradero de la víctima*. Y si ya existiera una condena por el delito del art. 166 Proyecto 2013, aunque la víctima apareciera posteriormente viva o muerta, no cabría revisar el caso, porque aquel hecho no sería *nuevo*, sino irrelevante *ex.* art. 166 y el *ne bis in idem* impediría juzgar el supuesto otra vez. Esta posible consecuencia podría, quizás, corregirse conforme a una interpretación extensiva a favor del reo, que equiparara los casos en que se libere a la víctima con una suerte de confesión sobre el paradero de la misma. Pero tanto éste como cualquier otro entendimiento "material" del precepto habría, cuanto menos, que acogerse en sede judicial y aún así no dejarían de plantear problemas interpretativos y probatorios (*v.gr.* ¿en qué casos se aceptaría aquella liberación?, ¿siempre que aparezca viva?; ¿también si aparece muerta?). Todas estas dificultades no hacen sino evidenciar la inconstitucionalidad del art. 166 Proyecto 2013, por vulneración de la presunción de inocencia; a la vez que revelan la inutilidad del precepto para perseguir con más eficacia al autor de un homicidio o asesinato, derivado de una detención ilegal o secuestro.

5. CONCLUSIONES

1. Este trabajo ha analizado una de las más graves vulneraciones *al derecho fundamental a*

la presunción de inocencia, esto es, la que tiene lugar en el momento *pre-procesal,* a raíz de los *delitos de sospecha*. En concreto, el que, según el Proyecto de reforma del CP de 2013, albergará el art. 166 CP. Aquella contravención puede ser incluso más grave que la consistente en infringir dicho principio como *regla de juicio*, por cuanto obliga, a los órganos jurisdiccionales, a aplicar un precepto con tachas de inconstitucionalidad, a *todos* los casos subsumibles en él. Ante esta forma de proceder por el prelegislador penal de 2013, resulta inaplazable apelar al respeto a los *límites constitucionales* del *ius puniendi*, durante el proceso legislativo en materia penal.

2. Dos límites irrenunciables, a este respecto, son *la presunción de inocencia* y el *principio de culpabilidad*. El primero juega un papel esencial en Derecho penal sustantivo, pues prohíbe que el delito se construya sobre *hechos presuntos* o *presunciones de culpabilidad*, de modo que ésta no pueda suponerse *ab initio* en una ley penal. El sustrato del delito ha de basarse en *elementos fácticos* susceptibles de prueba de cargo, en sede procesal. Ello otorga a aquel principio, al menos teóricamente, de capacidad para vetar *delitos de sospecha* en el mismo momento de crear o modificar leyes. A la vez, el *principio de culpabilidad* junto con el *del hecho*, confluyen en la idea de que solo cabe afirmar la responsabilidad penal si determinado *hecho* es personalmente reprochable a su autor.

3. Si, como se ha tratado de justificar, la presunción de inocencia es lo que hace al ciudadano *libre* y por ende, su fundamento último es la *libertad y dignidad humana,* puede decirse que su reconocimiento en la Constitución de 1978 implicó decantarse a favor de un determinado *programa político-criminal* para informar tanto e*l Derecho penal material como el procesal penal*. A saber: la salvaguardia del valor *libertad individual* por encima del deber del Estado de proteger la seguridad de los ciudadanos.

4. La introducción, por el legislador, de delitos de sospecha en la legislación penal —como el del analizado art. 166 u otros del Proyecto de reforma de CP 2013 (*vid.* v.gr. el delito de "*stalking*")—, a todas luces invierte aquel programa político-criminal derivado del art. 24.2 CE. De este modo se postergaría el fundamento de la presunción de inocencia, esto es, la *libertad*, asumiendo la posibilidad de *castigar inocentes*. Podría, por todo lo anterior, hablarse incluso de un cambio de paradigma que afecta al Derecho penal, en tanto de la *sociedad del riesgo* se pasa —o por mejor decir, se *retorna*— a la ***sociedad de la sospecha.*** La ausencia de garantías sería uno de sus principales rasgos, toda vez que, la política criminal estatal se orientaría a controlar ámbitos de la sociedad donde, paradójicamente, el propio Estado habría abandonado las funciones asistenciales que le corresponde acometer, con carácter previo a accionar la represión penal.

5. En este trabajo se han expuesto las razones para solicitar que no se incluya en el Código penal, el delito del art. 166 del Proyecto de 2013 por verificar los rasgos propios de un *puro delito de sospecha*. De modo que si una ley prevé esta clase de delitos, estaría tipificando lo que, según la Constitución, nunca se podría castigar. Y es que el *legislador* no puede configurar normas en Derecho penal, ignorando las prácticas en la aplicación de los principios penales, que el TC considera garantías del respeto a los derechos fundamentales. Con la introducción de un delito de pura sospecha como el aquí estudiado, la tarea legislativa en materia penal no solo desatendería cualquier aspiración de racionalidad —tan demandada en la doctrina penal actual— sino que eludiría cumplir con la *presunción de inocencia en tanto regla pre-procesal y regla de juicio*. El que éste pueda ser el objetivo, velado o no, de la reforma del art. 166 CP, no hace sino confirmar la inconstitucionalidad del citado precepto.

6. Frente a la propuesta de introducir el art. 166 del Proyecto 2013, cabe contemplar tres alternativas: a) no modificar el vigente art. 166 CP; b) prescindir de cualquier delito al respecto, c) configurar un delito que evite las vulneraciones de los principios penales es-

tudiados. A mi juicio, la segunda alternativa sería la adecuada; si bien, puesto que no parece que ésta sea la línea a seguir por el legislador, al menos habría que esbozar la tercera opción (c), delimitando una suerte de *delito de desaparición por tiempo indefinido*, dirigido a tutelar como bien jurídico, exclusivamente la *libertad ambulatoria*. A tal efecto, se podría atender a un dato *objetivo o periodo de tiempo* durante el cual el ilícito puede consumarse (*v.gr.* a partir de los 30 días de la detención ilegal/secuestro). Frente a otras propuestas —en concreto, la que defiende un tipo con un sujeto activo en posición de garante por injerencia— esta alternativa ofrece la ventaja de que no arroja sospechas sobre la comisión de ulteriores delitos. La agravación se fundaría tanto en el ilícito cometido (detención ilegal/secuestro) como en el periodo de tiempo más extenso que dura la consumación del delito (partiendo de que se trata de un *delito permanente*). Por otra parte, resultaría más acorde a la presunción de inocencia, reformular en otro apartado el requisito de "no dar razón del paradero de la víctima" del art. 166 CP. Y ello por cuanto si dicho elemento no afecta al delito consumado y es una actividad de colaboración con la Administración de justicia, podría redactarse en sentido positivo —despojándose de cualquier presunción— para comportar, como sucede en otros preceptos, un *beneficio* y no un gravamen, para el reo. Es decir, podría traducirse en una suerte de *medida premial* o atenuación postdelictiva, de modo que el hecho de proporcionar información del paradero, consistiría en un comportamiento positivo post-delictivo que no alteraría la comisión del previo ilícito culpable (detención ilegal o secuestro), pero de la que se podría hacer depender la pena. Al margen de su concreta clasificación doctrinal —como una *semi-excusa absolutoria* o *causa de levantamiento* (parcial) de la pena—, lo interesante sería el signo reparador o contenido de colaboración con la Administración de justicia que podría otorgarse a dicha medida. Aún cuando no se trata más que de una propuesta en ciernes, creo que una delimitación más acabada de la misma salvaría la vulneración a la presunción de inocencia que ahora plantea el delito del art. 166 Proyecto de reforma CP de 2013.

7. Más si, como parece, el legislador penal no enmienda su propuesta de introducir este delito, cabe otra alternativa no menos contundente. Así, la entrada en vigor de los delitos de *pura* sospecha como el estudiado en este trabajo, ha de llevar al juez penal —en tanto juez de garantías de un proceso penal que pretende basarse en la presunción de inocencia—, a abstenerse de aplicar semejantes preceptos y promover la correspondiente *cuestión de inconstitucionalidad* ante el TC por vulneración, ante todo, de la *presunción de inocencia* y, dada su implicación mutua, también del *principio de culpabilidad*.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Ad I. Respecto a las raíces comunes del proceso penal *continental —o civil—* y de *common law*, en el proceso inquisitorial de origen romano desarrollado hasta el s. XIII y sobre las ideas de sospecha, "*fama*", "*indicia*", pruebas circunstanciales y presunciones, así como el papel sustancial que desarrollaban en la persuasión subjetiva del juez *vid.* Shapiro, B., *Beyond all reasonable doubt and probable cause. Historical perspective on the Anglo-American Law of Evidence. University of California Press, Ltd., Berkeley-Los Angeles-Oxford,* págs. 119 y 120.

Sobre el proceso de progresiva implantación de las garantías anejas a la presunción de inocencia, *vid.* TOMÁS Y VALIENTE, F., ""In dubio pro reo", libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia" *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 20/1987 (mayo-agosto), págs. 10 y ss.

La cita de VIVES ANTÓN, T. S., procede de "El proceso penal de la presunción de inocencia" en *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina-Coimbra 2004, pág. 30.

Acerca del paradigma de la "sociedad del riesgo" *vid*. la obra de BECK, U. *La sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad* (trad. Navarro/Jiménez/Borrás), 1ªed. Barcelona, Paidós Ibérica 2001 (304 págs.) *passim*. La cita de

PORTILLA CONTRERAS, G., se halla en *El derecho penal de la libertad y seguridad (de los derechos),* Madrid, Iustel 2012, págs. 21, 22 y ss.

Ad II. En la doctrina penal, constataron que la presunción de inocencia como límite al legislador, podía vulnerarse por los delitos de sospecha: MUÑAGORRI LAGUÍA, I. "La "construcción" del delito de detención ilegal con desaparición forzada. La jurisprudencia constitucional y el artículo 483 del Código penal" *Poder Judicial* nº27, 1992, págs. 120 y 134. GARCÍA PÉREZ, O. en "Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP" *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo XLVI, fasc. II, mayo-agosto, 1993, pág. 633. DE VICENTE MARTÍNEZ, R. "Culpabilidad, presunción de inocencia y delitos de sospecha" *Poder Judicial* nº33, 2ª época, marzo 1994, pág. 440.

La cita de ILLUMINATI, G., es a su obra *La presunzione d'innocenza dell'imputato,* Bologna, Zanichelli, 1984, pág. 28 y ss.; págs. 31 a 76 (regla de tratamiento); págs. 96 a 162 (regla de juicio).

Sobre la presunción de inocencia como *regla de juicio vid*. VIVES ANTÓN, T.S. "Más allá de toda duda razonable", en *Teoría y Derecho*, Junio/Diciembre 2/2007, pág. 167. Como regla para interpretar el derecho penal *vid*. GÓRRIZ ROYO, E. "La presunción de inocencia como criterio de aplicación del Derecho penal" *Constitución, Derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudio con motivo del setenta aniversario del Prof. T.S. Vives Antón*, t.I, Valencia, Tirant lo Blanch 2009, págs. 839-877.

La idea de que los derechos del imputado pasan, en el proceso penal, a primer término se asienta en la *dimensión procedimental* de los derechos fundamentales. *Vid.* VIVES ANTÓN, T. S. *La reforma del proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch 1992, pág. 33. Ello supone, según el TC, que: "son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones." Aquel entendimiento "…ha de afirmarse, de modo especialmente rotundo, en el ámbito del proceso penal." STC 81/1998, 2 abril FJ2º *(Tol 80937).*

Vid. la cita en la que VIVES ANTÓN se refiere a la presunción de inocencia, como garantía más básica en *Fundamentos del sistema penal* (2ª ed.) Valencia, Tirant lo Blanch 2011, pág. 698. En la misma obra, se alude a la libertad como fundamento de la presunción de inocencia en cit. pág. 699. En sentido próximo PÉREZ MANZANO, M. "Absolución en caso de duda: fundamento y sentido" en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch 2009, pág. 1510 y ss.

La cita de BLACKSTONE, W., se convirtió a principios del s. XIX en máxima del *Common law* británico, vinculada a la presunción de inocencia y procede de *Commentaries on the Laws of England* (in One Volume Together with a Copious Glossary of Writers Referred To, and a Chart of Descent of English Sovereigns), published in G.B. (first ed. 1760), West Publishing Company 1897, pág. 713.

Ad II A) Sobre la inexistencia de la presunción de inocencia antes de la Constitución de 1978 *vid*. TOMÁS Y VALIENTE, F. en "In dubio pro reo…" cit. págs. 11 y ss.

Sobre el derecho a la presunción de inocencia ante el TS, *vide* BACIGALUPO, E., en "Presunción de inocencia, "in dubio pro reo" y recurso de casación" *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo XLI fascículo II (mayo-agosto) 1988 págs. 368 y ss.

Vid. la cita de VIVES ANTÓN sobre la importancia del principio de legalidad en "Principios penales y dogmática penal", *Estudios sobre el Código penal de 1995. Parte General*, CGPJ, Madrid 1996, pág. 40

El art. 6.2 CEDH proclama la presunción de inocencia al establecer y también en el art. 48 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, aprobada en Niza el 7 diciembre de 2000 (DOCE 18 diciembre 2000). Sobre la delimitación del principio por el TEDH v*id.* OVEJERO PUENTE, A. M. *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, Valencia, Tirant lo Blanch 2006, págs. 256 y ss.

Respecto a los *planos* o *aspectos* que integrarían el llamado contenido material de la presunción de inocencia *vid.* COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 5ª ed. 1999, págs. 96 y 97. ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Compendio de Derecho penal. Parte general,* 3ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch 2011, págs. 149 a 162.

Sobre el ámbito *extrapenal* de la presunción de inocencia, *vid.* PÉREZ MANZANO, "Absolución…" cit. pág. 1503. Sobre la problemática de los "juicios paralelos" que emite la opinión pública al margen del juicio penal. *Vid.* VALLDECABRES ORTIZ, I. *Imparcialidad del juez y medios de comunicación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 288 y ss. OVEJERO PUENTO, A.M. *La presunción de inocencia y los juicios paralelos*, Madrid, La Ley 2012, *passim*.

Sobre la presunción de inocencia como criterio de aplicación del derecho penal *vid.* GÓRRIZ ROYO "La presunción…" cit. pág. 859. En sentido próximo PÉREZ MANZANO "Absolución…" cit. pág. 1521.

Sobre las dificultades para deslindar, el sentido estricto de la presunción de inocencia, del más amplio *vide* VIVES ANTÓN *vid*. "El proceso penal…" cit. pág. 32. También *vid.* PÉREZ MANZANO en "Absolución…" cit. pág. 1504. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. PG…*cit. pág. 99

En relación con la *implicación mutua* que mantienen la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, *vid.* GARCÍA PÉREZ, "Delitos de sospecha…" cit. págs. 650 a 651. La cita de VIVES ANTÓN, se recoge —entre otros— en el capítulo "Principio de Culpabilidad" actualizado para su obra *Fundamentos del sistema penal*, (2ª ed.) Valencia 2011, pág. 868; *vid.* pág. 867 respecto a la posibilidad de afirmar la culpabilidad a la que alude el art. 24.2 CE, en *sentido material*. Sobre el mismo principio *vid.* COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN., *Derecho penal. Parte general*, cit. págs. 536 a 557

La cita de TOMÁS Y VALIENTE sobre la certeza de la inocencia pertenece a "In dubio pro reo …" cit. págs. 25 y 26

Respecto a cómo opera la presunción de inocencia en el jurisdicción ordinaria *vid.* VIVES ANTÓN, "La presunción de inocencia en la Ley del Jurado…" cit. pág. 427

Sobre la idea de que la presunción de inocencia comporta el acceso a un proceso contradictorio *vid*. CAAMAÑO, F., *La garantía constitucional de la inocencia,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pág. 191.

Ad II B) La cita al grupo de autores que afirma la eficacia pre-procesal de la presunción de inocencia, es a las siguientes obras: DE VICENTE MARTÍNEZ, "Culpabilidad…" cit. pág. 449. GARCÍA PÉREZ, "Delitos de sospecha" cit. págs. 634 y 635. VIVES ANTÓN, "Más allá de toda duda razonable", cit. págs. 167-168. Sobre la vertiente pre-procesal de la presunción de inocencia, desde una perspectiva política *vid.* FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, Iustel 2005, pág. 120.

***Ad. III** A)* La cita de MANZINI, V., se refiere a su *Trattato di Diritto Penale italiano*, vol.I, 5ª ed. (aggiornata dai Nuvolone/Pisapia) 1981, Torino, UTET, pág. 693-694. La referencia a DELITALA, G., es, en concreto, a su obra *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, CEDAM 1930, pág. 141.

Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de la Parte especial del Derecho penal III,* 2ª ed., (puesta al día por García Valdés), Madrid, 1978, pág. 417. SAINZ CANTERO, J.A. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Barcelona, Bosch 1990, págs. 619-620.

Para una exposición de los delitos que, antes del Código penal de 1995, eran clasificados de sospecha y de habitualidad. *Vid.* DE VICENTE MARTÍNEZ, "Culpabilidad…" cit. pág. 452 y ss.

El estudio de GÓMEZ RIVERO, M.C., se encuentra en "Presunciones y derecho penal" en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal.* Tirant lo Blanch, 2009, págs. 765 a 789. La reflexión de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., se halla en *Valoraciones sobre la presunción de inocencia.* Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2012, págs. 85 y 86.

Respecto a la regulación en derecho privado de las *presunciones*, téngase presente que, tras la Ley 1/2000, 7 enero, de enjuiciamiento civil, se opta por darles un tratamiento *dentro* del ordenamiento procesal, derogándose los artículos que antes las regulaban en el Código Civil. *Vid.* FERNÁNDEZ SEIJO, en AAVV, *El proceso civil III*, Tirant, 2001 *(Tol 63406)*. La cita de FERNÁNDEZ LÓPEZ, procede de *Prueba…*cit. págs. 41 y 42. Sobre la caracterización de las presunciones *vid.* GASCÓN ABELLÁN, M., en *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 1999, págs. 138 y ss.; 146 y ss.

Sobre las presunciones en las que se basan los delitos de sospecha y la *"ratio"* de los mismos *vid.* GARCÍA PÉREZ en "Delitos de sospecha" cit. pág. 631. FALCÓN CARO, M.C. "El delito de detención ilegal con "desaparición forzada" en *Cuadernos de política criminal*, nº 67, 1999, pág. 133.

En sentido crítico frente a los delitos de sospecha por vulnerar el principio de culpabilidad, *vide* DE VICENTE MARTÍNEZ, "Culpabilidad…" cit. pág. 451. *Vid.* las clásicas críticas a aquéllos delitos en GARCÍA PÉREZ, "Delitos de sospecha…" cit. pág. 633. Sobre la previsión en el delito del art. 483 de una criticable condición objetiva de punibilidad *"impropia", vid.* MARTINEZ PÉREZ, C., *Las condiciones objetivas de punibilidad,* Madrid, Edersa, 1989, pág. 160.

Sobre la propuesta de GÓMEZ RIVERO *vid.* "Presunciones y derecho penal" cit. pág. 766, 767-781. *Vid.* el estudio de PASTOR MUÑOZ, N. *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Barcelona, Atelier 2005, págs. 16-19 y págs. 77-78.

Ad III B) Sobre el contenido y plasmación positiva del *principio del hecho vid.* COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, cit. pág. 343 y 344. Sobre el inicio de la racionalidad jurídica basada en los "hechos" *vid.* GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos …*cit. págs. 12 y 13. La cita de FERRAJOLI se encuentra en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9ª ed., Madrid, Trotta 2009, pág. 34. La de VIVES ANTÓN, en "Más allá de toda duda razonable…" cit. págs. 174 y 175.

Ad IV. Como precedentes del artículo 483 ACP también se apuntan algunos preceptos del Código penal de 1822. *Vid.* MUÑAGORRI LAGUÍA, "La "construcción" cit. pág. 112. Asimismo *vid.* la referencia de LANDROVE, G., al art. 667 del Código penal de 1922 en *Detenciones ilegales y secuestros*, Valencia, Tirant lo Blanch 1999 pág. 167, nota nº 2.

Ad IV A). Sobre la figura de los desaparecidos y su caracterización *vide* VVAA (coord. AMBOS, K.) *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá, Temis 2009, *passim*. ABELLÁN HONRUBIA, V.,

"Aspectos jurídico-internacionales de la desaparición forzada de personas como práctica política del Estado" en *Estudios jurídicos en honor del prof. Octavio Pérez-Victoria*, t. I, Barcelona, Bosch 1983, págs. 7 y ss. MARTÍN PALLÍN, J.A., "Desaparición forzada de personas: de la sospecha al reproche penal" *Actualidad penal*, nº19, semana 8-14 mayo 1989, págs. 357 y ss.

Sobre la crítica al art. 483 ACP por vulnerar la presunción de inocencia, *vid.* MARTINEZ PÉREZ, C., en Op. ult. cit. Respecto a la doctrina que consideraba el delito del art. 483 ACP, inconstitucional *vid.* MAQUEDA ABREU, M., *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Universidad de Granada, 1988, pág. 77; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 18ºed., Madrid, Dykison 1995, pág. 314. Lo consideraba derogado GARCÍA PÉREZ, en "Delitos de sospecha" cit. pág. 656, nota nº 93; desarrolla su crítica en págs. 633 y 634.

En la actual doctrina española, consideran que el art. 166 CP ya no alberga un delito de sospecha GÓMEZ RIVERO, M.C., "Presunciones…" cit. pág. 781. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Op. y loc. ult. cit. No obstante, en sentido crítico FALCÓN CARO, "El delito de detención ilegal con "desaparición forzada"", cit. pág. 131. BELESTÁ SEGURA, L., "¿Qué queda del principio de culpabilidad en la Código penal de 1995? Examen del art. 5" *Actualidad penal* nº31, 27 agosto-2 septiembre 2001, pág. 735.

Sobre el proceso de interpretación del art. 483 ACP, en los años ochenta, *vid.* LANDROVE DÍAZ, *Detenciones ilegales*, cit. pág. 171. Para una crítica al requisito de "*no dar razón del paradero de la persona detenida". vid.* GARCÍA PÉREZ, "Delitos de sospecha…" cit. pág. 663.

Ad. IV B.1. La versión del de 2012 a que se alude en este estudio es la publicada por el Ministerio de Justicia, el 11 de octubre de 2012. Posteriormente, en mayo de 2013, apareció otra versión de dicho texto que previó más cambios en el art. 166, también tenidos en cuenta en este trabajo. Ante todo porque dichos cambios fueron incorporados al *Proyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP*, aprobado en Consejo de Ministros de 20 de septiembre de 2013 y publicado en el BOCG, 4 octubre de 2013, serie A, Núm. 66-1, pág. 1. Ésta es, por su actualidad, la reforma con la que se ha trabajado en este estudio. La cita de MARTINEZ PÉREZ, C., se halla en *Las condiciones*…Op. cit. pág. 161.

Ad. IV B.2. Respecto a la *crítica doctrinal* al art. 166 del Anteproyecto de 2012, *vide* GÓMEZ INIESTA, D. (págs. 549 a 551) y GÓRRIZ ROYO, E. (págs. 553 a 558) en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012 (*ALVAREZ GARCIA; DOPICO GÓMEZ-ALLER) Valencia, Tirant lo Blanch 2013.

Ad. IV C. La cita de Cobo del Rosal/Vives Antón, procede de *Derecho penal. Parte general*, 1999, cit. pág. 97. La cita de QUINTERO OLIVARES, G., se encuentra en *Comentarios al Código penal español* (dir. QUINTERO/coord. MORALES PRATS) tomo I, 6ª ed., Aranzadi 2011, Pamplona, pág. 1029.

Ad. V. *Vid.* GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona 1997, pág. 208 y ss. Respecto al art. 579.3 CP *vid.* CUERDA ARNAU, M.L. "El premio por el abandono de la organización y la colación con las autoridades como estrategia de lucha contra el terrorismo en momentos de crisis interna" *Estudios Penales y Criminológicos*, XXV 2005, págs. 23 y ss. *Vid.* FARALDO CABANA, P. *Las causas del levantamiento de la pena*, Valencia, Tirant lo Blanch 2000, pág. 287 y ss. *Vid.* DIEZ RIPOLLÉS, J.L. *La racionalidad de las leyes penales: teoría y práctica*, Madrid, Trotta 2003, *passim*.

THE APPARENT IRRELEVANCE OF ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

RESUMEN

En algunas decisiones recientes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece haber empezado a apartarse de algunas de las doctrinas que conformaban el acervo común europeo en materia de derechos humanos. Concretamente, los últimos pronunciamientos acerca de la eficacia en juicio penal de las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos humanos plantean nuevas cuestiones acerca de la estructura y contenidos del Convenio Europeo (CEDH). Cuestión clave es determinar la relación entre los artículos 3, 8 y 6. El Tribunal no ha llegado a establecer una doctrina estable y convincente acerca de los efectos que la violación de cada uno de estos preceptos tiene sobre la efectividad de los otros. Pese a que en algunas Sentencias se reconoce que sí existe tal relación, no se ha establecido aún un canon o unos principios que permitan resolver los casos sobre los efectos que ha de tener la vulneración de los derechos reconocidos en el CEDH.

PALABRAS CLAVE

Prueba ilícita, intimidad, derecho a no autoincriminarse, prohibición de tortura, derecho a un juicio justo.

ABSTRACT

The European Court of Human Rights has begun to move away from basic doctrines of European human rights law, and some of its recent pronouncements in criminal cases about the admissibility of improperly obtained evidence raise questions about the structure and contents of ECHR. The relation between articles 3, 8, and 6, is on the stage. The Court has failed to develop a consistent position on the relationship between violations of these articles. Some recents decisions had established that relation. But, there is no yet a real discussion about the principles which ought to govern the admissibility of evidence obtained in violation of Convention rights.

KEYWORDS

Improperly obtained evidence, privacy, privilege against self-incrimination, degrading and inhuman treatments; right to a fair trial.

LA APARENTE IRRELEVANCIA DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Ignacio Sánchez Yllera
Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid

Sumario: 1. Dos consideraciones previas y una conclusión anticipada. 2. La tesis del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3. El método de análisis en la jurisprudencia TEDH. 4. El carácter absoluto de algunos derechos reconocidos en el CEDH. Su incidencia sobre la prueba ilícita. A. El derecho a no padecer torturas ni tratos degradantes (Caso Jalloh). B. Una primera y reciente brecha en la regla absoluta: la posterior confesión como fuente independiente de prueba (Caso Gafgën). C. La vulneración de las garantías frente a la autoincriminación (Caso Allan). 5. La desvalorizada tutela del derecho a la vida privada frente a intromisiones no previstas por la ley. 6. Tesis perdidas: votos discrepantes en defensa de la tutela de los derechos humanos. 7. La recepción de esta doctrina por el Tribunal Constitucional en el caso de las intervenciones telefónicas (STC 49/1999).

"Tanto la decencia, como la seguridad y la libertad exigen que los agentes de la autoridad sean sometidos a las mismas reglas de conducta que se imponen al resto de ciudadanos. En una sociedad gobernada por las leyes, la existencia misma del Gobierno se pone en peligro si deja de observar escrupulosamente la ley. Nuestro Gobierno es el maestro más poderoso y omnipresente. Por suerte o por desgracia, enseña a todos con su ejemplo. Y la decisión de delinquir es contagiosa. Si el Gobierno incumple la ley, siembra la semilla que hará que la ley sea despreciada; con ello invita a cada ciudadano a comportarse de la manera que le parezca; favoreciendo así la anarquía. Decir que, en la administración de la ley penal, el fin justifica los medios; afirmar que el Gobierno puede cometer delitos con el fin de conseguir la condena de un delincuente, traerá consigo terribles consecuencias. Esta Corte Suprema debiera plantar cara a tan perniciosa doctrina". (Voto disidente del Juez Marshall, en el Caso Olsmtead v. US; 277 U.S. 438, 485 [1928]).

1. DOS CONSIDERACIONES PREVIAS Y UNA CONCLUSIÓN ANTICIPADA

a. Desde la aprobación de la Constitución de 1978 (en adelante CE), el conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de

Derechos Humanos (TEDH) es materia obligada para cualquier jurista a quien interese o deba manejar en su quehacer diario el contenido de los derechos fundamentales. Desde luego, lo es para todos quienes trabajamos en la jurisdicción penal, pues "al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema —la pena criminal—, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más "sagrado" de sus derechos fundamentales. Por eso, cada una de sus fases —iniciación; imputación judicial; adopción de medidas cautelares; sentencia condenatoria; derecho al recurso, etc., se halla sometida a exigencias específicas que garantizan en cada estadio de desarrollo de la pretensión punitiva, e incluso antes de que el mismo proceso penal empiece, la presunción de inocencia y las demás garantías constitucionales del imputado" (STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ5).

No es sólo una recomendación que formulo; también es un mandato recogido en el art. 10.2 CE., conforme al cual "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

Uno de esos Acuerdos Internacionales sobre derechos humanos —el principal, a efectos prácticos— es el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH) hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, que en su art. 19 instaura el TEDH como órgano de garantía "con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos". Al TEDH le corresponde la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus Protocolos a través de la resolución de todos los asuntos que sean sometidos a su consideración (art. 32). Desde 1999 cualquier particular de los Estados miembros puede acudir al TEDH después de agotar la vía nacional. El art. 47 CEDH compromete a los Estados firmantes "a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes". España asumió la competencia del Tribunal como consecuencia de la ratificación del CEDH, en virtud de instrumento de fecha 4 de octubre de 1979. A diferencia del resto de Tratados internacionales en la materia[1], el Convenio Europeo —al igual que el Tratado de la Unión Europea[2]— cuenta con un órgano *ad hoc* de garantía e interpretación jurisdiccional del Convenio, cuya jurisprudencia determina y delimita el contenido mínimo de los derechos en él reconocidos. Existe, por tanto, lo que se ha venido a llamar un *doble reenvío*: la Constitución remite al CEDH y éste a la jurisprudencia del TEDH.

Creo que la relación de la cultura jurídica española con la jurisprudencia del TEDH es ambivalente. Su doctrina se cita copiosamente en reflexiones doctrinales y alegaciones jurídicas, se incorpora en la jurisprudencia como apoyo o justificación de las decisiones que se toman, pero sigue siendo una gran desconocida más allá de la solución dada a casos concretos.

A ello pueden contribuir diversas circunstancias. No es fácil para un jurista español conocer sus resoluciones (pese a la magnífica base documental HUDOC[3]), pues el TEDH se expresa en idioma francés e inglés y, desde hace más de una decena de años, ninguna institución pública española ha considerado pertinente dedicar el necesario esfuerzo presupuestario a su traducción auténtica e íntegra.

De otra parte, en la inmensa mayoría de los casos, aun cuando declaran la existencia de violación del Convenio, las resoluciones del TEDH no producen efectos concretos sobre el pronunciamiento condenatorio impugnado. Pese a ser "cosa interpretada" en el ámbito del CEDH, no rompen la "cosa juzgada" del caso nacional que analizan, pues lo decidido en este ámbito se mantiene firme e inalterado. No existe mecanismo jurídico expreso en nuestro ordenamiento que permita trasladar al caso las consecuencias concretas de un pro-

nunciamiento del TEDH que condene al Estado español (a su sistema jurídico) salvo que la sanción que le fue impuesta al recurrente sea actual y privativa de libertad[4]. El Tribunal Supremo ha cerrado también el recurso de revisión a esta eventualidad, a pesar de la recomendación implícita que el Tribunal Constitucional hizo en la STC 150/1997, de 29 de septiembre, sobre los cambios jurisprudenciales que acogían interpretaciones jurídicas más favorables. Y las enfáticas manifestaciones de la STC 245/1991, de 16 de diciembre, FJ. 3, mantienen su ímpetu, pero han sido acompañadas de la más absoluta pasividad legislativa en los más de 20 años que ya han transcurrido desde que se dictaron.

Tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, enfrentado a una petición de anulación de una condena penal que el TEDH había considerado contraria al Convenio (STC 245/1991, de 16 de diciembre, FJ2, Caso Bultó): "El reconocimiento por España de la competencia de la Comisión Europea para conocer de las demandas sobre la violación de los derechos humanos, de conformidad a lo dispuesto en el art. 25 del Convenio, y la aceptación como obligatoria de la jurisdicción del TEDH no suponen, sin embargo, que las Sentencias de este Tribunal tengan eficacia ejecutiva, pues de la propia regulación del Convenio, y de su interpretación por el Tribunal Europeo, se deriva que las resoluciones del Tribunal tienen carácter declarativo y no anulan ni modifican por sí mismas los actos, en este caso Sentencias, declarados contrarios al Convenio. […] Desde la perspectiva del Derecho Internacional y de su fuerza vinculante (art. 96 C.E.), el Convenio ni ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de la violación del Convenio declarada por el Tribunal (o, en su caso, por el Comité de Ministros de acuerdo al art. 32 del Convenio). El Convenio no obliga a los Estados miembros a eliminar las consecuencias del acto contrario a la obligación jurídica internacional asumida por el Estado, restableciendo en lo posible la situación anterior a ese acto, antes bien el art. 50 permite sustituir por una satisfacción equitativa ese restablecimiento que pone en cuestión el carácter definitivo y ejecutorio de la decisión judicial interna, si bien tal satisfacción equitativa sustitutoria sólo entra en juego cuando el derecho interno no permite la reparación perfecta de las consecuencias de la resolución o Sentencia estatal. Según la opinión absolutamente dominante, el Convenio no obliga a dar efecto interno a las Sentencias del Tribunal Europeo mediante la anulación de la autoridad de cosa juzgada y de la fuerza ejecutoria de la decisión judicial nacional que dicho Tribunal haya estimado contraria al Convenio. Tampoco el art. 13 del Convenio confiere al justiciable un derecho para ampliar los motivos previstos en el derecho interno para la reapertura del procedimiento judicial que ha dado lugar a una Sentencia firme y ejecutoria.".

Por tanto, en esta materia, más allá del compromiso formal, no tutelado jurídicamente, de prevenir futuros incumplimientos, hemos avanzado bien poco. Sí debo destacar que la letra e) del art. 660 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobado en julio de 2011 por el Consejo de Ministros, sí recoge esta previsión, al establecer que existirá motivo de revisión "*f) Cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hubiese declarado la violación de alguno de los derechos fundamentales y libertades públicas del Convenio, siempre que dicha vulneración haya sido relevante o determinante de la condena*". Pero tal previsión es hoy letra muerta, dado que su tramitación decayó al agotarse la pasada legislatura.

A lo expuesto se une que la forma de razonamiento del TEDH es poco proclive a formular reglas, pues prefiere ir resolviendo casos concretos a través de métodos estables de análisis. Incluso el propio "nomen iuris" de los derechos analizados no es coincidente en

todas las culturas jurídicas europeas, lo que en ocasiones dificulta la debida comprensión de su jurisprudencia. Es paradigmática, en este sentido, la complicada y confusiva equiparación que a veces se realiza en España entre el derecho a la vida privada (art. 8 CEDH) y el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).

Por último, habría que hacer referencia a su compleja arquitectura institucional, a la necesidad de aunar diversas concepciones culturalmente dispares. El Tribunal inició su andadura en 1959. En aquel momento, pese a la devastación que los totalitarismos habían causado en Europa en las dos décadas anteriores, sólo 12 países europeos habían ratificado el CEDH formalizado 9 años antes. El telón de acero seguía firmemente echado abajo, mientras España y Portugal vivían bajo regímenes políticos autoritarios. El Convenio suponía una decidida apuesta por ideas y valores que hoy forman parte de nuestro paisaje cotidiano: la democracia, las libertades y el Estado de Derecho. Esa apuesta permite afirmar que la idea de Europa no hace referencia únicamente a un espacio geográfico, a un continente, sino sobre todo —como se ha dicho— "a una forma de civilización; a una tradición crítica ilustrada y tolerante de pensamiento fundada en la razón, la libertad y la confianza en el individuo".

El CEDH expresaba una aspiración política y constituyó un punto de encuentro de culturas jurídicas diferentes, singularmente la anglosajona y la continental. Tanto su contenido como la jurisprudencia que lo interpreta tratan de respetar, mantener y establecer —quizás con excesivo pragmatismo— ese mínimo común denominador que nos identifica, congrega y aúna: la idea de Europa a la que hice referencia.

También por esta razón, además de las que apuntaré a continuación, la jurisprudencia del TEDH es y debe ser vista por el jurista como una "jurisprudencia de mínimos". Lo veremos en materia de prueba ilícitamente obtenida, cuestión en la que su doctrina debe ser complementada por la del Tribunal Constitucional.

b. A tenor del art. 10.2 CE antes citado, que establece la interpretación de la Constitución conforme al Derecho Internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia del TEDH constituye *solo* un estándar mínimo en la interpretación del contenido de los derechos fundamentales (art. 10.2 CE): es "el orden público europeo en materia de Derechos Humanos" que ningún Estado puede obviar[5]. Los derechos fundamentales no pueden ser interpretados en el caso concreto en contradicción con el CEDH (STC 113/1995, FJ 7). Se trata de una "obligación de resultado" como, con acierto, ha puesto de relieve el profesor SAIZ ARNAIZ.

El Tribunal Europeo ha dicho también en diversas ocasiones que su jurisprudencia es parte integrante del Convenio. Pero no puede olvidarse que las jurisdicciones constitucionales nacionales pueden añadir elementos o contenidos nuevos a los derechos fundamentales; elementos, garantías y contenidos que son propios de cada cultura jurídica nacional, de cada tradición jurídica o de la dicción de sus Constituciones nacionales. Y, de hecho, lo hacen: la necesidad de autorización judicial previa para acordar la limitación de los derechos fundamentales es, paradigmáticamente, uno de los aspectos en los que la diversidad es más evidente en Europa. El Convenio no la establece. Pero muchas Constituciones nacionales sí lo exigen, al menos en determinados derechos. Otro tanto ocurre con la posibilidad de juicio penal en ausencia (vid. STC 91/2000, de 30 de marzo).

Por ello, quiero llamar la atención sobre este aspecto para tratar de conjurar el riesgo de que las "soluciones" que el TEDH da a los casos concretos sean vistas por un jurista nacional como soluciones miméticamente trasladables a la solución de casos en nuestra jurisdicción ordinaria o constitucional (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6). Lo serán "como mínimo aplicable", pero nunca podrán dejar de tomar-

se en consideración las exigencias añadidas que la ley o la Constitución españolas imponen en el caso analizado[6].

c. Y precisamente en la materia objeto de esta reflexión —la exclusión procesal de la prueba ilícita, entendiendo por tal la obtenida con o a partir de la vulneración de derechos fundamentales—, las exigencias del Tribunal Constitucional español están por encima de las del TEDH. Esta es la conclusión anticipada a la que se refiere el título de este epígrafe.

El Tribunal Constitucional contempla la exclusión de la prueba ilícita como un mecanismo obligado de tutela del derecho fundamental vulnerado por la actuación de la autoridad pública —legislativa, administrativa o judicial—. Esta exigencia deriva, en primer término —como ya puso de relieve en las SSTC 114/1984, FFJJ 4 y 5, y 81/1998, FFJJ 2 y 3— de la posición preferente de los derechos fundamentales, de su condición de «inviolables» y de la necesidad institucional de no confirmar, reconociéndoles efectividad, sus contravenciones. En definitiva (como se recordó en la STC 49/1999) es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos.

Pero además, en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional… "en los casos en que opera, la interdicción procesal de las pruebas ilícitamente adquiridas se integra en el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías —art. 24.2 C.E.—, en la medida en que la recepción procesal de dichas pruebas implica «una ignorancia de las garantías propias del proceso», comportando también «una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 C.E.), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro» (STC 114/1984, fundamento jurídico 5)". Por ello, en el caso analizado por la STC 49/1999, se declaró vulnerado no sólo el art. 18.3 CE, sino también el art. 24.2 C.E., pues el debate en que consiste el juicio oral queda viciado y desequilibrado desde que se admite en él la utilización de elementos de prueba constitucionalmente ilícitos.

Por el contrario, de forma que decepcionará a más de uno, el TEDH no concibe esta regla de exclusión probatoria como una consecuencia necesaria del Convenio en todos los casos en que declara su violación, ni como una exigencia del sistema general de derechos que reconoce, ni como una garantía de su eficacia. Por el contrario, libra inicialmente su solución al Derecho interno de cada Estado firmante y, hasta la fecha, solo en limitados casos su jurisprudencia aprecia la "iniquidad" de la condena cuando viene apoyada en pruebas obtenidas con la vulneración de algunos derechos reconocidos en el Convenio que, de alguna manera, parece considerar absolutos (singularmente, la prohibición de la tortura y el derecho a no autoincriminarse).

Esta consideración limitada de la necesidad de excluir la prueba ilícita no deja de ser llamativa pues, como se sabe, la regla de exclusión tiene origen judicial. Nace en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana en los albores del siglo XX (1914) con el objetivo declarado de afirmar la integridad judicial (la prevalencia de la Constitución) y de reaccionar tanto frente a los abusos policiales, cuya práctica se intenta disuadir privándoles de eficacia (*deterrent effect*), como frente a la pasividad de la acusación pública[7], que obtiene ventajas de tales prácticas y no persigue penalmente tales abusos.

La mayoría del TEDH no ha considerado imprescindible hasta la fecha la satisfacción de esos objetivos cuando, en el curso de un proceso penal, se han obtenido pruebas con vulneración de los derechos reconocidos en el Convenio, pese a la importancia capital que su jurisprudencia ha dado siempre a la "pre-

eminencia del Derecho" como regla ordenadora de nuestra convivencia y a la necesidad de evitar los abusos de un Estado policial. Su acercamiento, como expondré a continuación, es más restrictivo[8].

2. LA TESIS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El TEDH afirma reiteradamente que no le corresponde pronunciarse sobre la admisibilidad en juicio de las pruebas supuestamente ilícitas, dado que el Convenio no regula expresamente la admisibilidad de las pruebas. Se trata de una cuestión no recogida en el Convenio y, por tanto, deferida a la decisión de los Tribunales nacionales de los países signatarios. El Tribunal considera que no puede excluir "en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente"; solo le corresponde averiguar si el proceso, considerado en su conjunto, fue un proceso justo (Caso Schenk c Suiza, 46). Tal comprobación la lleva a cabo a través de un análisis de las circunstancias concurrentes en cada caso en el que sopesa los intereses en juego (balancing o ponderación). Es decir, no hay regla, sino solución caso a caso. Aunque, como veremos, del conjunto de soluciones pueden extraerse algunos criterios comunes.

La afirmación inicial, que descarta que deriven del Convenio reglas sobre admisibilidad de la prueba, es poco más que un juego de palabras que puede llamar a confusión porque, a pesar de que la misma se reitera en sus pronunciamientos, puede constatarse que cuando la denunciada ilicitud de la prueba proviene de un acto del poder público que puede haber desconocido los derechos y libertades protegidos por el Convenio, el Tribunal Europeo sí examina la existencia de la supuesta vulneración así como —en caso positivo y tras analizar el desarrollo del proceso—, si su preeminencia impide su utilización para fundar una condena penal o, finalmente, si en su conjunto, puede afirmarse que el ciudadano afectado tuvo un juicio justo pese a utilizarse contra él, como argumento o fundamento de su condena, una prueba ilícitamente obtenida.

La doctrina fue expuesta por primera vez en el citado Caso Schenk c Suiza (1988). Y aparece resumida de forma precisa en el Caso Jalloh contra Alemania (STEDH de 11 de Julio de 2006) en los siguientes términos:

> § 94… De conformidad con el artículo 19 del Convenio, [el Tribunal] debe [solo] asegurar el respeto de los compromisos que resultan del Convenio para los Estados contratantes. En particular, no le corresponde conocer de los supuestos errores de hecho o de Derecho cometidos por un tribunal nacional, salvo y en la medida en que puedan haber lesionado los derechos y las libertades protegidos por el Convenio. Aunque el Convenio garantiza en su artículo 6 el derecho a un proceso justo, no regula por ello la admisibilidad de las pruebas como tales, materia que, por tanto, corresponde ante todo al Derecho interno (Sentencias Schenk contra Suiza de 12 julio 1988 [TEDH 1988, 4], serie A núm. 140, pg. 29, aps. 45-46 y Texeira de Castro contra Portugal de 9 junio 1998, Repertorio 1998-IV, pg. 1462, ap. 34).
>
> § 95. No le corresponde al Tribunal determinar, como cuestión de principio, qué tipos concretos de pruebas —por ejemplo, las practicadas ilícitamente— pueden ser admitidos o, si un demandante es culpable o no. *La pregunta a responder es si el procedimiento en su conjunto, incluida la forma en que se obtuvo la prueba, fue equitativo, lo que implica un examen de la «ilegalidad» en cuestión y, en lo concerniente a la violación de otro derecho del Convenio, la naturaleza de la misma* (ver, concretamente, Sentencias Khan contra Reino Unido [TEDH 2000, 132], núm. 35394/1997, ap. 34, TEDH 2000-V, P. G. y J. H. contra Reino Unido [TEDH 2001, 552], núm. 44787/1998, ap. 76, TEDH 2001-IX, y Allan contra Reino Unido [TEDH 2002, 64], núm. 48539/1999, ap. 42, TEDH 2002-IX).
>
> § 96. Para determinar si el procedimiento en su conjunto fue equitativo, hay que preguntarse asimismo si se respetaron los derechos de la defensa. Concretamente se debe indagar si se ofreció al demandante la posibilidad de cuestionar la autenticidad de la prueba y de oponerse a su utilización. Hay que tener igualmente en cuenta

la calidad del elemento de prueba, por tanto la cuestión de si las circunstancias en las que se obtuvo hacen dudar de su fiabilidad o exactitud. Si bien no se plantea necesariamente un problema de equidad cuando la prueba practicada no es corroborada por otros elementos, hay que señalar que cuando es muy sólida y no se presta a duda alguna, la necesidad de otros elementos en su apoyo es menor (ver, concretamente, Sentencias Khan [TEDH 2000, 132] y Allan [TEDH 2002, 64], previamente citadas, aps. 35, 37 y 43 respectivamente).

Lo que si es cierto es que el TEDH no se pronuncia nunca sobre si una concreta prueba debió o no admitirse a debate en el proceso previo. De lo expuesto cabe ya extraer una primera conclusión diferenciadora con el modelo español: en la concepción del TEDH, el debate procesal con pruebas lícitas e ilícitas no constituye en si mismo una lesión autónoma de las garantías del juicio justo (art. 6 CEDH).

Pese al carácter restrictivo de su doctrina, no es infrecuente que los ciudadanos acudan al TEDH solicitando que su condena penal se declare contraria a las garantías del juicio justo cuando se ha apoyado, de forma más o menos decisiva, en pruebas obtenidas por las autoridades públicas con vulneración de derechos reconocidos en el CEDH. Por ello, los pronunciamientos al respecto no son inusuales en la jurisprudencia europea.

3. EL MÉTODO DE ANÁLISIS EN LA JURISPRUDENCIA TEDH

Ante la alegación de que una prueba obtenida ilegalmente ha sido utilizada en el proceso penal que ha llevado a la condena de un ciudadano, el TEDH se pregunta en primer lugar si la ilegalidad denunciada es una vulneración del Derecho interno del país demandado o constituye una vulneración del CEDH. O si concurren ambas vulneraciones.

A. *Si es solo una lesión del Derecho interno* (simple ilegalidad) pasa a analizar "en conjunto" el proceso en el que se produjo la vulneración, desde la perspectiva del art. 6.1 CEDH (derecho a un juicio justo). Su análisis se extiende, sucesivamente, a las siguientes cuestiones:

a) La perspectiva del derecho de defensa. El TEDH se pregunta si el acusado pudo conocer la supuesta ilicitud y alegar, cuestionar y contra argumentar ante los Tribunales nacionales sobre la denunciada ilicitud. Si la conclusión es negativa, aprecia lesión del art. 6 CEDH. Este es el parámetro decisivo.

b) La perspectiva de la suficiencia o fiabilidad probatoria. Se analiza también si, atendida la naturaleza de la lesión, la prueba es o no fiable. Cuando, pese a su ilicitud, la prueba ilícita es fiable, porque el tipo de lesión no afecta a su autenticidad, la considera siempre apta para justificar una condena.

c) La perspectiva de la decisividad de la prueba. Y cuando la prueba ilícita no es fiable, el TEDH hace un tercer análisis para determinar si la prueba ilícita es prueba única o se encuentra avalada o corroborada por otras pruebas sobre los hechos.

Si se trata de prueba ilícita no fiable pero avalada o corroborada por otras pruebas sobre los hechos, entonces también la considera apta para fundamentar la condena junto con las otras. Y aún más, el hecho de que sea prueba única no significa en si m ismo, pese a su ilicitud, que la prueba no sea apta para condenar.

Por tanto, la segunda y tercera perspectivas culminan siempre en la aceptación como procesalmente válida de la prueba ilícitamente obtenida cuando ha podido ser impugnada en el proceso previo.

B. Sin embargo, cuando —específica o simultáneamente— *la supuesta vulneración afecta o se refiere a un derecho reconocido en el CEDH*, el método de análisis y las conclusiones atienden y se apoyan en lo que el Tribunal denomina "*la naturaleza de la violación constatada*", diferenciándose entonces su razona-

miento en función del derecho afectado y la naturaleza de la vulneración.

Esta forma de razonar, según la cual la vulneración de los derechos reconocidos en el Convenio debe tener distinta trascendencia jurídica en función del derecho afectado y del tipo de vulneración padecida, provoca que las soluciones de los casos hayan sido muy distintas en la jurisprudencia del Tribunal. Tanto es así que se puede afirmar que el TEDH establece una suerte de "graduación o baremación" de la importancia de los derechos reconocidos en el Convenio, así como de las garantías de los mismos.

Las vulneraciones más reiteradamente denunciadas se refieren al derecho a no padecer torturas o tratos degradantes o inhumanos (art. 3), a las garantías frente a la autoincriminación (art. 6), y al derecho a la vida privada (art. 8), en este último caso por la utilización subrepticia, como medio de investigación, de aparatos de escucha y grabación de las comunicaciones.

El Tribunal Europeo considera habitualmente que las condenas basadas en pruebas obtenidas con vulneración material del derecho a no padecer torturas o tratos degradantes, así como del derecho a no autoincriminarse (o mediante la provocación policial al delito[9]), vulneran además el derecho a un juicio justo, incluso cuando la prueba ilícitamente obtenida no es la única manejada en el proceso.

Como veremos, no ocurre lo mismo cuando la vulneración es de otra naturaleza o afecta a otros derechos reconocidos en el CEDH, específicamente el debido respeto a la vida privada de los ciudadanos. En este supuesto la vulneración de alguna de las exigencias convencionales, singularmente la que impone que las posibilidades de limitación del contenido del derecho estén *previstas en una ley nacional de suficiente calidad*, queda realmente sin sanción jurídica alguna.

4. EL CARÁCTER ABSOLUTO DE ALGUNOS DERECHOS RECONOCIDOS EN EL CEDH. SU INCIDENCIA SOBRE LA PRUEBA ILÍCITA

A. El derecho a no padecer torturas ni tratos degradantes. Pese a admitir en abstracto la posibilidad de que una condena apoyada en pruebas obtenidas con maltrato puede no romper la equidad del proceso (§ 106, Caso Jalloh), la afirmación de que el proceso no ha sido equitativo se ha venido produciendo siempre que, al analizar un proceso penal en el que se había producido la condena del acusado, se constata la lesión del art. 3 CEDH en el método de obtención de las pruebas utilizadas para fundar la condena, ya sea en cuanto garantiza *no padecer torturas*, como cuando se refiere a *no padecer tratos inhumanos o degradantes*.

No podemos dejar de tomar en consideración que, a diferencia de otros derechos reconocidos en el Convenio (arts. 8, 9, 10 y 11) el art. 3 no prevé posibilidad alguna de restricción en atención a ningún interés público que se pretenda utilizar como justificación de su limitación. Ni tampoco puede ser derogado en caso de estado de emergencia (art. 15 CEDH).

De este criterio es ejemplo muy relevante la STEDH Jalloh c Alemania, de 11 de julio 2006, de la Gran Sala, que se refiere a un supuesto en el que, en busca de la prueba de un delito menor de tráfico de drogas, la policía alemana, usando fuerza física, introdujo un vomitivo a un sospechoso a través de una sonda nasogástrica, al tiempo que le inyectaba otro vomitivo químico, para provocar así la expulsión de la droga previamente ingerida.

Con cita del art. 15 del Convenio ONU contra la Tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, se afirma taxativamente en esta Sentencia tanto el carácter absoluto del derecho (que en este caso se declara vulnerado, en cuanto garantiza no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, § 82) como la prohibición convencional de

establecer restricciones al mismo (§ 99) y, a partir de tales consideraciones, ahora desde la perspectiva del derecho a un juicio justo (art. 6 CEDH), el TEDH declara que no pueden ser utilizadas para condenar aquellas pruebas que se hayan obtenido mediante este tipo de prácticas (§ 105).

> § 99. Los elementos obtenidos por medio de una medida juzgada contraria al artículo 3 requieren una consideración diferente. Puede plantearse la existencia de vulneración desde el punto de vista del artículo 6.1 en relación con los elementos de prueba obtenidos en violación del artículo 3 del Convenio, incluso si la admisión de tales pruebas no fue decisiva para la condena del sospechoso (Içöz contra Turquía (dec), núm. 54919/2000, 9 enero 2003 y Koç contra Turquía (dec), núm. 32580/1996, 23 septiembre 2003). El Tribunal recuerda, a este respecto, que el artículo 3 consagra uno de los valores más fundamentales de las sociedades democráticas. Incluso en situaciones extremadamente difíciles, tales como la lucha antiterrorista y el crimen organizado, el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas y tratos inhumanos o degradantes, cualesquiera que sean los actos de la víctima. El artículo 3 no prevé restricciones en lo que contrasta con la mayoría de las cláusulas normativas del Convenio y de los Protocolos núms. 1 y 4 y, según el artículo 15.2, no autoriza ninguna excepción incluso en caso de peligro público que amenace la vida de la nación (ver, concretamente, Sentencias Chahal contra Reino Unido de 15 noviembre 1996 [TEDH 1996, 61], Repertorio 1996-V, pg. 1855, ap. 79 y Selmouni contra Francia [TEDH 1999, 30] [GS], núm. 25803/1994, ap. 95, TEDH 1999-V).

> § 105. Tal y como se ha constatado antes, la utilización en el marco de un procedimiento penal de pruebas obtenidas en violación del artículo 3 plantea serias cuestiones en relación con la equidad de dicho procedimiento. En este caso, el Tribunal no ha concluido que se sometiese al demandante a actos de tortura. Pero en su opinión, los elementos de cargo (bien se trate de confesiones o elementos materiales) obtenidos por medio de actos de violencia o brutalidad u otras formas de trato que puedan calificarse como actos de tortura, no deben nunca invocarse, cualquiera que sea su valor probatorio, para probar la culpabilidad de la víctima. Cualquier otra conclusión no haría sino legitimar indirectamente el tipo de conducta moralmente reprensible que los autores del artículo 3 del Convenio han tratado de prohibir o, como dijo tan bien la Corte Suprema de los Estados Unidos en su Sentencia en el asunto Rochin (apartado 50 supra), «conferir una apariencia de legalidad a la brutalidad». El Tribunal señala al respecto que el artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes enuncia que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento contra la víctima de los actos de tortura.

En el mismo sentido hay otros muchos pronunciamientos relativos a actos de tortura policial. Así, la STEDH de 17 de octubre de 2006, Caso Göcmen c Turquía, § 74… "Par ailleurs, la Cour ne peut pas suivre le Gouvernement lorsqu'il argue que la condamnation litigieuse était basée sur un faisceau de preuves. Elle n'estime pas nécessaire de rechercher plus avant si la condamnation du requérant était fondée d'une manière déterminante sur les dépositions que celui-ci avaient prétendument faites à la police sous la contrainte. Il lui suffit de constater qu'une partie de l'établissement des faits effectué par les juridictions pénales se base sur les déclarations du requérant obtenues par suite de mauvais traitements et en l'absence d'un conseil (Örs et autres, précité, § 60)"; la STEDH de 21 de septiembre de 2006, Caso Söylemez c Turquía, § 122… "La prise en compte d'une telle preuve pour établir la culpabilité d'une personne est incompatible avec les garanties de l'article 6 de la Convention"; o la STEDH de 5 de junio de 2007, Caso Sacettin Yildiz c. Turquía, § 48… "In this connection, as regards the nature of the Convention violation found, the Court recalls that it has already held that the use of evidence obtained in violation of article 3 in criminal proceedings could infringe the fairness of such proceedings even if the admission of such evidence was not decisive in securing the conviction (see Jalloh, cited above, § 99; Söylemez v. Turkey, no. 46661/99, § 23, 21 September 2006; and, mutatis mutandis, Örs and Others v. Turkey, no. 46213/99, § 60, 20

June 2006)". También en la STEDH de 28 junio 2007, Caso Harutyunyan c Armenia, se repite: "… una confesión o una prueba material obtenida con tortura no deberían invocarse nunca como fundamento de la culpabilidad… de no ser así se legitimaría indirectamente un acto moralmente reprobable; se proporcionaría una apariencia de legalidad a la brutalidad".

Y da igual también, como ya dije, que en estos casos la prueba fuera o no conforme a la ley interna (en el caso Jalloh lo era), fuera única, decisiva o hubiera otras pruebas sobre los hechos imputados. La sanción jurídica viene siendo máxima: en estos casos, la vulneración del art. 3 lleva consigo también, indefectiblemente, la del art. 6.1 CEDH, al considerarse que el proceso era injusto en su conjunto.

> § 107 (Caso Jalloh)… En este caso, no hay necesidad de resolver la cuestión general de si la utilización de pruebas obtenidas por medio de un acto calificado de trato inhumano y degradante compromete automáticamente el carácter equitativo de un proceso. El Tribunal constata que, aunque las autoridades no causaron deliberadamente dolores y sufrimientos al demandante, las pruebas se obtuvieron mediante la aplicación de una medida contraria a uno de los derechos más fundamentales que garantiza el Convenio. Además, las partes no discuten que las drogas obtenidas gracias a la medida enjuiciada fuesen un elemento decisivo de la condena del demandante. Es cierto, y las partes tampoco lo discuten, que el demandante tuvo la posibilidad, que además aprovechó, de impugnar la utilización de las drogas obtenidas por medio de la medida enjuiciada. Sin embargo, habiendo constatado que la legislación interna autorizaba la administración del emético, los tribunales internos no tenían margen alguno para excluir tales pruebas. Asimismo, no se puede considerar que el interés público en la condena del demandante hubiese tenido un peso para justificar que se autorizase la utilización de estas pruebas en el juicio. Tal y como ha señalado el Tribunal más arriba, la medida afectaba a un traficante que vendía droga en relativamente pequeña cantidad y que finalmente fue condenado a una pena de prisión condicional de seis meses y puesta a prueba. § 108. En consecuencia, el Tribunal considera que el conjunto del proceso contra el demandante estuvo tachado de iniquidad debido a la utilización como prueba de las drogas obtenidas gracias a la administración forzosa del emético.

Además de lo expuesto (vulneración del art. 6 CEDH en cuanto garantiza la equidad del proceso en su conjunto) el TEDH concluye también que "el hecho de haber permitido la utilización en el juicio del demandante de los elementos obtenidos tras la administración forzosa del emético vulneró el derecho del interesado a no autoinculparse y tachó de iniquidad el procedimiento en su conjunto" (§ 122).

B. Una primera y reciente brecha en la regla absoluta: la posterior confesión como fuente independiente de prueba. La conclusión que venimos analizando se ha venido repitiendo hasta que, en junio de 2010, la Gran Sala revisa y ratifica parcialmente la STEDH de 30 de junio de 2008, dictada por una Sección en el Caso Gäfgen, en la que, admitiendo la existencia de trato degradante en la obtención de la confesión del acusado y de las pruebas que materialmente le incriminaban (vulneración del art. 3 CEDH) se apreció que no había habido violación del art. 6 CEDH (Caso Gäfgen c Alemania, STEDH de 1 de junio de 2010, Gran Sala).

Se trata de un caso en el que la policía sospecha del demandante —estudiante de Derecho— como autor del secuestro de un chico de 11 años de edad, hijo de un banquero, al que reclama un millón de euros como rescate. Una vez pagado y recogido el rescate por el estudiante, es detenido y sometido a un interrogatorio policial en el que se le amenaza con sufrir abusos sexuales, lo que provoca que revele donde se halla el cadáver del menor. A partir del hallazgo del cuerpo, se obtienen otras pruebas materiales que involucran al demandante en el hecho. Finalmente, en juicio, el acusado reconoce ser autor del secuestro y del asesinato.

En esta resolución, el Tribunal afirma que, dado su carácter absoluto, el art. 3 CEDH sí fue violado por la policía alemana, pese a tratarse de una situación de cuasi estado de necesidad.

§ 176. While having regard to the above interests at stake in the context of Article 6, the Court cannot but take note of the fact that Article 3 of the Convention enshrines an absolute right. Being absolute, there can be no weighing of other interests against it, such as the seriousness of the offence under investigation or the public interest in effective criminal prosecution, for to do so would undermine its absolute nature (compare also, mutatis mutandis, Saadi v. Italy, cited above, §§ 138-39). In the Court's view, neither the protection of human life nor the securing of a criminal conviction may be obtained at the cost of compromising the protection of the absolute right not to be subjected to ill-treatment proscribed by Article 3, as this would sacrifice those values and discredit the administration of justice.

Sin embargo, tras dicho pronunciamiento, el TEDH admite la excepción de la *fuente independiente de prueba* por ruptura del nexo causal para excluir la lesión del art. 6.1 CEDH, al constatar que el acusado confesó su autoría en juicio después de haber sido asesorado por su Abogado.

§ 180 … "In the light of the foregoing, the Court considers that it was the applicant's second confession at the trial which —alone or corroborated by further untainted real evidence— formed the basis of his conviction for murder and kidnapping with extortion and his sentence. The impugned real evidence was not necessary, and was not used to prove him guilty or to determine his sentence. It can thus be said that there was a break in the causal chain leading from the prohibited methods of investigation to the applicant's conviction and sentence in respect of the impugned real evidence"[10].

Se utiliza así la lógica que admite la ruptura de la conexión de antijuridicidad existente entre la vulneración y la prueba a la que el Tribunal Constitucional había acudido ya en la STC 161/1999, de 27 de septiembre (FJ 4), resolución que, de alguna forma, incorpora la doctrina americana que admite la *independent source*[11] como excepción a la regla de exclusión en los casos de pruebas obtenidas a partir del conocimiento adquirido con la lesión del derecho (*"Fruit of the Poisonous Tree" Doctrine*)[12].

STC 161/1999, FJ 4. "El criterio básico para determinar cuándo las pruebas derivadas causalmente de un acto constitucionalmente ilegítimo pueden ser valoradas y cuándo no se cifra en determinar si entre unas y otras existe una conexión de antijuridicidad. En la STC 49/1999 resumíamos así nuestra doctrina: «hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho… materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho… exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configurar el contenido del derecho fundamental sustantivo. La aplicación de esta perspectiva de análisis al supuesto enjuiciado nos lleva a desestimar la queja del recurrente, pues se aprecia que, tal y como razonó el Tribunal Supremo, su declaración admitiendo parcialmente los hechos de la pretensión acusatoria es una prueba jurídicamente independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria".

En el Voto particular de la Sentencia Gäfgen, seis de sus Magistrados disidentes exponen la tesis que perdió la deliberación y se lamentan de la supuesta *permisividad* de la mayoría del Tribunal con la tortura, a partir de una interpretación de la sentencia mayoritaria que les lleva a distinguir entre lesiones del art. 3 que constituyen tortura, lesiones del art. 3 que constituyen tratos inhumanos o degradantes y resultado directo o indirecto de tales lesiones, concluyendo que la mayoría deriva del art. 3 CEDH sólo una prohibición de valoración de la prueba ilícita, pero no una prohibición de admisión a debate en el proceso de la misma. Dicho de otro modo, según interpretan, solo habría lesión concurrente del derecho a un juicio justo cuando la condena se fundamenta en la prueba ilícita, pero no la habría si se admite a debate la prueba ilícita pero la condena se

funda en otras pruebas que se estiman *jurídicamente independientes*.

Según los jueces disidentes la distinción introducida por la mayoría de los miembros del Tribunal consiste en que mientras que, hasta esta STEDH Gäfgen, la simple admisión de pruebas materiales obtenidas mediante tortura comportaba siempre la lesión del derecho a un proceso justo, desde ahora, cuando se trata de pruebas de la misma índole, aunque hayan sido conseguidas infligiendo tratos inhumanos o degradantes, la infracción de dicho derecho sólo tendrá lugar cuando tales pruebas hubieran sido valoradas o utilizadas efectivamente para fundar la condena del demandante.

Pese a que la diferenciación expuesta no se deduce claramente de la tesis de la mayoría en el Caso Gäfgen, si es cierto que en la jurisprudencia del TEDH sólo la utilización como fundamento de una condena de pruebas obtenidas gracias a la violación del art. 3 CEDH ha dado lugar a declaraciones de vulneración del art. 6.1 CEDH. La simple admisión a debate de la prueba ilícita no ha dado nunca lugar a declaración alguna de lesión.

C. La vulneración de las garantías frente a la autoincriminación. También esta infracción conlleva siempre la vulneración del derecho a un juicio justo, al considerar el TEDH que dicha garantía —tal y como es entendida en su jurisprudencia— está en el núcleo duro de las que conforman un juicio justo. En tal sentido:

> STEDH Jalloh c Alemania. § 100. "En cuanto a la utilización de pruebas obtenidas en violación del derecho a guardar silencio y del derecho a no autoinculparse, el Tribunal recuerda que estos derechos son normas internacionales generalmente reconocidas que constituyen el núcleo de la noción de proceso justo consagrada por el artículo 6. En particular, el derecho a no autoinculparse presupone que, en una causa penal, la acusación trata de fundamentar su argumentación sin recurrir a elementos de prueba obtenidos bajo coacción o presión, sin tener en cuenta la voluntad del acusado (ver, concretamente, Sentencias Saunders contra Reino Unido de 17 diciembre 1996, Repertorio 1996-VI, pg. 2064, ap. 68, Heaney y McGuinness previamente citada, ap. 40, J. B. contra Suiza, núm. 31827/1996, ap. 64, TEDH 2001-III, y Allan, previamente citada, ap. 44)". § 101. Para determinar si un procedimiento ha eliminado la sustancia misma del derecho a no contribuir a su propia incriminación, el Tribunal debe examinar en particular los elementos siguientes: la naturaleza y el grado de la coacción, la existencia de garantías apropiadas en el procedimiento y la utilización que se hizo de las pruebas así practicadas (ver, por ejemplo, Tirado Ortiz y Lozano Martín contra España (dec), núm. 43486/1998, TEDH 1999-V, y Sentencias previamente citadas, Heaney y McGuinness, aps. 51-55, y Allan, ap. 44). § 102. Sin embargo, según la jurisprudencia constante del Tribunal, el derecho a no confesarse culpable afecta en primer lugar al respeto de la determinación de un acusado a guardar silencio. Tal y como se entiende normalmente en los órdenes jurídicos de las Partes Contratantes en el Convenio y en otros, no se extiende al uso, en un procedimiento penal, de datos que se pueden obtener del acusado recurriendo a métodos coercitivos sino que existen independientemente de la voluntad del sospechoso, por ejemplo los documentos obtenidos en virtud de una orden, las extracciones de sangre, el aliento, las muestras de orina, cabellos y tejidos corporales con vistas a un análisis del ADN o incluso de voz (Sentencias, previamente citadas, pgs. 2064-2065, ap. 69, J. B. contra Suiza, ap. 68, P. G. y J. H. contra Reino Unido, ap. 80 y Choudhary contra Reino Unido (dec), núm. 40084/1998, 4 de mayo de 1999)."

En el asunto Allan c. Reino Unido (2002) el recurrente fue condenado con base en las grabaciones obtenidas como consecuencia de la instalación encubierta de aparatos de grabación de audio y video en su celda, en la zona de visitas del establecimiento penitenciario en el que se encontraba internado, y en la persona de otro interno con quien compartió celda y que, finalmente, resultó ser informante de la policía. Las grabaciones efectuadas y las confesiones que el demandante realizó a su compañero de celda fueron empleadas, posteriormente por la acusación pública para fundar su condena a cadena perpetua por un delito de asesinato.

> §§ 52 y 53 STEDH Caso Allan c Reino Unido … "En este caso, el Tribunal destaca que en sus entrevistas con la policía después de su arresto, el demandante, por indicación de su abogado, se había acogido a su derecho a permanecer en silencio. H., que era un informador habitual de la policía, fue puesto en la celda del demandante en

la comisaría de Stretford y después en la misma prisión con el propósito específico de obtener del demandante información que le implicara en los delitos de los que era sospechoso. Las pruebas presentadas en el juicio del demandante mostraban que la policía había entrenado a H. y le había dado instrucciones para «empujarle todo lo que puedas». A diferencia de la situación en el asunto Khan, las confesiones supuestamente hechas por el demandante a H., que constituían las pruebas más importantes o decisivas contra él en el juicio, no eran declaraciones espontáneas hechas de manera voluntaria por el demandante, sino que fueron inducidas por las persistentes preguntas de H. quien, a instancias de la policía, dirigió sus conversaciones a discusiones sobre el asesinato en circunstancias que pueden ser consideradas como el equivalente funcional de un interrogatorio, sin ninguna de las protecciones que tendría un interrogatorio formal por parte de la policía, incluyendo la presencia de un abogado y el uso de las precauciones habituales. Aunque es cierto que no existía ninguna relación especial entre el demandante y H. y que no se han identificado factores de coacción directos, el Tribunal considera que el demandante estuvo sujeto a presiones psicológicas que chocaban con la «voluntariedad» de las declaraciones supuestamente hechas por el demandante a H.: era sospechoso en un caso de asesinato, estaba arrestado y bajo presión directa por parte de la policía en interrogatorios sobre el asesinato, y habría sido susceptible de persuasión para hacer de H., con quien compartió celda durante varias semanas, su confidente. En esas circunstancias, la información obtenida utilizando a H. de esta manera puede ser considerada como si hubiera sido obtenida en contra de la voluntad del demandante y su utilización en el juicio iba en contra del derecho del demandante a permanecer en silencio y el derecho a no autoincriminarse. § 53. Por lo tanto, ha habido a este respecto violación del artículo 6.1 del Convenio".

5. LA *DESVALORIZADA* TUTELA DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA FRENTE A INTROMISIONES NO PREVISTAS POR LA LEY

Como ya anticipé, es distinta y menos contundente la solución que el TEDH ofrece cuando el derecho vulnerado durante la investigación del delito es el art. 8 CEDH, que garantiza la vida privada de los ciudadanos ("Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia"). Específicamente cuando la vulneración del derecho no desconoce su contenido material, sino una de las garantías del mismo: la que exige una previsión legal de suficiente calidad para considerar legítima la limitación del derecho.

En estos supuestos, la apreciación de vulneración del art. 8 no conlleva, en sí misma, la apreciación de lesión del derecho a un juicio justo (art. 6 CEDH). Parafraseando al propio Tribunal, cabría decir que condenar en estos casos en base a una prueba que ha sido obtenida vulnerando el derecho a la vida privada de los ciudadanos "no carga de iniquidad" el proceso en el que se ha utilizado como prueba.

Por lo tanto el análisis del carácter "justo o injusto" del proceso se realiza en el que antes denominé "*modo general*", es decir, determinando si se respetaron o no los derechos de defensa contradictoria del acusado, si la prueba es o no fiable, y en caso de no serlo, si la misma es única o concurre con otros medios de prueba. Dicho de otra forma, cuando la violación se refiere a la vida privada de los ciudadanos (y por extensión, ha de entenderse a cualquiera de los derechos que sí admiten restricciones en abstracto) han de ser examinadas "*todas las circunstancias concurrentes, incluido si fue respetado el derecho de defensa del acusado, así como la fiabilidad e importancia de la prueba en cuestión*".

La mayor parte de las resoluciones abordadas por el TEDH en relación con el art. 8 CEDH se refieren al secreto de las comunicaciones directas. Específicamente, la mayoría de los casos analizados ha llevado a apreciar que las autoridades nacionales interfieren las comunicaciones de sus ciudadanos sin la cobertura de una ley precisa que admita la injerencia, lo que vulnera manifiestamente el art. 8.2 CEDH, que, como se sabe, señala: "No

podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

Son paradigmáticos los casos Schenk c. Suiza (1988), Khan c. Reino Unido (2000), P.G. y J.H. c. Reino Unido (2001), y Allan c. Reino Unido (2002), Heglas c Bélgica (2007) o Bykov c. Rusia (2009).

Dada la naturaleza de la lesión —formal y no material— y la posibilidad que tuvieron los acusados de alegar su ilicitud ante los Tribunales nacionales, en ninguno de estos casos se ha apreciado la vulneración del derecho a un juicio justo, pese a declararse —en todos ellos— la violación del derecho a la vida privada de los investigados. Y así,

> En el caso Schenk c. Suiza (1988) el recurrente, Pierre Schenk, contrató a un tal Sr. Pauty para que llevara a cabo diversos trabajos violentos ocasionales. Coincidiendo con una intervención quirúrgica del demandante, el Sr. Pauty se puso en contacto con la Sra. Schenk para comunicarle que su marido le había encargado que la asesinara. Tras barajar la posibilidad de matar al recurrente o hacerle creer que su esposa estaba muerta de forma que el Sr. Pauty pudiera recibir su recompensa, acudieron juntos al Juez Instructor. En el marco de la investigación judicial iniciada, el Sr. Pauty, que esperaba la llamada telefónica del Sr. Schenk, grabó la conversación telefónica que ambos mantuvieron, poniendo a disposición de la policía la cinta grabada. Una vez que la Sra. Schenk escuchó la cinta e identificó la voz de su marido, el juez instructor del caso dictó un mandamiento judicial de arresto contra este último. Cuestionada la fiabilidad de la grabación por la defensa del recurrente, ésta fue sometida a un examen pericial. El informe realizado por los peritos corroboró que la grabación no había sido manipulada pero puso de manifiesto que era dudoso que los interlocutores se hubieran entendido completamente. En consecuencia, el juez resolvió que las pruebas existentes resultaban insuficientes para acusar al Sr. Schenk y archivó las actuaciones. La acusación apeló la decisión judicial y se inició un proceso penal en el que la cinta fue aportada como prueba. El proceso concluyó con la condena del recurrente a diez años de prisión por tentativa de asesinato, condena que fue confirmada en sucesivas instancias judiciales. Entre las alegaciones efectuadas por el Sr. Schenk en la demanda interpuesta ante el Tribunal de Estrasburgo destaca que la grabación de la conversación mantenida con el Sr. Pauty y su posterior utilización como prueba en juicio violaba el derecho a un proceso justo reconocido en el art. 6.1 CEDH.
>
> Por su parte, los hechos enjuiciados en el caso Khan c. Reino Unido (2000) fueron, en esencia, los siguientes: en enero de 1993, el recurrente visitó a un amigo —B— que estaba siendo objeto de investigación por tráfico de heroína. Algunos días antes de la visita del recurrente se había instalado en el domicilio de B un aparato de escucha. No se esperaba ni era previsible que el recurrente acudiera al domicilio de B y ninguno de los dos amigos era consciente de la existencia del equipo de micrófonos instalado. Gracias a éste, la policía obtuvo una grabación de la conversación entre ambos en la que el recurrente admitía haber sido parte en una importación de droga efectuada en el mes de septiembre del año anterior. El recurrente fue arrestado en febrero de 1993 y posteriormente procesado. El juez sentenciador resolvió que las escuchas practicadas en el domicilio de B eran admisibles en juicio y, tras la confesión del recurrente en marzo de 1994, le condenó a tres años de prisión. Aunque apeló la sentencia en sucesivas instancias judiciales aduciendo la ilegitimidad de la prueba empleada para fundamentar la condena, el fallo del tribunal de instancia fue confirmado en todas ellas.
>
> Y muy similares fueron los hechos enjuiciados en el caso P.G. y J.H. c. Reino Unido (2001) En esta ocasión se instalaron aparatos de escucha en el piso de los recurrentes con la finalidad de investigar una conspiración para perpetrar un delito de robo a mano armada. Las escuchas practicadas y el posterior registro del vehículo de los recurrentes, así como del piso que compartían, proporcionaron pruebas suficientes para detenerles. Puesto que resultaba necesario corroborar que las voces que aparecían en las grabaciones eran las de los demandantes, se instalaron aparatos de escucha en las celdas en las que estaban detenidos y también los agentes de policía que se encargaron de comunicarles sus acusaciones y tomarles sus datos, llevaban encima, pero ocultos, este tipo de aparatos. El perito que examinó las muestras de voz concluyó que era probable

que fueran las voces de los demandantes las que aparecían en las conversaciones grabadas en el domicilio. Tras estas pesquisas, los recurrentes fueron acusados y, finalmente, condenados por conspiración para robar dinero.

El caso Heglas contra la República Checa (2007) se refiere a la utilización, sin ley que lo autorizara, de un aparato de escucha oculto en el cuerpo de una colaboradora de la policía con el que se grabó una conversación con el demandante, en el curso de la cual reconoció haber participado en el asalto violento a una mujer para robarle su bolso, en el que portaba algo menos de 9.000 euros. También, sin cobertura legal suficiente, se utilizó la lista de llamadas desde el teléfono móvil del demandante a un coautor del hecho. La lista de llamadas y la grabación no fueron las únicas pruebas utilizadas para justificar la condena por robo violento.

Y, más recientemente, en el caso Bykov contra Rusia (2009), el demandante —acusado de haber encargado un asesinato— se quejaba de la escucha y grabación efectuada en secreto en su domicilio a través del aparato que, voluntariamente pero a petición policial, portaba el sicario, y de su utilización como elemento de prueba en el procedimiento penal que después se inició contra él.

A diferencia de lo que sucede cuando el acervo probatorio empleado para condenar al acusado se ha obtenido con vulneración de los derechos reconocidos en el art. 3 CEDH o, en su caso, violando los derechos a guardar silencio y a no autoincriminarse, en la jurisprudencia del TEDH la utilización en un proceso penal de pruebas obtenidas quebrantando la garantía de ley previa establecida en el art. 8 CEDH, e incluso con allanamiento ilegal de un domicilio (Caso Lee Davies c Bélgica, de 28 de julio de 1999) no determina automáticamente la vulneración del derecho a un proceso justo, sino que la violación de este último derecho depende del análisis a que antes se hizo referencia (derecho de defensa contradictoria + fiabilidad de la prueba + decisividad de la misma) y, en última instancia, del resultado de la ponderación de los derechos e intereses concurrentes en cada uno de los casos examinados.

Y en la realización de esta ponderación el Tribunal de Estrasburgo ha tomado en consideración, de un lado, el interés público en el descubrimiento de la verdad material y la represión de los ilícitos (al que se añade el interés de las víctimas y sus familias en el castigo de los autores del delito investigado); y, de otro lado, el derecho a un proceso justo del imputado y, en última instancia, la salvaguarda de la integridad del proceso judicial seguido contra el sujeto inicialmente acusado del ilícito que se trata de sancionar.

En cualquier caso, al margen del mayor o menor interés del método de análisis expuesto, lo relevante es que en los 6 casos citados, a lo largo de los últimos 20 años, junto a la afirmación de que se había vulnerado el derecho a la vida privada de los investigados, el TEDH concluyó que su condena en un proceso en el que dicha prueba ilícita fue utilizada no había vulnerado el derecho de los acusados a un juicio justo salvo que, paralelamente, se vulneraran las garantías frente a la autoincriminación —como ocurre en el Caso Allan—. Incluso en los casos en que era prueba única —Caso Khan contra Reino Unido— o se considerara poco fiable su contenido, se desestima la vulneración del art. 6 CEDH por cuanto, en todos los supuestos, tuvieron la posibilidad de cuestionar procesalmente la autenticidad de la prueba y oponerse a su utilización, dando así a los Tribunales nacionales la oportunidad de excluir la prueba o valorar su fiabilidad. Más en concreto, lo que reclama el TEDH es que se haya conferido efectivamente al recurrente dicha posibilidad, con independencia del éxito que haya tenido en su impugnación: «el hecho de que sus intentos fueran infructuosos —afirma frecuentemente el Tribunal— resulta indiferente».

6. TESIS PERDIDAS: VOTOS DISCREPANTES EN DEFENSA DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por su concisión y brillantez, y porque no puedo expresar con mayor precisión mi crite-

rio personal al respecto, no me resisto a transcribir literalmente el Voto parcialmente discrepante del Juez Loucaides en el Caso Khan contra Reino Unido (2000).

> "Sin embargo, no comparto la opinión de la mayoría de que no hubo violación del artículo 6. Este es el primer caso que se somete al Tribunal en el que la única prueba contra un acusado en una causa penal que condujo asimismo a su condena, era una prueba obtenida de una forma contraria a las disposiciones del artículo 8 del Convenio. El Tribunal ya declaró por unanimidad que la obtención de la prueba contra el demandante, a través de la utilización de un mecanismo encubierto de escuchas, vulneraba su derecho al respeto de la vida privada ya que no estaba regulado por ninguna Ley interna. Sin embargo, la mayoría consideró que la admisión de la prueba en cuestión y la condena del demandante basándose en dicha prueba no contravenía las exigencias de equidad garantizadas por el artículo 6.1 del Convenio, aunque fuese la única prueba contra el demandante.
>
> No puedo aceptar que un juicio sea «justo», como exige el artículo 6, si la culpabilidad de una persona se establece mediante una prueba obtenida vulnerando los derechos humanos que garantiza el Convenio. Opino que el término «equidad», examinado en el contexto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, implica el cumplimiento de la norma jurídica y para ello presupone el respeto de los derechos humanos establecido en el Convenio. No creo que pueda hablarse de un juicio «justo» si durante el proceso se viola la Ley. Es cierto que el Convenio no forma parte del sistema legal interno del Reino Unido, pero para los fines de la cuestión enjuiciada, debería ser tratado como tal, con vistas a su ratificación por dicho país y a la consiguiente obligación de aplicar sus disposiciones a través de sus órganos estatales. En otras palabras, al determinar si un juicio fue «justo» no encuentro motivos para hacer concesiones al Estado que ha ratificado el Convenio pero no lo ha incorporado a su sistema.
>
> (…) si se acepta que la admisión de la prueba obtenida contra una persona vulnerando el Convenio no necesariamente infringe la equidad exigida en virtud del artículo 6, entonces la protección efectiva de los derechos en virtud del Convenio se vería frustrada. Esto lo ilustran casos como el presente, en los que la prueba es obtenida por la policía de forma incompatible con las exigencias del artículo 8 del Convenio, y además, se admite contra el acusado y conduce a su condena. Si se acepta como «justa» la violación del artículo 8 entonces no sé cómo se puede disuadir de forma eficaz a la policía de repetir su conducta intolerable. Y, debo reiterar aquí, que no acepto que un juicio y una condena resultantes de dicha conducta puedan considerarse justos o equitativos. La exclusión de la prueba obtenida vulnerando el derecho protegido a la privacidad debería considerarse un corolario esencial del derecho, si tal derecho tiene algún valor. Se debería recordar que el Tribunal en numerosas ocasiones hizo hincapié en que «el Convenio no trata de garantizar derechos teóricos o imaginarios sino prácticos y efectivos». La exclusión de dicha prueba, en mi opinión, es incluso más imperativa en casos como el presente en el que no existe un recurso alternativo efectivo contra la violación del derecho en cuestión.
>
> El argumento básico contra dicho papel excluyente es la búsqueda de la verdad y de los valores de interés público en la aplicación eficaz del Derecho penal que implica la admisión de una prueba fiable y fidedigna, de lo contrario estos valores pueden sufrir y los demandados culpables pueden eludir las sanciones legales. Infringir la Ley para aplicarla, es una contradicción y una propuesta absurda. En todo caso el argumento no procede en este contexto ya que una prueba que constituya una injerencia en el derecho a la privacidad puede ser admitida en los procesos judiciales y conducir a una condena por un crimen, si la garantía de dicha prueba satisface las exigencias del segundo apartado del artículo 8, incluida la enjuiciada en el presente caso, p.e. que estaba «prevista por la Ley»".

Algo que, ya en 1988, en el Caso Schenk, habían expresado en su voto discrepante los Jueces Sres. Pettiti, Spielmann, De Meyer y Carrillo Salcedo:

> "Sin duda, el Tribunal ha limitado el alcance de su Sentencia al referirlo concretamente a los hechos del caso, pero, en nuestra opinión, no podía eludir el problema de la ilegalidad de la prueba. Sintiéndolo mucho, no podemos unirnos al punto de vista de la mayoría, porque, a nuestro entender, el respeto de la legalidad en la práctica de las pruebas no es una exigencia abstracta o formalista. Por el contrario, entendemos que es de la máxima importancia para que el proceso penal sea justo. Ningún tribunal puede tener en cuenta, sin que padezca la buena administración de la justicia, una prueba que no sólo se haya conseguido por medios incorrectos, sino, sobre todo, ilegalmente. Si lo hace, el proceso no será justo en el sentido del Convenio".

7. LA RECEPCIÓN DE ESTA DOCTRINA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS (STC 49/1999)

Como es bien sabido, la STEDH de 30 de julio de 1998 (Caso Valenzuela Contreras), recogiendo anteriores pronunciamientos que parten de los Casos Sunday Times c. Reino Unido (26 de abril de 1979), Silver y otros c. Reino Unido (25 de marzo de 1983), Malone c. Reino Unido (2 de agosto de 1984) y Kruslin y Havig c. Francia (24 de abril de 1990), condenó al Estado español al apreciar que, aún existiendo en el Derecho español, en el momento en que fue acordada, una base legal para autorizar judicialmente la intervención de las comunicaciones telefónicas —art. 18.3 CE— (§ 49 y 56), dicha base legal no era suficientemente previsible en cuanto al sentido y naturaleza de las medidas que podían ser adoptadas como para garantizar el respeto a la vida privada y a la correspondencia del Sr. Valenzuela (§ 51 y 57). Específicamente el TEDH echa de menos en la regulación española "la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial, la naturaleza de las infracciones a que puedan dar lugar, la fijación de un límite de la duración de la ejecución de la medida, las condiciones de establecimiento de los atestados que consignen las conversaciones interceptadas, y, la utilización y el borrado de las grabaciones realizadas". El § 61 concluye: "el Derecho español, escrito y no escrito, no indicaba con suficiente claridad la extensión y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en este tema. El señor Valenzuela Contreras no disfrutó, por lo tanto, del grado mínimo de protección requerido por la preeminencia del derecho en una sociedad democrática (Sentencia Malone antes citada, pg. 36, ap. 79)".

La STC 49/1999, que tiene como antecedente necesario la STC 81/1998, incorporó a nuestro ordenamiento jurídico las exigencias de calidad de la habilitación legal en la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones declaradas expresamente por el TEDH, para España, en el Asunto Valenzuela Contreras. Es ya expresivo de la importancia de este pronunciamiento que los recursos de amparo acumulados, admitidos a trámite en 1995, fueran avocados al Pleno para su resolución.

La STC 49/1999 (FFJJ 4 y 5) analiza una intervención telefónica adoptada por el Juez instructor, el 2 de diciembre de 1986, en el curso de la investigación de un delito de tráfico de drogas. La resolución no sólo se hace eco de la STEDH en el caso Valenzuela Contreras, sino que asume e incorpora su contenido y, en su parte dispositiva, declara vulnerado en el caso concreto el derecho fundamental de los recurrentes en amparo al secreto de sus comunicaciones. Cuestión distinta son los efectos que asocia a tal declaración de que la prueba fue ilícitamente obtenida.

En su argumentación, el Tribunal Constitucional declara que por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 C.E.), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 C.E.), precisa una habilitación legal expresa que desempeña una doble función: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes y, de otra, constituye el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Desde la exigencia de que una norma legal habilite la injerencia, al Tribunal le parece difícil negar que la propia Constitución contiene tal habilitación por lo que, se afirma, los Jueces y Tribunales pueden acordarla cuando concurran los presupuestos materiales pertinentes. Ahora bien, desde las exigencias de certeza que han de presidir cualquier injerencia en un derecho fundamental, es también patente que el art.

18.3 C.E., al no hacer referencia alguna a los presupuestos y condiciones de la intervención telefónica, resulta insuficiente para determinar si la decisión judicial es o no el fruto previsible de la razonable aplicación de lo normativamente autorizado. Es en este punto en el que el Tribunal se refiere al Asunto Valenzuela Contreras, recogiendo su doctrina, para afirmar que el art. 18.3 CE ha de interpretarse conforme a ella, por lo que, en el caso concreto "al haber tenido lugar la injerencia en el secreto de las comunicaciones entre diciembre de 1986 y abril de 1987, cabe concluir, como lo hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Valenzuela antes citado, que el ordenamiento jurídico español ni definía las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha, ni fijaba límite a la duración de la medida, ni determinaba las condiciones que hubieran de reunir las transcripciones de las conversaciones interceptadas, ni las relativas a la utilización de las mismas. En consecuencia, la situación del ordenamiento jurídico español, puesta de manifiesto en la concreta actuación que aquí se examina, y sufrida por los recurrentes, ha de estimarse contraria a lo dispuesto en el art. 18.3 C.E".

Y al concretar el alcance de la estimación del amparo por este motivo se afirma que la declarada insuficiencia de la ley es una vulneración autónoma e independiente de cualquier otra, que sólo el legislador puede remediar, pero que no implica por sí misma, necesariamente, la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales que autorizaron la intervención. Esta conclusión, coherente con la doctrina constitucional fijada hasta aquel momento, según la cual, la limitación judicial del derecho al secreto de las comunicaciones, si no hay interposición legislativa más restrictiva, sólo puede ser confrontada materialmente con la Constitución, permite al Tribunal Constitucional concluir: "… si, pese a la inexistencia de una ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, los órganos judiciales, a los que el art. 18.3 de la Constitución se remite, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas". Razón por la cual se pasó a analizar la actuación judicial denunciada para concluir que, en esta ocasión, también vulneraba la Constitución.

Quedó así patentemente explicitada la misma lógica y la misma doctrina que se venía aplicando en todos los precedentes jurisprudenciales anteriores: había habilitación normativa, el límite era el contenido material del derecho y la deficiente calidad de la ley habilitante, por ser imputable al legislador, no precisaba tutela a través de la regla de exclusión. Lo que causó entonces la polémica doctrinal fue, quizás, haberlo expuesto directa y expresamente. Pero no fue un cambio de doctrina, ni una solución nueva, sino la cotidiana reiteración de una doctrina ya existente sobre el art. 18.3 CE a la que se añadía, como declaración, la insuficiente calidad de la LECriminal como situación legislativa que vulneraba la Constitución.

Conectando esta declaración con el hecho de que, por sí mismo, el reconocimiento de la vulneración no provocara consecuencias en el proceso penal en el que la limitación del art. 18.3 CE se había producido, se ha sostenido que, con esta segunda decisión, que dio paso al análisis de la adecuación material de la autorización judicial a la Constitución, el Tribunal Constitucional "neutralizó" la doctrina del TEDH.

Como más extensamente he expuesto en otra ocasión[13], no comparto este criterio. Salvo que se defienda que la insuficiente calidad de la ley española en materia de intervención de las telecomunicaciones (garantía institucional) conlleva en sí misma la nulidad de las que

han sido judicialmente autorizadas respetando el resto de exigencias constitucionales, el Tribunal Constitucional estaba obligado a seguir analizando la actuación judicial concreta puesto que en el recurso de amparo se había denunciado que la decisión judicial era materialmente contraria a la Constitución. Y desde luego, como antes he expuesto, tal conclusión anulatoria de la validez de la prueba obtenida a partir de dicha específica vulneración no forma parte de la doctrina del TEDH, que nunca ha apreciado la vulneración del art. 6 CEDH cuando una condena se ha apoyado en pruebas obtenidas con base en la limitación de otros derechos no prevista en una norma de suficiente calidad.

Ya me he referido a la diferente concepción que el TEDH y el Tribunal Constitucional mantienen acerca de la regla de exclusión. Baste ahora con concluir que si bien el TEDH aparentemente la rechaza como una consecuencia procesal de las obligaciones establecidas en el Convenio, finalmente ambas doctrinas convergen en apreciar que la regla de exclusión es un mecanismo fundamental de tutela del sistema de derechos fundamentales que, como mínimo, ha de operar con singular contundencia y eficacia cuando se lesiona el contenido material del derecho específicamente considerado. Esta diferenciación entre las vulneraciones que afectan al contenido material del derecho y las que afectan a las garantías institucionales de su seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales, se comparta o no, permite explicar la solución común a la que en ocasiones se llega en ambos sistemas de derechos fundamentales (el del CEDH, interpretado por el TEDH y el de la Constitución española, interpretada por el Tribunal Constitucional) cuando el contenido material de los derechos es desconocido.

NOTAS

1. Las Comunicaciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU no constituyen la interpretación auténtica del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7 y 296/2005, de 21 de noviembre, FJ 3).

2. Me refiero, evidentemente, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

3. La jurisprudencia íntegra del TEDH está accesible en idioma francés e inglés en http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Decisions+and+judgments/HUDOC+database/

4. "Es cierto que una adecuada coordinación de la obligación internacional asumida por el Estado y del marco constitucional interno que tutela rigurosamente la efectividad de los derechos fundamentales debería venir acompañada de medidas procesales adecuadas, en la línea sugerida por nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia aquí impugnada. En este sentido, para coordinar adecuadamente la tutela del derecho reconocido en el Convenio y la tutela del derecho fundamental reconocida en la Constitución, el Poder legislativo debería establecer cauces procesales adecuados a través de los cuales sea posible articular, ante los órganos del Poder Judicial, la eficacia de las resoluciones del TEDH en aquellos supuestos en los que, como ocurre en el presente caso, se haya declarado la infracción de derechos fundamentales en la imposición de una condena penal que se encuentra aún en trámite de ejecución. En tanto que tales reformas no se establezcan, este Tribunal no puede sustraerse de conocer la alegada infracción del derecho a un proceso justo con todas las garantías, dado que se trata de un derecho fundamental protegible en amparo, y la vulneración del derecho fundamental sólo es susceptible de reparación efectiva mediante la pérdida de efectos de la decisión judicial condenatoria de origen" (FJ 5, STC 245/1991).

5. STC 303/1993, FJ 8… la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos…, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.2 de nuestra Constitución, ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales.

6. STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7.: "Especial relevancia revisten, en ese proceso de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el art. 10.2 C.E. remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Por eso, desde sus primeras sentencias este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre; 78/1982, de 20 de diciembre, y 38/1985, de 8 de marzo) y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, firmado en Roma en 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo (SSTC 36/1984, de 14 de marzo; 114/1984, de 29 de noviembre; 245/1991, de 16 de diciembre; 85/1994, de14 de marzo, y 49/1999, de 5 de abril)".

7. Weeks v. United States 232 U.S. 383 (1914); Olsmtead v. United States, 277 U.S. 438, 485 (1928); Brown v. Mississippi, 297 US 278 (1936) y Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643, 655 (1961).

8. En lo que sigue, la presente reflexión ha sido provocada por la lectura y debate que he mantenido con Esther Bueno Gallardo, acerca de su trabajo de investigación sobre la prueba ilícita en el ámbito tributario, aún no publicado.

9. STEDH Teixeira de Castro v. Portugal, de 9 de junio de 1998; Vaniane v. Russia, de 15 de diciembre de 2005 y Ramanauskas v. Lithuania, de 5 de febrero de 2008, §§ 66-68.

10. § 180 (versión francesa)… "Eu égard à ce qui précède, la Cour estime que ce sont les deuxièmes aveux du requérant au procès —seuls ou corroborés par d'autres preuves non viciées, matérielles celles-là— qui ont fondé le verdict de culpabilité pour assassinat et enlèvement avec demande de rançon, ainsi que la peine. Les preuves matérielles litigieuses n'étaient pas nécessaires et n'ont pas servi à prouver la culpabilité ou à fixer la peine. On peut donc dire que la chaîne de causalité entre, d'une part, les méthodes d'enquête prohibées et, d'autre part, le verdict de culpabilité et la peine qui ont frappé le requérant a été rompue en ce qui concerne les preuves matérielles litigieuses"

11. Murray v. United States, 487 U.S. 533 (1988)… La prueba es admisible si fue descubierta con una actividad lícita con carácter previo a la vulneración, e incluso, si lo fue con carácter posterior a la vulneración, pero de forma independiente a la vulneración misma.

12. En la misma línea se ha pronunciado el TEDH recientemente en dos demandas contra España: Caso Valencia Díaz (2010) y Caso Alony Kate (2012). La intervención telefónica es ilegítima, pero el acusado reconoce su participación posteriormente con asistencia letrada.

13. "Asunto Valenzuela Contreras contra España: la deficiente calidad de las normas que habilitan la intervención de las comunicaciones telefónicas" (Pendiente de publicación).

Fecha recepción: 02/05/3013
Fecha aceptación: 21/20/2013

CORRECTIVE JUSTICE AND TORT LAW: THE SCHOLASTIC ORIGINS OF CIVIL LIABILITY

RESUMEN

La reflexión teórica sobre el Derecho de Daños sigue anclada en discusiones artificiosas como el dualismo culpa/responsabilidad objetiva, la separación conceptual de la responsabilidad contractual y la extracontractual y la escisión de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. Estos debates obedecen a una concepción voluntarista del Derecho que, partiendo del nominalismo escolástico, ha contemplado la responsabilidad civil como la sanción aplicable a la violación de un mandato legislativo. El presente trabajo pretende poner de manifiesto que esa visión imperativista es el fruto de una manipulación intelectual que trató de enmascarar el verdadero origen del instituto resarcitorio —que se encuentra en una síntesis del Derecho Romano y la ética aristotélica realizada en la Edad Moderna por la escolástica tardía de inspiración tomista—. Esta base teórica ha sido recuperada recientemente con la reincorporación a la explicación doctrinal del Derecho de Daños de la noción vertebral de la justicia conmutativa.

PALABRAS CLAVE

Filosofía aristotélica, escolástica tardía, justicia conmutativa

ABSTRACT

Theoretical contributions on tort law are still conditioned by artificial discussions as the dualism "negligence/strict liability", the conceptual separation of contractual and non-contractual obligations and the splitting off liability by public authorities. These discussions respond to a view of Law which, starting from scholastic nominalism, has considered civil liability as a sanction application to the violation of a legislative mandate. This paper aims at showing that this imperative view is the result of an intellectual manipulation which masks the true origin of tort law —which is a synthesis of Roman Law and aristothelian ethics made in the Modern Era by the Thomist-inspired late scholastic perspective—. This theoretical ground has been recovered recently with the adoption on the doctrinal explanation of tort law following a vertebral notion of corrective justice.

KEYWORDS

Aristothelian philosophy, late-scholastic, corrective justice.

JUSTICIA CONMUTATIVA Y DERECHO DE DAÑOS: LOS ORÍGENES ESCOLÁSTICOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Ignacio Rodríguez Fernández
Fiscal

Sumario: 1. Los orígenes aristotélicos del derecho de daños. 2. La justicia conmutativa y la igualdad en las transacciones: A. La justicia general, legal y particular. B. Justicia distributiva y justicia conmutativa. C. La igualdad en las transacciones. 3. Los remedios conmutativos: la restitución por razón de la cosa y la restitución por razón del acto: A. La teoría escolástica de la restitución. B. La restitución "por razón de la cosa" como antecedente de la tutela restitutoria en sentido estricto. C. La restitución por razón del acto como antecedente de la tutela resarcitoria o indemnizatoria. D. La sujeción del poder civil a las reglas de la restitución: la obligación del príncipe de resarcir los daños causados a los ciudadanos. 4. El eclipse y el redescubrimiento de la justicia conmutativa: A. La purga de los fundamentos aristotélicos y la penetración del voluntarismo en el Derecho de Daños. B. Deriva punitivista y retorno a la justicia conmutativa en el Derecho de Daños continental. C. "Eclipse y redescubrimiento" de la justicia conmutativa en el Derecho anglosajón.

1. LOS ORÍGENES ARISTOTÉLICOS DEL DERECHO DE DAÑOS

En el Derecho Romano, la acción de daños —la *actio legis aquiliae iniuria datum*— era un mecanismo al servicio de la venganza privada, un sistema penal primitivo basado en el modelo del talión. Cuando la *Lex Aquilia* imponía la obligación de satisfacer el valor real de los bienes dañados —en concreto, el precio del esclavo muerto, del ganado perdido o de los bienes materiales malogrados— no establecía ninguna regla indemnizatoria. Al contrario, se limitaba a reconocer a la víctima del daño su derecho a la venganza, su potestad de causar al autor del perjuicio una pérdida igual a la que ella misma había sufrido. Si eran varios los autores de la ofensa, todos ellos debían satisfacer la suma completa del daño; todos debían sufrir en sus propios bienes la integridad del mal que habían ocasionado. La suma pagada

por cada ofensor era la "adecuada revancha" de la víctima (Jansen, 2003, pág. 14); el derecho a la integridad resarcitoria no era más que el derecho a la integridad de la pena. La *actio legis aquiliae* era, por tanto, una retribución dineraria del delito dentro de un sistema penal de realización privada.

Dos mil años después de la *Lex Aquiliae*, en el marco intelectual del Iluminismo, la acción de daños había perdido esa fisonomía. De sus trazos sancionatorios apenas quedaba el rastro y era considerada, en los círculos de autores ilustrados, como una obligación general restitutoria, un vínculo bilateral entre individuos. El autor de un perjuicio quedaba obligado, a través de la acción de resarcimiento, a devolver otro tanto de lo que había arrebatado a la víctima, asumiendo en su propia esfera de bienes la carga económica derivada de sus actos. El importe integral del menoscabo era la medida objetiva del vínculo obligatorio, que había de trasladar el perjuicio del ámbito del que lo había sufrido al ámbito del que lo había causado. Entre la obra jurídica ilustrada y la *actio legis aquiliae* mediaban, sin embargo, dos milenios de incertidumbre ¿Cómo había llegado a formarse, en ese lapso de tiempo, esa acción puramente restitutoria?

En realidad, un sistema reparatorio del daño, opuesto al de justicia vindicativa, ya había sido preconizado, mucho antes de la Ilustración, por los pensadores de la antigua Grecia. Había sido, concretamente, ARISTÓTELES quien, oponiéndose a los autores pitagóricos, había sostenido, en su *Ética a Nicómaco*, que la pérdida causada en los bienes de otro individuo debía ser entendida, con independencia de su origen delictual, como una transferencia involuntaria de riqueza, contraria a la virtud particular de la justicia. El resarcimiento de la víctima no debía consistir, en opinión del estagirita, en la duplicación del mal causado, sino en su completa eliminación del patrimonio del dañado —lo que, a su juicio, había de efectuarse mediante una transferencia de signo contrario a la originaria—. La reparación integral del daño no era otra cosa, desde esta perspectiva, que el ejercicio objetivo de la virtud de la justicia conmutativa, consistente en "dar a cada uno lo suyo" de acuerdo con sus derechos o titularidades previas.

Si los autores del Iluminismo hubieran sido interrogados sobre esta coincidencia doctrinal con los planteamientos de ARISTÓTELES habrían dado, a buen seguro, una respuesta desdeñosa o evasiva —o, en el mejor de los casos, habrían apelado a la mera casualidad—. Para ellos, la filosofía aristotélica era un pensamiento pasado de moda, una reliquia intelectual venerada por la escolástica católica y desacreditada por la ciencia y la filosofía modernas. Autores como CHRISTIAN THOMMASIUS, que despreciaban enfáticamente a los viejos "moralistas" escolásticos, se habrían maravillado al descubrir que, en su esencia y desarrollo, toda su construcción jurídica —que, en sí misma, poco o nada tenía de original— era el producto de la aplicación de conceptos aristotélicos a las instituciones del Derecho Romano, o, lo que es lo mismo, de una síntesis de dos tradiciones culturales clásicas que, reanudadas en los últimos siglos del Medioevo, habían llegado a constituir un solo cuerpo en los primeros compases de la Edad Moderna. Conviene explicar, brevemente, cómo y cuándo se produjo esa integración teórica.

Tras el hundimiento del Estado Romano, Europa había vivido inmersa, entre los siglos V y XI, en una marea de primitivismo jurídico, en un incesante aluvión de relaciones puramente factuales elevadas al rango de Derecho por el simple transcurso del tiempo. Sólo el lento resurgir, a principios del siglo XII, de la vida comercial y urbana había marcado el punto de retorno a las titularidades abstractas y a los negocios de signo individual. La levedad del poder político obligó a los juristas medievales a buscar una fuente de legitimación distinta para las nuevas formas de transacción privada. Volvieron entonces su mirada los jurisconsultos del Medievo al antiguo Derecho Romano, obra magna que proporcionaba soluciones prácticas y técnicas que los ojos de los

legisladores locales no eran capaces de atisbar. Fue así que se inició en las universidades italianas la enseñanza del *Corpus Iuris Civilis* y que se reanudó en Europa la tradición jurídica romana, convertida, entre los siglos XII y XV, en tradición del *ius commune*.

En el siglo XIII comenzaron a circular por la Europa cristiana las primeras traducciones latinas de la Ética, la Política, la Física y la Metafísica de ARISTÓTELES. Este redescubrimiento produjo una auténtica revolución cultural. Teólogos como ALBERTO MAGNO y como, sobre todo, TOMÁS DE AQUINO, acogieron las ideas aristotélicas y las volcaron sobre los retos intelectuales que el nuevo período planteaba. La reanudación, aun en clave teológica, de la tradición de pensamiento aristotélico liquidaba la visión mística y simbólica de la primera Edad Media y auguraba el comienzo de una nueva era, en la que el hombre, dejando de sentirse amenazado por su entorno, aspiraba a comprender el mundo que le rodeaba e incluso se sentía llamado a dominarlo. Ambas tradiciones —romana y aristotélica— transitaron, sin embargo, hasta la Edad Moderna por caminos completamente separados. Ni los juristas medievales ni los teólogos de la primera escolástica sintieron la necesidad de integrar las instituciones romanas en el sustrato intelectual del pensamiento aristotélico.

La llegada del humanismo precipitó el cambio de paradigma. Fue así que, a comienzos de la Edad Moderna, un reducido grupo de teólogos, radicado fundamentalmente en España, decidió aplicar los principios y los conceptos de la filosofía aristotélica a los textos jurídicos romanos. Este grupo de autores de las escolástica tardía abandonó el método casuista que habían seguido los juristas medievales y afrontó el estudio del Derecho desde una perspectiva novedosa, de naturaleza especulativa y abstracta. El jesuita LUIS DE MOLINA explicaba con claridad, en la introducción a su tratado, la naturaleza de su misión jurídica. Los teólogos, al "*superar en mucho a los jurisperitos en el método y en la razón de conocer las cosas por sus principios*", estaban llamados, en opinión de MOLINA, a abordar las cuestiones que trataban los jurisconsultos, "*aplicando en ellas el arte y el método de la teología*". Debían, por tanto, "*ilustrar las conciencias de los hombres*", enseñarles las virtudes que, estando insertas en el tejido vital de las instituciones romanas, evitaban que se incurriera en pecado en los negocios de signo individual. El Derecho no era, para los autores de esta corriente filosófica, más que una parte esencial de la "teología de las costumbres" —relativa a los principios de orden natural que rigen las acciones de los hombres—.

Para afrontar esta tarea jurídica, los teólogos neo-escolásticos retrocedieron al principio mismo de la ética aristotélica, disciplina a la que el estagirita había aplicado su método habitual de estudio, consistente en captar, a través de una definición, la esencia de los objetos que componen el mundo, o, lo que es lo mismo, las propiedades que otorgan a cada cosa su modo de ser característico. Con el estudio de la ética, ARISTÓTELES se había propuesto uno de sus objetivos más ambiciosos: adentrarse en la esencia del ser humano, que el estagirita cifraba en la capacidad, no compartida por el resto de animales, de actuar con arreglo a la razón y a la voluntad. La razón era el atributo que permitía al hombre comprender el mundo que le rodeaba y los fines de las acciones que acometía; la voluntad le habilitaba, a su vez, para orientar estas acciones a la consecución de fines determinados. Las diferentes virtudes —tratadas separadamente en los capítulos de la *Ética a Nicómaco*— eran, para ARISTÓTELES, los estados del carácter que, pudiendo perfeccionarse a través del hábito, permitían dominar las pasiones interiores y dirigir la voluntad individual a la consecución de fines racionalmente seleccionados. La causa final de todo ser humano —a la que, en última instancia, debía orientar cada una de sus acciones— era, en definitiva, comportarse de acuerdo con esta esencia racional, manifestar, con el ejercicio y la práctica de las distintas virtudes, las propiedades constitutivas de su peculiar sustancia.

La capacidad del hombre de seleccionar sus propios fines le otorgaba, en la visión aristotélica del mundo, una ventaja comparativa frente al resto de las criaturas. El hombre era el único ser capaz de imponer su voluntad sobre los objetos que le rodeaban, el único llamado a convertir a las demás sustancias existentes en instrumentos al servicio de sus fines. La voluntad era el rasgo distintivo que sustentaba, en opinión de ARISTÓTELES, la capacidad humana de someter, liberar o transferir las cosas del mundo externo. Se convertía, por esta razón, en la base misma de la propiedad privada; una institución indispensable, en el pensamiento del estagirita, para que el hombre pudiera satisfacer su "necesidad de autarquía" y se realizase plenamente como ser racional a través de las cosas y los objetos del mundo externo.

Este bosquejo filosófico fue adaptado, sin mayor esfuerzo, por los teólogos medievales a los parámetros propios de la cosmovisión cristiana. Así, si el ser humano gozaba, a diferencia del resto de los animales, de capacidad de actuación racional y voluntaria, era debido a que había sido creado a imagen y semejanza de Dios. Había sido el Creador quien, bendiciendo al hombre con sus cualidades, le había transferido el dominio de las cosas. Según explicaba el Génesis, Dios había creado al hombre a su imagen y semejanza "*para que domin*[ase] *sobre los peces del mar, sobre las aves del cielo, sobre los ganados y sobre todas las bestias de la tierra y cuantos animales se mueven sobre ellas*»". Era el hombre, por tanto, el único ser que, compartiendo con Dios el título de *dominus*, podía servirse de las cosas creadas para su propio beneficio. De la misma manera que el hombre era siervo de Dios, las demás criaturas eran siervas del hombre.

La escolástica tardía relacionó esta construcción teológica con la idea romana de dominio, que fue incorporada por FRANCISCO DE VITORIA al esquema expositivo de la justicia conmutativa. El dominio romano debía entenderse, a juicio de los autores neoescolásticos, como el poder que el hombre ejercía sobre algo en provecho propio colocando ese algo en una situación de servidumbre o sujeción a su voluntad. En palabras de DOMINGO DE SOTO, el dominio debía ser considerado el fundamento "*de todos los contratos, pactos y acuerdos que se celebra*[ban] *mediante la justicia conmutativa*" y todos los vicios que se oponían a esa virtud eran, en esencia, "*corruptelas del dominio y de la propiedad de las cosas*". Los teólogos no podían ignorar, según señalaba el dominico, la infinidad "*de usuras, de cambios, de contratos y de simonías*" que hacían que los hombres cometiesen dos gravísimos pecados: vender lo que no tenía ningún valor —incurriéndose, en este caso, en usura— o vender una cosa en un precio mayor de su valor. Los ojos del teólogo se dirigían hacia todas las formas de transacción de bienes que, reguladas en las instituciones romanas, debían ajustarse, para ser conformes con la naturaleza racional del hombre, a la virtud de la justicia conmutativa. La escuela española señalaba, de esta forma, el nexo de unión existente entre la ética aristotélica y el Derecho Romano; un vínculo que, iniciado por FRANCISCO DE VITORIA, se encargaría de desarrollar DOMINGO DE SOTO y que los jesuitas MOLINA y LESSIUS llevarían a sus últimas consecuencias en la centuria siguiente.

Los juristas neo-escolásticos trataron de edificar, desde los cánones del pensamiento aristotélico, un sistema jurídico completo, capaz de disciplinar, por su propio arraigo en la razón humana, toda suerte de transacción privada entre individuos. Este novedoso sistema, basado en la libertad y en la propiedad privada, tenía los ingredientes necesarios para vencer las reticencias religiosas —y las barreras monopolísticas— que atenazaban al comercio libre en la época de los grandes descubrimientos. La obra de los *Magni Hispani* se convirtió, de este modo, en una fuente de inspiración perfecta para los juristas europeos que, al servicio de las potencias que aun no contaban con imperio de ultramar, trataban de dar cobertura jurídica a la captura en los "mares libres" de las presas españolas y portuguesas. Así, cuando el letrado holandés HUGO GROCIO dio forma primi-

genia al Derecho Natural racionalista se inspiró en los conceptos elaborados por esta corriente teológica, combinando equilibradamente los planteamientos formales anti escolásticos con el aprovechamiento exhaustivo de las aportaciones realizadas por los autores de Salamanca, Alcalá y Coimbra. En particular, fue la teoría general de la restitución, basada en la obra de TOMÁS DE AQUINO, la que obró el prodigioso tránsito de la tutela aquiliana romana, de corte punitivo, a la *actio de damno dato* de las obras del Iluminismo. Gracias a ella, el Derecho de Daños se fue convirtiendo, casi imperceptiblemente, en un proceso objetivo de adjudicación de pérdidas de riqueza, en una obligación restitutoria basada en la idea de igualdad. De cómo se produjo ese tránsito nos ocupamos en el presente trabajo.

2. LA JUSTICIA CONMUTATIVA Y LA IGUALDAD EN LAS TRANSACCIONES

A. LA JUSTICIA GENERAL, LEGAL Y PARTICULAR

La recta comprensión del Derecho de Daños depende, en buena medida, del entendimiento previo del papel que desempeña la justicia conmutativa en la ética aristotélica. Por oposición a la justicia "general" o "legal", la justicia particular no está orientada, en el pensamiento de ARISTÓTELES, al castigo o la sanción de los vicios, sino a la correcta adjudicación de los recursos.

Debe señalarse, como recordatorio inicial, que la justicia, en cuanto manifestación de la virtud del individuo en su relación con las demás personas, se encuentra definida en la Ética a Nicómano por su dimensión exterior. Es así que mientras las virtudes y los vicios se refieren a las "pasiones interiores de los hombres", la justicia se ocupa de su comportamiento externo, de su relación con los otros miembros del colectivo social. Aparece caracterizada, de esta forma, como la "virtud perfecta" que compendia todas las otras y las traslada a la relación con el resto de ciudadanos. El hombre es justo, además de virtuoso, cuando practica su virtud en los asuntos que conciernen a los otros, sin reservarla en exclusiva para los suyos particulares.

Sobre esta idea general de justicia aristotélica se asentó el concepto escolástico de "justicia legal". Para TOMÁS DE AQUINO, la justicia legal era la que llevaba a los gobernantes a establecer —a través de la ley— las reglas de comportamiento virtuoso que debían ser observadas por los gobernados. Era, así, la modalidad justicial que exigía del soldado una conducta valerosa en el combate —prohibiéndole huir de la batalla o abandonar las armas— o la que obligaba a cada ciudadano a conducirse con templanza en las relaciones que entablaba con los demás individuos —prohibiéndole cometer ultraje contra ellos—. Cada una de las virtudes particulares propias de la ética aristotélica era llevada por la justicia legal al ámbito de las relaciones sociales siguiendo siempre una misma mecánica: la de fijar, a través de la ley, las reglas de comportamiento virtuoso que debían ser observadas y las sanciones que se derivaban de su incumplimiento. Se trataba, por tanto, de una modalidad de justicia que, referida a la ilicitud de las acciones humanas, tenía una clara vertiente subjetiva y culpabilista y que, considerada erróneamente como el origen conceptual del Derecho de Daños, constituía, más bien, la formulación medieval y escolástica del Derecho Penal.

La institución resarcitoria se encontraba vinculada, en realidad, a otra clase distinta de justicia que, dotada de la misma vocación externa que la "general" y la "legal", poseía en la ética aristotélica un significado más estricto, como "virtud particular" que tenía por objeto exclusivo el reparto e intercambio de las dignidades y de los bienes disponibles. No se trataba, en este caso, de una justicia atinente a los comportamientos o a las conductas impuestas por el poder público a los ciudadanos de un Estado, sino de una justicia objetiva, proyec-

tada sobre las cosas y los objetos, sensibles o espirituales, que a cada uno de esos ciudadanos pertenecían. La justicia como virtud particular —que a veces recibía el nombre "justicia en las cosas"— trataba, pues, de "dar a cada uno lo suyo", y se servía, para ello, de dos métodos o sistemas de atribución de recursos —diferenciados el uno del otro por el tipo de operación adjudicativa en que se desenvolvían—. El primero de los dos sistemas —llamado de "justicia distributiva"— se refería a los repartos o distribuciones de bienes, mientras que el segundo —bajo la denominación de "justicia conmutativa— se ocupaba de las transacciones o conmutaciones que se realizaban con ellos una vez que habían sido atribuidos a concretos individuos. Sería este segundo sistema el que constituiría el cimiento de la responsabilidad civil.

B. JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y JUSTICIA CONMUTATIVA

El primer sistema aristotélico de adjudicación de recursos era el que recibía el nombre de "justicia distributiva". Se ocupaba éste de la relación del todo con las partes o, en las palabras exactas de TOMÁS DE AQUINO, de "la transferencia de lo que es común a los particulares". Dividía, para ello, lo que originariamente era compartido por todos los miembros del grupo en varias porciones diferentes, que pasaban a estar sometidas, tras la realización de esta operación distributiva, al dominio privativo de cada sujeto individual. Esta modalidad de justicia había regido, de acuerdo con la visión neo-escolástica de la propiedad privada, el reparto originario de las cosas que conformaban el mundo exterior. La dinámica que caracterizaba esta tipología de justicia se basaba en tres elementos principales: el beneficio o la carga —la ganancia o la pérdida— que había de ser objeto de distribución, las personas entre las que debía producirse el reparto y el criterio o mérito comparativo que determinaba la parte alícuota correspondiente a cada persona. La justicia distributiva adquiría, así, la forma de justicia proporcional basada en el mérito o la virtud de cada uno de los partícipes. Se consiguía con ello una igualdad de *ratios* en la que cada cual debía recibir una cuota proporcional a su mérito respectivo.

Como transición entre lo colectivo y lo particular, la justicia distributiva se ocupaba, dentro de la tradición aristotélica, de la distribución de las riquezas del Estado a cada uno de sus miembros. Utilizaba, para ello, un criterio comparativo que dependía del sistema político imperante en cada sociedad, pues dicho sistema político era el que, distinguiendo a los ciudadanos por su rango, por su virtud o por su riqueza —y fijando, así, el criterio comparativo de reparto—, les asignaba una parte alícuota o proporcional de las cargas y beneficios públicos que habían ser distribuidos. Se convertía, de este modo, en una pieza fundamental de la formación del Derecho Público de cada Estado, llamada a influir decisivamente en la configuración de su Derecho Tributario y en la construcción de un modelo racional de Función Pública.

El segundo modelo adjudicativo se asociaba, en cambio, a la idea de "justicia conmutativa" o "correctiva". No se ocupaba esta justicia de la relación del todo con las partes, sino de la que tenía lugar entre las partes mismas. Cada miembro del colectivo era contemplado como un sujeto de derecho independiente, que contaba con titularidades propias que no eran compartidas con los demás componentes de la sociedad. La igualdad de las partes no consistía, en este caso, en que varias personas participaran proporcionalmente de una ganancia o carga colectiva; sino en que cada una de ellas, al realizar un intercambio o transacción con otra, no resultara con menos de lo que se le había asignado en la distribución originaria de las riquezas, o lo que es lo mismo, en que no viera menoscabada o mermada la titularidad que en su momento le había sido conferida. Se convertía, de esta forma, para los autores aristotélicos, en la operación adjudicativa por excelencia del "Derecho Privado", ámbito regulatorio al que correspondía ordenar a un ciudadano

con otro con motivo de las distintas transferencias de bienes, voluntarias o involuntarias.

De acuerdo con las reglas de la justicia conmutativa, los hombres, a los que el Derecho Natural había concedido el don de la libertad, podían traspasar a otros hombres la titularidad de sus cosas. Cuando la transferencia de recursos se realizaba con la aquiescencia de su dueño, tenía lugar una transacción de signo voluntario, apta, en principio, para generar un nuevo título de dominio sobre el bien afectado. A esta modalidad de transacción pertenecían, en el pensamiento escolástico, todos los contratos o pactos por los que los ciudadanos se transmitían, los unos a los otros, la propiedad o el uso de los cosas.

En cambio, cuando una persona se apoderaba de una cosa ajena o actuaba sobre ella modificando su estado sin contar con la aquiescencia de su dueño, se producía una transacción involuntaria. En este género de conmutaciones, la transacción verificada no obedecía a la existencia de dos voluntades concordes —que alteraban con total libertad sus titularidades previas—. Al contrario, era el resultado de la voluntad unilateral de un individuo que no ostentaba título alguno sobre el bien de pertenencia ajena. Por tanto, bajo la equívoca denominación de *transacción involuntaria*, la tradición aristotélica comprendía todos los supuestos conmutativos en los que la alteración del estado antecedente tenía lugar sin el consentimiento o contra la voluntad del titular de los bienes afectados, o, lo que es lo mismo, sin la existencia de un título jurídico habilitante. A este género de conmutaciones pertenecían, según la Ética a Nicómano, la desposesión y el daño.

En todas estas formas de transacción de bienes, la justicia conmutativa trataba de dar "a cada uno lo suyo"; pero, a diferencia de la justicia distributiva, no lo hacía en función del mérito comparativo de las personas implicadas, sino de sus derechos o titularidades antecedentes. La igualdad perseguida no era, por tanto, proporcional sino aritmética, pues trataba de asegurar que, al realizarse una transacción privada, "cada uno dé o reciba cuanto ha recibido o dado […] quedando ambas partes de la operación con tanto como poseían anteriormente" (Gilson, 1951, pág. 433).

C. LA IGUALDAD EN LAS TRANSACCIONES

Cuando las dos partes de una transacción daban o recibían cuanto habían recibido o dado, se alcanzaba la llamada "igualdad en las transacciones", meta final de la justicia conmutativa. Dicha igualdad se rompía cuando una de las partes de la operación transaccional dejaba de obtener lo que le correspondía de acuerdo con su título o derecho antecedente. En tal caso, la misión de la justicia conmutativa era "establecer la igualdad entre el que debe y su acreedor" y eliminar la ganancia y la pérdida indebidamente generadas. Se entiendía, así, por ganancia lo que una de las partes tenía de más en comparación con lo que había entregado; y por pérdida, en cambio, lo que la otra parte tenía de menos en relación con lo dado anteriormente. La situación de injusticia derivada de la ruptura de la igualdad transaccional era, de este modo, puramente objetiva y venía dada por una simple comparación del valor de las cosas que se transferían o intercambiaban. Se trataba, en suma y en palabras de DOMINGO DE SOTO, de una "*igualdad entre las cosas mismas*".

Desde este parámetro objetivo, para que una transacción fuera justa no tenía importancia el mérito, la posición social o la calidad personal de los individuos que la llevaban a cabo, sino el valor de las cosas o los bienes que intercambiaban. Era irrelevante, como dijera ARISTÓTELES y repitiera TOMÁS DE AQUINO, que un ciudadano virtuoso se apropiara de lo que pertenecía a un individuo malvado o que sucediera lo contrario, pues la justicia conmutativa —en las ilustrativas palabras del neo-escolástico SOTO— era "*lo mismo siempre, ya sea cuando los contratos se celebren, según ley y costumbres, entre un magnate*

y un plebeyo, entre un hombre bueno y otro malo, ya entre amigos, ya entre enemigos".

Tampoco estaba vinculada la igualdad en las transacciones, como baremo objetivo de justicia, a la intención o al propósito, más o menos virtuoso, perseguido por las partes de la transferencia de riqueza. Siguiendo otra vez al dominico español, "[*s*]*i una persona avara come pobremente, no por vivir con templanza, sino por no gastar dinero, su conducta no puede considerarse recta ni conforme a la virtud. Pero si un deudor paga a su acreedor todo cuanto le debe, aunque sea con mala intención, o sea, para que lo malgaste, o si devuelve a su dueño la espada que tiene en depósito, aún sabiendo que la reclama para hacer mal uso de ella, en estos casos, tales actos son simplemente justos, porque existe igualdad con lo debido, si bien no pueden calificarse como actos de virtud, ni quien los practica puede decirse que es virtuoso*". Lo único importante, pues, desde el parámetro de la igualdad en las transacciones, era el resultado objetivo de la transferencia de riqueza. Y eran los bienes objeto de transacción los que, teniendo un valor desigual, debían ser medidos con motivo de la conmutación realizada. La transacción era justa, en definitiva, cuando cada una de las partes recibía un valor equivalente al del bien entregado. Y esto tenía dos importantes consecuencias sobre las instituciones fundadas en la justicia conmutativa —entre ellas, la responsabilidad civil—.

En primer lugar, y a diferencia de la "justicia legal" —que establecía los comportamientos humanos legales e ilegales, justos e injustos—, la justicia conmutativa no se ocupaba de la licitud de las acciones humanas, ni del correspondiente castigo y sanción de los comportamientos que entraban en contradicción con una prohibición concreta. La medida de la injusticia era únicamente la "razón formal de la deuda", es decir, el dato puramente objetivo de la pérdida y la ganancia producidas. Esta característica esencial determinaría que la neo-escolástica situara el origen de la institución resarcitoria, no en una regla general de comportamiento virtuoso, como obligación de no dañar a otro, sino en la noción puramente objetiva de igualdad transaccional. La quiebra de esta clase de igualdad podía producirse tanto con ocasión de un comportamiento lícito como de uno de carácter ilícito, actuando en ambos casos el remedio conmutativo como un mecanismo objetivo de reintegración de las titularidades antecedentes —y no como sanción del acto contrario a Derecho—.

La segunda consecuencia era que el remedio jurídico que restauraba la igualdad no requería, dentro del esquema de tradición aristotélica, de mediación legislativa o judicial alguna. A diferencia del castigo de los comportamientos ilícitos, que debía estar previsto en todo caso por la ley particular de cada Estado —y que debía ser concretado por el juez en cada supuesto de hecho—, los distintos remedios de justicia conmutativa se basaban únicamente en la medida objetiva de la ganancia y la pérdida generadas, exigiendo la íntegra satisfacción de la deuda contraída. Estos remedios fueron estudiados por la doctrina neo-escolástica bajo el concepto general de restitución.

3. LOS REMEDIOS CONMUTATIVOS: LA RESTITUCIÓN POR RAZÓN DE LA COSA Y LA RESTITUCIÓN POR RAZÓN DEL ACTO

A. LA TEORÍA ESCOLÁSTICA DE LA RESTITUCIÓN

En el siglo II d. C. el jurisconsulto romano GAYO había utilizado la Ética a Nicómaco para ordenar sistemáticamente las transacciones de bienes —dando lugar, con ello, al Derecho de obligaciones—. La *summa divisio obligationum* se había inspirado, así, en la bipartición de las transacciones —voluntarias e involuntarias— mientras que las dos subcategorías delictuales —el *furtum* y la *iniuria*— eran reflejo de las nociones aristotélicas de la desposesión y el daño. Las acciones derivadas de un *delictum* podían ser ejercitadas, según

señalaba GAYO, para obtener el castigo de la ofensa —en cuyo caso eran acciones puramente penales— o para conseguir la restitución de la cosa —adquiriendo, en tal supuesto, una forma estrictamente reipersecutoria—. También el daño podía, por tanto, tener una tutela tendente a la pura restitución del perjuicio.

A principios de la Edad Moderna, cuando las fuentes romanas comenzaron a observarse desde una perspectiva más incisiva que la propia de los juristas medievales, se puso de manifiesto la relevancia de una tutela universal restitutoria situada fuera de los parámetros sancionatorios de la *actio legis aquiliae*. La escolástica tardía, alejada del estudio atomizado del Derecho según el sistema de acciones dispersas, centró su atención en la estructura de los remedios jurídicos, sirviéndose para ello de una teoría de la restitución que, en el ámbito de la teología, había sido previamente esbozada por TOMÁS DE AQUINO. El aquinate había alterado el sistema teológico medieval y había introducido el estudio de la *restitutio* —tradicionalmente situado en el ámbito de la penitencia— en el tronco general de la justicia conmutativa. Con ello, el tratamiento de esta figura teológica había perdido su significado represivo, su función expiatoria del pecado, y había pasado a convertirse, de acuerdo con las ideas aristotélicas, en un instrumento al servicio de la igualdad transaccional.

La tradición escolástica pudo distinguir, de este modo, dos formas de alteración de la situación objetiva de igualdad que coincidían, a grandes rasgos, con las dos clases de transacción involuntaria. Cada una de estas "desigualdades conmutativas" podía dar lugar, según los casos, a una modalidad diferente de restitución.

B. LA RESTITUCIÓN "POR RAZÓN DE LA COSA" COMO ANTECEDENTE DE LA TUTELA RESTITUTORIA EN SENTIDO ESTRICTO

La restitución *rem ipsam* o *ratione rei* era, como expresa su denominación, la que tenía lugar por razón exclusiva "de la [titularidad de la] cosa misma", sin atender ni al acto que originaba la situación de desposesión ni a la buena o mala fe de la persona que tenía en su poder el bien ajeno. Siendo la desposesión una transferencia intersubjetiva de recursos, con plena correlación entre la ganancia y la pérdida generadas, este remedio conmutativo debía reintegrar las cosas transferidas al ámbito de dominio de su verdadero titular.

A los efectos de restitución *ratione rei* no importaba ni cómo se había producido la pérdida del bien ni si, con motivo de ella, había resultado violada una regla obligatoria de conducta; lo inadmisible era la situación objetiva de desigualdad que hacía que una persona tuviera más de lo que le pertenecía en detrimento de otra, que pasaba a tener menos. En las expresivas palabras de SOTO, esta modalidad restitutoria sólo debía tener en cuenta *"que la cosa arrebatada haya sido propiedad de su dueño* […]. *A ella nada le importa que tal cosa haya sido arrebatada justa o injustamente, voluntaria o involuntariamente*". Aparecía configurada, de esta forma, como una tutela remedial de naturaleza objetiva, desvinculada por completo de su hecho originario.

La desposesión podía, por tanto, ser el resultado de un acto previo de rapiña, de un equívoco casual o de una entrega inicialmente voluntaria y el nuevo poseedor podía no haber tenido intervención alguna en el hecho constitutivo del despojo; nada de esto afectaba, sin embargo, a la operatividad de esta forma restitutoria. El único elemento trascendente era que la cosa hubiera pasado al dominio de una persona sin título legítimo sobre ella. La quiebra de la igualdad transaccional se constataba, de esta forma, con una simple comparación de lo que estaba en poder de un individuo y lo que, en realidad, le correspondía con arreglo a los títulos vigentes. El tenedor del bien arrebatado, aunque no hubiera cometido ningún acto ilícito o reprochable, debía devolver la cosa ajena a la esfera de dominio de su propietario.

Esta modalidad restitutoria era, además, aplicable a toda clase de bienes. En la visión de DOMINGO DE SOTO, la justicia conmutativa obligaba a restituir no sólo las cosas materiales que conformaban el mundo externo, sino también las cosas físicas o espirituales que, por razón de Derecho Natural, integraban el dominio más inmediato del hombre. Restituir significaba, en un sentido amplio, "*colocar a uno de nuevo en su lugar y derecho*". Por tanto, siempre que fuera posible recuperar la situación de poder antecedente, podía procederse a la restitución del bien arrebatado, cualquiera que fuese la naturaleza del mismo. La restitución *ratione rei* también debía operar frente a la "desposesión" de bienes personales tan básicos como la propia libertad —de la que un individuo podía verse privado al ser reducido a servidumbre— o el honor individual —que podía ser objeto de despojo cuando se rompía, por efecto de una difamación, la conexión exigible entre los actos de una persona y su fama o estimación pública—. La obligación de restituir alcanzaba, en estos casos, a quien se encontraba en la posición jurídica más idónea. Era así que el nuevo dueño del esclavo, tan pronto como hubiera descubierto la ilicitud de la servidumbre impuesta, estaba obligado sin demora a devolver al siervo la libertad.

Los rasgos esenciales de lo que hoy llamamos tutela primaria o "restitutoria" —base de las acciones de naturaleza reipersecutoria, reintegradoras de derechos y de enriquecimiento injusto— quedaban, de esta forma, anticipados. La restitución por razón de la cosa tenía una naturaleza objetiva y no dependía de la existencia de un comportamiento injusto sino del desajuste existente entre los títulos en vigor y la situación fáctica de poder —o, lo que es lo mismo, de la desigualdad transaccional que hacía que un sujeto tuviera de más en detrimento de otro, que pasaba a tener menos—. La obligación de restituir alcanzaba a quien se encontraba, en ese preciso momento, en la posición más idónea para llevarla a efecto, aunque no hubiera participado, en modo alguno, en el acto constitutivo del despojo. La transmisión de la cosa arrebatada convertía, finalmente, a cada sucesivo adquirente en el nuevo obligado a restituir "por razón de la cosa".

C. LA RESTITUCIÓN POR RAZÓN DEL ACTO COMO ANTECEDENTE DE LA TUTELA RESARCITORIA O INDEMNIZATORIA

A diferencia de la restitución *ratione rei*, la "restitución por razón del acto" dependía, en buena medida, de la fisonomía del comportamiento humano que generaba el menoscabo de riqueza. El obligado a restituir "por razón del acto" era el que había intervenido en la transferencia de recursos. No importaba, en este caso, que el bien desposeído o dañado ya no se encontrara en su esfera de poder; tampoco era relevante que no hubiera obtenido ningún beneficio tangible que pudiera considerarse equivalente al menoscabo. El autor del *furtum* o de la *iniuria* estaba obligado a restituir por otro tipo de ganancia objetiva, correlativa a la pérdida de la víctima, que consistía, de acuerdo con los principios morales del tomismo, en la realización de su voluntad unilateral sobre los bienes de otro.

En efecto, las acciones del hombre tenían, en la filosofía moral tomista, la consideración de "cosas" creadas por éste, de sustancias del mundo externo derivadas de la realización de su voluntad. No es de extrañar, por tanto, que TOMÁS DE AQUINO residenciara la ventaja del autor de un daño en la realización de su voluntad unilateral sobre los bienes de otro. El menoscabo de la integridad de una cosa constituía, en la visión del aquinate, una ganancia para su causante y una pérdida para su propietario. Si el daño se producía en el ámbito de dominio del titular del bien, la ganancia y la pérdida se anulaban, sin que existiera desigualdad transaccional. Si el daño, por el contrario, era ocasionado por una persona carente de título, el equilibrio antecedente quedaba roto, generándose la ganancia y la pérdida correlativas.

Los teólogos neo-escolásticos entendieron, desde esta perspectiva, que la regla *res pereat domino* era el mecanismo general de adjudicación de pérdidas de riqueza y, por tanto, de asignación de los costes de los daños. Los títulos de dominio sobre los bienes habían sido conferidos a los hombres —en el primer reparto de riquezas— para ordenar la interferencia de sus voluntades. Si una cosa perecía al servicio de su titular —estando sujeta a los fines particulares de su *dominus*—, la pérdida ocasionada no era más que un reflejo puntual de aquel reparto —y, por ello, una manifestación concreta de la justicia conmutativa—. En cambio, cuando el menoscabo era el resultado de la realización de los fines de otra voluntad distinta, la distribución de riqueza había de considerarse alterada, pues se había materializado una desigualdad transaccional. Debía examinarse el origen de la pérdida, las características del hecho que originaba el menoscabo. El remedio conmutativo del daño aparecía configurado, de esta forma, como una "restitución por razón del acto", una tutela *ratione acceptionis*, basada en la conexión existente entre el hecho causante del perjuicio y la voluntad de una persona distinta al *dominus* o propietario.

En el marco de esta forma de tutela, la posición jurídica del autor de la injuria era semejante a la del ladrón o el depositario que habían perdido la cosa ajena o la habían entregado a un tercero a título gratuito. Todos ellos debían restituir, no por su situación de poder actual sobre la cosa —como en la restitución *ratione rei*—, sino por la previa interferencia de su voluntad en la esfera de dominio ajeno —por razón del acto ejecutado sobre los bienes de otro—. La tradición jurídica aristotélica apuntaba, así, a los dos elementos principales que, junto a la exigencia de una conexión causal, debían guiar la operación adjudicativa del perjuicio: la inexistencia de un título jurídico —la injusticia objetiva— y la conexión teleológica del daño con los fines perseguidos por el agente —lo que hoy conocemos en el Derecho de Daños como "título de imputación"—.

De un lado, la injusticia del daño tenía, en la visión neo-escolástica del instituto, un carácter puramente objetivo. En palabras de DOMINGO DE SOTO, la *in-iuria* dependía "*no de la intención, sino del derecho*" del causante del perjuicio. El menoscabo causado sin la cobertura de un título era, en sí mismo, una injusticia conmutativa. Debía determinarse si la persona que había ocasionado la pérdida disponía de un título habilitante para actuar sobre la cosa ajena, pues sólo en ausencia —o al margen— de ese título, el daño podía considerarse injusto. Debía establecerse, de otra parte, si existía una conexión suficiente entre la pérdida ocasionada y el acto de voluntad que la había cristalizado. Este nexo de unión se detectaba, de acuerdo con la visión teleológica de ARISTÓTELES, a la luz del fin característico del acto. De ahí que no sólo la malicia y la negligencia permitiesen conectar el perjuicio con la voluntad de una persona; también podía observarse esa conexión cuando se llevaban a cabo determinadas acciones que, siendo neutras desde el punto de vista de la culpa, estaban dirigidas por una voluntad humana a la realización de sus fines particulares.

De este modo, la acción de daños se iba despojando de su anterior vestidura punitiva y comenzaba a ajustarse a una nueva lógica. El jurista debía determinar si la persona que actuaba sobre el bien dañado tenía algún título de derecho sobre el mismo —esto es, si esa porción de riqueza le había sido atribuida de algún modo— y si el perjuicio ocasionado respondía, en cierta manera, a la realización unilateral de su voluntad. Sólo quien había sido investido de un título jurídico podía servirse de un bien para alcanzar sus propios fines. Realizar la voluntad propia sobre los bienes de otro, fuera de los límites establecidos por un título de derecho, era tanto como apropiarse de una porción de riqueza ajena. Por ello, el verdadero titular de los recursos tenía derecho a la restitución de lo arrebatado. En este sentido, causar un daño a otro era, según señalaba SOTO, lo mismo que apoderarse de sus bienes

y resarcir era tanto como devolverle lo que se le había quitado.

Con estas bases, la obra jurídica neo-escolástica pudo enunciar un principio general de integridad resarcitoria. La reparación del daño había de ser "integral", no desde el punto de vista de la justicia vindicativa —como ocurría en las leyes antiguas—, sino desde la óptica de la igualdad en las transacciones. Como había señalado el aquinate, la compensación devolvía a la víctima al "*medio que era la justicia",* lo que se producía, en todo caso, cuando ésta tenía *"lo suyo, ni más ni menos*". El remedio conmutativo del daño debía ajustarse a la alteración del reparto de riqueza y, frente al equívoco de las normas primitivas, bíblicas y civiles —que habían obligado a la restitución de lo robado multiplicado por algún número—, lo propio de dicho remedio era, en palabras de SOTO, "*restablecer en la justa igualdad la desigualdad causada por lo robado, lo cual se consigue si devuelves tanto como has robado*". Todo lo que se debía pagar por encima de esta medida constituía, en realidad, una sanción.

Influido por esta perspectiva, GROCIO pudo entender, más tarde, que las obligaciones civiles no derivaban tanto de cada *delictum* romano, como de una desigualdad genérica que se verificaba a costa de los bienes ajenos. En caso de acaecimiento de un daño, debía existir una obligación general restitutoria dependiente de las características del hecho. Sobre esa base objetiva, el iusnaturalismo racionalista pudo construir, en los años posteriores, una *actio de damno dato* distinta a la *actio legis Aquiliae*. El resarcimiento había pasado a convertirse, con este cambio de paradigma, en una obligación general restitutoria, en una operación adjudicativa de pérdidas de riqueza. Esa misma mutación se produciría en la fisonomía del remedio conmutativo —que, en la visión neo-escolástica del instituto, habría de perder su carácter talional, adquiriendo, en su lugar, una naturaleza puramente compensatoria—.

D. LA SUJECIÓN DEL PODER CIVIL A LAS REGLAS DE LA RESTITUCIÓN: LA OBLIGACIÓN DEL PRÍNCIPE DE RESARCIR LOS DAÑOS CAUSADOS A LOS CIUDADANOS

Los autores neo-escolásticos entendían que, como derivación de la justicia conmutativa, las reglas de la restitución no necesitaban, para su aplicación práctica, de mediación legislativa alguna. Tenían, más bien, una fuerza normativa intrínseca y quedaban convertidas de inmediato en normas vinculantes. Para DOMINGO DE SOTO, "*devolver a su dueño un depósito*" era "*simplemente necesario considerado en sí mismo* […]" del mismo modo que era "*un Derecho simplemente necesario*" el de pagar "*todo lo que se debe*". Cuando la deuda era cierta, la obligación de restituir no necesitaba "*esperar la sentencia del juez*" sino que brotaba *"de la misma ley*". Siempre se había de devolver, de acuerdo con la medida objetiva de la justicia conmutativa, otro tanto de lo que se había recibido. La tutela restitutoria tenía, de esta forma, un contenido propio, marcado por la medida del quebranto en la riqueza previa, y no necesitaba de mediación judicial alguna. La restitución era, pues, un principio natural —inderogable y autosuficiente— al servicio del Derecho de Gentes —y, por tanto, aplicable a todas las personas al margen de su nacionalidad o credo—.

Pero no sólo la ley civil quedaba sujeta al principio natural de restitución de lo debido. Éste también vinculaba al soberano, que estaba obligado a respetar las reglas de la justicia conmutativa. El poder público tenía la obligación de resarcir los daños que, en el ejercicio de sus potestades, causaba a cada uno de sus súbditos. Esta conclusión —que anticipaba una conquista jurídica formidable que sólo en tiempos recientes ha llegado a hacerse plenamente efectiva— se asentaba en una concepción del poder público completamente ajena a los planteamientos autoritarios que comenzaban a imponerse en el pensamiento político de la Edad Moderna.

La concepción tardo-escolástica de las potestades públicas se remontaba a las enseñanzas de FRANCISCO DE VITORIA, que había comenzado su *Relección sobre el poder civil* con una apelación al método aristotélico y a la obligación de buscar la naturaleza de las cosas de acuerdo con la causa final a la que están orientadas. También el poder civil debía, por tanto, ser estudiado siguiendo este método, tomando en consideración el fin para el que había sido constituido. Para VITORIA, el hombre, carente de las defensas físicas que Dios había otorgado a otras criaturas, sólo podía sobrevivir, dentro del orden natural, mediante algún tipo de estructura estable, basada en la ayuda mutua, que le permitiese superar su situación de fragilidad. La vida en sociedad era, así, indispensable para la defensa y la salvación de la especie humana. Y esa vida en sociedad exigía, por principio, la constitución de una república, en la que unos hombres se sometieran, de acuerdo con el sistema político imperante, a la potestad ejercida por otros hombres.

El fin de esta república era la consecución del bien común de todos los ciudadanos, lo que entrañaba dos importantes consecuencias. De un lado, significaba que las leyes humanas, dictadas por los gobernantes, sólo podían ser obligatorias en cuanto atendiesen a ese bien colectivo —lo que no era posible si violaban las reglas superiores del Derecho de Gentes—. De otro lado, suponía que los hombres que ejercían las potestades públicas —ya fuera en el seno de una sociedad democrática, de un principado aristocrático o de un sistema monárquico— habían de quedar sometidos a las leyes establecidas en utilidad de todos —dentro de las cuales se encontraban, en situación de preferencia, las que conformaban el *Ius Gentium*—.

Estas ideas generales habían sido desarrolladas por VITORIA en su *Relección sobre los indios*. En ella, el fundador de la escuela española había afirmado que el poder del soberano de un Estado, debiéndose al bien común de la república, no comprendía, en modo alguno, el dominio personal de los bienes de los súbditos —a los que, por tanto, no podía despojar de sus posesiones a su voluntad, ni siquiera cuando los afectados no profesaban la religión que el príncipe considerada verdadera—. Las ideas vitorianas, contrarias al pensamiento político dominante —que iba propiciando la construcción de un Estado de corte autoritario— marcaron el camino a los continuadores de la escuela. Para los autores neo-escolásticos, los reyes no eran dueños de los bienes de los ciudadanos; es más, ni siquiera podían disponer a su albedrío de los recursos que obtenían para el ejercicio de las tareas de gobierno. Igual que quien había aceptado un pacto privado, los monarcas quedaban sujetos a las obligaciones fijadas en sus propias leyes —establecidas en utilidad de todos— y los súbditos estaban llamados a cumplir su parte del pacto entregando, en forma de tributo, una determinada porción de su riqueza individual. No podían, por tanto, los gobernantes administrar estos bienes recibidos como si fueran propios, sino que debían destinarlos a remunerar adecuadamente el coste de estos servicios colectivos. Los cargos y los oficios estatales habían sido establecidos con la sola finalidad de prestar los servicios necesarios —como era, por ejemplo, el de administrar justicia—.

El jesuita MOLINA asimiló ese vínculo bilateral entre los gobernantes y los gobernados a un contrato de arrendamiento de servicios. En esa relación sinalagmática, el cumplimiento de las obligaciones legales de los oficiales públicos era debidamente retribuido por los ciudadanos conforme a la idea de justicia conmutativa. Para MOLINA tanto el príncipe como los demás funcionarios tenían arrendados sus servicios "*como si estuvieran contratados por la república para este fin*"; por esta razón, cuando cumplían con su obligación lo hacían por justicia conmutativa "*quedando obligados a resarcir los daños que se sigan del incumplimiento de sus obligaciones, lo mismo que cualesquiera otros particulares que arriendan sus servicios*". La misma idea había sido afirmada previamente por DOMINGO DE SOTO, para quien, siendo "las asigna-

ciones públicas de los ministros de la justicia […] bienes de la república, donde gobierna la república, y del rey, en donde hay reino; el rey debe a la nación, en virtud de la justicia conmutativa, ministros aptos a causa de los tributos con que contribuye, *y tiene obligación de reparar los daños, si no se les proporciona*". El incumplimiento de las obligaciones del soberano, establecidas en las leyes, se convertía, de este modo, en título de imputación del daño.

Esta visión del orden político introducía una relación de jerarquía entre los modelos aristotélicos de justicia. La justicia conmutativa se convertía en la clave de bóveda de todo el sistema de gobierno, mientras que la distributiva quedaba relegada a un papel meramente instrumental. Esto era especialmente visible en el ámbito del sistema tributario. La razón del tributo no era satisfacer "*la hinchazón de la soberbia o la sed de la avaricia*" de los gobernantes, ni tampoco equilibrar las riquezas de los gobernados —de modo que se pagaran impuestos los unos a los otros—. La única misión del instituto era afrontar el coste de las cargas colectivas bajo una regla general de necesidad. Una vez pagado el coste de los servicios públicos, el daño derivado del incumplimiento de los deberes del Estado obligaba al soberano, por razones de justicia conmutativa, a indemnizar los menoscabos causados a los ciudadanos.

Con la sujeción del poder público a las reglas de la justicia conmutativa las bases teóricas de la responsabilidad civil quedaban plenamente establecidas. Y el fundamento del resarcimiento era el mismo para todos los supuestos de daño, ya procediera éste de un contrato o de un evento extracontractual, ya fuera causado con culpa o sin ella, ya fuera realizado por un particular o por los agentes al servicio del poder público.

4. EL ECLIPSE Y EL REDESCUBRIMIENTO DE LA JUSTICIA CONMUTATIVA

A. LA PURGA DE LOS FUNDAMENTOS ARISTOTÉLICOS Y LA PENETRACIÓN DEL VOLUNTARISMO EN EL DERECHO DE DAÑOS

Señalaba HUGO GROCIO en su *Introducción al Derecho holandés*, que las obligaciones civiles podían nacer de una promesa o de una desigualdad. La desigualdad generadora de la obligación civil podía consistir en la ganancia obtenida a costa de los bienes de otro o en las consecuencias derivadas de un hecho determinado; en el primer caso, debía restituirse el beneficio conseguido, sin que importara la manera en que se hubiera materializado, mientras que, en el segundo, la obligación de restituir dependía de las características del hecho del que surgía el desequilibrio. El autor de Denz se apartaba, de este modo, de la *summa divisio* de GAYO y sustituía las viejas nociones romanas, el "contrato" y el "delito", por dos nuevas categorías dogmáticas, la "promesa" y la "desigualdad". Se trataba, a todas luces, de dos conceptos de influjo tardo escolástico, edificados sobre las virtudes aristotélicas de la lealtad y de la justicia conmutativa. Lo mismo ocurría con las dos formas de desigualdad subrogadas, como fuente de obligaciones, en la posición que habían ocupado el *furtum* y el *damnum*. En ellas podía reconocerse, sin demasiado esfuerzo, la teoría general de la restitución de la tradición escolástica —con la restitución por razón de la cosa y por razón del acto—.

No es éste el lugar de rastrear, a lo largo de la literatura jurídica ilustrada, el recorrido y la transformación que sufrieron los conceptos aristotélicos. Basta la referencia al esquema de GROCIO para comprender el influjo que el pensamiento escolástico ejerció en la formación del Derecho Privado racionalista. Ni las obligaciones civiles en general, ni la *actio de damno dato* en particular, surgieron milagro-

samente de la nada sino que fueron, más bien, el último desarrollo de un laborioso proceso, de una larga tradición jurídica y filosófica que había logrado su primera síntesis en las obras de la escuela española. Los juristas del *usus modernus* cambiaron la perspectiva metodológica y sistemática —prescindiendo de los arcaísmos propios del escolasticismo— pero preservaron, en lo esencial, los fundamentos teóricos de la tradición precedente. Con ello, los autores ilustrados se apartaron de otro arquetipo jurídico, de signo voluntarista, que había sido concebido, también en la Edad Media, en el ámbito del nominalismo escolástico, la doctrina antagónica al tomismo.

Para el nominalismo medieval, el único conocimiento verdadero era el que versaba sobre los individuales. Todo lo que se situaba más allá de una realidad concreta era el objeto de pura y simple especulación. Las abstracciones universalistas eran meros nombres o, a lo sumo, realidades que sólo podían existir en el interior de la mente humana y que no era posible contrastar por medio de la experiencia. Las cosas del espíritu no podían conocerse por la presencia de ciertas cualidades —impresas, con carácter general, en la naturaleza racional del hombre—. Al contrario, quienes, como los autores tomistas, afirmaban que, mediante el uso de la razón natural, era posible distinguir lo bueno de lo malo sólo trataban de dar coartada filosófica a su propia arbitrariedad —escogiendo lo que debía ser considerado correcto de acuerdo con sus particulares intereses—. Las normas, éticas y jurídicas, no podían justificarse por la adecuación de su contenido a ciertos parámetros universales; por lo tanto, sólo debían ser acatadas por una razón externa a su contenido.

Esa razón externa era la autoridad de aquel que había dictado la norma. Así, las normas morales eran las órdenes emitidas con la autoridad de Dios y las normas del Estado los mandatos que plasmaban la voluntad individual del soberano. Algo era moralmente correcto, en la visión nominalista, no porque pudiera considerarse ajustado, de acuerdo con sus caracteres, a ciertos parámetros racionales; era bueno porque Dios mismo lo había ordenado de ese modo. Por idénticas razones, algo era jurídicamente obligatorio, no porque pudiera considerarse racionalmente apto para alcanzar los fines generales de la comunidad política, sino porque había sido ordenado por el príncipe. De ahí que los nominalistas —a diferencia de los teólogos de inspiración aristotélica— nunca acudieran al Derecho Romano para buscar en él un sello de la razón natural, un resto de la obra divina que pudiera servir de directriz universal de comportamiento. No había, en su opinión, más Derecho divino que las propias palabras de Dios —registradas en las sagradas escrituras— ni más Derecho humano que el dictado por la voluntad del príncipe —convertida, de ese modo, en ley—.

Con el tiempo, las doctrinas nominalistas dieron lugar, en el ámbito de la ciencia, a las nuevas corrientes filosóficas asociadas al empirismo. El estudio científico fue haciendo cada vez más evidente que el mundo no se componía, como había pretendido ARISTÓTELES, de sustancias universales al servicio de una causa final. La ética aristotélica —que estaba basada en esa anticuada comprensión del universo— fue perdiendo su anterior prestigio. En los siglos XVII y XVIII, los autores del iusnaturalismo racionalista fueron despojando al Derecho Privado de los conceptos de raigambre escolástica que tanto perjudicaban, a los ojos del público de la época, a la reputación de su obra jurídica. Los autores del *usus modernus* no trataban, con ello, de trasladar al ámbito del Derecho un nuevo paradigma epistemológico, de signo voluntarista; querían, simplemente, prescindir de todos aquellos conceptos que pudieran asociarse, de algún modo, a la vieja teología escolástica del medievo, considerada por ellos pre-científica.

En el siglo XIX, las escuelas alemanas continuaron el proceso de depuración conceptual. Como criticaba agudamente IHERING, esas corrientes jurídicas nacionalistas incurrieron en una contradicción flagrante —una contradicción que explica, en cierto modo, su inca-

pacidad radical de modificar las bases intelectuales del Derecho Privado—. Los juristas del *Volkgeist* buscaban el particular espíritu de los pueblos germánicos sirviéndose de un Derecho, como el romano, que era completamente ajeno a su historia. Por más que se invocaran enfáticamente el espíritu colectivo del pueblo, sólo un Derecho, como el romano, de vocación universalista había encajado adecuadamente en las necesidades del nuevo contexto económico. Los juristas alemanes de la *Pandektas* se limitaron, por ello, a recibir y perfeccionar el sistema doctrinal del *usus modernus*, sin alterar o sustituir sus viejas bases filosóficas. No hubo, a lo largo del siglo XIX, una aplicación sistemática de nuevos principios intelectuales —kantianos o hegelianos— a las categorías jurídicas de la tradición romanista. Se obró simplemente una purga, más o menos consciente, de las nociones de raigambre escolástica, cuyas aplicaciones jurídicas ya habían sido incorporadas, en la calidad de axiomas, a las definiciones elementales de los institutos privados.

El proceso de purga filosófica acabó produciendo efectos completamente inesperados —que llegaron a poner en peligro los logros consolidados en la tradición precedente—. Sin la guía de la filosofía aristotélica, los juristas occidentales carecían de las claves necesarias para descifrar el sentido de las instituciones legisladas. Esto propició la penetración en el Derecho Privado de nuevas corrientes doctrinales, irracionalistas y voluntaristas, que —inspiradas en los paradigmas dominantes en otras áreas de conocimiento, como la ciencia empírica o el pensamiento político— malentendieron sus institutos elementales. Todo el Derecho de obligaciones sufrió el envite de esta infiltración teórica.

Así, en el campo de las obligaciones contractuales, las teorías voluntaristas consideraron que los contratos no eran más que la manifestación puntual de la voluntad de cada una las partes. Desde esta perspectiva radical, no podía explicarse, en modo alguno, que un determinado tipo de contrato se ajustara, en la legislación vigente, a un haz de reglas y principios indisponibles. Sin los fundamentos aristotélicos y tomistas —que ponían la voluntad individual al servicio de la razón—, no era posible comprender que eran justamente esos contenidos obligatorios los que conferían a cada figura contractual una "forma sustancial" determinada —o, lo que es lo mismo, los que le otorgaban una estructura propia, capaz de armonizar, conforme a parámetros racionales, las voluntades dispares de las partes—. La mutilación de las bases aristotélicas dejó, pues, huérfano de sentido al Derecho de obligaciones contractuales.

Algo similar ocurrió en el ámbito de las obligaciones extracontractuales —y especialmente en el área del Derecho de Daños—. Eliminada la noción vertebral de la "justicia conmutativa", la responsabilidad civil dejó de ser explicada, tanto en el mundo continental como en el anglosajón, como un sistema objetivo de adjudicación de recursos —esto es, como un modelo de asignación de pérdidas de riqueza—. La visión puramente voluntarista —como evolución moderna del nominalismo escolástico— fue dando forma, en el continente europeo, a una concepción de la responsabilidad civil de corte puramente punitivo, en la que el resarcimiento del daño no era más que la sanción generalmente prevista para la violación culpable de ciertas reglas obligatorias de conducta —que prohibían, con efectos *erga omnes*, la injerencia en determinados derechos subjetivos—. Esa misma visión voluntarista fue gestando, en el Derecho Público continental, el peligroso dogma de la irresponsabilidad del soberano —que, por principio, no podía violar una ley que no era más que la expresión normativa de su voluntad—. El Derecho de Daños europeo fue convirtiéndose, así, en una especie de Derecho civil delictual, basado estrictamente en la culpa; un Derecho que no alcanzaba, en modo alguno, a los daños causados por el poder político.

En el ámbito del Derecho anglosajón —y en ausencia de un texto codificado que sirviera de cortafuegos a la expansión de las nuevas doctrinas—, la visión voluntarista de-

rivó en un puro constructivismo. Las distintas transacciones de bienes ya no tenían por qué acomodarse a la naturaleza racional y a la dignidad ética inherente al hombre. El Derecho de Daños podía ser movilizado, junto con el resto de las disciplinas jurídicas, al servicio de los fines superiores —generalmente económicos— del conjunto de la comunidad política. Cualquier proyecto teórico de conformación social podía aspirar a utilizar el Derecho Privado para la consecución de sus fines. Las nuevas corrientes "funcionalistas" —fuertemente influidas por el utilitarismo filosófico— trataron, así, de separar el instituto resarcitorio de la matriz de la justicia conmutativa. El contenido del remedio resarcitorio pasó a ser objeto de todo tipo de especulaciones experimentales que extendían o reducían el importe indemnizatorio más allá del límite marcado por el daño, según las necesidades generales del colectivo social. Con ello, la doctrina anglosajona se apartó de cualquier principio de integridad resarcitoria.

La frustración —a ambos lado del Atlántico— de las expectativas generadas por el voluntarismo jurídico hizo que, en la segunda mitad del siglo XX, se registrara un movimiento intelectual favorable a la recuperación de las ideas tradicionales del Derecho de Daños. Un movimiento que denunció la contradicción existente entre el Derecho legislado —en el caso continental— o los fundamentos jurisprudenciales —en el ámbito anglosajón— con las ideas punitivistas y funcionalistas imperantes. Veamos brevemente, para concluir este estudio, cómo se produjo esa recuperación doctrinal de un Derecho de Daños más sencillo, basado en la noción aristotélica de la justicia conmutativa. Esta cuestión requiere un tratamiento separado de la evolución del instituto resarcitorio en el ámbito del Derecho continental y en los sistemas jurídicos de *Common Law*.

B. DERIVA PUNITIVISTA Y RETORNO A LA JUSTICIA CONMUTATIVA EN EL DERECHO DE DAÑOS CONTINENTAL

En los sistemas civiles de base francesa, el instituto resarcitorio se fundó, en el siglo XIX, en una regla general de indemnizabilidad de todos los daños causados de forma culpable. Esa cláusula general fue complementada, en los textos de los primeros "códigos civiles", por otras disposiciones normativas que dieron entrada a títulos de imputación más objetivos —títulos que, como el riesgo o el sacrificio, irían proliferando en las leyes civiles sectoriales—. Los juristas decimonónicos se aproximaron a estas normas legisladas desde una óptica que tendió a magnificar el papel de la culpa. Las reglas de la responsabilidad civil debían pivotar, en su opinión, sobre la reprochabilidad de un acto contrario al ordenamiento. De ahí que la cláusula general del sistema —que asociaba el resarcimiento a la presencia de un elemento subjetivo— fuera interpretada, desde el voluntarismo dominante, como el castigo previsto para la injerencia, antijurídica y culpable, en una situación de poder especialmente protegida.

De acuerdo con la "teoría de las normas", paradigma voluntarista del siglo XIX, la cláusula de indemnización por culpa era el predicado de un verbo contenido en otro enunciado jurídico. Para ser más precisos, se trataba la norma secundaria que fijaba la sanción aplicable a la contravención de la primaria —que establecía, a su vez, la correspondiente regla imperativa de conducta—. El incumplimiento de esa regla externa era, pues, el acto ilícito que daba lugar a la sanción resarcitoria. Por tanto, ésta sólo podía imponerse, a juicio de la doctrina decimonónica, si concurrían los requisitos objetivos y subjetivos de una figura delictiva especialmente tipificada:

1) En el plano objetivo, el daño propio de la "responsabilidad civil" ya no era contemplado como una alteración genérica del reparto de riqueza. Se trataba, más bien, del resultado

típico de un ilícito civil que no podía confundirse con otras hipótesis legales de daño resarcible. Así, la responsabilidad civil —en sentido estricto— nada tenía que ver, para los autores decimonónicos, con la violación culpable de un derecho de carácter relativo, surgido en el marco jurídico de un contrato. Lo propio de la "tutela aquiliana" era actuar allí donde ese nexo jurídico voluntario no existía. De ahí que la posición subjetiva violada hubiera de tener una eficacia universal o *erga omnes*. Donde no se había constituido el nexo bilateral de un contrato, debía acudirse a una regla prohibitiva universal, capaz de vincular por sí sola a todos los ciudadanos. Puesto que sólo las normas atributivas de derechos subjetivos absolutos daban lugar a ese deber general de abstención, sólo en ellas podía encontrarse la fuente de ilicitud de la sanción resarcitoria.

En suma, el comportamiento injusto propio de la "responsabilidad civil extracontractual" debía consistir en la violación de una norma atributiva de un derecho subjetivo de carácter "absoluto" —esto es, de un derecho que, como el de propiedad privada, estuviera dotado de una eficacia universal—. En un esquema similar al kantiano de "igual libertad individual", un derecho subjetivo absoluto llevaba aparejada una obligación general de abstención, una prohibición de injerencia dirigida al resto de los miembros de la comunidad política. Los derechos no absolutos eran situaciones jurídicas incompletas y perfectamente sacrificables. Como meras expectativas de riqueza, no admitían la protección resarcitoria al margen de lo dispuesto en una determinada figura contractual.

2) En el plano subjetivo, la lógica punitivista convirtió la culpa en el paradigma exclusivo del sistema resarcitorio. Desde la perspectiva voluntarista en boga, sólo el comportamiento culpable podía dar lugar a un castigo civil. Los supuestos de indemnización sin reproche debían ser entendidos como el resultado de un proceso de espiritualización o de presunción de la culpa; o, a lo sumo, como una reminiscencia legislativa de un viejo Derecho, más primitivo, que no había conocido el principio de culpabilidad. La pléyade de supuestos dispersos de responsabilidad objetiva constituía, por tanto, una pura anomalía, una desviación solamente explicable como excepción puntual —y meramente anecdótica— al régimen ordinario del Código o, tal vez, como una presunción legislativa que, por razones puramente pragmáticas, había eximido a la víctima del daño de la pesada carga de la prueba.

El Derecho de Daños continental quedó, pues, ceñido, como había ocurrido con la *actio legis aquiliae* romana, a los estrechos márgenes de una figura delictual determinada. Pero la manipulación voluntarista del instituto apenas pudo soportar la prueba de fuego de su aplicación práctica. En el tránsito al siglo XX, la propiedad inmobiliaria había perdido su carácter vertebral en el conjunto del sistema económico; la fluidez y la vitalidad del tráfico jurídico exigían soluciones cada vez más flexibles y dinámicas para los nuevos supuestos indemnizatorios. El resarcimiento no podía quedar circunscrito, en la práctica de los tribunales civiles, al ámbito exclusivo de los llamados "derechos subjetivos absolutos". Y tampoco los legisladores estatales, conscientes de los riesgos que empezaban a proliferar en las sociedades de la época —progresivamente tecnificadas y urbanas—, parecían dispuestos a someterse, sin más, al dogma culpabilista. Las nuevas regulaciones sectoriales —que comenzaban a establecerse fuera de las disposiciones del Código— requerían la introducción de títulos de imputación de una naturaleza marcadamente objetiva.

Tras la catarsis irracionalista de las dos guerras mundiales, un sector de la doctrina europea comenzó a denunciar la inconsistencia y la fragilidad de los patrones delictuales. El paradigma voluntarista había chocado obstinadamente con el rompeolas de la realidad cotidiana —que la doctrina decimonónica había tratado, en vano, de moldear a través de un complejo sistema de mandatos implícitos y de reglas imperativas de conducta que no estaban expresamente formuladas—. Después de todo,

quizá era cierto, como había defendido el realismo escolástico, que la vida social presentaba ciertos rasgos y atributos que no podían ser ignorados por las regulaciones jurídicas; quizá era verdad, en alguna medida, que la ordenación de las sociedades humanas debía ajustarse a ciertas reglas —generales, objetivas y sencillas— que los legisladores estatales —con toda la fuerza de su voluntad soberana— no podían marginar a través de sus mandatos.

Los anteojos voluntaristas habían centrado toda la atención de la doctrina en elementos de la responsabilidad civil que, en la realidad jurídica del siglo XX, se revelaban como puramente accidentales. Ni los supuestos de responsabilidad objetiva podían calificarse de anómalos o excepcionales ni el resarcimiento podía depender, en modo alguno, de la cualidad del "derecho" afectado por el evento dañoso. Estos elementos —que estaban ausentes en un elenco cada vez más amplio de daños resarcibles— habían oscurecido la relevancia del eje principal del instituto, que no era otro, según observaban las nuevas doctrinas, que el daño mismo, esto es, la alteración producida en el previo reparto de los bienes.

Debía, pues, reinterpretarse ese elemento capital del instituto de acuerdo con la óptica no sancionadora que era propia del Derecho de Daños. En efecto, y según explicaba RENATO SCOGNAMIGLIO (1968, pág. 634), la responsabilidad civil había sido despojada, en el tránsito a la modernidad, de su antigua vestidura punitiva. Los juristas modernos habían liberado a la acción romana de la *Lex Aquiliae* de las ataduras propias del concepto de delito. Se había llegado, así, en la codificación francesa y sus epígonos —como el Código italiano de 1865 y el español de 1889—, a un sistema legal de cláusula general. La manipulación decimonónica del sistema legislado obligaba a la doctrina del siglo XX a reanudar el camino que había sido indebidamente abandonado. Sólo acabando con la confusión existente entre la injusticia ligada a la idea de daño y la antijuricidad propia del Derecho Penal —esto es, sólo desligando la responsabilidad civil de toda misión represiva— el Derecho de Daños podría cobrar, otra vez, pleno sentido como método universal de adjudicación de pérdidas de riqueza. La doctrina pudo recuperar, de este modo, tres ideas fundamentales de la antigua tradición racionalista:

1) En primer lugar, se entendió que la injusticia propia de la responsabilidad civil no podía consistir en la violación culpable de un derecho subjetivo —esto es, en la realización de un acto *contra iure*— sino en la causación *non iure* de un perjuicio —esto es, en la ausencia de un título de Derecho que autorizase la producción del menoscabo—. Antijurídico o injusto, a efectos de resarcimiento, era el daño mismo —y no la conducta— en cuanto la víctima no tuviera el deber jurídico de soportarlo (García de Enterría, 1956, págs. 174 y 175). La vieja tradición racionalista que identificaba el perjuicio "antijurídico" con una forma genérica de "desigualdad" en las titularidad de los bienes, se reanudaba con un cierto giro argumentativo.

2) De otro lado, si la realización de un comportamiento contrario a Derecho no era un elemento esencial de la imputación del daño, tampoco podía considerarse imprescindible, a efectos de resarcimiento, que la conducta del dañante estuviera prohibida por el legislador. La situación jurídica afectada por el evento dañoso no tenía por qué revestir una eficacia general o *erga omnes* —que llevara aparejada, de acuerdo con la mentalidad decimonónica, una prohibición implícita de carácter universal—. El Derecho de Daños podía recuperar, así, su proyección general sobre toda la esfera de bienes del individuo —abandonando el marco estricto de los llamados "derechos subjetivos absolutos"—.

En realidad, los rasgos propios de la posición subjetiva afectada tenían mayor relevancia en otro tipo de acciones que —como las posesorias, reivindicatorias, cesatorias o inhibitorias— presentaban unos rasgos muy distintos a los que caracterizaban al Derecho de Daños. El supuesto de hecho de estas acciones

restitutorias era "*la existencia de una situación contraria al ámbito típico de poder garantizado*", no la causación de una pérdida de riqueza (Pantaleón, 1991, pág. 1972). La responsabilidad civil era un juicio eminentemente histórico —relativo a un hecho generador de un daño—, mientras que estas acciones civiles se fundaban en un juicio puramente "actual" —relativo a la contradicción existente, en ese mismo momento, entre la situación fáctica de poder y el título de derecho que se encontraba en vigor—. La acción restitutoria debía ejercitarse, no contra un determinado agente dañoso —como sujeto responsable de la producción del menoscabo—, sino "*contra quien en cada momento p[odía] jurídicamente poner fin a la situación lesiva del derecho*" (Pantaleón, 2000, pág. 440). La transmisión de esa particular posición subjetiva suponía la traslación a un nuevo individuo de la obligación jurídica restitutoria. Por eso, frente al contenido dinerario del remedio del daño, la tutela prestada por las acciones puramente restitutorias consistía en la cesación inmediata de la situación contraria al título vulnerado —o, en otras palabras, en el retorno a un estado de cosas compatible con el ordenamiento jurídico—.

La nueva doctrina civilista, situando la alteración de una posición subjetiva fuera del campo específico del Derecho de Daños, recuperaba, de forma sorprendente, la distinción escolástica entre las dos modalidades de tutela restitutoria: la que operaba por razón de la cosa —ahora identificada con las acciones de reintegración de una posición subjetiva— y la que tenía lugar por razón del acto —identificada, en pleno siglo XX, con la regulación positiva de la llamada responsabilidad civil o Derecho de Daños—.

3) La impugnación del paradigma voluntarista llegó, finalmente, al ámbito de los títulos de imputación. Puesto que el resarcimiento no era un "castigo indemnizatorio", derivado de la ilicitud del hecho, la adjudicación del daño a una persona distinta al titular del bien menoscabado no tenía por qué depender del criterio de la culpa. La regla *res pereat domino* —que, con carácter general, adjudicaba al propietario los deterioros que se producían en sus bienes— sólo podía ser alterada si existía una conexión suficiente entre el perjuicio ocasionado y la voluntad o los fines de otra persona distinta. La regla de indemnización de los daños culpables sólo ponía de manifiesto, según la nueva doctrina, que la culpa, en un sentido lato, era un título de imputación con eficacia general. Pero esto no significaba, en modo alguno, que fuera un título de imputación exclusivo. Existían también otros títulos de imputación legislados, como el riesgo y el sacrificio, que permitían, en casos determinados, el resarcimiento de perjuicios producidos de forma no culpable. Todos estos supuestos —en cuanto conectaban los perjuicios con voluntades o con fines distintos a los del titular del bien— respondían al mismo fundamento que la culpa: el bien había perecido, en el caso concreto, al servicio de un sujeto distinto a su legítimo titular.

La culpa, el riesgo y el sacrificio condensaban, por tanto, en grandes paradigmas de justicia, los criterios normativos que, de acuerdo con la legislación vigente, permitían adjudicar el daño a una persona distinta al titular del bien menoscabado. Si, de acuerdo con el Derecho en vigor en un sector del tráfico jurídico, concurría alguno de los títulos de imputación admitidos, el coste económico del daño debía transferirse de quien lo había sufrido a quien —normativamente— podía ser considerado responsable. Si no concurría ninguno de ellos, la pérdida ocasionada debía recaer, conforme a la regla general de autorresponsabilidad prevista en el ordenamiento, sobre el propio individuo lesionado. En uno y otro caso, aplicadas correctamente las normas legalmente establecidas, el instituto resarcitorio cumplía con las exigencias derivadas de la idea de la justicia conmutativa, llamada a dar a cada uno lo suyo.

La justicia conmutativa era, otra vez, el fundamento último al Derecho de Daños. Incluso en las doctrinas jurídicas que, como la alemana, no habían estado limitadas por un sistema codificado de cláusula general —y que, por esta razón, habían abrazado con especial

entusiasmo el paradigma voluntarista— se empezó a reconocer el papel que esta vieja noción aristotélica desempeñaba en el conjunto del sistema resarcitorio. Según precisaba KARL LARENZ (1987, págs. 423 y 424), en su monumental obra sobre el Derecho de obligaciones, el deber de prestación general consistente en la "*indemnización del daño*" no estaba llamado a cumplir una finalidad represiva sino una misión compensatoria —que representaba "*una exigencia de justicia conmutativa*"—. Por más que la prevención de nuevos perjuicios pudiera ser un "*efecto accesorio*" de la acción de daños, la función normativa de este instituto no era la de conseguir un efecto disuasorio determinado. La víctima del daño debía recibir el importe estricto del perjuicio sufrido, y ni más ni menos que ese concreto importe. De la justicia conmutativa se llegaba, así, como había ocurrido en el pasado, a un principio general de integridad resarcitoria.

C. "ECLIPSE Y REDESCUBRIMIENTO" DE LA JUSTICIA CONMUTATIVA EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

Quizá es en el ámbito del *Common Law* donde mejor puede apreciarse, tras un largo período de abandono, la recuperación de la fuerza conceptual de la justicia conmutativa. Desde las últimas décadas el siglo XX, esta idea aristotélica se ha convertido en el centro de la discusión académica anglosajona sobre la responsabilidad civil. En palabras de Ernest J. WEINRIB (2001, pág. 108) puede decirse que estamos ante la historia de un eclipse y un redescubrimiento.

El eclipse tuvo lugar a mediados del siglo XIX. Hasta entonces, la justicia conmutativa había sido una pieza básica implícita en las instituciones elementales del Derecho Privado anglosajón. La irrupción de las concepciones instrumentales o funcionalistas supuso un cambio radical de panorama. El bienestar colectivo pasó a desempeñar un nuevo papel en la resolución de conflictos individuales; un papel que GEORGE FLETCHER (1972, pág. 539) sintetizó magistralmente en el siguiente interrogante ¿debían los jueces resolver las disputas de Derecho Privado, como habían hecho hasta entonces, atendiendo exclusivamente a las peticiones y los intereses de las partes implicadas en el proceso, o debían contemplar el conflicto surgido entre dos individuos como una oportunidad de favorecer la satisfacción de los intereses generales de la comunidad política?

Las nuevas doctrinas funcionalistas se decantaron claramente por la segunda opción. A su modo de ver, el Derecho Privado en general, y el Derecho de Daños en particular, eran campos de experimentación jurídica al servicio de las metas sociales más diversas. La atención de la doctrina debía centrarse en la utilidad externa de la ordenación normativa, esto es, en la posibilidad de promover, a través del Derecho, la consecución de determinados objetivos generales de la colectividad. Con un designio claramente arbitrista, el funcionalismo pretendía poner en marcha un ambicioso plan de ingeniería social en el que cada individuo debía ser estimulado, utilizando las herramientas del Derecho —el palo y la zanahoria que estaban en manos del juez— a contribuir de forma instrumental a la consecución de los fines que eran comunes a todos. El Derecho de Daños no era más que una pequeña pieza de ese complejo ajedrez; una pieza cuya utilidad estribaba, únicamente, en su capacidad de favorecer o frustrar, con los incentivos o las disuasiones idóneas, la consecución de los objetivos generales.

La concepción funcionalista, que muy pronto se hizo dominante, supuso un giro copernicano en la comprensión de la responsabilidad civil. El interés de la doctrina pasó a centrarse, prácticamente en exclusiva, en los supuestos indemnizatorios derivados de la culpa. Ese modelo de imputación subjetiva parecía el más favorable a la implantación de los incentivos y disuasiones que podían servir para condicionar el comportamiento humano —y para hacerlo más acorde a un paradigma social determinado—. Todos esos estímulos y

amenazas debían condensarse, después, en una concreta suma dineraria, llamada a obtener, por sí sola, el efecto conjunto perseguido; una suma cuyo importe podía situarse, según los casos, por encima o por debajo del estricto valor del menoscabo. Se aplicó, así, la más pura ingeniería económica a la optimización teórica del importe indemnizatorio.

Este fue, sin embargo, un esfuerzo intelectual baldío. En las plásticas palabras de E. J. WEINRIB (1989, pág. 487), cada nueva contribución al análisis económico del Derecho de Daños añadía una nueva planta a un edificio cuya base hacía tiempo que se había tragado la tierra. La estructura bilateral de la disciplina resarcitoria —que cerraba el paso a los juicios valorativos sobre las necesidades colectivas— no podía desaparecer sin que lo hiciera el Derecho de Daños mismo. Lo propio de esta disciplina era establecer una suma dineraria única que fuera entregada por el autor del perjuicio a la persona que había sufrido el menoscabo. El mecanismo compensatorio parecía, a todas luces, demasiado simple como para albergar en su seno las prolijas operaciones económicas propuestas por los autores de la doctrina funcionalista. La necesidad de conciliar, en una sola suma, el conjunto de incentivos y disuasiones concurrentes generaba numerosos interrogantes, muchos de ellos difícilmente resolubles.

Así, si la indemnización se entendía como la sanción idónea para prevenir los futuros comportamientos negligentes ¿por qué había de conciliarse su importe con las necesidades reparatorias de la víctima? Si la culpa del agente requería una sanción inferior al importe estricto del perjuicio ocasionado ¿por qué debía atenderse el interés particular del dañado en la recuperación de su situación anterior? ¿No se corría el riesgo de entorpecer en exceso la fluidez del tráfico jurídico? ¿No se disuadían desproporcionadamente conductas escasamente nocivas?

Sin embargo, si la víctima era la única persona que, de acuerdo con el ordenamiento procesal civil, estaba legitimada para actuar ante el juez como fiscal privado del comportamiento culpable, debía ser incentivada adecuadamente con la expectativa de un premio económico importante. En tal caso, ¿cómo podía conseguirse que la cantidad idónea para provocar la actuación fiscalizadora de la víctima coincidiera, en una sola suma, con el importe necesario para disuadir la actuación negligente del dañante? ¿Cómo se conseguía esa coincidencia sin coartar en exceso, con un castigo indemnizatorio desmedido, la fluidez del tráfico económico? ¿Cómo podía asegurarse, en definitiva, que una suma indemnizatoria única compensara el perjuicio, incentivara la acción civil de la víctima, disuadiera el comportamiento descuidado y no trabara en exceso el fluido desarrollo de la vida social? ¿Era posible atender todos estos fines en conflicto, sumamente complejos, a través de un remedio jurídico tan simple y rudimentario como la transferencia directa de una sola cantidad económica de un individuo a otro?

Desde luego, la solución no podía consistir —al puro estilo del nudo gordiano— en romper la dinámica bilateral del instituto. Si el agente del perjuicio, en lugar de pagar la suma indemnizatoria a la víctima, la entregaba al Estado, la regulación de la responsabilidad civil pasaba a situarse en el ámbito propio del Derecho sancionador. Si era la víctima la que, en cambio, recibía esta suma de un tercero, ajeno al evento dañoso, se llegaba al sistema de cobertura que era propio del contrato de seguro. Si era, finalmente, el Estado el que cubría el importe dinerario del perjuicio, la regulación legal se situaba en el campo de la previsión social —y pasaba a responder a su lógica de solidaridad redistributiva—. Todos estos mecanismos jurídicos podían concurrir con el Derecho de Daños en la regulación de un mismo ámbito de la vida social —como la circulación de vehículos de motor o el resarcimiento de las víctimas de delitos violentos—; pero el problema no era la coexistencia de esas reglas heterogéneas —cada una en su propia esfera— sino la artificiosa pretensión funcio-

nalista de convertir los elementos propios del Derecho de Daños en subrogados de esos otros sistemas jurídicos —intentando, por ejemplo, transformar la suma indemnizatoria en una sanción privada del dañante o en una cobertura solidaria de cualquier perjuicio sufrido por la víctima—.

Las más elaboradas teorías funcionalistas llegaron, de este modo, a un callejón sin salida. Algunos autores, constatando que la estructura del Derecho de Daños no se adaptaba fácilmente a las manipulaciones estructurales que, a su juicio, resultaban imprescindibles, se adscribieron al abolicionismo. En su opinión, era más práctico construir, desde cero, una nueva herramienta jurídica que persiguiera, de forma coherente, los diversos fines sociales que se consideraban beneficiosos. Otros autores llegaron, en cambio, a una conclusión irónica: la suma indemnizatoria ideal para la obtención de los fines sociales más deseados era, en realidad, el importe estricto del daño producido. Era, en verdad, una conclusión llamativa después de tanto esfuerzo argumentativo de contrario. La hegemonía de las doctrinas funcionalistas tenía los días contados.

La reacción de la doctrina anglosajona frente a los excesos funcionalistas llegó también en la segunda mitad del siglo XX, sobre todo a partir de los años 70 de dicha centuria. Entonces, un nuevo —y cada vez más nutrido— grupo de autores se desmarcó del paradigma funcionalista y comenzó a contemplar el Derecho Privado como una disciplina fundamentalmente basada en la "justicia" (*fairness*) y no en la "utilidad" (*utility*). Este sector doctrinal dio una respuesta distinta al interrogante que FLETCHER había planteado sobre la manera en que debían resolverse los conflictos individuales. Las piezas que componían del Derecho de Daños estaban basadas en una dinámica bilateral que no podía ser manipulada con técnicas de laboratorio. El Derecho de Daños no podía confundirse con un Derecho de accidentes o de lesiones —ámbitos objetivos que podían regularse desde perspectivas jurídicas diversas, como la del Derecho Penal o la del aseguramiento contractual obligatorio—. En otras palabras, el Derecho de Daños no podía confundirse con su objeto de regulación. Como instituto jurídico, la sustancia de esta disciplina legal era, en realidad, una particular actividad regulatoria, basada en un modelo bilateral de adjudicación de recursos privativos.

Ese método adjudicativo bilateral, identificado con la idea de la justicia conmutativa, pertenecía, pues, a la esencia misma del Derecho de Daños. Reivindicando ese concepto aristotélico de justicia, autores como ERNST WEINRIB o JAMES GORDLEY han conseguido recuperar el sentido originario del Derecho de Daños actual —como proceso de atribución de pérdidas de riqueza en el que conviven armónicamente los títulos de imputación subjetivos con otros de índole objetiva, y en el que, conforme a la idea de integridad resarcitoria, el mecanismo reparatorio se acomoda siempre a la alteración producida en el reparto de riqueza—. La determinación del significado de estas teorías, como vuelta a la tradición escolástica y racionalista, y su proyección sobre el principio de la reparación integral del daño deben ser objeto otro estudio distinto.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

AQUINO, Tomás, *Comentario a la Ética a Nicómano de Aristóteles*, Eunsa, Navarra, 2010.
ARISTÓTELES, *Política*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.
ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Alianza Editorial, Madrid, 2001.
FLETCHER, George P., "Fairness and utility in tort theory", *Harvard Law Review,* nº 85, enero 1972.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*; se cita la edición, facsímil de la publicada por Instituto de Estudios Políticos en 1956, de Thompson-Civitas, 2006.
GILSON, Étienne, *El tomismo. Introducción a la filosofía de Santo Tomás de Aquino*, Ediciones Desclée de Bronwer, Buenos Aires, 1951.
GORDLEY, James, *The Philosophical origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford University Press, Oxford, 1991 (reimpresión de 2011).
GROSSI, Paolo (dir.), *La seconda scolastica nella formacione del Diritto Privato Moderno*, Giuffrè, Milán.
GRUNERT, Frank y Seelmann, Kurt (eds.), *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur Spanischen Spätscholastik*, Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 2001.
IHERING, Rudolph, *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, Comares, Granada, 2011.
JANSEN, Nils, "Estructura de un Derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna", en *Indret*, nº 128, Barcelona, abril de 2003.
LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, Allgemeiner Teil, Beck, Munich, 1987.
MEDINA ALCOZ, Luís, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Cizur-Menor (Navarra), Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
MOLINA, Luis, *Los seis libros de la Justicia y el Derecho,* 1941-1943.
PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Comentario al artículo 1902", en Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991; del mismo autor "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual. También de las Administraciones Públicas", en Moreno Martínez, J.A. (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000.
SCHLESINGER, Piero, La «ingiustizia» del danno nell`illecito civile", *Revista di Scienze Giuridiche*, Facoltà di Giurisprudenza, Università Catolica del Sacro Cuore.
SCOGNAMIGLIO, Renato, Voz "Responsabilidad Civil", en Azara, A y Eula, E., *Novissimo Digesto Italiano*, t. XV, Utet, Turín, 1968; del mismo autor "Apunti sulla nozione di danno", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.*
SOTO, Domingo, *De la Justicia y del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
VITORIA, Francisco, *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra*, Tecnos, Madrid, 2007.
WEINRIB, Ernest J., "The Monsanto Lectures: Understanding Tort Law", en Valparaiso *University Law Review*, volumen 23, número 3, 1989.
WEINRIB, Ernest J., "Correlativity, personality and the emerging consensus on corrective justice", en *Theoretical Inquiries in Law*, enero, 2001.
ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford Uniersity Press, Nueva York, 1996.

Fecha recepción: 15/08/2013
Fecha aceptación: 21/10/2013

TEMAS DE HOY

SPANISH PROJECT PENAL CODE REFORM: A HISTORIC SETBACK

RESUMEN

El Proyecto de reforma del Código Penal español va a suponer, de ser aprobado, un retroceso histórico. Prácticamente todos los principios penales se van a ver muy afectados, cuando no negados. Especialmente el de culpabilidad una vez que ésta ya no va a significar el límite de la pena, ni éste el de las consecuencias jurídicas que impliquen privación de libertad. La peligrosidad se convierte en el principal fundamento de la respuesta penal y la inocuización en su razón primaria. Los mandatos constitucionales de readaptación social y humanidad se ven completamente ignorados.

También se anuncia una reforma de la regulación del aborto que va a ignorar la maternidad como una decisión libre de la mujer y va a convertir a ésta en un ser de peor condición que el feto, ignorando la doctrina del Tribunal Constitucional

PALABRAS CLAVE

Proyecto Código Penal, principios penales, peligrosidad, prisión permanente revisable, localización permanente, aborto

ABSTRACT

Project Spanish Penal Code reform will mean, if approved, a historic setback. Virtually all criminal principles are going to be severely affected, if not denied. Especially the guilt principi once it is not going to mean the limit of the penalty, or it the legal consequences involving deprivation of liberty. The danger becomes the primary basis for criminal and incapacitation response in primary reason. The social rehabilitation constitutional mandates and humanity are completely ignored.

It also announced a reform of the regulation of abortion that will ignore motherhood as a woman's free choice and will make it into a being of the fetus condition worse, ignoring the doctrine of the Constitutional Court

KEY WORDS

Draft Criminal Code, criminal principles, danger, permanent prison reviewable, permanent location, abortion

LOS PROYECTOS DE REFORMA PENAL EN ESPAÑA: UN RETROCESO HISTÓRICO*

Juan Carlos Carbonell Mateu
Catedrático de Derecho penal
Universitat de València

Se anuncian reformas penales en España y la lectura de los textos proyectados o incluso los discursos gubernamentales que los anuncian resultan enormemente preocupantes. Soplan vientos de reacción profunda, de vuelta atrás o, lo que es mucho peor, de absoluto desdén por los derechos fundamentales y los principios penales.

1.- Hace ya tiempo que se impone reflexionar sobre la situación del Derecho penal y la labor que a los penalistas nos corresponde y de resaltar la necesidad de asumir nuestro compromiso con el Estado de Derecho o, lo que es lo mismo, con la Libertad como valor superior. Es menester ahora cumplir con ese compromiso y no permanecer callados ante el muy profundo retroceso que, de prosperar las reformas que se anuncian, una ya con categoría de Proyecto y otra aún en estado embrionario, están en trance de producirse.

El caso español no está aislado; forma parte de una dirección político-criminal global y muy regresiva. La relativización de los principios liberales —en el sentido más digno de ese

* Las presentes reflexiones son, obviamente, un comentario de urgencia sobre el texto del proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, de Código penal, publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados el 4 de octubre de 2013. No se incluyen, por ello, notas ni orientaciones bibliográficas. Para un análisis del Anteroyecto de 2012, vid. por todos: ALVAREZ GARCIA, F.J. (Dtor), DOPICO-GOMEZ ALLER, J. (Coord.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*; Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. Sobre la reforma del aborto anunciada, vid. LAURENZO COPELLO, P.: *Dogmática y política criminal del aborto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; GARCIA RIVAS, N: "El aborto despenalizado: el derecho de la mujer a una maternidad libremente decidida", en PALOMAR OLMEDA, A., CANTERO MARTÍNEZ, J: *Tratado de Derecho sanitario*, vol. II, Thomson Reuters, 2012, págs. 273 y sgs. y sobre la constitucionalidad de la regulación vigente,; CARBONELL MATEU, J.C.: "Sobre la constitucionalidad y otras cuestiones de la regulación vigente de la interrupción voluntaria del embarazo", en *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, 17, 2011; HUERTA TOCILDO, S.: "La constitucionalidad de la regulación del nuevo delito de aborto", en *Constitución y democracia, ayer y hoy* (Libro Homenaje a A. Torres del Moral), vol. 2 Madrid, 2012, págs. 1753 y sgs; VIVES ANTON, T.S., CUERDA ARNAU, M.L.: *El debate acerca de la legalización del aborto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

término—, el auge del Derecho penal del enemigo, la exacerbación de la peor manera de entender la seguridad y el correspondiente dominio de la peligrosidad como fundamento casi exclusivo y sobre todo ilimitado de la intervención punitiva son las notas características de una irrefrenable tendencia a la vuelta atrás hacia los momentos más oscuros del Derecho penal desde el período anterior a la Ilustración. Cada día es más evidente que corremos el riesgo de perder referencias fundamentales que creíamos logros inamovibles. Y, como vamos a ver, el principio de culpabilidad como expresión rotunda de la dignidad de la persona, que nunca puede ser privada de sus derechos y de su estatuto cívico si no es en virtud de que lo merezca tras incumplir los deberes que también como ciudadano le corresponden, y justamente en esa medida, está a punto de ser ignorado de forma tan grosera que puede anunciarse su completa desaparición, si prospera la reforma pretendida en España.

Porque aunque el caso español no esté aislado, sí es enormemente grave. Y supone una ruptura radical con una tradición secular que fue, al menos formalmente, respetada hasta en los momentos más trágicos de la Historia. El Anteproyecto maltrata todos los principios: el de legalidad introduciendo tipos tan abiertos que permiten su aplicación a cualquier conducta habitual, el de presunción de inocencia estableciendo supuestos de atribución de culpabilidad que ni siquiera admiten la prueba en contrario, el de proporcionalidad incrementando las penas más allá de todo límite razonable, el de necesidad tipificando conductas que están suficientemente prevenidas a través de otras ramas menos costosas del Ordenamiento, o el de humanidad de las penas introduciendo una prisión permanente que viene a profundizar aún más en el tremendo foso que ya actualmente supone la desmesurada duración de la privación de libertad incrementada por la aplicación retroactiva de una interpretación jurisprudencial regresiva y que acaba de ser objeto de condena por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal como era perfectamente predecible excepto para quienes se empeñaban en ocultarlo.

Pero es, sobre todo, el principio de culpabilidad el que, de prosperar la reforma, va a salir peor parado. El defensismo a ultranza no se detiene ante la culpabilidad como límite a la intervención penal. Que, no se olvide, deriva de la propia esencia de dignidad en sentido kantiano: todo ciudadano ha de ser tratado como tal mientras no haya merecido, con su comportamiento, un trato diferente.

El Proyecto anunciado supondría, de ser aprobado, el mayor retroceso histórico desde el Código penal de 1.944. Su texto nos retrotrae a un Derecho penal totalitario, obsesionado por la peligrosidad y la seguridad mal entendida. Y, por supuesto, sin que la declaración de aquélla se fundamente en juicio científico de ninguna clase ni ésta sea consecuencia de una política criminal coherente basada en criterio constitucional alguno. De no ser porque la pena de muerte está vedada por la Constitución y, por consiguiente, no tiene cabida en el texto penal propuesto, podría afirmarse que éste constituye una respuesta más desproporcionada y contraria a los principios penales que el propio Código franquista. Y, probablemente, no sea exagerado afirmar que ofrece menores garantías.

La "filosofía" que emana no es otra que la del puro populismo, recurriendo coherentemente al Derecho penal simbólico, tipificando innecesariamente conductas dudosamente lesivas para los derechos de los ciudadanos y endureciendo la respuesta en los ámbitos donde resulta menos necesario y en los que menor incremento delictivo se ha producido, tales como los delitos contra la vida, la libertad sexual o la propiedad o el terrorismo, al tiempo que se ignora la corrupción y la delincuencia económica como fenómeno fundamental de nuestro tiempo y principal problema del país.

Tal "filosofía" se ve reflejada de manera rotunda y clara en la Exposición de Motivos:

> *"[l]a necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner*

a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas por la sociedad como justas. Con esta finalidad, se lleva a cabo una profunda revisión del sistema de consecuencias penales que se articula a través de tres elementos: la incorporación de la prisión permanente revisable, reservada a delitos de excepcional gravedad; el sistema de medidas de seguridad, con ampliación del ámbito de aplicación de la libertad vigilada, (e introducción de la regulación de la custodia de seguridad, como medida de seguridad privativa de libertad que puede ser impuesta, en supuestos excepcionales, a delincuentes reincidentes peligrosos —referencia que contenía el Proyecto de 2012 suprimida en el Anteproyecto y el Proyecto de 2013—) y la revisión de la regulación del delito continuado."

Con independencia de que entre una y otra versión del proyecto —2012 y 2013—, se haya "caído" la regulación de la custodia de seguridad que no su previsión en la escala de medidas privativas de libertad, parece evidente que para el autor de la Exposición de Motivos el fortalecimiento de la confianza de los ciudadanos en la Administración de Justicia pasa por Sentencias que sean percibidas como justas, lo que se consigue con la prisión permanente, la custodia de seguridad, el mantenimiento, en fin, de los sujetos peligrosos el mayor tiempo posible en la cárcel y separados de la sociedad y la imposición de medidas vitalicias de seguridad, como el internamiento perpetuo —mientras dure el pronóstico de peligrosidad— en un establecimiento psiquiátrico. El texto pone de relieve, de manera bien patente, la relación existente entre la prevención general positiva, el Derecho penal del enemigo y las ideas penales de los autores del Proyecto.

Cómo señalábamos más arriba la práctica totalidad de los principios penales clásicos entran con el texto anunciado en una profunda crisis: la pretensión de "seguridad" se realiza a través de la más absoluta incerteza ante las respuestas punitivas del Estado. Es más, ni siquiera podemos hablar seriamente de "respuestas" porque el propio hecho delictivo deja de ser el presupuesto de la intervención. Puesto que pena y medida de seguridad obedecen a fundamentos distintos, la duración de la primera ha dejado de constituir un límite para la segunda que deberá ser impuesta todo el tiempo que resulte necesario para prevenir la comisión de futuros hechos delictivos de acuerdo con el criterio del Juez o Tribunal y su imposición conjunta mucho más allá de esa duración deja de constituir, al menos de acuerdo con el criterio del autor de la Exposición de Motivos, una infracción del principio *non bis in ídem. "[L]as medidas de seguridad deben ser proporcionadas no sólo a la gravedad del hecho delictivo cometido, sino también a la de aquéllos que se prevea que pudiera llegar a cometer y, por tanto, a su peligrosidad."* La afirmación no deja de resultar curiosa y denota una clara confusión entre los conceptos de acumulación y adversidad: "no sólo A sino también B" alcanza de manera mágica la significación de "no A sino B, y basta con B" porque el hecho cometido deja de ejercer cualquier tipo de limitación lo que, por cierto y sobre todo respecto de las medidas postpenitenciarias a las que nos hemos de referir inmediatamente, pone en duda el carácter de postdelictuales: es verdad que resulta necesario para su imposición haber cometido un hecho delictivo, pero a partir de ese momento cabe la consideración de la peligrosidad para hechos que nada tengan que ver con el anterior que, como es sabido, no ejerce límite de proporcionalidad alguno.

En definitiva, la comisión de un hecho no lleva aparejada una consecuencia jurídica legalmente establecida. De ella podrán derivarse consecuencias vitalicias absolutamente indeterminadas; dependerán exclusivamente del juicio de peligrosidad —que tampoco obedece a ningún criterio establecido— que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal, de acuerdo a su criterio personal, que deberá quedar reflejado en la Sentencia. Obviamente no cabrá exigir una motivación científica, incompatible con la fundamentación de la medida en el pronóstico judicial de peligrosidad y difícilmente cohonestable con la más elemental confianza en la consecución de la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad

cuya orientación impone el artículo 25.2 de la Constitución española de 1.978.

Analicemos las novedades más importantes: a saber, la introducción de la prisión permanente revisable, la extensión de la libertad vigilada y la modificación de la regulación de las medidas de seguridad y de la libertad condicional. Además, y pese a la desaparición de su regulación en la versión definitiva del texto proyectado, parece necesaria una referencia mínima a la custodia de seguridad, que aparecía como uno de los pilares de la primera versión. No parece, desde luego, que la coherencia y la confianza en su propia propuesta sean puntos fuertes de la reforma. ¿Creen en ella sus propios autores, más allá de su eficacia política como puro ejercicio demagógico al elevado precio en garantías y libertades que va a suponer, a su negativa eficiencia, por tanto?

2.- La introducción de la pena de prisión permanente revisable "para supuestos de excepcional gravedad", a decir de la Exposición de Motivos "*de ningún modo renuncia a la reinserción del penado*". De esta manera parecen los autores del proyecto adelantarse a la cuestión sobre su constitucionalidad, al resultar dudosamente compatible con la redacción del artículo 25.2 que afirma que "*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas a la readaptación social del delincuente*". Si ya resulta sumamente dudosa la adecuación constitucional de los larguísimos períodos de cumplimiento efectivo —e íntegro— actualmente vigentes aún ha de serlo más la nueva pena que, se presente como se presente, es una cadena perpetua.

La primera cuestión a plantearse es la de su necesidad, tal como ha hecho incluso una institución tan poco sospechosa como el Consejo de Estado. España no es, precisamente, un país con una tasa excesivamente elevada de asesinatos, y el actual artículo 140 ya permite llegar a los 25 años de privación de libertad. Y su aplicación no depende tanto de la gravedad del hecho —la lesión de la vida humana se colma con el homicidio simple y la pena que a este hecho corresponde es la de diez a quince años—, sino por reproches morales que difícilmente justifican una respuesta penal tan dispar. La previsión para el homicidio del Jefe del Estado, Jefe de Estado extranjero, delitos de lesa humanidad o genocidio, no deja de ser puramente simbólica por no decir anecdótica. Y, por fin, que aparezca como consecuencia prevista para determinados supuestos de terrorismo podría ser incluso lógica desde que se acepte la inaceptable introducción si entendemos que nos encontramos ante supuestos muy graves.

Pero es aquí precisamente donde se pone de relieve la incoherencia de la introducción de la pena en un sistema que hasta ahora la desconoce. España, la construcción de la Democracia, ha sufrido durante años el tremendo impacto de un terrorismo despiadado que ha costado cientos de vidas y ha sumido a los ciudadanos en un terror que cuestionaba la libertad de sus decisiones en muchos aspectos. Al margen del terrible hecho acaecido el 11 de marzo de 2002, llevado a cabo por Al Qaeda y, por tanto, proveniente del terrorismo internacional, ha sido el interno el que ha golpeado de manera más dura y, sobre todo, permanente. ETA ha sido contumaz, ha causado mucho daño a la libertad, además de segar muchas vidas y lo ha hecho de manera a veces selectiva y a veces indiscriminada. Y, al final, ha sucumbido ante el Estado de Derecho y ante la respuesta dura pero proporcionada de la ley penal. Curiosamente, cuando han llegado las interpretaciones jurisprudenciales dudosamente ajustadas a los principios penales —siquiera sea muy brevemente, me referiré a ellas más adelante—, ha sido cuando la banda estaba ya derrotada y cuando, por tanto, menos necesario resultaba.

Pues bien, justamente cuando el terrorismo ha dejado de ser el primer motivo de preocupación de los ciudadanos, cuando el problema prácticamente ha desaparecido, cuando la banda se encuentra técnicamente "en tregua permanente irreversible" y en la práctica extinguida, cuando lo que parece necesario

es abordar una política criminal que permita asegurar dicha extinción y adecuar las penas que se elevaron con motivo del incremento del terrorismo a una situación diferente, cuando probablemente se impongan revisar criterios de ejecución penitenciaria y buscar la integración de los penados en la sociedad, es cuando al Gobierno de España se le antoja oportuno elevar aún más las penas, introducir la cadena perpetua y someter su ejecución a una rigidez que significa dar por supuesta la permanencia de una peligrosidad que parece, por el contrario, desaparecida.

Debe destacarse por ello la tremenda inoportunidad de la introducción de una pena ya de por sí de más que probable inconstitucionalidad y en todo caso absolutamente rechazable desde la óptica de la libertad como valor superior del Ordenamiento jurídico y del Estado de Derecho. Es verdad que se trata de una prisión permanente revisable, lo que parece disminuir los efectos perversos de la cadena perpetua y salvar, con ello, la inconstitucionalidad que comportaría el abandono de la finalidad de readaptación social de una pena privativa de libertad. De nuevo el recurso al texto de la Exposición de Motivos, que en este punto hace gala de un particular cinismo, puede resultar esclarecedor: *"la prisión permanente revisable, cuya regulación se anuncia, de ningún modo renuncia a la reinserción del penado: una vez cumplida una parte* ***mínima*** *de la condena un Tribunal colegiado deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal" "En la prisión permanente revisable, cumplida esa primera parte* ***mínima*** *de la pena, si el Tribunal considera que no concurren los requisitos necesarios para que el penado pueda recuperar la libertad se fijará un plazo para llevar a cabo una nueva revisión de su situación; y si, por el contrario, el Tribunal valora que cumple los requisitos necesarios para quedar en libertad, se establecerá un plazo de libertad condicional en el que se impondrán condiciones y medidas de control orientadas tanto a garantizar la seguridad de la sociedad, como a asistir al penado en esta fase final de su reinserción social" "La pena de prisión permanente revisable no constituye, por ello, una suerte de "pena definitiva" en la que el Estado se desentiende del penado. Al contrario, se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión."*

La lectura del texto hace pensar en un tratamiento ajustado a la gravedad del hecho, la culpabilidad del autor y la orientación resocializadora de la privación de libertad: cumplimiento de una parte mínima de la condena (a modo de período de seguridad), revisiones continuas de la situación del penado y pase a la libertad condicional. Todo parece encajar en un sistema avanzado y respetuoso con los derechos inalienables de todo ciudadano, aún del que ha cometido un hecho de extraordinaria gravedad. Más adelante me referiré a las peculiaridades de la nueva regulación de la libertad condicional: baste, por el momento, con dejar claro que la revisión de la prisión permanente no devuelve al penado a la situación de libertad plena, sino que le somete a períodos de libertad condicional —que deja de ser la última fase de la ejecución de la privación de libertad para convertirse en una pena sustitutiva de la prisión—, y que la decisión en torno a la continuidad de la prisión depende exclusivamente del Tribunal sin que exista regulación alguna que permita otorgar derechos en uno u otro sentido, posibilidades de recurso ni mayores exigencias de justificación. No puede olvidarse que se parte de una situación legal de prisión permanente, de cadena perpetua.

El artículo 92 del Proyecto establece el régimen jurídico de la suspensión: es necesario que el sujeto se encuentre en tercer grado penitenciario, lo que en determinados casos —entre los que se encuentran los delitos de terrorismo— no va a producirse sino después de treinta y dos años de prisión; no puede producirse antes de que se cumplan la parte mínima de la condena ejecutada que es, en situaciones normales, de veinticinco años; y en los supues-

tos en los que se den las circunstancias del artículo 78 bis de al menos treinta y cinco; y que el Tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito (que es de suponer que será muy considerable dada la pena que el hecho llevaba acarreada), su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales (tras treinta y cinco años de cárcel), y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el Centro Penitenciario y por aquellos especialistas que el propio Tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. Ello se resolverá tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado. Pero no basta con todo eso en los supuestos de terrorismo o de pertenencia a organizaciones o grupos terroristas: en estos casos, será además necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines (¿sólo los ilegales o también los que se ajustan a la legalidad vigente?) y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades. Y recuérdese que todo ello deberá producirse, en la primera revisión, tras el cumplimiento efectivo mínimo de treinta y cinco años de prisión, siempre que, tras al menos treinta y dos, se le hubiera concedido el pase a tercer grado penitenciario.

Superado todo eso, el penado pasaría a la situación de libertad condicional, la suspensión tendrá una duración de cinco a diez años y el Tribunal deberá verificar, al menos cada dos años, sobre el cumplimiento de los requisitos de la libertad condicional.

Obviamente, nada de esto tiene que ver con la pretensión de modernidad y de adecuación constitucional a los que alude la Exposición de Motivos. Ni con los supuestos a los que la misma se refiere en los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece haber acogido favorablemente la institución que cuestionamos. Por el contrario, la regulación que se nos propone es, al menos en mi opinión, inconstitucional por permanente y, por consiguiente incompatible con la readaptación social; lo es por las condiciones de revisabilidad, en las que reina la incerteza y el decisionismo sin que en ningún caso quepa la suspensión obligatoria; lo es porque establece requisitos que resultan de imposible cumplimiento tras treinta y cinco años de vida penitenciaria; lo es por hacer depender la concesión de la libertad de sentimientos y acciones morales que nada tienen que ver ni con la culpabilidad ni con la peligrosidad del sujeto; y lo es, por su clara contradicción con el principio de legalidad que impone el conocimiento potencial de las consecuencias que se derivarán de la comisión de un hecho delictivo, en el momento de dicha comisión.

Insisto en que se trata de una pena injusta, contraria a los principios penales: legalidad, necesidad, proporcionalidad, culpabilidad, humanidad de las penas, responsabilidad por el hecho, orientación a a la readaptación social de las penas privativas de libertad; cuya introducción resulta particularmente inoportuna, innecesaria y disfuncional, y que es radicalmente contraria a la concepción del Estado de Derecho fundado en la libertad como valor

superior. Es, por el contrario, obediente a una perversa utilización del Derecho penal simbólico, de Derecho penal del enemigo y anclado en una concepción en la que se abandona el carácter protector de bienes jurídicos que corresponde al Derecho penal, por una función exclusivamente de prevención general positiva, que hace depender la libertad de los ciudadanos de la confianza —no importa por qué medios— de la vigencia de las normas. En ese sentido, y para disipar cualquier duda al respecto, cabe destacar la imposición del artículo 80.4 al establecer literalmente que: *no se suspenderá la ejecución de las penas privativas de libertad superiores a un año cuando aquélla resulte necesaria para asegurar la confianza general en la vigencia de la norma infringida por el delito.*

3. La libertad vigilada, que fue introducida por la Ley orgánica 10/2003, es ahora objeto de una considerable ampliación.

Se trata de la imposición de restricciones a la libertad que deberán producirse una vez ejecutada la pena de prisión y haber sido impuestas en la Sentencia condenatoria, por tanto habrá de preverse con años de anticipación. Nuevamente se demuestra la escasa confianza que el legislador tiene en el cumplimiento de los fines constitucionales de la privación de libertad. La salida de la cárcel de delincuentes que, tras el cumplimiento de la pena, siguen siendo considerados peligrosos —cumpliendo el pronóstico formulado en el momento de su condena— vendrá, pues, acompañada de las medidas que prevé el artículo 104 bis. También se impondrá a imputables o cuando se suspenda una pena privativa de libertad o se cumpla el plazo máximo de la medida privativa de libertad impuesta y resulte necesario.

Ahora se amplia la medida como consecuencia de muy diversos delitos (hasta este momento está limitada a delitos contra la indemnidad sexual y terrorismo): vida, lesiones, maltrato de obra en violencia de género, detenciones ilegales o secuestros, trata de seres humanos, hurto, robo, extorsión, utilización ilegítima de vehículo de motor (¡!), defraudaciones, receptación y blanqueo de dinero y delitos contra la seguridad colectiva y el orden público. El catálogo de figuras resulta sumamente dudoso y heterogéneo. Aunque también lo sean las medidas, tendrá un efecto muy dispar ante el blanqueo —que escapará fácilmente al control— y un delito contra el orden público —producido, por ejemplo, para protestar contra los blanqueadores a través de los conocidos "escraches" o de una simple protesta en los muy ampliados por el Proyecto delitos de desobediencia o atentado, que si denotan alguna peligrosidad es más bien ideológica—.

La duración teórica de la libertad vigilada es de entre tres y cinco años, si bien la apreciación de incumplimientos y condiciones permiten sucesivas prórrogas de hasta cinco años, con carácter ilimitado

En todo caso de trata de la imposición de medidas de seguridad a imputables que, como vengo diciendo, es una de las características fundamentales de la Reforma. Toda una nueva concepción del dualismo, en las que conviven penas y medidas, no excluyéndose o complementándose como hasta ahora, sino acumulándose coetánea o sucesivamente. La Exposición de Motivos aclara que puesto que obedecen a fundamentos distintos —culpabilidad y peligrosidad— es lógico que se acumulen, sin que ello suponga merma alguna del principio *non bis in ídem.* Efecto fundamental de esta concepción es que a un mismo sujeto le pueden ser aplicadas penas, medidas, penas y medidas simultáneas o penas y medidas sucesivas; éstas, por cierto, sin mayor límite que el de la apreciación por el Juez o Tribunal de su peligrosidad potencial. Entre estas medidas figura, por ejemplo, el internamiento en un establecimiento psiquiátrico que, al no tener límite establecido al ser posibles las prórrogas sucesivas de cinco años indefinidamente, puede devenir una medida perpetua sin que la gravedad del hecho previamente cometido juegue papel alguno. Estamos ante el descubrimiento tardío del Derecho penal soviético.

También el sistema vicarial de ejecución va a sufrir, lógicamente, alteraciones importantes: por regla general, y como hasta ahora, la imposición conjunta de pena y medida que supongan internamiento supone el cumplimiento primero de la medida, cuyo tiempo contará como cómputo del de la pena —si bien en la reforma propuesta hasta el límite de las tres cuartas partes de la duración de la misma—. A partir de ese momento o se suspenderá la ejecución o se aplicarán las reglas previstas para el incumplimiento de condiciones de la libertad condicional, es decir, cumplimento efectivo del plazo restante. A lo que hay que añadir el régimen especial recogido en el artículo 101.2: si la pena es superior a cinco años y la medida lo es de internamiento en centro de deshabituación, el Juez o Tribunal podrá acordar que se cumpla primero una parte de la pena y seguidamente la medida de seguridad. La parte de pena se determinará de forma que sumado el tiempo de la medida corresponda a las dos terceras partes del total de la condena. Transcurrido el plazo, queda la decisión de cumplir o no el resto al acuerdo del Juez o Tribunal. Además de complicado, el sistema apuesta por la ejecución inmediata de la pena en una parte lo que, sencillamente, destroza la razón de ser del sistema vicarial.

4.- La libertad condicional altera, como ya hemos dicho, su naturaleza. Deja de ser la última fase en la ejecución de la pena privativa de libertad para convertirse en una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena, con el efecto de que un incumplimiento de alguna de las condiciones implica la pérdida del tiempo transcurrido en libertad, debiéndose cumplir la totalidad del período suspendido. Resulta difícil no pensar que pasamos de un sistema donde la libertad condicional era prácticamente la regla en la ejecución de la pena de prisión, a otro en que va a convertirse en excepcional. Recuérdese, por otra parte, que la suspensión de las penas superiores a un año vendrá condicionada por la confianza general en la vigencia de la norma que se infringió por el delito. Y que, pese a su naturaleza de suspensión, será la situación en la que quedarán todos los sometidos a una prisión permanente revisada.

5. El Proyecto de 2012 introducía también la "custodia de seguridad", procedente de otros cuerpos legislativos de los que tuvo que decaer como consecuencia de condenas del TEDH lo que, al menos en ese momento, no pareció óbice para su consideración. Las críticas recibidas, la sensatez recuperada o la estrategia legislativa han hecho que la regulación propuesta desapareciera del texto del Anteproyecto de 2013 y, por consiguiente, del del Proyecto remitido a las Cortes Generales, así como de la Exposición de Motivos. En la primera versión, procedía imperativamente la imposición de la medida, cuando el sujeto hubiera sido condenado a una pena mínima de tres años (no se decía si de prisión o de cualquier otra clase de pena) como consecuencia de alguno de los delitos que específicamente se recogían en un catálogo, y hubiera sido anteriormente condenado por uno o varios de esos delitos a una pena mínima total de dos años, de la que hubiera extinguido ya en prisión dieciocho meses. También se impondría cuando el penado lo fuera a una pena mínima de cinco años, por varios delitos de algunas de las clases especificadas. En todo caso, eso sí, se exigía "un pronóstico de comportamiento futuro que revela la probabilidad de comisión futura (sic)" de alguno de los delitos referidos. La medida tendría una duración máxima de diez años, si bien transcurridos éstos se le impondría al sujeto una medida de libertad vigilada con una duración máxima de cinco años. El cumplimiento de la custodia de seguridad se realizaría en un centro especial, conforme a un plan individualizado de tratamiento orientado a la reinserción social del sometido a la medida (art. 101.4, pág. 1). Tan "bella música" venía, sin embargo, seguida de un desajuste sonoro importante (art. 101,4, pág. 2): también podrá ser cumplida en un establecimiento de cumplimiento de penas; verdadero eufemismo para referirse a la prisión.

La custodia de seguridad no era —y esperemos que no vuelva a aparecer— sino una simple prolongación por diez años de privación de libertad aplicable a ciertos delitos con pena inicial de a partir de tres años (cabe suponer que, pese al silencio legal, de prisión), y seguida de cinco más de vigilancia penitenciaria. Y no se trataba de una prolongación que viniera limitada por la culpabilidad del agente, o justificada realmente por su peligrosidad, sino de una consecuencia gravísima de la idea de defensa social y de prevención general positiva. Afortunadamente, el prelegislador español parece haber recapacitado, aunque desde luego no quedemos liberados de un pronóstico de peligrosidad en futuras ediciones del texto y, sobre todo, durante su tramitación.

6.- Los límites del presente trabajo no me permiten entrar en la regulación de las figuras delictivas, donde se producen quiebras importantes de los principios penales. Baste señalar que la línea político-criminal adoptada apuesta por un incremento considerable de la dureza en delitos contra la vida, sexuales o la propiedad, y especialmente en delitos de desobediencia o contra el orden público con un tamiz visiblemente autoritario, extendiendo la protección a la autoridad a cualquier persona que colabore con ella, de forma evidente o de manera oculta; mientras que la delincuencia económica más grave, los abusos bancarios, los engaños económicos o las diferentes manifestaciones de la corrupción apenas son objeto de atención.

El Proyecto de 2013 altera sustancialmente la regulación actual y la del texto proyectado de 2012 de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introduciendo lo que la Exposición de Motivos denomina "mejora técnica". Tal mejora no es otra que el acogimiento del sistema de modelos de prevención, con una compleja estructura que prácticamente imposibilitará que la responsabilidad recaiga en la empresa; sobre todo, en la gran empresa. Puede ser coherente con una forma de concebir el fundamento de la responsabilidad empresarial lejano a la atribución penal directa por hecho propio y anclado en la consideración del defecto de organización como razón última de tal atribución. Con eso, se olvida que el sujeto activo debe ser la propia persona jurídica, que su voluntad tiene reconocimiento legal a todos los efectos, y que los hechos que se le atribuyen no son imprudentes sino la mayor parte de las ocasiones dolosos y no de defecto de control, sino de estafa, apropiación indebida, contra la seguridad de los trabajadores, el medio ambiente, la ordenación del territorio o la Hacienda Pública o la Seguridad Social. Y nada de eso tiene que ver con los modelos de prevención, organización o gestión, acreditados o no.

Hemos señalado el desdén que el Proyecto demuestra hacia los principios penales, el primero de los cuales debe ser el de legalidad. Señalemos como ejemplo la desaparición de todo criterio objetivo de diferenciación de la gravedad de las lesiones. Actualmente sirve para diferenciar el delito de la falta la necesidad o no de una segunda asistencia facultativa o de tratamiento médico o quirúrgico. La reforma elimina las faltas, pero crea los delitos leves al tiempo que elimina los criterios de cuantificación de la gravedad que permitan clasificar la conducta y castigarla con pena grave, menos grave o leve.

Particularmente destacable en este sentido es la redacción dada al nuevo delito de acoso por el artículo 172 ter, que castiga con penas que pueden llegar a los tres años de prisión sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso, al que *"sin estar legítimamente autorizado, acose a una persona, llevando a cabo de forma insiste y reiterada alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana"*. No habría nada que objetar a la redacción y a las exigencias de gravedad si no fuera por la "descripción" de las conductas típicas, algunas de las cuales son *"la vigile, la persiga o busque su cercanía física"*, *"establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas*" y por si tamaña falta

de concreción no fuera suficiente para permitir incluir conductas objetivamente inocuas —cuya consideración delictiva va a depender exclusivamente del grado de "sensibilidad" del sujeto pasivo o de su representante legal —y que todos tenemos por socialmente adecuadas y hasta habituales como recibir ofertas comerciales a través del teléfono— se añade una cláusula de analogía *("realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores")* que supone el logro de un grado de incerteza notablemente superior al alcanzado en su día por el viejo delito de escándalo público.

7.- Con lo hasta aquí afirmado parece clara mi opinión severamente contraria al Proyecto que se nos anuncia. Estamos ante una reforma profundamente regresiva en materia de principios penales; que abandona completamente la idea de la culpabilidad como límite a la intervención punitiva lo que, a mi entender, equivale al abandono de la dignidad como fundamento del Estado de Derecho; que lesiona gravemente principios tan fundamentales como la legalidad, la intervención mínima, la proporcionalidad, la necesidad y humanidad de las penas, la readaptación social y la igualdad. Y lo hace rindiendo culto a la prevención general positiva, en la que lo que más importa es la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia, a través de la imposición de sentencias que sean sentidas como justas lo que, para el prelegislador, supone condenas muy por encima de lo que podamos considerar justo y, sobre todo, necesario.

8. No quiero terminar esta reflexión sin una referencia, necesariamente breve, a otra reforma que se nos anuncia y a la que el Ministro de Justicia ha unido, en declaraciones públicas, su futuro: la despenalización parcial del aborto, con abandono del vigente sistema de plazo con información a la embarazada y el regreso a un sistema de indicaciones más rígido que el que estuvo vigente desde 1985 hasta 2010 y que no incluiría la despenalización en caso de graves malformaciones en el feto, la mal llamada "indicación eugenésica".

Actualmente rige en España la L.O. 2/2010, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, que introdujo un sistema de plazo con información, en cierta manera derivado de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán (BVfG) de 1995, considerando ciertos votos particulares presentados en su día por tres de los nueve Magistrados: no es punible el aborto practicado durante las catorce primeras semanas de embarazo siempre que se cumplan determinados requisitos, el más importante de los cuales es que la mujer haya sido informada de sus opciones y hayan transcurrido 72 horas hasta que adopte su decisión. El sistema se combina con indicaciones transcurridas esas catorce semanas.

La vuelta al sistema de indicaciones se realiza, según la declaración gubernamental, "para adaptar la legislación a la jurisprudencia constitucional". Y, justamente eso, resulta sorprendente por demás. Porque la finalidad expresada constituye una auténtica falacia, toda vez que el Tribunal Constitucional español jamás se ha pronunciado sobre la vigente regulación de la interrupción voluntaria del embarazo. Y en su doctrina en materia de aborto expresada fundamentalmente en la Sentencia 53/1985 de 15 de abril, no se contiene la menor referencia al sistema del plazo en general ni al del plazo con información previa obligatoria a la embarazada de manera específica. El Tribunal tan sólo obligó al legislador a que exigiera mayores garantías en la comprobación de la veracidad de los supuestos alegados. De ahí no puede inducirse, como ahora se pretende, que considerara agotadas las posibilidades constitucionales de no punición.

Lo que sí resulta meridianamente claro en la aludida doctrina del Tribunal Constitucional es la consideración de la vida prenatal como un "interés constitucional" y no como un derecho fundamental, toda vez que el pretendido titular del mismo no tiene la condición de persona; condición que sólo puede ser atribuida desde el nacimiento.

En toda interrupción voluntaria de un embarazo nos encontramos ante un conflicto

entre los derechos fundamentales de la mujer: vida, salud y libre desarrollo de la personalidad concretado en la consideración de la maternidad como una opción personal y libre; frente al interés constitucional en la continuidad de la vida prenatal, que es valorada en la medida que conducirá al reconocimiento del derecho fundamental a la vida desde el nacimiento. La solución del plazo, considerando impune el aborto siempre que haya habido asesoramiento o información, como la de las indicaciones reservando la impunidad a supuestos específicos en los que la continuidad del embarazo supone una mayor carga para la embarazada, son formas legales de resolución del conflicto; supuestos de estado de necesidad específicos. Y ambos sistemas ofrecen ventajas e inconvenientes.

El sistema del plazo ofrece una mayor seguridad jurídica. Y descansa en el reconocimiento de la maternidad como una opción personal, por lo que, durante las primeras semanas de embarazo, el aborto es un derecho. Es verdad que tal como señaló el BVfG ello no puede comportar el total abandono de la tutela jurídica de la vida prenatal. Precisamente por ello, se introduce la exigencia de información a la embarazada —asesoramiento, en el sistema alemán— pretendiendo que su decisión sea libre y responsable, lo que debe comportar una tutela efectiva de la vida prenatal más eficaz y, sobre todo, más eficiente, que la penalización. A partir de cierto momento se invierte la valoración, de manera que debe prevalecer el interés constitucional en la continuidad de la vida prenatal y sólo en circunstancias excepcionales —en el sistema español vigente, riesgo grave para la vida o salud de la embarazada, malformaciones fetales, o falta de viabilidad fetal o padecimiento de enfermedades incurables y de especial gravedad— cederá ante la no exigibilidad de la continuidad del embarazo. El sistema de las indicaciones opera con este criterio desde el principio, limitando los supuestos de impunidad a la concurrencia de alguno de los motivos aludidos. En el sistema español anterior también era impune el aborto durante las doce primeras semanas de embarazo si éste había sido consecuencia de una violación.

Ahora se anuncia el regreso desde el sistema del plazo al de las indicaciones, suprimiendo, respecto de la regulación anterior, el supuesto de malformaciones fetales. De aprobarse la reforma, este supuesto sería punible: existiría una obligación exigible a la embarazada de continuar con su embarazo y dar a luz una criatura con graves patologías, y con independencia incluso de su viabilidad. Lo que me parece intolerable en la medida que el fundamento de la valoración constitucional de la vida prenatal radica precisamente en la viabilidad. Y, aun en caso de que ésta concurra, porque supone un tratamiento de la mujer embarazada como simple objeto portador de vida prenatal, una especie de incubadora humana, cuya dignidad se ignora en la medida en que se le exige un comportamiento que va a truncar el libre desarrollo de su personalidad y se le obliga a soportar una carga que va mucho más allá de lo personalmente exigible. Y, recuérdese, la mujer es persona con plenos derechos; el feto, no.

Por eso resulta aún más falaz fundamentar la pretensión de eliminar la impunidad del aborto en caso de malformación fetal en la Declaración de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 que, obviamente, sólo es aplicable a las personas; es decir, a los nacidos. Pero además se ignora que la no punición del aborto en caso de malformaciones fetales —como todos los demás casos de impunidad— no radica en discriminación alguna por razón de la "calidad fetal", sino en la no exigibilidad a la embarazada de una conducta gravemente contraria a su derecho al libre desarrollo de la personalidad que, obviamente, tiene una manifestación de extraordinario calibre en la libre opción por la maternidad; muy especialmente cuando ésta va a comportar tan duras consecuencias vitales. El supuesto, por tanto, no tiene un fundamento diferente a la no punición de la interrupción voluntaria de un embarazo consecuente a una

violación. ¿O es qué el Gobierno entiende que el feto sí es en este caso de peor condición?

La vida prenatal es un interés constitucional digno de tutela penal y necesitado, en todo caso, de tutela jurídica. Pero sólo cuando resulta indispensable y, sobre todo justo y útil, resulta adecuado el recurso al Derecho penal. La vigente L.O. 2/2010 proporciona dicha tutela al imponer determinados requisitos para que el aborto sea conforme a derecho, cuya vulneración da lugar a responsabilidad penal. Se garantiza así una tutela adecuada, suficiente y compatible con el derecho a la vida, integridad y libre desarrollo de la personalidad de la mujer embarazada.

El sistema de indicaciones conduce, por el contrario, a elevadas cotas de inseguridad jurídica y desplaza la decisión fuera del ámbito de la libertad de la mujer. Un sistema de indicaciones como el que se nos anuncia, subordinando los derechos de la persona al interés en llegar al nacimiento a cualquier precio sería obediente a una determinada doctrina religiosa y, por consiguiente, sería incompatible con la aconfesionalidad del Estado— y supondría lisa y llanamente la negación de la dignidad de la mujer embarazada, que pasaría a recibir peor consideración que el feto que, no puede olvidarse, no tiene la condición constitucional de persona.

No queda sino formular el deseo de que ninguna de las reformas penales anunciadas, una en forma de Proyecto, la otra de mera declaración, prosperen. Y expresar, una vez más, mi preocupación por la orientación político-criminal y por el abandono de los principios básicos que heredamos del Derecho constitucional liberal y que han inspirado los valores penales durante más de doscientos años. Con las excepciones históricas que, por su inconmensurable gravedad, nunca deberíamos olvidar.

Fecha recepción: 1/11/2013
Fecha aceptación: 8/11/2013

FUNDAMENTAL RIGHTS OF LEGAL PERSONS: ILLEGALITY AND UNCONSTITUTIONALITY IN THE PRE-TRIAL PHASE OF THE HERRIRA CASE'

RESUMEN

El trabajo aborda el examen de los derechos fundamentales que asisten a las personas jurídicas en aquellos casos en los que un procedimiento penal se dirige formalmente contra ellas y son objeto de la aplicación de una medida cautelar consistente en la suspensión temporal de toda su actividad asociativa y en el cierre de todas sus sedes y locales. Tomando como hilo conductor la aplicación de esta medida cautelar al caso Herrira (asociación para la defensa de los presos de ETA), en el trabajo se denuncia la ilegalidad e inconstitucionalidad de las decisiones adoptadas por el juez de instrucción como consecuencia de la vulneración de determinadas garantías procesales, penales y constitucionales.

PALABRAS CLAVE

Personas jurídicas, medidas cautelares, suspensión de actividades, cierre de locales, garantías procesales, garantías penales, garantías constitucionales.

ABSTRACT

This paper discusses the fundamental rights of legal persons when a criminal proceeding is formally directed against them and they are subject to precautionary measures consisting in the temporary suspension of all associative activities and in the closure of premises. Taking the application of this precautionary measure to Herrira (an association for the defense of ETA's prisoners) as the main thread, the paper reveals the illegality and unconstitutionality of the decisions taken by the judge, as a result of the violation of certain procedural, criminal and constitutional guarantees.

KEYWORDS

Legal persons, precautionary measures, suspension of activities, closure of premises, due process guarantees, criminal guarantees, constitutional guarantees.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ILEGALIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD EN LA INSTRUCCIÓN DEL CASO HERRIRA

Lucía Martínez Garay
Profesora titular de Derecho penal
Universitat de València

Javier Mira Benavent
Profesor titular de Derecho penal
Universitat de València

El titular del Juzgado Central de Instrucción nº 6 (en adelante JCI6) de la Audiencia Nacional (en adelante AN), ha procedido mediante auto de 27-9-2013 a la suspensión cautelar de todas las actividades y al cierre también cautelar de todas las sedes de la asociación Herrira, organización que defiende los derechos de los presos de ETA. También ha procedido a cerrar todas las páginas web de la entidad, todos sus blogs y todos sus perfiles en las redes sociales Twitter y Facebook. En una palabra: ha paralizado cautelarmente toda la actividad organizativa y comunicativa de la organización Herrira considerada como ente colectivo, además de tomar otras medidas cautelares individuales contra las personas físicas de sus más destacados dirigentes y representantes en dos autos posteriores de 3-10-2013.

En realidad, el JCI6 no ha inventado nada nuevo en su proceder judicial contra Herrira. Se ha limitado a aplicar la fórmula ideada por el ex-juez Garzón para extender en su momento la aplicación del Derecho penal también al entorno político e ideológico de ETA; fórmula que parte de la idea (ya expresada en su auto de 26-8-2002, dictado en el marco del sumario 35/02 contra HB/EH/Batasuna) de que "una organización terrorista, como ETA, es algo mucho más complejo que un conjunto de personas que mata, pone bombas y secuestra para conseguir sus objetivos políticos", que es una visión simplista considerar "que sólo los que matan, extorsionan o secuestran son los que deben responder por su pertenencia a la organización terrorista" y que, por ello, la categoría de terrorista alcanza también a quienes "desarrollan planteamientos político-institucionales

que dan el ser y el sentido a todo el grupo" y a todos los partidos y organizaciones que "en mayor o menor medida dependen y cumplen las directrices, expresas o tácitas, que ETA imparte". Tal planteamiento permitió a Garzón (y ahora al JCI6 en el caso Herrira) no solo imputar penalmente de forma individual a los principales dirigentes de la Izquierda Abertzale por un delito de pertenencia a organización terrorista, sino también aplicar a los diversos partidos políticos y organizaciones (incluidos medios de comunicación) que conforman este colectivo una serie de medidas cautelares mediante las que se suspende toda su actividad y se clausuran todas sus sedes. El resultado ha sido la criminalización *individual* y *colectiva* de la Izquierda Abertzale, de toda su actividad organizativa y comunicativa y, en consecuencia, la marginación penal de su proyecto político.

Entendemos que esta forma de actuar, y en concreto la suspensión colectiva e indiscriminada de actividades, cierre de sedes y clausura de redes comunicativas aplicada ahora a Herrira por el JCI6 es inconstitucional, como lo fue en su momento la acordada por Garzón en los procesos contra HB/EH/Batasuna y las Herriko Tabernas, el PCTV, ANV, Udalbiltza o Askatasuna/D3M y la acordada por el juez del Olmo contra Egunkaria. Y ello porque en todos estos casos de suspensión colectiva e indiscriminada el juez prohíbe fuera de los casos permitidos por la Constitución el ejercicio de los más elementales derechos de participación política de carácter colectivo (derecho de asociación, derecho de reunión y manifestación, libertad de expresión y comunicación). Además, es también constitucionalmente ilegítima porque es manifiestamente desproporcionada y arbitraria. Pero antes de justificar estas graves afirmaciones quisiéramos destacar algunos llamativos problemas de mera legalidad ordinaria (procesal y penal) que presenta también el auto de suspensión de actividades de Herrira, para que el lector se haga una idea cabal de la manera en que este tipo de resoluciones judiciales fuerzan hasta el límite (y más allá) los principios más elementales de nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto. Lo que acabamos de afirmar no significa que sea inconstitucional la aplicación de cualquier medida cautelar a cualquier tipo de organización, pues es cierto que el Código penal (en adelante CP) en sus arts. 33.7 y 129.3 permite adoptar este tipo de medidas contra entes de carácter colectivo. Pero también es cierto que, como ya indicaron las sentencias de la AN de 20-6-2005 (caso Jarrai/Haika/Segi) y de 15-9-2008 (caso Gestoras Pro Amnistía/Askatasuna), los entes colectivos en los que parece que está pensando el Código penal cuando regula estas medidas cautelares de suspensión de actividades o cierre de locales son aquellos que tienen una naturaleza mercantil o empresarial, naturaleza que no se corresponde desde luego con la clase de organización que es Herrira (y que tampoco tenían ni Jarrai/Haika/Segi ni Gestoras Pro Amnistía/Askatasuna). Además, y siendo Herrira una organización con personalidad jurídica, las medidas cautelares que resultarían aplicables serían las previstas en el art. 33.7 CP y no las previstas en el art. 129.3 CP como erróneamente invoca el JCI6 en su auto, pues las previstas en este último precepto son las medidas aplicables a los entes colectivos que carecen de personalidad jurídica. En realidad el JCI6 invoca en el caso Herrira ambos preceptos del Código (art. 33.7 y art. 129.3), ignorando por completo que responden a presupuestos diferentes y que la aplicación de uno u otro tiene también consecuencias procesales diferentes, siendo las previstas para el caso de que se trate de una persona jurídica las que se encuentran recogidas en el art. 544 quáter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim): si Herrira tiene personalidad jurídica, la única vía legal practicable para adoptar este tipo de medidas cautelares es el último inciso del art. 33.7 CP; y para adoptarlas resulta imprescindible imputar previamente a la persona jurídica a la que se pretende aplicar dichas medidas cautelares (imputarla además formalmente y con observancia de lo dispuesto en el nuevo art. 119 LECrim). Y no sólo eso: después de imputada formalmente la persona jurídica, e

incorporada al proceso como una parte más contra la que se dirige la acusación, la medida cautelar sólo se puede acordar por el juez previa petición de parte y previa celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas (incluida la persona jurídica) para que se puedan defender de la aplicación de la medida cautelar en tanto que ésta es siempre por definición restrictiva de derechos (apartado segundo del art. 544 quáter LECrim). Nada de esto se ha llevado a cabo por el JCI6 en la instrucción del caso Herrira, en el que se han adoptado las medidas cautelares de suspensión de actividades y clausura de sedes y redes de comunicación sin la previa declaración de imputación y sin la previa celebración de la preceptiva vista previa que exigen las leyes procesales. La medida cautelar en cuestión, por tanto, no sólo es contraria a la legalidad procesal vigente sino que también produce vulneración del derecho de defensa que asiste a cualquier parte en un proceso penal a la que se le aplica una medida cautelar restrictiva de derechos (sea esta la prisión provisional de una persona física o la suspensión de actividades de una persona jurídica).

Por otra parte, la forma de proceder del JCI6 en la instrucción del caso Herrira también parece contraria a la legalidad penal por otras razones que van más allá de lo estrictamente procesal. En su auto el juez instructor aduce fundamentalmente dos razones materiales para disponer la suspensión cautelar de actividades de esta asociación por un periodo de dos años. La primera razón es que Herrira sería la "sucesora" de las organizaciones Gestoras Pro Amnistía y Askatasuna, que fueron declaradas organizaciones terroristas por sentencia de la AN de 15-9-2008. El argumento implícito sería el siguiente: si aquéllas entidades fueron declaradas organizaciones terroristas, y Herrira se parece mucho (en estructura, denominación de los órganos, iconografía, articulación territorial) a aquéllas, entonces podemos partir de que Herrira también lo es, y tomar una medida tan drástica como la suspensión de todas sus actividades por dos años. Sin embargo, esta razón carece de peso, porque en Derecho penal la naturaleza delictiva o no de cualquier actividad ha de ser probada específicamente caso por caso, y de ningún modo (ni siquiera como mero indicio en fase de instrucción para adoptar una medida cautelar) el hecho de que una persona (física o jurídica: Fulano o Gestoras) en un momento anterior haya sido considerada autora de un delito puede fundamentar una presunción contra reo de que una segunda persona (física o jurídica: Mengano o Herrira) esté cometiendo el mismo delito en un momento posterior.

Esta forma de razonar puede ser diferente en otros sectores del ordenamiento jurídico; por ejemplo es sabido que la Ley Orgánica de Partidos Políticos sí dispone, en su art. 12, que "Se presumirá fraudulenta y no procederá la creación de un nuevo partido político o la utilización de otro ya inscrito en el Registro que continúe o suceda la actividad de un partido declarado ilegal y disuelto", y que para determinar si se ha producido o no tal sucesión se tendrá en cuenta "la similitud sustancial de ambos partidos políticos, de sus estructura, organización y funcionamiento, de las personas que las componen, rigen, representan o administran, de la procedencia de los medios de financiación o materiales, o de cualesquiera otras circunstancias relevantes". Pero esta ley no es una ley penal, ni su aplicación genera responsabilidad criminal para ninguna persona, ni física ni jurídica, pues la única consecuencia sancionadora que prevé es la disolución del partido político. En Derecho penal, sin embargo, las cosas son distintas, especialmente porque la responsabilidad penal, que comporta en muchos casos y especialmente en los de terrorismo graves penas de prisión, surge de actos individuales perpetrados por personas físicas, de modo que hay que demostrar la perpetración de cada uno de esos actos delictivos por personas individualizadas. Esto sigue siendo válido aun tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que esta

responsabilidad sólo nace, según el art. 31 bis CP, cuando alguna persona física, que guarde una determinada relación con la persona jurídica, ha cometido personalmente algún delito. En consecuencia, el hecho de que Herrira tenga una estructura organizativa similar a la que tuvieron Gestoras Pro Amnistía o Askatasuna, o que sus órganos tengan denominaciones parecidas, no es una razón admisible en Derecho penal para fundamentar una medida cautelar, tan drástica además, como la suspensión cautelar por dos años de todas sus actividades, cierre de sedes y locales, etc., porque respecto de lo que tendrían que existir indicios, ya en esta fase inicial de la instrucción, es de que lo que hacen hoy los miembros de Herrira es constitutivo de delito. Ni siquiera el hecho de que algunos miembros de Herrira lo hubieran sido también de las ilegalizadas Gestoras o Askatasuna, o incluso de la propia ETA, bastaría para presumir sin más el carácter terrorista de Herrira, pues como dijo la sentencia de la AN de 20-1-2011, que absolvió a todos los procesados en el caso Udalbiltza, considerar que, porque en un acto o iniciativa estén presentes determinadas personas que posteriormente han sido imputadas y/o condenadas por su relación con ETA, todo lo que entre en contacto con ellas es ETA o se convierte en ETA "por vía de contaminación" es una conclusión "inadmisible en Derecho".

Con ello llegamos a la segunda razón esgrimida por el juez para decretar la medida de suspensión cautelar de actividades y cierre de sedes y redes de comunicación, que consiste en considerar que las actividades que desarrolla Herrira serían constitutivas de delito, en concreto de los delitos de integración en organización terrorista, de financiación del terrorismo y de enaltecimiento del terrorismo. Estos tres delitos se habrían cometido según el juez instructor a través de las dos actividades que se afirma realiza Herrira: por un lado, organizar la celebración de actos de ensalzamiento de los presos de ETA "y de su ideario" (sic), y, por otro lado, coordinar "la unidad de acción en todo lo referente al apoyo a los presos de ETA". Pues bien, lo primero que llama la atención es que ninguna de estas dos actividades parece tener nada que ver con uno de los delitos por los que se acusa, en concreto el de financiación del terrorismo. En ningún momento en el auto se menciona que existan indicios sobre transferencia de fondos por parte de Herrira hacia ETA o hacia alguno de sus militantes, lo que deja ayuna de toda fundamentación la alusión al delito de financiación del terrorismo. Por lo que hace al delito de enaltecimiento, los autos sí mencionan repetidamente que Herrira se encarga de organizar homenajes a los presos de ETA con escarnio de las víctimas, e incluso se dice que Herrira ha celebrado "al menos" 112 actos de ensalzamiento. Pero lo que llama la atención entonces es que no se diga en parte alguna si cada uno de esos 112 actos, supuestamente constitutivos de otros tantos delitos de enaltecimiento del terrorismo, ha dado lugar a la incoación del correspondiente proceso penal para esclarecer las responsabilidades que correspondan a los individuos que participaron en los mismos. Y mucho nos tememos que no se dice porque no se ha hecho: no parece que haya constancia de que en el curso de un año y medio, el que ha tenido de vida Herrira, se hayan incoado más de 100 procesos penales por enaltecimiento. Pero entonces: si los actos que organiza Herrira, individualmente considerados, no dan lugar a procesos penales, ergo, no son constitutivos de delito, ¿cómo es posible que la actividad consistente en organizarlos sí lo sea?

Por último, y en cuanto a lo que en los autos se menciona como "coordinación de la unidad de acción en torno a los presos de ETA", o como "control de los presos de ETA (ellos deciden quién está en el colectivo y quién no)", cabe dudar de que dicha actividad sea una conducta que por sí misma pueda ser constitutiva del tercer delito por el que se acusa a los miembros de Herrira, el de pertenencia a organización terrorista, por varias razones. La primera, porque si el apoyo es meramente asistencial o humanitario (acompañamiento, visitas, sufragar gastos de viaje a familiares, etc.) cuesta ver qué de delictivo puede haber

en ello. La segunda, porque el propio auto menciona a otras organizaciones que al parecer se dedican también a actividades similares de apoyo a los presos, como Etxerat, que llevan existiendo muchos años y hasta ahora son perfectamente legales. ¿Por qué se suspenden las actividades de Herrira y no las de Etxerat? Y, en tercer lugar, porque si bien es cierto que el control y el apoyo a los presos de ETA fue una de las razones por las que la sentencia de la AN de 15-9-2008 declaró a Gestoras Pro Amnistía y Askatasuna como organizaciones criminales, ello no se debió al mero hecho de prestar apoyo en sí mismo considerado, sino a que se estimó probado que Gestoras y Askatasuna actuaban prestando ese apoyo sujetas en todo momento a las directrices y obedeciendo las órdenes que ETA transmitía en cuanto a los presos. Pues bien, con independencia de la criticable concepción del delito de pertenencia a organización terrorista de la que partió aquella sentencia (cuestión en la que no es posible abundar en el limitado espacio de que disponemos), y con independencia también de que las actividades de Herrira resulten incluso amparadas constitucionalmente (cuestión que abordaremos a continuación), queremos señalar únicamente dos cosas: la primera, que en el auto que comentamos el juez no aporta ni un solo indicio concreto (algún documento, alguna conversación, el resultado de algún seguimiento, etc.) del que pudiera deducirse siquiera provisionalmente que también en el caso de Herrira su actividad en relación con los presos consiste en transmitir órdenes o consignas de ETA o en obedecer sus instrucciones. Y, la segunda, que cabe preguntarse si el apoyo a los presos de una organización terrorista, en un momento en el que esa organización ha declarado un abandono permanente de la actividad armada, lleva tres años sin cometer ningún atentado y según todos los indicios está en el camino hacia la entrega de armas y su disolución, puede tener el mismo significado que cuando esa misma organización estaba activa y cometía graves crímenes.

A la vulneración de la legalidad ordinaria (procesal y penal) se añade también la vulneración por el JCI6 en la instrucción de caso Herrira de determinadas exigencias de carácter constitucional derivadas de los derechos fundamentales limitados (o mejor dicho: suprimidos) por la medida cautelar a la que nos venimos refiriendo.

Pues en efecto. En el caso de Herrira, que no es una empresa ni sociedad dedicada al lucro mercantil, no cabe duda de que buena parte de sus actividades (crítica de la política penitenciaria de dispersión, petición de reagrupamiento de presos de ETA en centros de Euskal Herria, demanda de excarcelación de presos enfermos, de derogación de la doctrina Parot o de aplicación de una amnistía) están amparadas sin ningún género de dudas por el derecho fundamental a la libertad de expresión, así como por el derecho fundamental a la libertad de reunión y manifestación cuando la expresión de tales reivindicaciones se haga de forma colectiva a través, por ejemplo, de una concentración de personas; y en tanto que es una asociación legalmente constituida para la consecución de fines lícitos, su actividad está amparada también por el derecho fundamental de asociación. Parecería lógico que en estos casos, en los que está en juego el ejercicio de derechos fundamentales esenciales en una democracia, la adopción de medidas cautelares que los limiten debería ser especialmente cuidadosa y restrictiva. Sucede, sin embargo, todo lo contrario: el auto prohíbe *toda la actividad* de Herrira sin distinguir entre aquella que resulta constitucionalmente amparada (crítica de la política penitenciaria de dispersión, petición de reagrupamiento de presos de ETA en centros de Euskal Herria, demanda de excarcelación de presos enfermos, de derogación de la doctrina Parot o de aplicación de una amnistía) de aquella otra que pudiera ser indiciariamente constitutiva de delito (como la de organizar actos de bienvenida de presos de ETA excarcelados, que el propio instructor, no nosotros, considera delito de enaltecimiento o de humillación de las víctimas). Además, de la

misma forma indiscriminada ha procedido el JCI6 respecto de *todas* las sedes de Herrira y de *todas* sus redes de comunicación, al no distinguir entre aquellas que pudieran haber sido utilizadas para cometer algún delito y aquellas que pudieran haber permanecido al margen de cualquier actividad delictiva.

En nuestra opinión, esta forma de proceder resulta inconstitucional y merece ser calificada de arbitraria por varias razones: porque el JCI6 debería haber actuado selectiva y cautelarmente sólo contra la clase indiciariamente delictiva de actividades, sedes o redes de comunicación, y no indiscriminadamente contra todas ellas; porque, además de lo anterior, las medidas cautelares aplicadas de esta manera indiscriminada acaban restringiendo también el ejercicio de los derechos fundamentales de participación política de un amplio colectivo de personas que son ajenas a la causa instruida por el JCI6 al no estar imputadas ni procesadas en el sumario iniciado contra Herrira, estableciéndose así *de facto* una responsabilidad colectiva desconocida en nuestro sistema penal; y porque, por esta razón, el TC ya ha dicho en alguna ocasión que "una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estos derechos, las cuales tienen efectos que *trascienden al presunto imputado y afectan a personas sin conexión alguna con el hecho presuntamente delictivo*, existiendo medios adecuados en el ordenamiento jurídico para asegurar medidas cautelares que no supongan esa limitación" de derechos ajenos a la causa (STC 199/1987; se refiere esta sentencia a las libertades de expresión e información, pero por las mismas razones se podría decir lo mismo del resto de derechos de participación política afectados). Tal proceder indiscriminado es inconstitucional y resulta arbitrario por vulnerar ante todo el principio de proporcionalidad que debe informar la aplicación de cualquier consecuencia penal, ya se trate de penas o de medidas cautelares.

Y no piense el lector que por tratarse en este caso de la sospecha de comisión de un delito tan grave como el de pertenencia a una organización terrorista, que es uno de los delitos por los que acusa el instructor, el ordenamiento jurídico permitiría adoptar esta clase de medidas con mayor facilidad o con menos requisitos que en relación con otro tipo de delitos. Al contrario: el art. 55.2 de la Constitución Española, en relación con las investigaciones en materia de terrorismo, sólo permite suspender de *forma individual y respecto de personas determinadas*, los derechos fundamentales de los arts. 17.2 (detención preventiva) y 18.2 y 3 (inviolabilidad domiciliaria y secreto de las comunicaciones), pero no permite ni su aplicación a un *colectivo indeterminado de personas* ni la limitación de otros derechos fundamentales diferentes tales como los de los arts. 20 (libertades de expresión y comunicación), 21 (derecho de convocar reuniones, manifestaciones y concentraciones) y 22 (derecho de asociación). La *suspensión colectiva* de estos derechos fundamentales de participación política sólo se permite en el art. 55.1 CE en los casos de declaración de los estados de excepción y de sitio (y ni siquiera afecta en tan graves circunstancias al derecho de asociación), estados que obviamente no se han declarado en Euskal Herria (al menos formalmente). En consecuencia: el ejercicio de estos tres derechos de participación política ampara constitucionalmente el conjunto de actividades que hasta ahora venía desarrollando Herrira en tanto que colectivo u organización, de la misma forma que ampara la actividad de otros partidos políticos u organizaciones que defienden las mismas reivindicaciones; y es por ello por lo que si se admite como parece claro el amparo constitucional de estas reivindicaciones, y si a pesar de ello los poderes públicos prescinden de la circunstancia de que está en juego un derecho constitucional, entonces se vulnera el derecho fundamental si mediante la aplicación de una medida cautelar, como ocurre en el caso Herrira, son objeto de sanción *conductas que inequívocamente han de ser calificadas como pertenecientes al ámbito objetivo de ejercicio del mismo* (SsTC 124/2005 y 110/2006).

En definitiva y ya para acabar estas reflexiones sobre el caso Herrira: entendemos que ilegalidad, inconstitucionalidad y arbitrariedad son razones más que suficientes para desterrar definitivamente de la práctica judicial esa forma maximalista de instruir que el JCI6 ha usado ahora en el caso Herrira y que se ha usado profusamente en el pasado contra las organizaciones que integran la Izquierda Abertzale. A ello habría que añadir que la suspensión cautelar de actividades de una entidad y el cierre de todas sus sedes y locales es una medida que, si bien el Código penal prevé en sus arts. 33.7 y 129.3, la jurisprudencia ha aplicado siempre con extrema cautela debido al grave e irreversible daño que provoca en las organizaciones afectadas. Son muy contadas las sentencias en que se ha hecho uso de esta posibilidad, no sólo por las graves repercusiones que tiene al afectar muy negativamente a derechos de terceros (trabajadores, proveedores), sino sobre todo porque produce daños irreparables al implicar *de facto* una disolución definitiva y no sólo cautelar o temporal, pues pocas entidades pueden aguantar inactivas durante años sin desaparecer. Esta precaución, fundamentada en el daño irreversible que las medidas cautelares de suspensión y cierre causan a la actividad de la entidad, y que los jueces han mostrado siempre respecto de entidades mercantiles o comerciales, contrasta con la ligereza con la que han actuado los jueces de instrucción de la AN al aplicar las mismas medidas cautelares sobre las organizaciones de la Izquierda Abertzale. Desde 2002 esta forma arbitraria, indiscriminada, ilegal e inconstitucional de proceder consistente en suspender *todas* las actividades y clausurar *todas* las sedes, y que está fundamentada en el falso presupuesto de que "todo es ETA", se ha aplicado en los sumarios instruidos contra Udalbiltza, HB/EH/Batasuna, Egunkaria, PCTV, ANV y Askatasuna/D3M. En todos los casos en los que ya se ha celebrado juicio la sentencia ha sido siempre absolutoria (Udalbiltza, Egunkaria y Askatasuna/D3M), pero el daño causado por la medida cautelar de suspensión y cierre adoptada por el juez de instrucción con carácter *temporal* al principio del proceso es irreparable e irreversible. Así lo atestigua especialmente el caso Egunkaria, donde fue imposible retomar la actividad editora tras varios años de parón judicialmente impuesto.

Pero es que además la práctica judicial que aquí hemos denunciado debería ser definitivamente abandonada porque también acaba produciendo daños graves e irreparables en el juez que la práctica. Al menos en alguna ocasión. Conviene recordar que el diseñador y precursor de esta forma de instruir, Baltasar Garzón, ostenta hoy la condición de ex-juez al haber sido condenado por prevaricación; y que fue condenado precisamente por decretar unas medidas cautelares en la instrucción de un procedimiento penal. Es cierto ese procedimiento penal no se sustanciaba por un delito de pertenencia a organización terrorista ni la medida cautelar adoptada afectaba a las organizaciones de la Izquierda Abertzale. Se trataba de la instrucción del caso Gürtel. Pero la STS de 9-2-2012 que condena a Garzón por prevaricación por sus actuaciones judiciales en este caso considera: a) "que el acusado acordó la intervención (cautelar) de las comunicaciones de los internos con *todos* los letrados", y b) "que lo hizo mediante un acuerdo tan genérico que afectaba, sin excepción alguna, *a cualquier abogado defensor, ya designado o que lo fuera en el futuro*". La sentencia estima con razón que ello constituye "un acto arbitrario" que vulnera determinadas garantías procesales de rango constitucional.

Como se puede comprobar, la forma de proceder a la hora de aplicar medidas cautelares en el caso Gürtel, y que provoca la condena por prevaricación, es en realidad la misma que Garzón utilizaba respecto de las organizaciones de la Izquierda Abertzale y que ahora ha usado el JCI6 en el caso Herrira: a) se acuerda indiscriminadamente la suspensión cautelar de *todas* las actividades y la clausura de *todas* las sedes y redes de comunicación, y b) se hace con un acuerdo tan genérico que afecta a todas las actividades presentes o futuras de la organización afectada, sin atender a su contenido y

prohibiendo preventivamente, por tanto, cualquier actividad (incluso las amparadas constitucionalmente) con independencia de que su contenido sea o no delictivo. También aquí concurren los mismos motivos para estimar que ello constituye "un acto arbitrario" que vulnera determinados derechos fundamentales de participación política con rango constitucional. Y no vale que el juez instructor alegue, como hizo en el caso Gürtel o como se hace respecto de las organizaciones de la Izquierda Abertzale, que la medida cautelar se adopta de la forma amplia en que se hace "porque no había otra solución para impedir que siguieran delinquiendo", pues como dice la sentencia que condenó a Garzón "la investigación criminal no justifica por sí misma cualquier clase de actuación, y con mayor razón si implica vulneración de derechos fundamentales. Como se ha dicho en numerosas ocasiones, la verdad no puede alcanzarse a cualquier precio".

Entendemos que si esta conclusión es válida para el caso Gürtel y para fundamentar una condena por prevaricación, también lo es para el caso Herrira (y para cualquier otro en el que se haya actuado judicialmente de forma semejante contra las organizaciones de la Izquierda Abertzale).

Fecha recepción: 25/10/2013
Fecha aceptación: 8/11/2013

VARIA

NOTA DEL EDITOR
Presentación de Artículos en memoria de María Rosario Valpuesta y Emilio Beltrán

La verdad es que lo más triste que podía suceder ha sucedido y dos miembros, prácticamente los más jóvenes del Comité Científico de *Teoría y Derecho*, han fallecido de forma casi coetánea. No solo por su juventud, sino también por ser de los más queridos, aquellos que nunca querríamos que se separaran mucho de nosotros; pues, precisamente ésos, se nos han ido.

La trayectoria, el viaje que juntos hemos desarrollado es amplio y prolijo, y ese sí, por fortuna no perece y ahí queda. El camino andado por suerte ya no vuelve atrás y con él nos vamos a quedar.

Sus obras, sus enseñanzas, su ejemplo, siempre los tendremos con nosotros, tanto en nuestro recuerdo como, sobre todo, por escrito. Creo que en ambos casos TIRANT ha representado perfectamente el papel del aduanero que Bertolt Brecht cuenta en el poema a Lao Tse y que describe la función editorial de forma magistral: *Al sabio hay que arrancarle su saber…*

Como director de esta Casa no puedo dejar de lamentar —tanto de uno como de otra, por diferentes motivos y de forma distinta—, la pérdida tan importante que la Editorial Tirant sufre con la muerte de ambos. Si algo representa mi empresa es al amor a la inteligencia, a la pluralidad, a la pasión universitaria, al genio creador, al Derecho. Y tanto María Rosario como Emilio compartían con nosotros viaje, ideales, objetivos. Ahora ya no están. Un trozo de la esencia, del alma de Tirant se nos va con ellos.

No entraré en consideraciones personales para no caer en un bucle lacrimógeno, inútil ya por otro lado, y de todo punto interminable. Pero me gustaría que su trayectoria, ideales y personalidad no cayeran en el olvido y es por ello que publicamos en éste número dos breves artículos sobre la vida y la obra de ambos.

Emilio y María Rosario, esta casa —la vuestra—, os conserva para siempre en su memoria y en su corazón.

ROSARIO VALPUESTA FERNÁNDEZ IN MEMORIAM

Teodora Torres García
Carmen Gete-Alonso y Calera
Ana Cañizares Laso
María Paz García Rubio

En las grandes mujeres reposó el universo
(Alfonsina Storni)

Si fuéramos poetas escribiríamos palabras hermosas sobre Rosi, las más hermosas, y aún así todas se quedarían cortas para describir la grandeza, la humanidad, la fuerza y la voluntad de Rosi Valpuesta. Quienes la conocimos sabemos que todo se queda pequeño para resumir en unos pocos minutos o en unos cuantos párrafos lo que Rosi ha sido, lo que sigue siendo y la huella indeleble que nos ha dejado.

Describir a Rosi es hablar, ante todo, de una persona sensible, humana, de valores y principios de libertad y justicia inquebrantables, coherentes y honestos. Por encima de todo, reivindicativamente, mujer entre iguales, dama en la que enseñoreaba la fuerza y la voluntad, de potente personalidad y determinación, llamada al liderazgo y al magisterio.

Para nosotras escribir sobre Rosi es llorar la pérdida de una amiga, de una colega, de una mujer a la que quisimos y admiramos por muchas cosas y que tanto nos enseñó. Pero escribir sobre Rosi es también —y ella lo hubiera preferido— recordar muchos buenos momentos, su alegría, su entusiasmo contagioso por las empresas que emprendía y, sobre todo, su inmenso amor por la vida. Rosi amaba con pasión cada cosa que hacía, la exprimía y extraía hasta la última gota de elixir vital; tanto que le daba para vivir con plenitud cada uno de sus días y todavía le sobraba mucho para dárselo a quien estuviera a su alrededor. Tan contagioso era su entusiasmo, su energía y su ilusión que, si estabas a su lado, no podías sino compartir esa fuerza, esa alegría, esa entrega a las ideas, las personas, los paisajes, las cosas que amaba.

El lector nos dará licencia para que cada una de nosotras, que la conocimos en diversos momentos, pongamos en voz alta nuestras vivencias, nuestras impresiones sobre Rosi.

Teodora: debo remontarme en el tiempo para fijar cuando conocí a Rosario. Fue con motivo de las oposiciones al Cuerpo de profesores adjuntos de Universidad que se celebraban en la Universidad Autónoma de Madrid en noviembre de 1982 en la que ella participaba como opositora. Hasta allí me había desplazado desde Santiago de Compostela teniendo la oportunidad de coincidir con la exposición del segundo ejercicio relativo a la llamada lección del programa, fijándome con atención en la claridad y convicción con la que exponía la materia, el respeto a los demás compañeros opositores, así como esa alegría contagiosa que mantuvo hasta el final. Obtuvo plaza en su Universidad de Sevilla sin ninguna discusión.

Coincidimos de nuevo ya formando parte del Tribunal con el que se decidía la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela en marzo de 2000. Sin buscarlo, el sorteo hizo que saliera elegida miembro de la Comisión propuesta por la Universidad, junto con Carmen Gete-Alonso y conmigo, obteniendo la plaza de Catedrática María Paz García Rubio; a partir de ese momento se fraguó una relación de entendimiento personal difícil de explicar pero que ahora perdurará para siempre. No puedo dejar de recordar, cada vez que nos desplazábamos a la Facultad, durante la estancia en Santiago, el paso por la llamada "madre de toda las rotondas", casi institución de Derecho civil, que Rosario, con su maestría, catapultó a la fama.

Podemos decir, sin temor a equivocarnos, que la activad científica y académica desarrollada por Rosi, fue plena. Comienza y termina con dos mensajes a la sociedad: sus obras *"Los pactos conyugales de separación de hecho"* (Sevilla 1982) y *"La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea"* (Valencia, 2012). Treinta años las separan, pero las une una misma idea que tuvimos la suerte de oír de sus labios muchas veces: "las dos son muy personales, parten de la perplejidad que produce el contraste entre una disciplina jurídica, el Derecho de familia, con una realidad siempre subversiva que se resiste a ser dogmatizada en categorías cerradas". Además de los numerosos artículos en revistas españolas e iberoamericanas, Rosario ha sido también muñidora de la revista sobre pensamiento jurídico "Teoría y Derecho".

Pero también Rosario tuvo una intensa actividad en la vida política de su ciudad, Sevilla. Comprometida con sus ideales, militó en defensa de las personas más vulnerables y a favor de la igualdad de la mujer. Sus incursiones radiofónicas, por creer que la radio seguía siendo el medio que mejor llegaba a la mujer, hicieron que el programa "Hora 25" de la Cadena Ser fuera uno de los de mayor audiencia, en el que Rosario era cercana, tremendamente realista, con esa didáctica que ella misma había aprendido de la propia vida.

¿Cómo es posible que esta mujer aparentemente frágil, con una sencillez arrolladora, pudiera hacer tantas cosas simultáneamente y todas tan bien? Pues así fue. Ya en sus últimos años todavía tenía que poner en marcha dos grandes retos a los que su nombre irá indisolublemente unido; hasta su reincidente y grave enfermedad quiso darle una tregua para poner en funcionamiento sus anhelados sueños. El primero coincide con el inicio en mayo en Carmona de las Jornadas y Encuentros sobre Mujer y Derecho Privado; la llamada no defraudó y la asistencia a las mismas fue todo un éxito, cristalizando en la publicación de todas las aportaciones debatidas en un magnífico libro, referente indudable de todo estudio posterior de la materia: *"El levantamiento del velo. Las mujeres en el Derecho Privado",* 2011. El segundo, la creación del "Grupo Actualiza", formado por investigadores pertenecientes a varias Universidades, que estamos tratando de impulsar la modernización del Código Civil. El grupo se constituyó en la Universidad Pablo de Olavide, en junio de 2011, con reuniones posteriores en 2012 en Pamplona y Valladolid. Su reconocimiento definitivo se produjo en la reunión de la CRUE mantenida en Salamanca en enero de 2012. En tu ausencia estamos haciendo todo lo posible para que siga adelante, pues sabemos que tú no consentirás que desfallezca.

Rosario era una mujer extraordinaria; me hago partícipe de las palabras de tu Decano cuando te despidió: "Si se hubiera preguntado cuál de las Bienaventuranzas (Sermón de la Montaña, Mat. 5.3.2) te definiría mejor, sin duda sería la cuarta: Bienaventurados los que tienen hambre y sed de justicia, porque solo ellos serán saciados". Esa era Rosario: justicia, igualdad y compromiso.

Carmen: "Huelen los azahares de los naranjos, me gusta su aroma…"

Llegábamos desde una calle estrecha a una plaza de Sevilla, no recuerdo cuál y el olor nos

inundó de cara. Íbamos, un grupo de mujeres y hombres, a tomar algo, a media tarde de un día de primavera en el que nos habíamos encontrado, probablemente por unas Jornadas, una sesión de investigación o…, no importa qué…, estábamos allí compartiendo alguna preocupación profesional, en un momento de asueto. Entonces ya habían transcurrido unos años desde que nos conocimos, porque Rosi, probablemente la anfitriona, ya era catedrática de Huelva.

Por una de esas casualidades de la vida, bendita casualidad, me tocó estar en primera línea de la carrera universitaria de Rosi. He remontarme en el tiempo al día 9 de noviembre de 1982 y a la Universidad Autónoma de Madrid. ¿Exactitud de la fecha? Ella se presentaba a una de las últimas oposiciones del Cuerpo Nacional de Adjuntos de Universidad y yo me estrenaba, como miembro del Tribunal que presidía Luis Diez-Picazo, entonces en activo en el Tribunal Constitucional; por eso no puedo olvidarme de la fecha. Pero tampoco puedo olvidarme de la impresión que me causó ese primer día de la presentación y luego los días que se sucedieron cuando defendió los tres ejercicios de los que se componía la oposición. Porque me llamó la atención su buena exposición, muy clara y cómo explicaba la materia. Naturalmente, obtuvo la plaza sin discusión.

Más tarde, siguiendo con su carrera académica, en 1999 Rosi me brindó la oportunidad de formar parte del Tribunal en el que se resolvió su traslado, por mérito, a la plaza de catedrática de la Universidad Pablo de Olavide, de la que era Rectora. En aquella ocasión, recién superada la batalla con el cáncer, no quiso ningún trato de privilegio ni especial y se sometió a la realización de los ejercicios que se le exigieron. Ni que decir tiene que los superó ampliamente. Recuerdo que, incluso, haciendo gala de su espíritu crítico, se permitió la discusión con algún miembro del Tribunal sobre el tema de las uniones de hecho que ya empezaba a plantearse en nuestra disciplina. La modernización del derecho de familia, en especial por lo que se refería a la posición de la mujer, sabido es que fue una preocupación constante a lo largo de su andadura investigadora, y bien hacía gala de ello; así lo expresa ella misma en la presentación de su querido libro *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*. Un capricho que tenía ganas de escribir, como me dijo en junio de 2012 en Valladolid.

A lo largo de los años, la relación que nos unió fue algo más que la estrictamente académica, porque, aparte de lo que aprendí de ella en algunos temas, por la manera en que planteaba los problemas y el enfoque que hacía, me enseñó mucho de valores humanos y de relación, regalos que permanecen ahí guardados, pese a su ausencia. Se estableció entre nosotras un entendimiento personal difícil de definir, para mí que me declaro incapaz de manifestar públicamente los sentimientos, hondo y profundo.

Rosi fue una amiga especial, una aliada en principios y valores, que sabía cómo contagiar y embarcarme para poner en marcha alguna de sus empresas que hicimos comunes con otras personas; en particular aquellos retos que han supuesto dar visibilidad a las mujeres y reivindicar su función y protagonismo en la sociedad, en la formación de la cultura.

Mujer incansable, luchadora, enérgica, hasta cierto punto "mandona" (mandaba mucho Rosi y ¡ojo! ¡que no se te ocurriera llevarle la contraria con argumentos arbitrarios!) y a la vez intensamente humana, dotada de una gran sensibilidad, situada en su entorno, entre el olor de los azahares, en su Sevilla y al compás de la alegría de todo lo que la rodeaba y amaba. Gracias por haberte conocido.

Ana: conocí a Rosi en 1990, ella acababa de obtener la cátedra, joven muy joven, porque Rosi todo lo hizo siendo muy joven. Fue en una de las reuniones de la Asociación de profesores de Derecho civil, en Barcelona: la primera a la que yo acudía porque hacía poco que había conseguido la plaza de profesora titular en la Universidad Autónoma de Madrid. Quién me iba a decir a mí entonces que me haría andaluza por decisión y tomaría como

referente a aquella mujer, pequeña como yo aunque pequeña, pequeña, sólo lo era en apariencia. Estaba en un silloncito sentada y me acerqué porque todo aquello me pareció una especie de hoguera de las vanidades y aquella mujer resaltaba en ese entorno, me pareció especial. No me equivoqué: porque las mujeres tenemos ese sentido que nos hace ver un poquito más allá, de alguna manera la reconocí para toda la vida. Le pregunté ¿tú quién eres? o ¿tú de dónde vienes?, no recuerdo bien; lo que sí recuerdo es lo que me contestó. Con ese gesto de orgullo femenino me dijo: *Soy Rosi Valpuesta y soy catedrática de Derecho civil*. Respondí: ¿siii? chica¡¡¡ qué barbaridad!!! Hasta ahora, más de veinte años después, todo lo que ha hecho Rosi siempre me ha parecido especial, porque ella es especial.

Cuando en septiembre de 1992 me vine a Málaga, llamé a Rosi; en esos días terminaba la "Expo" y a partir de entonces, la verdad, siempre hemos sido amigas, muy buenas amigas, esas amigas que se quedan hasta las cuatro de la madrugada hablando de las cosas importantes, las pequeñas cosas, las del día a día, las que salen de dentro. Fui a Huelva, cuando ella era catedrática allí y participé en una tesis doctoral, la primera en la que yo intervenía. Muchas cosas he hecho en estos años por primera vez junto a ella. Las primeras direcciones de tesis doctorales; los primeros discípulos; las alegrías universitarias y las decepciones también; cuántas cosas hemos compartido juntas, incluso trabajos, y cuántas veces me dio ese consejo que a veces tanta falta nos hace. Nunca olvidaré a Rosi, a esa mujer transgresora, como a ella le gustaba decir de sí misma, como en realidad lo fue toda su vida. Todo lo hizo siendo muy joven y se ha ido muy joven. Nos has dejado tan pronto que no estamos preparados para no tenerte.

María Paz. Cuando nos encontramos por primera vez, con el cambio de siglo, Rosi ya era una Catedrática de Derecho civil consagrada. Era Rectora de una de sus creaciones más queridas, la Universidad Pablo de Olavide, y una personalidad en la vida jurídica y política de Andalucía y más allá. La suerte, que a la postre fue para mí verdadera fortuna, decidió que fuera una de los integrantes del tribunal que había de juzgar mi acceso a la Cátedra; y a Santiago llegó con su peluca y su inseparable cigarrillo. Como a cualquiera, desde el primer momento me impresionó y me contagió su ilusión, la fuerza que ponía en todo lo que hacía, la intensidad con lo que defendía sus convicciones y, sobre todo, sus enormes ganas de vivir. Una amalgama indefinible nos unió desde entonces. Conocí por su boca a sus hijos, Alberto y Fátima, seguí los progresos de su nieto Guillermo, el nacimiento de Lucas, contemplé a través de sus ojos la profunda dignidad de las mujeres latinoamericanas más pobres a las que ella tanto admiraba, me hizo partícipe de muchos de sus problemas, me enseñó la senda por la que transité para redimensionar algunos de los míos, me incluyó en sus proyectos y me hizo avanzar en los míos, me pidió ayuda cuando la necesitó, la recibió con naturalidad y con afecto; me regaló su amistad y me enseñó algunas de las cosas mas importantes que he aprendido y que no olvidaré. Conocerla ha sido un gran regalo que siempre atesoraré.

Para quien no tuvo trato con ella o lo hizo de modo superficial, resultará ilustrativo que mencionemos algunos rasgos de su biografía, pequeño botón de muestra de su arrolladora personalidad.

Después de que el Presidente de la Junta de Andalucía la nombrara en 1997 Rectora-Presidenta de la recién nacida Universidad Pablo de Olavide (UPO), dos de sus proyectos más significativos y que mejor la definen fueron la creación de un Vicerrectorado de Cultura, Participación y Compromiso Social y de la Residencia Universitaria Flora Tristán en el barrio de Las Letanías de Sevilla, uno de los más desfavorecidos de la ciudad; el objetivo que la impulsó a ubicar esta última allí fue precisamente el de promover la recuperación de la zona y la integración social de sus habitantes con la presencia renovadora de los universitarios. Un colegio mayor de la UPO lleva hoy orgullosamente su nombre.

En esta época tuvo también que enfrentare a un incidente que le resultó particularmente doloroso: el encierro en 2002 de hasta medio millar de inmigrantes que reclamaban su regularización. Durante el mismo puso todo su empeño en que las personas allí encerradas viviesen en las mejores condiciones posibles, logrando que un grupo de trabajo realizase las labores de atención humanitaria necesarias para soportar la situación con dignidad. Finalmente, pese a todos los intentos de resolución del conflicto, se vio obligada a ordenar, con gran pesar, el desalojo de la Universidad.

Su incansable trabajo en favor de la sociedad y de sus miembros más vulnerables fue certificado con reconocimientos que, a buen seguro, a más de uno sorprenderán. La Guardia Civil le impuso la Cruz Blanca al Mérito Civil en octubre de 2001. Un año después, en octubre de 2002 ingresó en la Real Academia de Ciencias, Bellas Artes y Buenas Letras 'Luis Vélez de Guevara' de Écija. Siempre ligada a movimientos feministas y de izquierdas, el Ayuntamiento de Sevilla aprobó rotular una calle del centro de la ciudad, concretamente en el barrio de San Lorenzo, con el nombre de Rosario Valpuesta, en aplicación de la Ley de Memoria Histórica, que obligaba a retirar del callejero cualquier referencia a la Dictadura de Franco o la Guerra Civil —el Capitán Pérez, fue un artillero que disparó cañones contra el Gobierno Civil, que entonces estaba en la Plaza Nueva—; las miserias de los espíritus mezquinos que tantas veces logran sus objetivos, impidieron que finalmente la calle mudara su nombre. En el plano de la acción más directa colaboró con muchos ayuntamientos de Andalucía en la toma de conciencia de las mujeres rurales de su situación de subordinación y discriminación. También trabajó en América Latina con mujeres empeñadas en la lucha por sus derechos, en países como Colombia, Ecuador, Perú o Bolivia con las que convivió y en cuyas vidas se integró como si en ello le fuera la propia. Su lucha por la dignidad e igualdad de las mujeres más desfavorecidas le valió en 2012 el "Premio Meridiana", otorgado por el Instituto Andaluz de la Mujer.

Pero sería profundamente injusto que la enorme talla de Rosi como persona comprometida dejara en el olvido la dimensión intelectual y profesional de Rosario Valpuesta Fernández como universitaria y como civilista. Ya hemos hecho referencia a su importancia en la Universidad andaluza; fue Vicerrectora en la Universidad de Sevilla, pionera Catedrática de Derecho civil en la Universidad de Huelva, Presidenta de la Comisión Gestora de la Universidad Pablo de Olavide antes y primera Rectora después de la misma Universidad, cuya existencia y características no podrían entenderse sin ella; en justa correspondencia, la Universidad Pablo de Olavide le entregó en 2004 su Medalla de Honor.

Como Catedrática de Derecho civil, Rosario Valpuesta ha sido maestra directa de un equipo joven, dinámico y admirable en muchos sentidos, en el que su figura era, y seguirá siendo, el ejemplo, la dirección, el cariño, la labor de una verdadera maestra. Su espíritu de trabajo, generosidad y dedicación ha creado esta importante escuela de civilistas muy preparados y comprometidos con la labor de su maestra. Es destacable cómo entre todos han afrontado los nuevos retos de la docencia universitaria derivados del Plan de Bolonia, publicando el *Manual de Derecho civil patrimonial* I, del que todos son coautores en pie de igualdad y por riguroso orden alfabético: un reflejo de la personalidad Rosi, de su compromiso con la igualdad de la que hizo su banderín.

Sus aportaciones a las publicaciones científicas se cuentan por decenas. Son especialmente destacables sus monografías, la ya mencionada, *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*, en la que mostraba ya desde los inicios de su prolífica carrera su querencia por el Derecho de familia, así como la alabada *Acción reivindicatoria. Titularidad dominical y prueba,* trabajo de investigación con el que obtuvo la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Huelva. También son se-

ñeras sus contribuciones en algunos de los Manuales que, abarcando la práctica totalidad de la disciplina, han aportado a la formación de las últimas generaciones de juristas españoles en materia de Derecho civil. Numerosos son los artículos de su autoría, publicados en las más prestigiosas revistas españolas, entre los que queremos destacar el artículo "Publicidad registral, Seguridad del mercado y Estado social", publicado en el *Anuario de Derecho Civil*, en 2005; también ha publicado numerosos trabajos en revistas iberoamericanas, así como capítulos de libro que tocan casi siempre temas polémicos en los que nunca deja de aportar su personal y bien fundado criterio.

No podemos olvidar los fecundos resultados de sus últimos años. Sin duda es una de las grandes creadoras del pensamiento jurídico feminista de nuestro país, al que ha dado la altura intelectual y el alcance científico que tantos ignorantes, a los que ella simplemente también ignoraba, siguen negando. Suya fue la idea de los sucesivos encuentros que se iniciaron en Carmona en 2009 y a los que, a buen seguro, no dejaremos morir; los resultados son tangibles y quien de verdad quiera acercarse a ellos sin prejuicios entenderá fácilmente su alto valor para el Derecho privado. Conectado con este tipo de pensamiento, pero con su propia entidad tenemos que mencionar de nuevo su última gran obra, *La disciplina constitucional del Derecho de familia*, sin duda su libro más personal y más querido, en el que trasmite con la misma pasión que solidez intelectual sus fuertes convicciones.

Además del ya citado Proyecto iniciado en Carmona, las autoras de este pequeño homenaje también hemos compartido con ella el nacimiento y primeros pasos del *Grupo Actualiza*, en el que junto con un puñado de colegas estamos tratando de impulsar, desde el ámbito universitario, la necesaria modernización de nuestro más que centenario Código civil. De nuevo tenemos que decir Rosi es el alma del Proyecto, y de nuevo sus amigos y compañeros haremos lo imposible para que siga adelante.

Sus dilatados logros académicos merecieron varios reconocimientos de carácter internacional. Fue nombrada Profesora Honoraria de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cuzco (Perú) en 1988; en 2002 recibió el Diploma de Honor de la Cámara Municipal de Curitiba (Brasil), y el 7 de junio de 2007 fue nombrada Doctora Honoris Causa por la Universidad Nacional de Catamarca (Argentina). Su amada América Latina, a quien tanto quería, le supo devolver con honores lo mucho que a lo largo de los años ella le entregó.

El lector nos va a permitir que hablemos también en este personal homenaje de su enfermedad. Susan Sontang, una mujer con la que Rosi tenía tantas coincidencias, puso en evidencia los errores derivados de la mixtificación de la enfermedad y más en concreto, del cáncer que, como Rosi, ella padeció y que finalmente terminó con la vida de ambas. Pedía en uno de sus más afamados escritos que no se utilizaran metáforas para tratar con ella, ni se la utilizara a su vez como metáfora; que se le llamara por su nombre, que el enfermo no negara su existencia, que la mirara de frente, que no le tuviera miedo, que la afrontara con dignidad y con valor, que viviera y que disfrutara de cada minuto su vida. Susan Sontag no lo sabía, pero estaba retratando a Rosario Valpuesta.

Es tan difícil despedir a Rosi que lo vamos a hacer con unas pocas palabras tan manidas como certeras: ella era sencillamente una gran mujer. Sencillamente, porque Rosi era sencilla; grande porque, envuelta en un cuerpo pequeño, todo lo hacía desde la grandeza de su pensamiento y sus profundas convicciones; y mujer, sobre todo una mujer convencida con la razón, el sentimiento, el corazón y el estómago —como a ella le gustaba decir— de que los cambios necesarios para paliar muchas injusticias de este mundo sólo pueden tener lugar desde el alma de lo femenino.

EMILIO BELTRÁN IN MEMORIAM (1958-2013)

Ana B. Campuzano
Salvador Vives

Para quienes suscribimos esta nota *In Memoriam,* EMILIO BELTRÁN era un maestro y un amigo. Quizá más maestro que amigo para una y más amigo que maestro para otro. Pero las palabras con las que nos gustaría recordarlo son las de maestro y amigo. Puede que nos resulte difícil en esta breve semblanza personal evitar la pasión que ambos sentimos, pero ello no ha de impedir que sea fidedigna al magisterio y a la amistad que, a lo largo de su vida, distinguió a EMILIO BELTRÁN.

Nacido en Salamanca el 14 de abril de 1958, cursó los estudios de Derecho en la Universidad de esa ciudad. Una vez finalizada brillantemente la Licenciatura en Derecho (1981) se incorporó como investigador al área de Derecho mercantil de aquella Universidad, merced al magisterio de ÁNGEL ROJO y, posteriormente, al Real Colegio de San Clemente en Bolonia (Italia), en cuya Universidad, bajo la dirección de GERARDO SANTINI, defendió la tesis doctoral (1983). Al término de este período, se trasladó a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid donde obtuvo la plaza de Profesor Titular (1986) y, con posterioridad, la de Catedrático de Derecho mercantil en la Universidad de Cantabria (1990). Algunos años después, se incorporó como Catedrático de esa misma especialidad a la Facultad de Derecho de la Universidad San Pablo-CEU de Madrid (1995), en la que permaneció hasta su prematura desaparición (2013).

Con su característico sentido de la responsabilidad y del trabajo bien hecho, desarrolló una ingente labor universitaria. EMILIO BELTRÁN poseía una extraordinaria formación, lo que más allá de plasmarse en un amplísimo currículum académico, se traducía en un sólido conocimiento que siempre tuvo la generosidad de compartir. No siempre la Universidad española sabe diferenciar formación de información y no siempre está dispuesta a reconocer a quienes transitan por sus aulas con auténticos deseos de formar o ser formados. En la estela de los grandes maestros de la literatura jurídica española, EMILIO BELTRÁN nos lega una amplia obra científica, sólida y profunda, resultado de su dedicación al estudio. Pocos son los sectores del Derecho Mercantil en los que no se adentró. Los estudios de Derecho de sociedades, de Derecho de los títulos valores, de Derecho de la navegación o de Derecho agrario, o su contribución al análisis de los problemas de la unificación del Derecho privado, ponen de manifiesto que estamos ante un jurista integral. Los trabajos que realizó sobre

la responsabilidad de los administradores o la liquidación de las sociedades mercantiles, constituyen obras señeras de EMILIO BELTRÁN. La preocupación por la metodología de la enseñanza o de los trabajos científicos evidencia un espíritu universitario de extraordinaria calidad. En su madurez intelectual acometió algunas obras, de notable envergadura, destinadas a permanecer en el catálogo de bibliografía de obligado manejo. Lo hizo en el ámbito del Derecho de Sociedades, con su participación en el Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles y, posteriormente, con el Comentario de la Ley de Sociedades de Capital. Aceptó el cometido de modernizar e impulsar la Revista de Derecho Mercantil, asumiendo el cargo de Director adjunto de la misma. Pero si hay un ámbito en el que las aportaciones de EMILIO BELTRÁN resultan fundamentales es en el Derecho concursal. Sin duda alguna, la figura del Profesor BELTRÁN no puede reducirse al ámbito del Derecho de la insolvencia, pero profundo conocedor de la complejidad de este sector del ordenamiento, la obra que nos lega resulta imprescindible para conocer la evolución del derecho de la insolvencia en nuestro país. Son innumerables las publicaciones, proyectos y actividades en las que participó en aras del desarrollo del Derecho Concursal. Algunas de ellas ocupan un lugar prevalente en esa consolidación conceptual. Destaca su labor al frente del *Comentario de la Ley Concursal*, en la dirección del *Anuario de Derecho concursal* y en la codirección de la colección de monografías titulada *Estudios de Derecho concursal.* A ellas cabe añadir otras iniciativas y actividades en las que volcó su firme convicción en la necesidad y conveniencia de difundir la cultura concursal, de la que tantas veces se hizo eco. Así, participó en la constitución de la *Asociación Española de Derecho de la Insolvencia,* cuyo fin primordial es celebrar anualmente un *Congreso Español de Derecho de la Insolvencia* que aborde los temas o las cuestiones monográficas más relevantes en la materia; fue miembro activo del *Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal,* en cuyas sesiones participó con frecuencia; y organizó y dirigió el *Master Universitario en Insolvencia Empresarial,* desde el convencimiento de que la insolvencia conformaba una situación merecedora de un análisis global.

EMILIO BELTRÁN fue durante toda su vida un Universitario, un profesor Universitario, condición que siempre le llenó de orgullo. No quiso priorizar otras tareas —que también emprendió— sobre la Universidad. Para él la investigación, los libros, los discípulos, en resumen la academia, eran lo primero. Incluso en su aventura profesional en *Dictum*, despacho de abogados que fundó, como firma de servicios jurídicos que promoviese la formación de sus miembros y procurase la dualidad académico profesional de todos ellos. EMILIO BELTRÁN, jurista y docente, creía firmemente que la auténtica Universidad debía aunar la enseñanza teórica y la práctica, en una fusión perfecta del mundo académico y el mundo forense, a todos los niveles. Esta Universidad sería capaz de llevar a la práctica el trabajo de investigaciones y estudios que desembocaran en una solución para los problemas reales. Creía que la barrera que diferencia a docentes y profesionales debía difuminarse para avanzar hacia una nueva forma de ejercer la abogacía, un perfil profesional diferente, un jurista mejor.

EMILIO BELTRÁN era un hombre trabajador, sobrio, honesto, familiar, leal. Estaba impregnado de una sobriedad de carácter castellano, desprovisto de vanidades y halagos. Era un profesor tranquilo y sosegado, un hombre paciente e inteligente, con quien se podía hablar sin tensión sobre cualquier tema, porque lo reconducía, de forma natural, a una discusión racional y tranquila. Era, por encima de todas las cosas, un hombre familiar, un compañero y un amigo de extraordinaria condición humana

Quienes firmamos esta breve semblanza hemos tenido la oportunidad y el privilegio de conocer a EMILIO BELTRÁN y de

disfrutar de su ejemplo durante años. En los momentos buenos, pero también en los más dolorosos. En todos ellos mantuvo la serenidad y el sosiego de quien posee unas inquebrantables cualidades personales. Se nos ha ido un maestro y un amigo. Permanece en nuestra memoria su obra y en nuestro corazón su recuerdo.

NORMAS DE LA REVISTA

I. CRITERIOS GENERALES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS A LA REVISTA TEORÍA & DERECHO

1. Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.
2. Los originales de los artículos de las dos primeras secciones (Debate y Estudios) tendrán una extensión entre 22.000 caracteres y 56.000 como extensión máxima, interlineado de 1.5 y letra punto 12. Soporte informático, preferentemente en Word o formato revisable
3. Los términos de presentación de originales finalizan el 1 de mayo (para el número que se publica en diciembre) y el 1 de noviembre (para el número que se publica en junio del año siguiente)
4. Se ha de indicar el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, el cargo o la profesión y la vinculación institucional con la que los autores o autoras desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.
5. Los autores y autoras harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la revista se pueda poner en contacto (dirección postal, teléfono y dirección electrónica)
6. Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen de10 líneas o 1.000 caracteres en castellano y en inglés. También hay que incluir una lista de cinco o seis palabras clave o descriptores de la materia en castellano y en inglés. El título del artículo y el sumario en castellano y en inglés.
7. Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados en que se estructuran. Los títulos y subtítulos seguirán el siguiente criterio. Números árabes (1, 2, 3); letras mayúsculas (A, B, C) y letras minúsculas con paréntesis a), b), c).
8. En el caso de los artículos publicados en la Sección «Temas de Hoy», se podrá obviar parte de los requisitos formales de la revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la Revista teoría & derecho lo hará constar.
9. Las traducciones y texto de la sección titulada «Varia» no se exige el cumplimiento de los requisitos anteriores

II. SISTEMA DE CITAS:

1. Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo editor considera que la forma óptima de presentar las referencias bibliográficas será al final del texto, a través de una nota bibliográfica que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de posición del autor.

2. Podrá utilizarse también el sistema abreviado de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se indicarán en el texto por un paréntesis que contenga autor, año de aparición de la obra y número de la página. Ejemplo: (González Vicén: 1990:95)

Al final del artículo se incluirá un elenco con las citas completas de todas las obras mencionadas, según el criterio que se indica en el apartado III. Si se citan varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. Tanto en el elenco bibliográfico como en la referencia bibliográfica. Si se citan varias obras del mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula.

En todo caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma:

Apellido/s, Nombre, Título del libro, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colección). Se distinguirá entre libro, artículo de revista, artículo incluido en libro, etc. Apellidos, Nombre, «Título del artículo o capítulo». *Título de la revista o del libro,* volumen, numero, ciudad de edición, año de publicación, páginas.

III. ADMISIÓN DE ORIGINALES Y SISTEMA DE EVALUACIÓN

Los originales serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a los editores de los números monográficos o los debates y a evaluadores externos. La revista garantiza el anonimato de los evaluadores. Cualquiera de los evaluadores internos o externos puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado. Los autores recibirán el resultado de la evaluación, y en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores. En este caso, la publicación definitiva del trabajo será sometida, de nuevo, al Consejo Editorial de la revista.

Los evaluadores tendrán en cuenta, especialmente: *(i)* la idoneidad temática *(ii)* la calidad y el rigor de los argumentos que se presentan *(iii)* estructura adecuada *(iv)* oportunidad y relevancia del artículo para la discusión de problemas en su área de investigación *(v)* la validez de los datos y las fuentes bibliográficas

IV. CORRESPONDENCIA CON LA REVISTA

Los originales pueden remitirse por correo electrónico a la dirección: teoria.derecho@uv.es o por correo postal, enviando una copia impresa y en soporte digital a al siguiente dirección: Revista Teoría y Derecho. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entlo, 46010-Valencia.

V. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores y autoras ceden a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos. Asimismo, permiten al Consejo de la revista distribuir sus contenidos en todas aquellas bases de datos científicas en la que se encuentre indexada la Revista, siempre con el objetivo de asegurar una amplia distribución de los contenidos cedidos por los autores.

VI. BASES DE DATOS

LATINDEX: cumple 33 criterios, sobre 33.
ISOC: Sumarios Derecho
RESH: http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores
DICE: http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443
CIRC: Clasificación integrada de revistas científicas
GOOGLE SCHOLAR METRICS

I. SUBMISSIONS TO THE JOURNAL *TEORÍA & DERECHO*

1. All manuscripts submitted for consideration should be original and unpublished.
2. *Debate* and *Estudios* originals should average between 22.000 and 56.000 characters in length, spaced in 1,5, and 12p for the body type.
3. The deadlines for submissions to be included ends May 1st and November 1st, to the number of December and June of the following year, respectively.
4. The authors must indicate the title of the paper, complete name of the author(s), position of the author(s), and their institution, to be included on the article.
5. The authors must send with their submission their personal data (specifically, postal address, telephone number and electronic address) in order to allow the Journal to mantain contact with them.
6. Submissions must include the following elements: title (in Spanish and English), an abstract (10 lines or 1000 characters; in Spanish and English), and between 5 or 6 key words.
7. Submissions should include a Summary, where the titles of the different sections of the text are written. Submission structure must follow the next criteria: Arabic Numbers (1, 2, 3); Upper case (A, B, C); and Lower case with brackets a), b), c).
8. Submissions to the section *Temas de Hoy* may omit the formal requeriments (abstracts, peer review, length and to be an unpublished work), althougth the manuscript submitted may accomplished some of them. In this case, the Journal *Teoría & Derecho* would record it.
9. The former requirements cannot be required to translations and papers submitted to the *Varia* section.

II. PEER REVIEW PROCESS

Review of submissions

In order to select the submissions to be published, all of them will be reviewed through a peer review process. The assessment shall be made by two reviewers. One of them shall be the editor of the issue or the debate. The other one shall be a person with expertise in the subject of the paper. Any of them shall know the identity of the author, neither the author shall know the identity of the reviewers. To be published, submission must obtain the positive assessment of both of them. In case of contradiction, the final decision is allocated in the Editorial Board. Authors shall receive the result of review process and, if necessary, make modifications in the submission according with the comments of the reviewers. Authors shall receive a communication though e-mail informing them about de publication of their work, after the Editorial Board would have considered it again.

Reviewers must take into account specifically:

- Its thematic suitability;
- The scientific quality and rigor of the arguments presented;
- Its appropriate structure;
- The opportunity and relevance of the submission in its research field.
- The validity of used data and the bibliographical resources.

III. CORRESPONDENCE WITH THE JOURNAL:

Original should be send to the e-mail address: teoria.derecho@uv.es

IV. QUOTES CITATION FORMAT

1. Having into account the nature of the Journal, orientated to the theoric thought, it should be preferred to include the bibliographical references at the end of the paper, trhough a bibliographic note which reflects the state of art, the most relevant articles and the fundamentals of the author's thesis or reasoning.
2. The shorten citation system can be also used. In this case, all citations must be placed in a list of bibliography within an endnote. At the end, it should be included a list of bibliography, according to the next criteria. Doing this, citations should go in brackets, including author's surname, date of publication and the page/s. For instance, (González Vicén: 19995:95).
3. If some papers of the same author are cited, they should be ordered chronologically. If these are published in the same year, they will be ordered alphabetically with lower case. In any case, bibliographical references must be quoted in the following manner: Surname/s, Name, Title, Place of edition, editor, year of publication, number of pages (occasionally, the collection). Books, chapters of books, and papers, etc., will be distinguished. Surname/s, Name, «Title of the paper or the chapter». Title of the Journal or Book, Volumen, Number, Place of edition, year of publication, number of pages.

V. COPYRIGHT NOTICE

Authors grant to the Journal the Copyright of those papers accepted, exclusively. Authors also allow the Journal to share their work in scientific databases, in which the Journal is indexed, in order to make sure a greater citation of those contents granted by the authors.

VI. MEMBERS OF THE BOARD AND THE COMMITTEE

To become a member of the Editorial Board and the Scientific Committee, it should require: to be professor (*Catedrático*) of some University and/or a Center of Research; to be older than 50 years old; to be a renowned professor within the scholarship. All these requirements should be accomplished when they accede to any of these bodies.

VII. DATABASES

LATINDEX: accomplishing 33 quality criteria (of 33 criteria): http://www.latindex.unam.mx/buscador/ paraCum.html?tipoR=2&tipo=1&folio=16791

DICE: http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443

ANEP: Category B

CIRC: Integrated Classification of Scientific Journals: http://epuc.cchs.csic.es/circ/

RESH: http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores

ISOC: Database Unity ISOC. Review of Scientific Publications

GOOGLE SCHOLAR METRICS