teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. DICIEMBRE 10/2011

CONSEJO EDITORIAL*:
Tomás S. Vives Antón
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (Director)
Ángel M. López y López
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla
María José Añón Roig
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (Coordinadora)

COMITÉ CIENTÍFICO*:
Gregorio Peces-Barba Martínez
Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid
Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
Tomás Sala Franco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia
Luis López Guerra
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid
Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid
Javier de Lucas Martín
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia
Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid
María Rosario Valpuesta Fernández
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
Emilio Beltrán Sánchez
Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad CEU San Pablo de Madrid
Marta Lorente Sariñena
Catedrática de Historia del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid

* Por orden de edad

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. Sitio web: www.tirant.com/teoriayderecho

Correspondencia
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

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

© Tirant lo Blanch
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

La Constitución de 1812: miradas y perspectivas

Presentación. De bicentenarios y otras cosas 9
Marta Lorente Sariñena

Nación y emancipación 21
José Mª Portillo

Retrato de familia 41
Josep Mª Fradera

La Constitución de Cádiz y el primer liberalismo español 49
Joaquín Varela Suanzes-Carpegna

La Constitución de Bayona de 1808 y la historia constitucional hispánica 67
Jean-Baptiste Busaall

La Constitución revolucionaria 81
Ignacio Sarasola

Constitucionalismo consultivo 89
Fernando Martínez Pérez

Constitución parlamentaria 101
Roberto L. Blanco

La revolución bihemisférica de la Constitución de 1812 113
Manuel Chust

La americanización de la Pepa 121
Antonio Annino

ESTUDIOS

Racionalidad y (auto)precedente. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente 133
Marina Gascón Abellán

Derecho administrativo, método y precedente 151
Silvia Díez Sastre

Un diagnóstico y algunos remedios de la política criminal española 171
José Luis Díez Ripollés

La entropía como propiedad jurídica y su relación con los sistemas de información territorial 189
Antonio Jiménez Clar

El interés jurídico como criterio de legitimación en el proceso civil 215
Ricardo Juan Sánchez

Critical Legal Studies en pocas palabras 251
Juan Antonio Pérez Lledó

Comprendiendo el derecho de autor 267
Rafael Sánchez Aristi

TEMAS DE HOY

El Derecho penal (y los penalistas) en tiempos de crisis 297
Juan Carlos Carbonell

La intervención administrativa en internet y su control jurisdiccional contencioso-administrativo. Novedades del proyecto de ley de economía sostenible 307
Augusto González Alonso

VARIA

El arbitraje sobre los derechos de propiedad intelectural de *LA CUMPARSITA*. Un ejemplo de arbitraje entre letristas y compositor 333
Juan Montero

Normas de la revista 355

SUMMARY

DISCUSSION

The Constitution of 1812: views and perspectives

Presentation. Bicentennials and other things 9
Marta Lorente Sariñena
Nation and emancipation 21
José Mª Portillo
Family Portrait 41
Josep Mª Fradera
The Constitution of 1812 and the first Spanish liberalism 49
Joaquín Varela Suanzes-Carpegna
The Bayonne Constitution of 1808 and Hispanic constitutional history 67
Jean-Baptiste Busaall
The revolutionary constitution 81
Ignacio Sarasola
Consultative constitutionalism 89
Fernando Martínez Pérez
Parlamentary Constitution 101
Roberto L. Blanco
The bi-hemispheric revolution of the 1812 Constitution 113
Manuel Chust
The Americnisation of la *Pepa* 121
Antonio Annino

STUDIES

Rationality and (self) precedent. Brief remarks on the basis for the self-precedent rule and its implications 133
Marina Gascón Abellán
Administrative Law, Method and Precedent 151
Silvia Díez Sastre
A diagnosis of Spanish criminal policy and some remedies 171
José Luis Díez Ripollés
Entropy as legal ownership and its relationship to the real estate registry information system 189
Antonio Jiménez Clar
Legal Interest as Criteria for Legitimation in Civil Process 215
Ricardo Juan Sánchez
Critical legal studies in a nutshell 251
Juan Antonio Pérez Lledó
Understanding copyright 267
Rafael Sánchez Aristi

TODAY'S ISSUES

Criminal law (and criminal lawyers) in times of crisis 297
Juan Carlos Carbonell
Administrative intervention in the internet and its control by administrative justice. New developments in the Draft on Sustainable Economy 307
Augusto González Alonso

VARIA

Arbitration on the intellectual property rights of the tango *"La Cumparsita"*. An example of arbitration between lyricists and composer 333
Juan Montero

Rules of the journal 355

DEBATE

La Constitución de 1812: miradas y perspectivas

Presentación. De bicentenarios y otras cosas
Marta Lorente Sariñena
Nación y emancipación
José Mª Portillo
Retrato de familia
Josep Mª Fradera
La Constitución de Cádiz y el primer liberalismo español
Joaquín Varela Suanzes-Carpegna
La Constitución de Bayona de 1808 y la historia constitucional hispánica
Jean-Baptiste Busaall
La Constitución revolucionaria
Ignacio Sarasola
Constitucionalismo consultivo
Fernando Martínez
Constitución parlamentaria
Roberto L. Blanco
La revolución bihemisférica de la Constitución de 1812
Manuel Chust
La americanización de la Pepa
Antonio Annino

DE BICENTENARIOS Y OTRAS COSAS

Marta Lorente Sariñena
Catedrática de Historia del Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario: 1. Nación y Constitución. 2. El constitucionalismo gaditano. Caracteres básicos. 3. Volviendo al principio. La dimensión bihemisférica del constitucionalismo gaditano. 4. A modo de conclusión.

El 19 de marzo de 2012, la Constitución gaditana cumplirá 200 años. No estoy muy segura, sin embargo, que la fecha vaya a significar mucho para la ciudadanía española, inmersa como está en una crisis que parece anunciar, o incluso confirmar, la decadencia de algunas convicciones que se han venido asentando con enormes dificultades a lo largo de las dos últimas centurias. A pesar de las buenas intenciones institucionales, que merecen sin duda el aplauso de todos, tengo para mí sin embargo que la celebración del cumpleaños de la primera norma doceañista no puede dar mucho de sí, siempre y cuando aceptemos lo que aparentemente resulta ser una obviedad, a saber: como quiera que el "momento gaditano" pertenece al pasado por completo[1], contiene pocas enseñanzas que sirvan para ilustrarnos respecto de cómo abordar los retos que se están planteando en nuestro intranquilizador siglo XXI.

Soy muy consciente de que la anterior no es precisamente una opinión general, al mismo tiempo que debo reconocer que sólo desde un profundo pesimismo respecto del actual estado de cosas se puede mantener tal opinión[2]. Debo advertir, no obstante, que no me mueve intención crítica alguna contra la celebración institucional de efemérides históricas, las cuales, por cierto, suelen convertirse incluso en interesante objeto de estudio para los historiadores profesionales[3]. Así pues, el lector no encontrará en esta presentación alusión alguna al excesivamente manido tema de la invención de tradiciones, puesto que creo sinceramente que es bueno recordar que en Cádiz se aprobó una Constitución con la que se pretendió regenerar introduciendo enormes cambios en la fundamentación del poder político así como en sus modos de ejercicio. Ahora bien, todo ello no me impide sostener al mismo tiempo que el esfuerzo gaditano constituyó la última manifestación de un mundo perdido para siempre, y no la primera de uno nuevo que, si bien por aquel entonces comenzaba a despertar, en buena medida sigue viviendo entre nosotros[4].

Volveré más adelante sobre esta cuestión que constituye un punto que divide a la historiografía, ya que interesa abordar primero una problemática vinculada al hecho mismo de la celebración del Bicentenario. Expresado con claridad: ¿qué podemos celebrar el próximo mes de marzo? En el arranque del presente escrito he recordado que la Constitución gaditana está a punto de cumplir doscientos años; sin embargo, esta afirmación no resulta del todo cierta puesto que lo único que podemos celebrar es el aniversario de un importante trozo de papel al que la diosa fortuna no dedicó mucha atención. Y es que mientras que en su momento los norteamericanos pudieron celebrar la longevidad de su Carta Magna, o los franceses el carácter más o menos constitutivo de su revolución, a los españoles de ambos

hemisferios sólo nos queda el recuerdo de un fracaso, a saber: la primera norma gaditana no consiguió ese objetivo que había consignado en su propio enunciado, en la medida en que no fue capaz de consolidar esa *Constitución Política de la Monarquía Española* que fue promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812[5].

Repárese en que además de con otras muchas cosas, la Monarquía se identificaba con los distintos territorios sobre los que ejercía su especial forma de control, por lo que el fracaso al que me he referido resultó ser doble. Y es que, a la par que el inconstitucional Fernando VII se empeñó en quitar de "en medio del tiempo" la obra constitucional en dos diferentes ocasiones[6], los españoles no peninsulares terminaron rechazando una Constitución que se redactó pensando también en ellos[7]. Así las cosas, por mucho que nos empeñemos, Cádiz no sirve para situar orígenes constitucionales y/o nacionales sino más bien para todo lo contrario; en definitiva, si para algo interesa hacer historia de lo sucedido allí, es para comprender las razones que llevaron a la desintegración definitiva de una Monarquía a la que bien puede atribuirse una naturaleza y estructura imperiales[8].

A mi modo de ver, el anterior es justamente el punto más conflictivo de la conmemoración. Sólo forzando mucho los hechos históricos podemos convertir en orígenes lo que no fue sino una esperanza truncada, la cual algo o mucho tuvo que ver con la especial naturaleza de lo que podríamos definir como su punto de partida. Y es que, como nos recuerda en el arranque de su contribución Joaquín Varela, "el factor que desencadenó el nacimiento del constitucionalismo español fue exógeno, no endógeno". En buena medida, el constitucionalista asturiano viene a subrayar para el constitucionalismo gaditano lo que ya hace algún tiempo sugirió Tulio Halperin respecto de las independencias americanas, las cuales, según este patriarca de los historiadores argentinos, fueron más forzadas que originariamente deseadas[9]. Los reclamos americanos fueron, en principio, autonomistas[10], si es que así podemos definir la especial defensa de los llamados "depósitos de soberanía" en el comienzo de la crisis[11]. En todo caso, una lógica similar, por no decir directamente idéntica, animó a los españoles de ambos hemisferios a redactar Constituciones; una lógica que estuvo presidida por el abandono de su prole protagonizado por el que hasta entonces se consideró Rey-Padre, como bien recuerda Portillo en su artículo.

Pero, una vez llegados aquí, tampoco debe olvidarse que la crisis abierta en 1808 creó un campo de dimensiones bihemisféricas en el que florecieron los más diversos proyectos y normas constitucionales. No creo pecar de nacionalismo mal entendido afirmando que entre todos ellos, los gaditanos resultaron ser los más relevantes por una serie de razones en las que conviene hacer hincapié. En primer lugar, la trabajosa preparación, elaboración, discusión, promulgación y publicación de la Constitución doceañista nos ha dejado infinidad de rastros que no admiten comparación con los generados en otros procesos constituyentes[12], con independencia del enorme interés que para la historia revisten estos últimos[13]. En segundo, la Constitución gaditana no sólo estuvo vigente en ambos hemisferios, sino que además muchos de los textos constitucionales americanos la tuvieron como referente en un doble sentido ya que, a la par que en ocasiones sirvió para inspirar, en muchas otras se convirtió en objeto de rechazo[14]. Y, finalmente, en tercero, la Constitución gaditana, o mejor, algunas partes de ella, vivieron en tierras americanas más allá incluso de su cancelación en suelo peninsular[15].

Aunque volvamos más adelante sobre ella, merece que nos detengamos por un momento en esta última cuestión. Creo no ser en exceso puntillosa al sugerir que el término "influencias" describe mal el valor constitutivo —o, si se quiere, fundacional— del constitucionalismo gaditano en tierras americanas; por lo que bien podríamos plantearnos la conveniencia de restringir su uso. Tal y como afirmara un autor tan poco neutral como fue Lucas Alamán, tras la independencia mexicana interesaba examinar en detalle la Constitución doceañista debido a que "(...) su sistema y plan general de

proceder, como que ha sido el modelo que han imitado todos los congresos mejicanos (...)"[16]. Y no sólo: importantes publicistas mexicanos llegarían a reconocer que a diferencia del texto constitucional de Apatzingán (1814), de cuya "exactitud técnica" no dudaban, tanto la Constitución como la obra normativa de las Cortes doceañistas debían incluirse entre las bases históricas del derecho público mexicano debido a que su valor "de hecho y de derecho" se dejaba sentir incluso en los "Códigos novísimos" de la República mexicana de finales del Ochocientos[17].

En resumidas cuentas, motivos hay, y muchos, para volver nuestra mirada hacia el "momento gaditano", aun cuando, eso sí, tratando de separar en lo posible lo que es mera celebración del más cuidadoso análisis de su dimensión histórica. Ésta, en términos territoriales, desborda con mucho el reducido espacio peninsular, de la misma manera que también lo desborda si nos referimos a lo que muchos historiadores denominan, esta vez certeramente, influencias del mismo. Como bien es sabido, el texto constitucional gaditano pudo perder su vocación normativa por la fuerza de las cosas, pero no su condición de referente hasta el punto de que puede hablarse de una mitología gaditana que se extendió por esa Europa que pretendió (re)nacer en la Viena postnapoleónica. De todo ello, aunque por supuesto de mucho más, se habla en los artículos que componen la sección de debates del presente número de *Teoría y Derecho*, unos artículos que se insertan en lo que bien puede considerarse un importante giro en la historiografía constitucional hispánica y no sólo española en exclusiva.

Debo advertir, no obstante, que todas y cada una de las presentes contribuciones constituyen una versión del constitucionalismo gaditano, o más concretamente, de algunos de sus aspectos centrales. Es por ello que muchas de las afirmaciones vertidas en unas tienen su contrapunto en otras. Quien esto escribe ni puede ni debe pretender convencer al lector respecto de lo acertado de las distintas argumentaciones aprovechándose de su condición de introductor de un debate; no obstante lo cual, creo no traicionar la neutralidad que pretendo guie estas páginas localizando aquellos puntos que resultan más controvertidos. Es justamente la presentación de estos últimos la que ha determinado el orden en el que aparecen los artículos, en cuyo conjunto se exponen las líneas básicas de un debate que ha venido entablándose en torno al estudio histórico de la primera norma doceañista en las últimas décadas.

Veámoslo con cierto detenimiento.

1. NACIÓN Y CONSTITUCIÓN

Es bien sabido que, como tantos otros, los términos nación y constitución transformaron su significado en el curso de la crisis de finales del Setecientos. Con independencia de que los situemos bajo el tan complejo, y sin duda problemático, enunciado de las "revoluciones atlánticas" en orden a contextualizarlos, lo cierto es que la emergencia de las Constituciones escritas marcaron un antes y un después en la historia del constitucionalismo[18]. Aunque sea un lugar común, conviene siempre recordar que la polémica que enfrentó al conservador Burke y al revolucionario Paine situó el núcleo central de la misma en la conflictiva idea del rechazo o justificación respecto de la existencia de un poder constituyente; el cual, simplemente por serlo, disponía de la historia hasta el punto de ser capaz de cancelarla llevándose por delante el antiguo concepto de "constitución material"[19]. Cifrar en el constitucionalismo escrito la marca básica de lo que bien puede denominarse un cambio de paradigma no implica en absoluto negar la posición en tantos sentidos precursora del constitucionalismo inglés y, con posterioridad, británico; no obstante lo cual la apuesta gaditana[20], e hispánica, por la redacción de códigos constitucionales desvinculó el que bien puede denominarse "modelo" doceañista del constitucionalismo inglés, con independencia, como más adelante se verá, de la existencia de importantes puntos de contacto entre uno y otro.

Una vez situados en el campo de la escritura, el término Constitución suele ir ligado casi por naturaleza al de Nación. Si utilizo las mayúsculas para dar cuenta de este último, es debido a que la "constitucionalización" del término nación no sólo abrió un nuevo campo que alejaba o superponía el término respecto de los significados ya conocidos, que oscilaron entre la simple referencia al lugar donde uno nacía y la creación de un sujeto literario[21]. En todo caso, las primeras constituciones, sobre todo las francesas, usaron y abusaron del término en la medida en que se consideró que servía como ningún otro para generar un nuevo titular de la soberanía. Todo ello es bien conocido, no obstante lo cual en los dos primeros artículos que abren la presente publicación se plantea un profundo replanteamiento de la relación entre constitución y nación la cual, (pre) determinada en lo que podríamos denominar multiplicidad de procesos constituyentes a los que se refiere Portillo en su escrito, terminó articulándose en términos constitucionales en una versión que Fradera ha incluido en su "Retrato de familia".

En su "Nación y emancipación", José Mª Portillo da cuenta de la quiebra que para el derecho de gentes supuso la intervención bonapartista, al mismo tiempo que subraya la naturaleza provincial e, incluso, local, de la nación española levantada en armas contra el invasor. La mal denominada "guerra de la independencia"[22], cuando menos en su momento, no implicó unidad alguna, sino muy por el contrario dispersión. El fenómeno juntista[23] que, si bien en su momento jugó un importante papel en la recuperación de la historiografía liberal[24], es hoy contemplado en su dimensión bihemisférica, puesto que hacerlo de otro modo implica ocultar por completo una importante sección de la historia abierta en 1808. El análisis de Portillo, centrado sobre todo en la actuación de las Juntas, pone de relieve la persistencia de una percepción metropolitana que se compadece mal con los mensajes enviados al otro lado del Atlántico. Los sucesos novohispanos lo pusieron de relieve, hasta el punto de que la Junta Central prefirió ajustarse a la política de hechos consumados antes de tratar de imponer el orden legal. Así las cosas, América llegó ya "dañada" a las Cortes, por cuanto que se dio por supuesto que debía ser invitada a las mismas, lo que desde luego no sucedió con otras provincias peninsulares. En definitiva, por mucho que se empeñase la Constitución, el lenguaje de igualdad no pudo compartirse entre los españoles de ambos mundos, dejando así abierto el campo al lenguaje de la emancipación.

Mas, con independencia de que la "reunión de los españoles de ambos hemisferios" no fuera posible, lo cierto es que la Constitución gaditana mantuvo una percepción de lo que debía ser la nación que, según nos sugiere Fradera, fue en parte compartido con otras primeras normas. No obstante, debe hacerse hincapié en que en su "Retrato de Familia" este historiador va más allá de la reproducción de la vieja, o mejor, polvorienta polémica sobre el valor de copia que supuso la Constitución gaditana respecto de las francesas revolucionarias. Espero no traicionar el mensaje que trasmite afirmando que quizás los términos imperial e imperialista no sean intercambiables, puesto que las que el autor denomina "constituciones imperiales" si por algo se caracterizan es por "voluntad de organizar a metrópolis y colonias en un único marco institucional", lo que desde luego no persistió a lo largo del siglo XIX. Recuérdese a estos efectos cómo la propia Constitución española de 1837, que se entendió a sí misma como una suerte de "reforma" de la Constitución doceañista, expulsó en su proceso de redacción a los representantes de los últimos territorios ultramarinos, utilizando la peregrina expresión de que estos últimos no necesitaban otra cosa que poner o mantener en vigor las antiguas y sabias leyes de Indias. En esto, el constitucionalismo español, ya exclusivamente peninsular, fue más cínico que el francés napoleónico, que como bien recuerda Fradera solucionó el problema metrópoli-colonia aduciendo que el régimen de las colonias francesas estaría determinado por leyes especiales (Constitución de 1799). La nación y el imperio quedaron, pues, definitivamente separadas.

2. EL CONSTITUCIONALISMO GADITANO. CARACTERES BÁSICOS

La obra de las Cortes de Cádiz fue más allá de la redacción y promulgación de su famosa Constitución. Comprender qué y cómo hicieron lo que hicieron las Asambleas reunidas bajo la vigencia de la primera norma doceañista requiere de la recreación de un complejo cuadro, que partiendo del análisis de su convocatoria, tan vinculada por cierto a la cuestión afrancesada, dé cuenta de los complejos avatares sufridos a lo largo de las primeras décadas del Ochocientos. Es justamente este cuadro el que nos ha dibujado Joaquín Varela Suanzes-Carpegna en su trabajo, un cuadro que contiene una sintética "visión de conjunto de los orígenes de la invasión francesa hasta el fin del Trienio liberal", durante el cual la Constitución gaditana adquiere esa dimensión ejemplar para el sector radical del liberalismo europeo a la que antes hice referencia. Este autor nos recuerda algunas caracteres del discurso constitucional doceañista que puso de relieve en su ya clásica monografía, a saber: que con independencia de la ausencia de "verdaderos" partidos en el seno de las Generales y Extraordinarias, es posible localizar, e identificar con claridad, diferentes grupos de diputados que mantuvieron unas diferentes, y muy complejas, diferencias sobre lo que debía ser y contener la Constitución que estaban redactando, puesto que en buena medida respondieron a influencias doctrinales distintas[25]. No obstante, como él mismo recuerda, no debemos olvidar que todos ellos constituyeron una verdadera "asamblea de notables".

Joaquín Varela hace un repaso a los caracteres básicos del constitucionalismo gaditano, presentando un apretado balance de los mismos haciendo hincapié en la argumentación historicista que atravesó el famoso discurso preliminar. No obstante, ni la soberanía nacional, ni la división de poderes, ni el valor de norma jurídica de la Constitución tuvieron antecedentes en la historia, por lo que la valoración que hace el constitucionalista asturiano de la primera norma gaditana la sitúa, si no me equivoco, en un terreno de clara ruptura con el pasado. También recuerda Varela que la "desconfianza" presidió el terreno de las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo, impidiendo por tanto el acercamiento del "modelo" gaditano al parlamentario británico por entonces ya bien asentado; lo que conllevó, ya en el Trienio, un auténtico bloqueo institucional. Asimismo, constata esa "gran ausencia" constitucional que fue el principio de libertad religiosa, que separó, dolorosamente para algunos, la obra gaditana de otras contemporáneas.

El artículo de Joaquín Varela no sólo resulta interesante en sí mismo, sino que además nos permite situar una serie de discusiones, esta vez historiográficas, que tienen como objeto valorar la naturaleza del constitucionalismo gaditano. Alineadas por orden, estas últimas podrían identificarse así: en primer lugar, las relaciones existentes entre la obra constitucional de Bayona y la gaditana vienen siendo objeto de una profunda revisión por autores como Jean-Baptiste Bussaal, quien necesariamente ha tenido que ofrecer una nueva valoración del fenómeno del afrancesamiento y de las personas de los afrancesados; en segundo, el carácter "revolucionario" de la Constitución, defendido por Ignacio Sarasola, tiene su contrapunto en la versión que nos ofrece Fernando Martínez quien, haciendo un análisis de lo que denomina "constitucionalismo consultivo", pone el acento en el mantenimiento de una forma de ver y actuar las cosas que hundía sus raíces en el tradicional gobierno de la Monarquía; en tercero, finalmente, también la contribución de Varela da pie a internarnos, esta vez de la mano de Roberto Blanco, en el problema del "parlamentarismo" gaditano y, sobre todo, de su evolución posterior en España.

Pero antes de tratar de presentar las principales aportaciones a las que me he referido líneas arriba, conviene, creo, señalar la existencia de una importante cuestión que sin duda resulta polémica. Como se ha visto previamente, los artículos de Portillo y Fradera no sólo subrayan, por supuesto desde diferentes ópticas, las pretensiones bihemisféricas del

constitucionalismo gaditano, sino que miran a este último justamente desde estas últimas. Sin embargo, y aun cuando los diputados americanos y sus pretensiones son tratadas extensamente por Joaquín Varela, no constituyen precisamente el punto desde el cual se trata de entender el complejo constitucional gaditano. Lo mismo, o mejor, casi lo mismo, puede decirse de las aportaciones arriba citadas, siendo así que es esta una importante barrera que separa las interpretaciones que puedan ofrecerse respecto de lo que fue el constitucionalismo doceañista. Es por ello que dejaremos para el final el comentario de los dos artículos con los que se cierra la presente sección, escritos por Manuel Chust y Antonio Annino, ya que su análisis nos devolverá al punto de partida con el que arranqué las presentes páginas. Volvamos, pues, a las cuestiones a las que he hecho referencia en el párrafo anterior.

El escrito de Jean-Baptiste Bussall contiene una interesante propuesta valorativa, puesto que nos sugiere que diferenciemos la historia de las constituciones de la historia del constitucionalismo; en todo caso, para el iushistoriador francés, la Constitución de Bayona debería ocupar un sitio en ambas. Quizás pueda parecer que las anteriores cuestiones resultan obvias, mas no lo son cuando de la Constitución de Bayona estamos hablando, puesto que esta última ha venido siendo obviada en ambos sentidos por la historiografía española, la cual, con notables excepciones[26], ha asimilado la crítica, o incluso, el silenciamiento del texto bonapartista con una extraña suerte de patriotismo retrospectivo. Sin embargo, nadie puede ocultar hoy que Cádiz no se explica sin Bayona, que la Constitución gaditana se concibió en su día como respuesta a la "afrancesada" Constitución. Es más, cabría preguntarse hasta qué punto sin ella otras propuestas constitucionales "materiales" habrían tenido más suerte en el curso de la crisis. Y es que, como ya subrayé, ya no cabe discusión alguna sobre la fundamentación historicista del constitucionalismo gaditano[27].

En definitiva, la Constitución de Bayona ha devenido "española" en recientes investigaciones; no obstante lo cual Bussall insiste sobre la necesidad de contextualizar, esta vez en términos constitucionales, el texto de Bayona. Pues bien, al abordar esta tarea, este autor se detiene en el análisis cultural e institucional de lo que bien puede definirse como una suerte de "españolización" de la Constitución, que sin duda la distanció de su referente, entendiendo como tal ese proceso a lo largo del cual Napoleón pretendió pactar, en la medida de lo posible, con los representantes españoles dispuestos a hacerlo. Y no sólo: la Constitución de Bayona fue interpretada por los magistrados españoles, que la acercaron progresiva y constantemente a sus maneras, siendo así que éstas bien pueden definirse como jurisdiccionales. En todo caso, la Constitución de Bayona, antes por supuesto que la gaditana, puso sobre el tapete una serie de problemáticas que, aun cuando explotaron debido a la crisis, venían ocupando a los principales actores políticos desde mucho tiempo atrás. La principal, sin duda, giró sobre la existencia o inexistencia de una constitución histórica, que más adelante tantas divisiones crearía en el campo patriótico; mas, como ya se subrayó, la escritura de la de Bayona, además de sus, digámoslo así, concesiones, determinó que en Cádiz las Generales y Extraordinarias se sintieran obligadas a superarlas. Es por ello que, tal como Bussall afirma, habría que tomarse en serio la conexión entre Bayona y el imaginario del moderantismo; ese moderantismo posterior al que le debemos la liquidación definitiva del experimento doceañista.

Ahora bien, llegados aquí, nos podemos preguntar ¿hasta qué punto fue revolucionaria la Constitución gaditana? Con independencia de que los artículos de Ignacio Sarasola y Fernando Martínez no se limiten desde luego a contestar esta pregunta, pueden en cierta medida contraponerse puesto que responden a dos "formas" de mirar el texto gaditano. Debo advertir, no obstante, que medir lo que de "revolucionario" tuvo o pudo tener una Constitución resulta una cuestión muy problemática, entre otras cosas porque, como tuve ocasión de oír sin poder atribuir fidedignamente la cita, "los revolucionarios no tienen memoria de fu-

turo". Dicho de otra forma: somos los historiadores quienes valoramos el pasado sabiendo cómo terminó la función; por lo que sólo podemos contextualizar el espíritu revolucionario dando cuenta de la percepción que del mismo tuvieron los propios actores. Quizás al lector le parecerán superfluas las anteriores consideraciones que yo misma reconozco como básicas, pero lidiar con ellas constituye un pesado fardo para el historiador profesional.

El propio Ignacio Sarasola, a quien no le gusta demasiado el adjetivo a pesar de utilizarlo en su artículo, entiende que debe precisar a qué se refiere cuando habla de una Constitución revolucionaria, siendo así que termina identificando el segundo de los términos con el de ruptura política, sin que ello signifique la negación de cualesquiera continuidades. Para Sarasola, la Constitución fue revolucionaria en un doble sentido, formal y material puesto que, si bien de un lado se integró en el por entonces todavía pequeño club del constitucionalismo escrito, de otro el reconocimiento de la soberanía nacional, el establecimiento de la separación de poderes y la fijación de derechos subjetivos constituyen tres básicos pilares materiales del moderno constitucionalismo. Hija legítima de la Ilustración, la liberal primera norma gaditana no tuvo que asimilarse por completo a la obra constitucional francesa para ser revolucionaria, siendo así que para este autor el texto de 1812 constituye el germen de nuestro constitucionalismo y del régimen representativo moderno. En definitiva, Ignacio Sarasola defiende en su artículo que por revolucionario no debe entenderse exclusivamente el, digámoslo así, "borrón y cuenta nueva" de todos y cada uno de los elementos que podríamos identificar como constitucionales, sino el establecimiento de una serie de principios que, con su desarrollo posterior, están llamados desde un principio a cambiar por otro distinto lo que por simplificar podríamos denominar orden de cosas.

Como ya he sugerido, esta "forma de mirar" el texto constitucional tiene una contrapartida, que no me atrevería a definir como completamente antagónica pero sí esencialmente distinta. Seguramente, el origen de la diferencia está muy relacionado con el cultivo de disciplinas académicas diversas, las cuales, a su vez, privilegian el uso de unas fuentes sobre otras. Historiador del derecho, también del constitucional, Fernando Martínez defiende en su artículo el valor del calificativo "jurisdiccional" con el que algunos venimos tratando de definir el constitucionalismo gaditano[28]. Esta valoración proviene de una determinada comprensión de la naturaleza de lo que, por simplificar, conocemos como Antiguo Régimen en todos sus diferentes aspectos, y se fundamenta sobre todo en un análisis de los dispositivos y prácticas institucionales diversas a los que dio lugar la puesta en planta del constitucionalismo gaditano, cuyo conocimiento, por regla general, sólo es accesible a través de documentación archivística[29]. En esta ocasión, Fernando Martínez hace un análisis de una faceta que entiende como una "consecuencia institucional de la afirmación del jurisdiccionalismo", cual es la que ha denominado "consultiva", entendiendo por tal la pervivencia de un conocidísimo instrumento utilizado en las instituciones de la Monarquía Católica a lo largo de siglos: "la consulta". Martínez sostiene que no se puede entender lo que —quizás con excesiva alegría— solemos denominar proceso constituyente sin ponerlo en relación con la antigua práctica, que no sólo se mantuvo, sino que incluso estructuró el completo proceso al que he hecho referencia. Como podrá haber advertido al lector, consulta y poder constituyente constituyen, en principio, cuestiones contrapuestas, cuando no directamente antagónicas; mas, como quiera es la argumentación de Martínez y no mi resumen la que realmente interesa, remito al lector de las páginas de "La Constitución consultiva" la valoración definitiva de los antagonismos.

Que la polémica está hace tiempo servida es un hecho conocido; no obstante lo cual creo necesario identificar cuáles son, en esencia, los elementos más conflictivos sin ocultar cuál es la posición desde la que unos y otros nos acercamos a los textos que documentan nuestro más reciente pasado. Tal como afirma

Sarasola, es justamente la problemática de la continuidad-discontinuidad la que está, creo, en el origen de las que vengo denominando "formas" de ver el constitucionalismo gaditano, a lo que creo también debe añadirse que en la selección de elementos confluye uno de los más significativos disensos. Todo parece indicar que, como diría Pietro Costa, si bien los historiadores del derecho hemos abandonado la fe en los grandes relatos conformándonos con buscar en el pasado aquello que nos es ajeno, los juristas historiadores tratan de identificar los elementos básicos de lo que aquí, con cautela, identificaríamos como progreso. Es justamente en esta última línea en la que se inserta el artículo de Roberto Blanco, a lo largo del cual da cumplida cuenta del futuro al que le aguardaría la configuración "revolucionaria" de la limitación del poder regio instaurada por el constitucionalismo gaditano. Con sus propias palabras: "La Constitución del doce responde a un impulso jurídico y político que tendrá tan escasa vigencia a corto plazo como decisiva importancia a largo plazo".

Blanco pone de relieve en su artículo cómo una serie de declaraciones, principios y prácticas vieron por primera vez la luz en el universo gaditano, al mismo tiempo que certifica que el fracaso del texto doceañista implicó una enorme demora en la reactivación de aquellos. Centrado como dije en el análisis del Rey constitucional, Blanco hace hincapié en el carácter absolutamente revolucionario del Monarca gaditano; el cual, además, impregna todo el texto doceañista, hasta el punto de que bien podría afirmarse que la Constitución gaditana diseñó un Rey muy republicano. Dejo también aquí para el lector el seguimiento de la muy jurídica argumentación de Roberto Blanco, limitándome a señalar el ejercicio de ucronía que nos sugiere al afirmar que, de haber tenido más suerte nuestra Constitución, su mantenimiento en vigor hubiera sentado las bases de la parlamentarización de la Monarquía. Sin embargo, ya sabemos que tal cosa no ocurrió, a lo que habría que añadir que tampoco sucedió en otros lugares, hasta el punto de que, al igual que hubiera ocurrido con la propia revolución francesa, el XIX europeo se alejó por rechazo del equilibrio de poderes diseñado en el texto constitucional gaditano, que tuvo que esperar mucho tiempo hasta que se obrara su recuperación.

3. VOLVIENDO AL PRINCIPIO. LA DIMENSIÓN BIHEMISFÉRICA DEL CONSTITUCIONALISMO GADITANO

La historiografía puede seguir discutiendo si la Constitución gaditana fue o no revolucionaria, si contuvo o no el germen de una adecuada separación de poderes, si fue republicana o monárquica... pero de lo que no cabe duda es que pretendió ser bihemisférica. Sin duda, la anterior es una afirmación en exceso obvia, pero hay que hacer hincapié en que para muchos historiadores se ha convertido en el único punto de partida posible en orden a comprender en profundidad lo que *por nosotros hizo la Constitución.* Claro está que este nosotros no sólo desborda el marco peninsular, sino que además obliga a integrar el extrapeninsular en igualdad de condiciones, por supuesto historiográficas. Manuel Chust nos recuerda que, en este punto, no cabe marcha atrás, puesto que el enorme avance de los estudios bihemisféricos referidos al constitucionalismo gaditano ya no puede ser desconocido por quienes aborden la aventura de tratar de saber más sobre el "momento gaditano".

Mas incluso desde esta ampliada perspectiva, que favorece sin duda la inclusión de las voces y problemáticas extrapeninsulares que tan importantes fueran en su día[30], Manuel Chust hace hincapié también en la naturaleza rupturista del texto gaditano, que extendió su ámbito de aplicación e influencia en un inmenso conjunto de territorios. También ve Chust orígenes en la Constitución, o mejor, con sus palabras, de potencialidades en orden a la creación de esa criatura que se hará tan famosa en el XIX: el Estado Nación. No obs-

tante, Chust reconoce que la particularísima Commonwealth hispánica no pudo ser, sobre todo porque el profundo metropolitanismo de las Generales y Extraordinarias terminó cegándolas por completo. Con todo, la Constitución sustituyo por un estado liberal y parlamentario el propio del Antiguo Régimen, abriendo por lo tanto varios caminos bihemisféricos en los que tampoco cupo, cuando menos andando el tiempo, dar marcha atrás.

Pues bien, partiendo de unos similares aunque no idénticos presupuestos, Antonio Annino nos presenta una versión muy distinta de la Carta gaditana, o, con sus propias palabras, una versión muy distinta de lo que supuso lo que el historiador italiano ha titulado "La americanización de la Pepa". Como subrayara Chust, la recuperación que de la Constitución viene haciendo la historiografía americanista ha roto aquel maleficio de tintes nacionalistas que impidió durante tiempo reconocer que la primera experiencia constitucional de muchos americanos (casi el setenta por cien de la población en el momento de la crisis) fue justamente la gaditana. No obstante, Annino da cuenta también de otro importante maleficio que hunde sus raíces más atrás de 1808: como él mismo sugiere, la *Disputa del Nuevo Mundo* magistralmente analizada por Gerbi se trasmutó a lo largo del XIX en una particular comprensión que afectaba al constitucionalismo, puesto que, según muchos, este último era por completo incompatible con la América hispana. En definitiva, recuperar la Constitución gaditana para la historia del constitucionalismo significa algo más que dar a conocer, para quienes no la conocen, un importante texto, sino también contribuir a la disolución de lo que puede quedar de la famosa *Disputa*.

En otro orden de cosas, esto es, en el que corresponde a la problemática "revolucionaria", Annino es contundente: "esa primera experiencia constitucional del mundo hispánico fue sin duda una revolución, pero de carácter bastante moderado". Debo hacer hincapié en que, también para Annino, el término moderación se encuentra muy cercano al de jurisdiccionalismo. Sin embargo, a diferencia de Fernando Martínez, al historiador italiano le interesa profundizar en la idea de mantenimiento o reforzamiento del mundo corporativo hispánico, en el cual se produjo una auténtica "emancipación de los cuerpos de la república del gobierno de los jueces", siendo así que a los primeros les sirvió, y mucho, seguir manteniendo una comprensión antigua del derecho que se expresaba en términos de mediación[31]. Armado con esta clave, el historiador italiano se adentra más allá de las Independencias, haciendo un clarificador balance de las consecuencias de ese carácter, prácticamente constitutivo, que atribuye a la primera norma gaditana aun cuando, eso sí, desde su tan particular como sugerente lectura de los procesos decimonónicos. A diferencia de lo mantenido por Chust en relación a la creación, aun cuando en potencia, del Estado Nación, Annino hace una radiografía de la ingobernabilidad que parece dominó el Novecientos americano, una ingobernabilidad que tanto tuvo que ver con la revolución municipalista provocada por la constitución gaditana, hasta el punto que ni siquiera el famoso caudillismo se entiende sino vinculado a la cuestión municipal.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

¿Cuántos debates podríamos organizar en torno al momento gaditano? La respuesta es obvia: infinitos. Creo no equivocarme demasiado afirmando que, afortunadamente, algunos han sido ya cancelados, como lo son todos aquellos que bajo el franquismo enfrentaron más posiciones políticas que investigaciones históricas. Ya no hace falta defender a la primera norma gaditana contra las acusaciones de los serviles reproducidas por los historiadores, entre las cuales, como se sabe, estaba la de no constituir sino una simple copia del constitucionalismo revolucionario francés. No obstante, la situación actual, siendo como es enormemente rica en investigaciones y, sobre todo, publicación de fuentes, tiene también sus negativos. El primero, sin duda, consiste en lo imposible que resulta para cualquiera, incluso para los más

aplicados, tratar de mantenerse al día en el conocimiento de las nuevas investigaciones; lo cual, a su vez, impide cada vez más ofrecer un clásico "estado de la cuestión" sobre el constitucionalismo gaditano. Como se podrá imaginar el lector, esta situación provoca que una cierta incomunicación se haya instalado entre los estudiosos de la primera norma doceañista, por lo que en muchas ocasiones denominamos debate a lo que no es otra cosa que una suerte de conversación entre sordos.

En todo caso, el análisis del momento gaditano no sólo importa a los que lo tienen por exclusivo objeto de estudio, sino que, como creo que se habrá podido ya deducir, a todos aquellos que estén interesados por comprender la modernidad en la que se supone que seguimos instalados, entendiéndola, eso sí, en un sentido muy amplio. Por ello, el presente número de *Teoría y Derecho* pretende aportar su grano de arena a la animación de un debate que, centrado en el constitucionalismo doceañista, nos habla de cuestiones muy preocupantes; tales como fueron las sentidas por aquellos hombres y mujeres que en 1808 vieron cómo, casi de repente, se derrumbaba el mundo que hasta entonces habían conocido; por lo que trataron de imaginar otro con independencia de que, al hacerlo, recurrieran en mayor o menor medida a la reproducción de muchos retazos del único que conocían.

NOTAS

1. Entrecomillo la expresión "momento gaditano" debido a que forma parte del título de un libro de autoría conjunta que será publicado en breve por el Congreso de los Diputados español: VV. AA. *Momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)* (en prensa).

2. Un ejemplo de versiones contradictorias sobre esta cuestión, en José Álvarez Junco, Javier Moreno Luzón (eds.), *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

3. Un ejemplo reciente en: Mauricio Tenorio, *Historia y celebración. México y sus Centenarios.* México, Tusquets Editores, México, 2009.

4. Para bien o para mal, he desarrollado este argumento en Marta Lorente, *La Nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano,* Madrid, UAM, 2010.

5. A día de hoy, la mejor edición de la Constitución gaditana es la publicada en el año 2000 en Sevilla por el Ayuntamiento de Cádiz, el Casino Gaditano, la Universidad de Cádiz y la Fundación del Monte. El ejemplar es un facsímil de la edición realizada en Cádiz por la Imprenta Nacional y adjunta dos excelentes volúmenes de estudios.

6. Josep Fontana, *De en medio del tiempo. La segunda restauración española, 1823-1834,* Barcelona, Crítica, 2006.

7. Un buen observatorio para este proceso es el constituido en el trienio. Para un análisis de las frustraciones americanas vid. Ivana Frasquet, *Las caras del águila. Del liberalismo gaditano a la república federal mexicana (1820-1824),* Castelló de la Plana, Publications de la Universitat Jaume I, 2008.

8. Antonio Annino, "Imperio, Constitución y diversidad en la América Latina", en *Historia mexicana,* LVIII, nº 1 (julio-septiembre 2008), pp. 179-227; José Mª Portillo, "Crisis e Independencias. España y su Monarquía", en *Id*, pp. 99-134.

9. Tulio Halperin Donghi, *Reforma y disolución de los Imperios ibéricos, 1750-1850*, Madrid, Alianza Editorial, 1985.

10. Jaime E. Rodríguez O., *La independencia de la América española*, México DF, Fondo de Cultura Económica, 2008.

11. José Mª Portillo, *Crisis atlántica. Autonomía e independencia en la crisis de la monarquía española*, Madrid, Fundación Carolina/ Marcial Pons, 2006.

12. Miguel Artola Gallego, *Los orígenes de la España contemporánea,* 2 vols. [1959], Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; Federico Suárez, *El proceso de la convocatoria a Cortes (1808-1810)*, Pamplona, Ediciones de la Universidad de Navarra S. A., 1977, 1982.

13. Un ejemplo en *Las Asambleas Constituyentes de la Independencia. Actas de Cundinamarca y Antioquía (1811-1812),* Daniel Gutiérrez Ardila (comp.), Colombia, Universidad del Externado, 2010.

14. La vigencia de la Constitución en tierras no peninsulares viene siendo un objeto de estudio privilegiado para los historiadores. Un significativo ejemplo de esta problemática en tierras indígenas puede seguirse en el esclarecedor trabajo de Bartolomé Clavero "Intrigas de Trifón y Anastasio: Apuestas comunitarias vasca y maya entre prototipo constituyente y palimpsesto constituido", en *Ama Llunku, Abya Yala: Indígena y Código Ladino por América,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 235-442.

15. *Colección de los Decretos y Órdenes de las Cortes de España, que se reputan vigentes en la República de los Estados Unidos Mexicanos,* México, Imprenta de Mariano Arévalo, 1829.

16. Lucas Alamán, *Historia de Méjico,* México, Libros del Bachiller Sansón Carrasco, t. III, p. 7.

17. Isidro Montiel y Duarte, *Derecho Público Mexicano,* México, Imprenta del Gobierno Federal, 1882, t. II, p. V.

18. Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza editorial, 2006.

19. Dieter Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales,* Madrid, Trotta, Madrid, 2006.

20. De cita obligada, Charles H. MacIlwain, *Constitucionalismo antiguo y moderno,* Madrid, CEC, 1991.

21. José Mª Portillo, *Revolución de la Nación. Orígenes de la cultura constitucional en España 1780-1812,* Madrid, Fundación Carolina/ Centro de Estudios Hispánicos e Iberoamericanos/ Marcial Pons Historia, 2006.

22. José Álvarez Junco, *Mater dolorosa: la idea de España en el siglo XIX*, Madrid, Taurus, 2001.

23. Manuel Chust, *La eclosión juntera en el mundo hispano,* México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

24. Miguel Artola, *Los orígenes,* cit.

25. Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico. (Las Cortes de Cádiz),* Madrid, CEC, 1983.

26. Un documentado ejemplo se ofrece en Carmen Muñoz de Bustillo, *Bayona en Andalucía: el Estado Bonapartista en la Prefectura de Xerez*, Madrid, CEC, 1991.

27. Sobre las fundamentaciones, de cita obligada Mauricio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones* (traducción de Manuel Martínez Neira), Madrid, Departamento de Derecho público y Filosofía del Derecho/ Editorial Trotta, 1996.

28. Carlos Garriga, Marta Lorente, *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional,* con un epílogo de Bartolomé Clavero, Madrid, CEPC, 2007.

29. Respecto de las "judiciales", vid. Fernando Martínez, *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823),* Madrid, CEPC, 1999.

30. Manuel Chust, *La cuestión nacional americana en las Cortes de Cádiz (1810-1814),* Madrid, Centro Francisco Tomás y Valiente/UNED, 1999.

31. Antonio Annino, A., "Cádiz y la revolución territorial de los pueblos mexicanos", en Antonio Annino (coord.), *Historia de las elecciones en Iberoamérica, Siglo XIX,* Buenos Aires, FCE, 1995, pp. 177-226.

NATION AND EMANCIPATION

RESUMEN

Este artículo aborda la relación que se estableció entre emancipación y constitución en el momento de la crisis de la monarquía española. Parte de una consideración sobre la peculiaridad de esta crisis en el contexto de crisis atlánticas que se suceden desde 1776 proponiendo la relevancia que tuvo en el espacio hispano la coincidencia de dos tipos de crisis: imperial y monárquica. En ese contexto, la recepción de la novedad surgida entre Norteamérica y Francia acerca de la posibilidad de la independencia y la necesidad de la constitución, se vinculó con una transferencia del derecho civil al político, pasando por el derecho de gentes, que determinó el modo en que se entendió la emancipación. Este texto explica cómo se transpusieron las nociones de emancipación generadas en el derecho civil respecto de las familias a las naciones entendidas como espacios de soberanía emancipados de la tutela regia.

PALABRAS CLAVE

Emancipación, independencia, constitución, patria potestad, rey-padre, nación.

ABSTRACT

This article discusses the relationship between emancipation and constitution at the time of the crisis of the Spanish monarchy. It begins with a consideration of the particular nature of the crisis, in the context of Atlantic crises that have occurred since 1776. The article suggests that it is pertinent that two types of crises happened in the Hispanic arena: imperial and monarchical. The response to the new development arising between North America and France, regarding the possibility of independence and the need for the constitution, became linked to a transfer of civil law to political law, via the law of nations, which determined how emancipation was understood. This text explains how notions of emancipation that had been generated in civil law regarding families were transposed to nations, understood as sovereign arenas emancipated from the tutelage of the monarchy.

KEY WORDS

Emancipation, independence, constitution, *parens patriae*, father-king, nation.

NACIÓN Y EMANCIPACIÓN*

José M. Portillo
Universidad del País Vasco/Instituto Mora/El Colegio de México

Sumario: 1. Nación como sujeto histórico y monarquía en orfandad. 2. Nación como sujeto político y emancipación.

1. NACIÓN COMO SUJETO HISTÓRICO Y MONARQUÍA EN ORFANDAD

"A ningún país ni nación tiene ni puede tener amor; todas son para él y ninguna es suya. Donde halla soldados, allí tiene su patria... Él no tiene nación, ni religión elegida; se sirve de aquella que más sirve a sus fines... En Francia, pues, no hay provincias ni naciones; no hay Provenza ni provenzales; Normandía ni normandos: se borraron del mapa sus territorios y hasta sus nombres... Allí no hay patria señalada para los franceses, porque ni tiene nombre la tierra que les vio nacer, ni la del padre que los engendró, ni la de la madre que los parió"[1]. Estos pasajes de una de las obras de combate más difundidas en 1808, la del intelectual catalán Antonio de Capmany, muestran un giro radical en el sentido de los discursos de nación entre finales del XVIII y 1808. Por un lado, porque no es ahora España la nación meritoria que busca una aceptación por parte de las demás naciones europeas en su consideración como sujeto propio en la república de las letras donde se miden las glorias civilizadoras propias. Al contrario, sobre todo después de la creación de juntas y de la batalla de Bailén (19 de julio, 1808) la opinión pública europea suplantó el tradicional discurso centrado en la idea de una monarquía basada en la conquista y la clericracia, alejada de la modernidad comercial y a medio camino del despotismo asiático por el de los "patriots of Spain". Era ahora España una "nación de héroes" capaz de enfrentar a Napoleón, pasando así de ser considerada un imperio decadente a verse allí a un pueblo que enfrentaba al más poderoso imperio europeo. Francia, sin embargo, aparecía degradada de nación a masa, a mero *pays* a disposición de un déspota: era el suyo ahora el imperio disolvente de la identidad histórica de Europa.

En segundo lugar, el giro discursivo propiciado por lo extraordinario de la situación permitía la eclosión de una nueva comprensión de la nación como sujeto histórico. La idea, bastante extendida, de que Bonaparte había desarticulado el *Ius pubblicum europaeum* y, consecuentemente, que actuaba contra el curso de la historia de la vieja *christianitas* habilitaba a los pueblos para llevar a cabo actuaciones extraordinarias. "Él ha saqueado y cubierto de ruinas y cadalsos la Italia, la Holanda y la Alemania; él ha desorganizado la antigua constitución helvética; él ha convertido en un despotismo militar el gobierno de Francia..."; ese Napoleón era el que desde mayo de 1808 había definitivamente transgredido todos los preceptos del derecho de gentes en España[2]. Lo que aho-

* Una versión ligeramente diferente de este texto se publicará por El Colegio de México en un libro colectivo dirigido por Clara E. Lida y Tomás Pérez Vejo.

ra caracterizaba más notablemente a España en los medios antinapoleónicos era el hecho de haber asumido el derecho de resistencia que, argumentaba entonces Jovellanos, si no existe en el derecho público interno sí puede activarse en situaciones de violación exterior apelando al *ius gentium*[3]. No es en absoluto casual que apareciera entonces un buen puñado de textos que se ocupaban de analizar lo ocurrido entre mayo y junio de ese año desde el punto de vista del derecho de gentes. Uno de los mejor informados, el que publicó Pascual de Bolaños y Noboa, decano del colegio de abogados de Cádiz, explicaba con apoyo en la doctrina más admitida entonces que las abdicaciones regias llevadas a cabo en Bayona eran de suyo ilegítimas por ir contra los principios del derecho: los reyes habían dado a Napoleón lo que no podían por carecer de "derecho de propiedad sobre la Soberanía"[4].

En ese cruce entre la actuación anti-histórica y anti-europea de Napoleón y la activación de los principios del *ius gentium* que trataban de la resistencia legítima ante la privación ilegítima de la independencia por parte de un príncipe extranjero, fue que eclosionó entonces una idea de nación como sujeto histórico. No es que suplante sin más a la previa noción de nación como sujeto literario, sino que más bien se le acumula, como puede verse de manera ejemplar en el *best-seller* citado de Capmany. El catalán defendió al tiempo la relevancia de la civilización española —lo hizo, en realidad, de su versión más castiza— y, a la vez, animó a los españoles a librar una guerra redentora y restauradora del orden perturbado por el "monstruo de los abismos". Quería Capmany en cada español reencarnados conjuntamente al Cid y al Quijote.

Si la nación literaria encontraba, sobre todo, su lugar de desenvolvimiento en la república de las letras, la nación entendida como un sujeto histórico se encarnaba, por un lado, en los ejércitos y, por otro, en las juntas. Son ambos espacios de expresión y actuación de los "pueblos" o "provincias" de España. La primera de sus dimensiones, la militar, se expresó de varios modos, desde la declaración de guerra hasta la organización de ejércitos y guerrillas. En todos esos procesos eran los pueblos protagonistas primeros y sólo a través de ellos actúa aquella nación española que se quiere restauradora del orden. Como recordaría posteriormente un testigo de primera fila, Joaquín Lorenzo Villanueva —el autor del *Catecismo de Estado* que antes veíamos y enseguida diputado a Cortes por Valencia— la España de 1808 había que diferenciarla claramente de la Francia de 1789-1792: "No querían los españoles, como habían querido los franceses en su revolución, alterar el sistema originario de su gobierno..."[5]. Si, como en este caso informaría un liberal tan conspicuo como Álvaro Flórez Estrada, la España de la crisis se situó en el curso histórico abierto en Francia en 1789 (y no en el que abre la revolución en la revolución desde 1792), fue sólo a partir de septiembre de 1810[6].

Es así que la segunda de estas dimensiones en que se encarna esa nación entendida como sujeto histórico, la de las juntas, debe entenderse más como un mecanismo de conservación que de alteración revolucionaria. Cierto que, como no dejó de observarse en la época, el protagonismo de los pueblos había dado un viso del todo nuevo a la monarquía española. No sin temor se hará referencia ahora, entre otros por la autorizada voz de Jovellanos, al peligro que entrañaba esta federación de facto de la monarquía. Más allá, sin embargo, de este notable hecho de suponerse ahora depositada la soberanía en cada uno de los cuerpos que se van conformando desde mayo de 1808, las juntas fueron siempre supuestas como poderes llamados a mantener y no a trastornar el orden tradicional de la monarquía. No en vano eran la expresión de una nación entendida como sujeto histórico y que sólo podía actuar a través de los "pueblos". Esto explica también las grandes dificultades por las que pasó el intento de la Junta Central de asumir, tras su creación en setiembre de 1808, el lleno de la custodia y tutela del depósito de soberanía reduciendo a las juntas provinciales a una condición subalterna[7].

Entre la primavera y el otoño de 1808 se asistió en España, por tanto, a un convulsivo

momento y al tránsito súbito hacia una concepción de la nación española como un sujeto compuesto por sus pueblos encargado de restituir el curso de la historia. Tanto en la considerable cantidad de textos que se publican en este momento como en los registros que dejaron los gobiernos de excepción formados (juntas y Junta Central) es fácil detectar un dato que para nuestro argumento resulta revelador: la nación que se piensa es la formada por pueblos y provincias peninsulares. La exaltación de las provincias fue entonces un lugar bastante común que tuvo reflejo no sólo en la literatura política sino también en grabados, dibujos, himnos y obras de teatro[8]. En ellas desfilan los aragoneses, valencianos, gallegos, vizcaínos y demás "provincias de España", de aquellas que contaban para la concepción de la nación que estaba llamada a al gesta heroica de resistir al tirano y restaurar la historia. El mismo texto que nos está sirviendo aquí de cabecera por la difusión que entonces tuvo registró una geografía de la nación que no deja mucho margen a la duda: "Cada provincia se esperezó y se sacudió a su manera. ¿Qué sería ya de los españoles, si no hubiera habido aragoneses, valencianos, murcianos, andaluces, asturianos, gallegos, extremeños, catalanes, castellanos, etc.? Cada uno de estos nombres inflama y envanece, y de estas pequeñas naciones se compone la masa de la gran Nación que no conocía nuestro sabio conquistador, a pesar de tener sobre el bufete abierto el mapa de España a todas horas"[9].

Del mismo modo que en las décadas precedentes veíamos cómo era un sobreentendido que cuando se hablaba de la nación española y sus méritos literarios la referencia era puramente europea, ahora se entendía lo natural una geografía estrictamente peninsular de la nación que se redimía en la guerra contra el tirano. Isidoro de Antillón, que desde luego no compartió ideas políticas con el erudito catalán, visualizaba una misma geografía de la nación. Su intención era que esa nación hiciera cosas distintas de las que quería Capmany, pero la nación tenía para ambos una fisonomía pareja. Solicitaba ya concretamente una constitución para una nación "verdaderamente una, donde todos sean iguales en derechos, iguales en obligaciones, iguales en cargas. Con ella deben cesar a los ojos de la ley las distinciones de Valencianos, Aragoneses, Castellanos, Vizcaínos: todos deben ser Españoles... Sólo cuando esta grande obra se haya ejecutado es cuando podemos felicitarnos de haber sacado todo el fruto de la crisis presente"[10].

Como es sabido, el debate entre las juntas provinciales junto a otras autoridades y opiniones particulares sobre cómo organizar el gobierno central en ausencia del rey mostró diversas posibilidades. Fueron desde la propuesta de crear un consejo conformado por el arzobispo de Toledo y los restos servibles del Consejo Real, junto a algunos diputados provinciales, hasta la propuesta foral de creación de gobiernos territoriales a imitación del de Vizcaya y su asociación federal en una junta central[11]. Prácticamente en todos ellos, incluso en los más conservadores, parecía evidente la necesidad de asociar a "las provincias" a ese gobierno nacional. Podían sugerir la supresión definitiva de las juntas provinciales, su sometimiento al nuevo gobierno central o su continuidad como cuerpos de gobierno interior de las provincias, pero ahí estaban de uno u otro modo las provincias puesto que eran sus gobiernos creación de "los pueblos" que encarnaban a esa nación que se concebía sobre todo como un sujeto histórico[12].

Era el efecto de una convulsión política sin precedentes en la monarquía que había desubicado la soberanía del solio central asumiéndola cada uno de los pueblos que adquieren forma política en las juntas. El convencimiento era que, de hecho, habían quedado independientes unos de otros, aunque todos siguieran dando por supuesta la existencia de la monarquía. La revista inglesa *Quarterly Review* describía el aspecto político de España en los primeros meses de 1809 como una serie de juntas que representaban "repúblicas municipales independientes" que establecían entre ellas "convenciones federales"[13]. Esto mismo decía de sí la junta de Teruel, celebrando la recuperación foral de Aragón como efecto de la crisis: "Las

Cortes del Reino, esta augusta asamblea, interrumpida por más de un siglo para detrimento y ruina de la constitución aragonesa se convocan solemnemente... y esta Provincia, convertida en una República independiente durante la ausencia y cautiverio del soberano legítimo, cifra la seguridad y gloria en le mantenimiento de su antigua constitución y en el exterminio de los enemigos de la Patria"[14].

"Independiente" no tiene en estos textos otro sentido que el de indicar capacidad política propia para gestionar la situación extraordinaria. Lo que las juntas predicaban de sí mismas al usar este término, por tanto, era su capacidad autónoma para constituir el depósito de la soberanía y, así, salvaguardar la monarquía. Es por ello que necesariamente debían contar en cualquier planteamiento que se hiciera entonces para componer el gobierno central. Así fue, en efecto, cuando a finales de septiembre de 1808 se instituyó en Aranjuez la Suprema Junta Central Gubernativa del Reino. Su nombre resumía bien lo esencial de las propuestas que habían circulado previamente entre las juntas provinciales que la crearon: tenía vocación de conformar el centro de la monarquía, ocuparse del gobierno y presentarse como una representación del reino. Su conformación fue por ello muy confederal, enviando cada junta provincial dos representantes (excepto Canarias que sólo envió uno). Las provincias que reunidas en Junta Central querían dar forma al cuerpo del reino y representar esa nación de la que hablaban tanto los textos del momento como un sujeto llamado a restablecer el curso histórico, esa España que quería ser visualizada en aquel senado estaba conformada por Aragón, Asturias, Canarias, Castilla la Vieja, Cataluña, Córdoba, Extremadura, Galicia, Granada, Jaén, León, Madrid, Mallorca, Murcia, Navarra, Toledo, Sevilla y Valencia.

En las negociaciones que se trajeron entre sí las juntas para crear en este cuerpo central la posibilidad de contar con las provincias americanas para su representación ni se mencionó. De hecho, recordó su existencia la junta de Valencia pero en un sentido que nos da perfecta medida de la conciencia colonial que elevaba a consideración central de su argumento en favor de la necesidad de un gobierno nacional: "Pero hay un punto sumamente esencial, que debe fijar nuestra atención, y es la conservación de nuestras Américas y demás posesiones ultramarinas. ¿A qué autoridad obedecerían? ¿Cuál de las provincias dirigiría a aquellos países las órdenes y las disposiciones necesarias para su gobierno, para el nombramiento y dirección de sus empleados y demás puntos indispensables para mantener su dependencia? No dependiendo, desde luego, directamente de autoridad alguna, cada colonia establecerá su gobierno independiente, como se ha hecho en España, su distancia, su situación, sus riquezas y la natural inclinación a la independencia las podrían conducir a ella, roto por decirlo así, el nudo que las unía con la Madre Patria, y nuestros enemigos conseguirían, sin más medios que el de nuestro descuido, lo que no hubieran podido lograr con todos los esfuerzos de su poder"[15].

En realidad, sí se habían adelantado algunas de estas juntas al envío de comisionados a América. De hecho, la de Sevilla no había dudado intitularse "Suprema de España e Indias" y no anduvo remisa en enviar a Nueva España a Manuel de Jáuregui y Juan Gabriel Javat, quienes exigieron reconocimiento a la superioridad de la junta andaluza así como el envío de numerario para sostener la guerra. Simultáneamente llegaban también cartas de Ángel de la Vega y del futuro conde de Toreno, comisionados de la de Asturias a Londres, en parecidos términos. El 22 de diciembre de 1808 el presidente de Cuzco, Francisco Muñoz y San Clemente, citaba al obispo, regentes, oidores, fiscal, alcalde ordinario y regidores para recibir a José Manuel de Goyeneche como comisionado de la Junta de Sevilla que había llegado a Montevideo y de allí pasado a Buenos Aires antes de dirigirse hacia el Alto Perú en una carrera por adelantarse al enviado de Napoleón, el barón de Sassenay. Ante aquella junta que representaba al cuerpo de la ciudad y su provincia, Goyeneche anunció "venir comisionado por la Nación española representada por la Suprema Junta residente en la ciudad de

Sevilla con el objeto de enterar a esta capital de las actuales ocurrencias de la Metrópoli"[16].

No es de extrañar, por tanto, que las juntas ni se plantearan la posibilidad de contar en su reunión constitutiva de Aranjuez con representantes de las provincias americanas. Tan es así que en las reuniones preparatorias que se tuvieron en la posada del conde de Floridablanca en Aranjuez los días previos a la instalación de la Central, se decidió que únicamente se admitirían poderes de aquellas juntas erigidas en las capitales de los reinos. La medida era algo más ancha que la pretensión inicial de la junta de Murcia, liderada por el viejo conde, de proceder a una reunión de ciudades de voto en Cortes, aunque, aún así, le costó su presencia a ciudades tan relevantes como Cádiz o Cartagena o a aquellas que, de hecho, no pertenecían a ninguno de los reinos sino a territorios forales carentes técnicamente de capitalidad como fue el caso de Vizcaya o Álava[17]. Tampoco parece que ahí se percatara alguno de los circunstantes de que las Leyes de Indias expresamente concedían la primacía en sus respectivos reinos —entiéndase así, por tanto, capitalidad— a ciudades como México o Cuzco.

Tampoco en principio la Junta Central una vez instalada se percató de la falta americana en su representación. Cuando los comisionados de la junta sevillana llegaron a México se estaban celebrando las conocidas juntas que convocó el virrey José de Iturrigaray para articular la respuesta a la crisis y que terminarían violentamente, como el mandato del virrey, en la noche del 15 al 16 de septiembre en el golpe conducido por el comerciante vizcaíno Gabriel del Yermo. Se ponía con ello fin a un momento, que cubre el verano de 1808, en que en México se buscó dar una respuesta a la crisis muy similar a la que se había dado en la Península. Las noticias habían cruzado el Atlántico con celeridad, aunque no podía obviamente evitarse el lógico desfase dada la intensidad con que se producían los acontecimientos entre Aranjuez, Madrid y Bayona. El 24 de junio el virrey podía responder a Miguel José de Azanza de enterado de "la noticia de que nuestro augusto Monarca el Sr. Don Carlos 4º abdicó la Corona en su digno hijo y sucesor el Sr. Don Fernando 7º y de que se halla gobernando felizmente sus vastos dominios." Acusaba igualmente recibo en sucesivas comunicaciones hasta el 7 de julio de la "exoneración" de Manuel de Godoy, anunciaba que esperaba las efigies para acuñar nueva moneda y comunicaba que el Real Acuerdo era de la opinión de admitir como suficiente esta comunicación para tener a Fernando como rey pero que convenía esperar a la real cédula original para levantar pendones en la ciudad[18]. Dicho de otro modo, Iturrigaray estaba conduciendo la crisis dentro de un comportamiento bastante regular dado lo extraordinario del momento: por un lado convocaba a reuniones al cuerpo político de la ciudad y la corte virreinal y por otro estaba dando cuenta a las autoridades metropolitanas del reconocimiento del nuevo monarca.

Quien ya no actuaba tan "regularmente" era el destinatario de la correspondencia del virrey, el ministro Azanza, que trabajaba ya para otro amo. En carta "muy reservada" enviada al ministro de la Real Hacienda de Marina de Lima pocos días después de las abdicaciones de Bayona le adelantaba lo que había ocurrido en la ciudad francesa: "Se muda la dinastía pero se conserva a la Nación su integridad e independencia y el gran Napoleón que quiere ser el protector y el restaurador de las Españas ayudará con su energía a mantener la tranquilidad de estas Provincias, su unión a la Metrópoli y que se estrechen más y más los vínculos indisolubles de relaciones íntimas de familias, identidad de religión, leyes, usos y costumbres, lengua, intereses que hacen a la España y sus Colonias una Nación destinada por la Providencia a ser siempre una de las primeras del mundo"[19].

Es del mayor interés para nuestro estudio comprobar cómo, ante la situación de orfandad de la monarquía, las autoridades que se crean en la Península para hacerse cargo del hueco dejado por el rey-padre no entendieron pertinente que las provincias americanas participaran en principio de aquella especie de consejo de familia reunido que era la Central. Hay dos evidencias bien notables que informan

explícitamente de esta actitud metropolitana hacia América. En primer lugar el hecho de que en ningún momento se reconociera legitimidad a las juntas o a los intentos de crearlas en América. Por otro lado, la convocatoria que finalmente produjo la Central para los territorios americanos.

Los conocidos sucesos en México en el verano de 1808 y en el Alto Perú el verano siguiente fueron bien aleccionadores[20]. Podrían a ellos agregarse también otras experiencias de dura represión de intentos de generar respuestas autónomas en territorios ultramarinos, incluso en la distante Filipinas[21]. En Chuquisaca y La Paz un criollo formado en España, Goyeneche, enviado por la Junta de Sevilla, la que se decía a sí misma suprema de España e Indias, y nombrado presidente interino de Cuzco por el virrey José Fernando de Abascal se ponía a las órdenes del virrey de Buenos Aires, Santiago Liniers, de origen francés, para disolver por la fuerza aquellos gobiernos. En la capital virreinal de la Nueva España un comerciante, en connivencia con la mayoría de la Real Audiencia y el arzobispo, contra toda legalidad deponía al virrey y nombraba nuevo mandatario al general Pedro de Garibay. Simultáneamente su hermano Juan José firmaba en calidad de diputado general del señorío de Vizcaya las cartas dirigidas a la Junta Central en que daba cuenta de la convocatoria de la Junta General del Señorío aprovechando la desbandada napoleónica. Gabriel del Yermo terminaba en México con un proceso tan legal y regular como era conformar una junta de gobierno, mientras Juan José, su hermano, quería restablecer en Vizcaya la "Junta General según sus Fueros para representar y obrar con el vigor que caracteriza a sus naturales que anhelan por sostener la causa justa del Reino"[22]. Se cortocircuitaba así un principio esencial que en la España peninsular había funcionado desde la llegada de las noticias de las actuaciones criminales de Bayona y que consistía en asumir la tutela de la monarquía ante su inminente conversión en una parte dependiente del imperio de Francia; es decir, en una colonia toda ella.

Si buena parte de los altos oficiales españoles peninsulares que estaban entonces sirviendo destinos en América argumentaron en favor del reconocimiento de las autoridades que se fueron generando en la metrópoli, no fue, ni mucho menos, la única respuesta española sobre el terreno. Al virrey del Perú no le hizo ninguna gracia el proyecto que redactó entonces el factor de los Cinco Gremios Mayores de Madrid en Lima Gaspar Rico. Se inició con ello un creciente enfrentamiento entre ambos que irá creciendo a medida que Rico se vaya internando en su aventura periodística y que Abascal creyó resolver con la remisión de Rico a Cádiz para ser juzgado por insurrecto. El texto a que me refiero está fechado en Lima a 16 de noviembre y muestra una cara de la contemplación española de lo que estaba ocurriendo entonces y de su digestión americana que pocas veces se hace visible[23].

Advertía de entrada Rico la trascendencia del momento en términos geopolíticos. El intento francés de conformar un imperio y someter al mismo a España había que conceptuarlo como una alteración radical del orden pues al "señorío pregonado" de los mares que ejercía la armada inglesa se iba ahora a unir la disolución del único bloque imperial que podía aún contener su dominio absoluto: "se puede decir que nada hay tan horrible como la ignominiosa disolución de la Monarquía Española decretada y soñada por Godoy y Bonaparte..". España, en efecto, debía revalorizarse en términos de equilibrio internacional por su papel frente a la posición que podían adquirir Francia e Inglaterra de "árbitros de todo el orbe". Proponía contrarrestar esta eventualidad organizando un "congreso de Naciones" que tomara por modelo el de los Estados Unidos, aunque para ello habría antes que regenerar el propio gobierno de la monarquía. Su propuesta, cercana en muchos aspectos a la que propusiera el también español europeo Victorián de Villava desde Chuquisaca en los noventa del siglo anterior, consistía en la reunión de un consejo de ochenta sabios ("cuarenta o cincuenta de la España europea y treinta o cuarenta de la España americana") para reorganizar el gobierno.

Más irritaría sin duda a Abascal su defensa de la necesidad, ante la situación de un rey "sin ejercicio personal", de sanción popular de todas las autoridades.

Rico, que acabaría sus días en el Callao peleando por mantener al Perú unido a la monarquía española y que siempre mantuvo una firme posición de fidelidad monárquica, defendió también entonces la formación en el Perú de una Junta Central[24]. Debía componerse de 28 miembros y componía una representación plenamente corporativa del virreinato[25]. Imaginaba un cuerpo político provisorio que debía "confederarse a todos los Pueblos o naciones que defienden su causa [la de Fernando VII]..."; es decir, establecer alianzas y tratados, que debía proceder a dictar un reglamento de gobierno, nombrar autoridades y decidir en última instancia las causas judiciales. Dicho de otro modo, se trataba de un cuerpo de características formales y funciones muy similar a los peninsulares: asumía la soberanía como depósito y ejercía la funciones de la majestad. Como en el caso de las juntas peninsulares, tampoco tenía función en absoluto innovadora: "Como la Junta no ha de poder variar nuestras constituciones civil y religiosa es justo mantener las clases o categorías que existen. El noble conservará su nobleza y el esclavo vivirá sujeto a su dueño"[26]. La propuesta de Rico implicaba también, como en el caso de las juntas españolas, la búsqueda de formas de vinculación con otras: "...declarará una hermandad inalterable y recíproca con todas las Juntas Supremas que hayan establecido los Reinos de España."

Recibía en aquellos momentos el virrey Abascal otro texto desde Bogotá que, si no ponía directamente en cuestión su propia autoridad virreinal como el anterior, no dejaba de constatar la precariedad de la autoridad de Sevilla para hacerse pasar por el gobierno "de España e Indias"[27]. Patricio Colón, el firmante probablemente figurado de estas reflexiones, dudaba que los demás reinos de España fueran a conformarse tan fácilmente con la supremacía que quería atribuirse Sevilla y, ante todo, reivindicaba la capacidad de los reinos americanos para proceder a crear también sus juntas: "Porque quién negaría que una junta en Santafé, Lima o México compuesta del Virrey, de los Ministros de la Audiencia y de otros tribunales y Cuerpos sería más autorizada que aquella, pues las facultades de un Virrey de América y su representación no se pueden comparar con los de un capitán general de España." Iba más allá al sostener que, precisamente por haberse mantenido fiel y en paz, la parte americana de la monarquía estaba en grado de ofrecer el receptáculo nacional que la vieja España parecía iba a perder de un momento a otro: "Y últimamente que si los destinos de España fuesen tan funestos que se vea reducida como la Italia a componer una parte del Imperio Francés y a ser incorporadas en él sus provincias, el interés y el honor de la América (rotos entonces los vínculos que unen con la Metrópoli) es salvar los restos de la Nación y conservar con la Independencia su nombre, sus derechos, la obligación y la gloria de vengar algún día estos agravios."

Si entre Aranjuez y Sevilla las autoridades extraordinarias formadas en la España peninsular ni habían aún reparado en la necesidad de contar con los reinos americanos para formar el gobierno de la nación, en América no sólo se contemplaba la posibilidad sino que, incluso, se consideraba la necesidad de una eventual recepción americana de tales instituciones de gobierno nacional. Será, como es sabido, ésta una idea que irá cundiendo a medida que lleguen las cada vez más alarmantes noticias del otro lado del mar, hasta el punto de constituir en su momento uno de los motivos declarados por Miguel Hidalgo como desencadenantes de su rebelión. De igual modo, la pionera declaración de independencia de las provincias de Venezuela apelará como justificación para tamaño paso a la desaparición de facto de la monarquía española criminalmente entregada a un imperio extranjero por sus propios monarcas.

Sin embargo, entre ese momento y enero del año siguiente las cosas cambiaron notablemente. La siguiente referencia de Jovellanos, referida justamente a este momento, aunque escrita tras la disolución de la Junta Central,

nos da la medida de este viraje del discurso peninsular sobre América en la crisis de la monarquía: "La admisión de los representantes de América fue sin duda un acto de poder legislativo. Pero ¿quién será el que no reconozca, no digo la prudencia, sino también la justicia de este Decreto? Pues ¿qué?, cuando la nación, huérfana y privada de su buen rey, erigía un Gobierno provisional, en cuya composición entraban diputados de todas las provincias de este continente; cuando era tan necesario estrechar los vínculos de fidelidad y amor social que nos unen con nuestros hermanos de Ultramar; cuando estos fieles españoles, abrazando con tan ardiente entusiasmo la causa de su rey y de su patria, ofrecían tan generosamente darles con sus caudales los auxilios que no podían con sus brazos; cuando no era menos justo acreditarles que el nuevo Gobierno trataba sinceramente de reparar con consejo suyo los agravios que en una larga serie de años habían recibido del antiguo; en fin, cuando era ya tiempo de que los naturales de aquellos ricos y dilatados países empezasen a probar la igualdad de derechos con los de la metrópoli, a que los hacían tan acreedores los eternos principios de la naturaleza y de la sociedad, ¿qué máxima de prudencia, qué principio de justicia política puede tachar una medida que lejos de trastornar nuestra constitución, tendía más bien a perfeccionarla; una medida que necesariamente entrará en su reforma, cualquiera que sea la opinión de los dignos ciudadanos que se van a congregar para acordarla?"[28]

Varios factores pueden explicar este tan notable cambio en la forma en que las autoridades peninsulares entendieron que la crisis debía afectar a América. En primer lugar, el hecho de que desde mediados de julio se conocía por la *Gaceta* el texto de la constitución que Napoleón había promovido en Bayona. Aunque aquel texto no llegó a conocer la práctica —nunca se reunieron las Cortes allí previstas y ni tan siquiera el rey José I llegó a formalizar el senado—, sí pudo ser leído y ver por primera vez en un documento legal reconocida la participación americana en las Cortes españolas. Cierto que esta era precaria y corporativa, con unos diputados que actuaban a la vez de agentes y procuradores "encargados de promover sus intereses" elegidos por aquellos ayuntamientos que los virreyes y capitanes generales dispusieran (Tít. X). Pero también lo era que por primera vez ante una asamblea española —insisto, por precaria que esta fuese— un representante americano —Juan José del Moral, canónigo de la catedral de México— había podido manifestar explícitamente la falta de igualdad en la consideración de los americanos[29].

En segundo lugar, si la instalación de la Junta Central coincide con un glorioso momento militar que había culminado en Bailén en julio, inmediatamente se hizo notar la reacción imperial que entre octubre y diciembre abre de nuevo la Península a los ejércitos de Napoleón. El empuje imperial obligaba a mediados de diciembre a la Central a abandonar los sitios reales de Aranjuez camino del sur. Antes, el 4 de diciembre desde Chamartín, el campamento imperial a las puertas de Madrid, un Napoleón que de facto desconocía cualquier soberanía en su hermano José, proclamaba una miniconstitución. Conocidos como los *decretos de Chamartín*, incluían en síntesis algunas de las medidas más relevantes que los ilustrados españoles habían venido promoviendo. Con ellos, ni más ni menos, que liquidaba la Inquisición, reducía sensiblemente los conventos, extinguía derechos señoriales, situaba en la costa y fronteras las aduanas y, finalmente, destituía al Consejo de Castilla. La Central no sólo estaba corta de numerario sino que más corta andaba por entonces de ideas políticas con las que proponer los cambios necesarios en la monarquía y contrarrestar el empuje legislativo producido desde el lado napoleónico[30]. Respecto a ambas cuestiones, América comenzaría a verse como un recurso muy propicio.

Hay finalmente, otra circunstancia que debemos tener presente. Es también sobre esas fechas cuando la Junta Central tomó conocimiento de cuanto había acontecido en México en el verano de 1808. Un informe fechado a 22 de noviembre y remitido a la Central por el deán de Sevilla Fabián de Miranda —miem-

bro de su junta provincial— daba cuenta de los informes producidos por los enviados de esa junta a Nueva España y que, como antes recordábamos, habían estado presentes en las juntas organizadas por el virrey Iturrigaray. Cuando escribe este informe, Miranda no tiene aún noticia de lo que había ocurrido a mediados de septiembre, lo que todavía hace más relevante su informe pues en el mismo pide la destitución de Iturrigaray y del gobernador de Veracruz, Pedro Antonio Alonso, y su traslado por partida de registro a la Península. En opinión bien sintomática de la actitud metropolitana respecto a América, Miranda sostenía que el delito del virrey de México se produjo al no reconocer a la Junta de Sevilla que "usó de la soberana autoridad que tenía y le mandó unirse a ella y obedecer...". Con su falta de obediencia, continuaba Miranda informando a la Central, el virrey había manifestado claramente su afecto "a una independencia que pudo ser muy dañosa a Nuestro Rey a toda España" y parecía dar pábulo al partido que le proponía que "su gobierno se asemejase al de los Estados Unidos de América, golpe el más mortal que podría darse a la Monarquía Española." Con ello no se hacía referencia tanto a intento alguno de iniciar procesos constituyentes sino, justamente, al que los propios comisionados sevillanos habían contemplado en directo de intentar conformar en México una junta que replicara a la misma de Sevilla u otras peninsulares incorporando al reino mexicano al proceso general de asunción del depósito de soberanía. A ello añadía las correspondientes dosis de evidencia de corrupción consintiendo el contrabando en el puerto veracruzano para concluir, con lo comisionados, "que hay verdadera necesidad de quitar aquel Virrey y enviarle prontísimamente un sucesor de talentos, de pureza, de desinterés y de fidelidad heroicas que ponga remedio a tantos males y a mayores que pueden temerse..." y que, de paso, podía perfectamente ser "de estas Andalucías"[31].

La Junta, sin embargo, sí pudo por aquel entonces tener una noticia muy precisa de lo que había ocurrido en la capital de la Nueva España. El capitán de navío Bernardo de Orta, no sin indisimulado entusiasmo, agregaba a una carta fechada a 21 de agosto de 1808 una completa narración de lo acaecido el 16 de septiembre. Es, por lo tanto, un relato muy temprano probablemente adicionado a última hora a la anterior misiva para su remisión a la Península. El destinatario era José de Espinosa y Tello, encargado del depósito hidrográfico en Madrid y ahora secretario del Consejo Supremo de Marina, creado por decreto de Fernando VII en marzo de 1808 al exonerar a Manuel de Godoy de todos su cargos, también del almirantazgo. Lo interesante del relato de Orta es que entusiásticamente lo que narraba era un acto criminal sin precedentes en la historia del virreinato. Allí podía aprenderse que el complot había sido cosa de "los más ricos del comercio y dos militares de los principales"; que estos habían armado a 150 cajeros y que habían colocado entre la guardia de palacio a algunos de los suyos que les franquearon la entrada hasta la habitación misma del virrey forzando la entrada frente a la oposición de los alabarderos que la custodiaban. Su narración no ahorra detalle tampoco en cuanto a la violencia hecha sobre los documentos oficiales en posesión de Iturrigaray ni sobre las demás personas que fueron arrestadas esa misma noche. Este pasaje da buena idea de la brutalidad con que se produjeron los organizadores de este golpe: "...llaman [quienes llevaban preso al virrey] al Señor Prado [el inquisidor] y le entregan al virrey a su recámara y le dejan el recado que con su cabeza respondía de la persona del virrey que quedaba con cuatro guardias en la puerta de su recámara y un cañón desde la calle apuntando a su habitación". Finalmente explicaba cómo esa misma noche se había juntado a los oidores y se había consumado todo: "La mañana del Viernes y el Tío Garibay de Virrey"[32].

Oficialmente la Junta fue informada por Garibay de lo ocurrido en una carta de 13 de noviembre que hacía referencia a otras de 24 de septiembre y 7 de octubre enviadas a la que aún creían él y la audiencia autoridad suprema en España, la Junta de Sevilla[33]. Sin embargo, es muy posible que por medio de aquellas co-

municaciones a Sevilla o por relatos como el de Bernardo de Orta se tuviera cabal noticia de la gravedad de lo ocurrido en México. No hay rastro, sin embargo, de que la Junta Central considerara en algún momento la posibilidad de anteponer el orden legal a la política de hechos consumados en México. En febrero del año siguiente se procedió en su seno a elegir nuevo virrey sin que aflorara en ningún momento debate alguno sobre la necesidad de castigo para aquellos diez o doce "de lo más ricos" que decía Orta que se habían complotado contra la persona del virrey. Al contrario, confiado en la respuesta dada por la Junta, Garibay se permitirá en mayo del año siguiente recomendar a Gabriel del Yermo —y luego a Matías de Monteagudo— para cualquier gracia que se estimara conveniente[34].

Aunque puramente conjetural, no sería descabellado suponer que el cambio de lenguaje y de actitud respecto de América tuviera también que ver con la conciencia de la gravedad de aquellos sucesos y la necesidad de compensar en alguna medida la indudable deslegitimación que habría de traer como consecuencia lo sucedido en septiembre. Esta y las otras razones apuntadas podrían estar detrás de ese no por tan conocido menos extraño decreto fechado a 22 de enero de 1809 en que la Junta Central convocó a su seno a diputados americanos. El propio Jovellanos en la cita que se reprodujo antes confesaba abiertamente el carácter extraordinario de este decreto al atribuirlo a un "acto de poder legislativo". Recuérdese que está aquí hablando un Jovellanos que se defiende de la acusación contra los miembros de la Central de haberse atribuido inapropiadamente la soberanía y, con ello, haber usado el poder legislativo. Está argumentando, al referirse a la convocatoria del decreto de 22 de enero, que fue sólo usado en dos casos, éste y la convocatoria también de diputados de Madrid. Es interesante reparar en este contexto argumental porque el principio esgrimido siempre por la Central para negar representación en su seno a algunas juntas o delegados fue que no lo eran por la capital de algunos de los reinos, como fueron los casos antes enumerados de Álava o Cádiz. Precisamente por no serlo tampoco Madrid, es que hubo de usarse, aquí sí, de un poder legislativo que el propio Jovellanos entendía de activación sólo muy extraordinaria. Lo interesante es que considere en ese mismo caso a América porque implicaría que tampoco se entenderían sus reinos regulares o, al menos, en igual posición constitucional que los reinos peninsulares. Dicho brevemente: Valencia o Asturias no necesitaban de invitación legislativa para formar parte de la "representación nacional" pero América sí.

Lo que estaba en ese pasaje reproduciendo por tanto el asturiano eran los motivos por los que con respecto a América se hizo "excepción", puesto que lo regular es que formara parte de la monarquía pero no de esos cuerpos nacionales. Era precisamente una situación tan extraordinaria como la propia medida la que aconsejaba su adopción: la orfandad política y la necesidad de estrechar el "amor social" entre los hermanos de ambos hemisferios. Leído en ese contexto, se entiende a mi juicio mejor el decreto de 22 de enero de 1809. Como es bien sabido, en él se contienen una declaración y una disposición. La primera está concebida y expresada en un nuevo lenguaje nunca antes utilizado por parte de las autoridades metropolitanas para dirigirse oficialmente a los súbditos americanos. La idea era comunicar que la nueva y enteramente extraordinaria situación de la monarquía hacía necesario interpretar la posición constitucional de América en la monarquía no en el rango de colonias o factorías —como lo eran las posesiones americanas de otras naciones— sino en el de "parte esencial e integrante" de la monarquía. Como ya se ha recordado en otro lugar, esta declaración —que es oficial— equivalía de hecho a aceptar que los reinos americanos eran de la misma calidad constitucional que los peninsulares, tal y como fue interpretado, de hecho, en América. La segunda parte de este decreto, sin embargo, como fue también advertido inmediatamente por los destinatarios de este decreto, parecía enmendar la plana a la primera al establecer una precaria representación de nueve diputados para toda América, diez con el de Filipinas.

Ciertamente en la primera parte de este decreto, así como en el lenguaje que comienza entonces a desplegarse en el discurso público de las autoridades metropolitanas, se produjo un cambio notable que afectó muy particularmente a las metáforas familiares. Es cada vez más habitual la referencia a los americanos, como lo hacía Jovellanos en el texto antes referido, en términos de fraternidad. Ante la situación de orfandad de facto que vivía la monarquía, se comenzó a figurar una "madre-España" con hijos a ambos lados del Atlántico. Es la de "nuestros hermanos americanos" la referencia más usual en aquellos momentos, sobre todo en una infinidad de textos en los que se agradecía el esfuerzo económico americano en el sostenimiento de la guerra peninsular y, de paso, se pedía más. Se mantiene, a ambos lados también de la monarquía, un discurso familiar de dependencia, minoridad y tutela pero específicamente dirigido a la población indígena[35].

Esta asunción de un lenguaje familiar de "igualdad" —el propio de la fraternidad— hace más contrastante la segunda parte de este decreto que, por otra parte, inicia también una historia paralela de desigualdad en el intento de recomposición del cuerpo monárquico hispano. Fue también inmediatamente detectada en la lectura americana del decreto, como muestran numerosas reclamaciones de ciudades americanas para estar presentes por sí mismas en el cuerpo político general de la monarquía[36]. En un bien conocido elegante y contundente alegato, que constituían las instrucciones del cabildo de Santa Fe para Antonio Narváez, electo por Nueva Granada para la Central, el jurista bogotano Camilo Torres respondió directamente a los españoles peninsulares que habían elaborado aquel decreto: si la Nueva Granada debía ser considerada como el reino de Galicia o el de Sevilla una parte esencial —por tanto no accesoria o disponible— de la monarquía, ¿cuál era el motivo para asignarle exactamente la mitad de representación que a los reinos peninsulares?[37]

La pregunta que rondaba todo el alegato del cabildo de Santa Fe tenía un indudable interés político pues tocaba de lleno el punto de desencuentro entre los dos planos en que se movía el decreto de 22 de enero y seguirán moviéndose todas las disposiciones relevantes respecto a América de las autoridades metropolitanas, incluidas las Cortes. Al plano de la igualdad proclamada le sigue de inmediato el de la desigualdad practicada. Así será también en el momento en que la Central apruebe los decretos de convocatoria para las Cortes, con una variante específica para América que le asignó representación puramente corporativa y no vecinal, y así será también cuando las Cortes reduzcan en la constitución el censo americano por la vía de la negación de ciudadanía a los descendientes de africanos. En todos estos casos y por parte de todas estas cambiantes autoridades metropolitanas —Junta Central, Regencia y Cortes— se produjo un idéntico cortocircuito entre el discurso y la práctica[38].

"...Como si fuese un negocio puramente de gracia, que dependiese de su voluntad, acordó [el conde de Floridablanca] que cada Virreinato de América nombrase un solo Diputado para ser individuo del Cuerpo Soberano, sin hacerse cargo que era una injusticia no acordar dos por cada Virreinato, cuando cada Provincia de la Metrópoli había comisionado este número." "Pero por una de aquellas inconsecuencias, que tan comunes son en los hombres... La Junta Central determinó que la elección de los Representantes Americanos fuese hecha por los Cabildos o Ayuntamientos y no por los Naturales, determinación que de ninguna manera puede aprobar la razón...". Se expresaba así el también bien conocido ensayo que Álvaro Flórez Estrada dedicó a analizar las "disensiones" de los americanos[39]. Ya se ve que la conciencia del cortocircuito entre lo que se decía y lo que se hacía existía en el momento y por parte de un tan destacado pensador liberal como el asturiano[40]. Y, sin embargo, ni al propio "liberal de izquierda" pareció importarle mucho aquello, no al menos hasta el punto de entender que tamaño desajuste invalidaba un arranque en falso: "Examinadas con imparcialidad todas estas dificultades no hallo que la América tenga otro motivo justo de queja

de la Junta Central que acerca del modo con que ésta decretó la calidad de su Representación." Por si cupieran dudas, páginas después remata la afirmación: "Hablando pues con rigor la Junta Central no hizo injusticias a los Americanos, dejó de hacerles la justicia que les correspondía"[41].

No ha de extrañar en absoluto que el texto de Flórez Estrada produjera en América igual irritación que simpatías lo que iba saliendo en el periódico de José María Blanco White. La distancia entre ambos análisis podía perfectamente medirse en la justificación o la crítica a ese desencuentro esencial entre igualdad y desigualdad en el discurso metropolitano respecto de América[42]. Mientras el asturiano reducía la querella de fondo a una cuestión fiscal, el sevillano defendió que el problema esencial era de naturaleza política y que no podía despacharse apelando a hechos consumados. Lo relevante de ambas posiciones es, por un lado, que la de Flórez podía llevar —a pesar de las declaraciones de intenciones que riegan su texto— a concluir que la "cuestión americana" era un asunto de mera economía, mientras la de Blanco exigía soluciones constitucionales adoptadas sobre la base de la igualdad efectiva. Por otro lado, la posición defendida por Flórez tuvo mucho más predicamento que la de Blanco entre la *intelligentsia* liberal que lideró la elaboración del primer texto constitucional español entre 1810 y 1812.

2. NACIÓN COMO SUJETO POLÍTICO Y EMANCIPACIÓN

A medida que la situación militar se fue torciendo en favor de Napoleón y que la Junta Central tuvo que desplazarse hacia el sur, primero a Sevilla y luego a Cádiz, su capacidad de gobierno de la monarquía fue también crecientemente dudosa. En un contexto de creciente debilidad del único poder "central" subsistente en la parte de la monarquía que resistía aún el reconocimiento de José I, fue que se produjo un intenso debate sobre la naturaleza misma de la crisis y el modo de enfrentarla[43]. A diferencia de la interpretación que ofrecía Capmany en ese texto de urgencia que antes utilizamos de guía, la crisis no será sólo imputada ya a una acción exterior sobre la monarquía sino también a un problema político interno. En efecto, crecientemente se apuntará como causa de la crisis un doble despotismo: el exterior, encarnado en Napoleón y su proyecto de mediatización imperial, y el interior, identificado con un proceso histórico de creciente deterioro de la monarquía que había alcanzado su momento cenital con el gobierno de Manuel de Godoy.

Este cambio de perspectiva en el análisis de la crisis implicó también una nueva manera de entender tanto el modo de enfrentarla como el sujeto capacitado para ello. Si la crisis tenía un origen doble, debía atenderse también a una solución que atendiera a ambos frentes; es decir, que, por supuesto, continuara la guerra, expulsara al invasor y recuperara al monarca pero también, y aquí la novedad, que le entregara a este una monarquía regenerada en la que no pudiera volver a reproducirse el mismo momento de decadencia política que había permitido que Godoy jugara patrimonialmente con la monarquía. Dicho brevemente, se trataba de atender tanto el frente militar como el constitucional.

La reinterpretación de la crisis abrió, por tanto, un nuevo debate referido al sujeto que debía encargarse de gestionarla. Si la nación en principio se había presentado como un sujeto conformado por los pueblos resistentes a través de sus juntas para restablecer un orden deteriorado por el "impío" Napoleón, se estaba ahora proponiendo una nación entendida como un sujeto político. Esto implicaría un giro de notable recorrido en la crisis porque la nueva concepción de la nación lo entendía como sujeto políticamente habilitado para, por un lado, gestionar el frente militar y, por otro, reformar el orden político con el fin de evitar el despotismo interior. Para lo primero podía servir la Regencia pero para lo segundo hacía falta un nuevo nicho institucional en el que anidara la nación como sujeto político y

que desde un principio se entendió que debían ser las Cortes.

El debate que acompañó la adopción por parte de la "nación española" de esta nueva piel política tuvo dos escenarios principales en la Junta Central —sobre todo en el comité creado al efecto denominado Junta de Ceremonial— y en el debate público a través de prensa y papelería varia. No debe perderse de vista que precisamente en ese tránsito entre Junta Central y Cortes, entre una forma y otra de actuación de la nación, está muy presente la figura de Manuel José Quintana. El "poeta nacional" era el líder indiscutible del grupo intelectual que con más ahínco había defendido una comprensión más política de la literatura española en los años inmediatamente previos a la crisis desde la revista *Variedades*. En el contexto de la crisis y desde su *lobby* reformista conocido como la Junta Chica y la redacción del primer *Semanario Patriótico* y, posteriormente, desde sus cargos en la Central, la Regencia y las Cortes, Quintana encarnó como nadie ese tránsito de la nación literaria a la nación política[44].

La Junta de Ceremonial fue el comité creado por la Central a iniciativa de Jovellanos para concentrar todos los trabajos preparativos para la convocatoria y celebración de las Cortes. Al frente se colocó a Antonio de Capmany, enemigo declarado y a la postre vengado de Quintana. Trabajó a partir de materiales que le iban llegando de la conocida como "consulta al país"; es decir, la petición de luces y noticias a todas las instituciones y "sabios" de la nación que hizo la convocatoria de 22 de mayo de 1809. Era lo previsto en el momento de su formación en noviembre del año anterior; que se encargara de "recoger cuantas memorias históricas pudiese hallar acerca de las antiguas Cortes de Castilla, Aragón, Cataluña, Valencia y Navarra y de informar cuanto fuese relativo a la organización y ceremonial de estos congresos..."[45]. En este mismo enunciado de tareas, rememorado poco tiempo después por Jovellanos, puede percibirse que en este tránsito entre los pueblos y la nación se estaba procediendo con la misma lógica que había llevado a la formación de la Junta Central respecto de la geografía políticamente significativa de la monarquía.

En efecto, tanto en los trabajos de la Junta de Ceremonial como en los debates públicos producidos en la España europea, la geografía de la nación volvía a ser la peninsular. El texto que Capmany acabará componiendo como fruto de estos intensos meses trabajando al frente de la Junta de Ceremonial es, desde su título, bien elocuente: *Práctica y estilo de celebrar Cortes en el Reino de Aragón, principado de Cataluña y Reino de Valencia, y una noticia de las de Castilla y Navarra*[46]. El debate público fue capaz de espolear una notable producción textual relativa a las constituciones históricas de distintos reinos y provincias de la monarquía con intención no sólo de revalidarlas en momento en que se debatía sobre cómo articular la general de la monarquía sino, creo, sobre todo con evidente propósito de subsistencia corporativa en el nuevo escenario que se perfilaba. Si las juntas como expresión institucional del momento de los pueblos iban a ceder en favor de las Cortes y si todo apuntaba a una "reforma constitucional", postular la propia entidad constitucional histórica podía ser un muy conveniente modo de ir ubicándose en el nuevo escenario.

A poco que se siga este debate en esos dos escenarios peninsulares, el de la Central y el público, podrá constatarse que, a efectos de presencia constitucional propia y relevante, América no contaba. Como ha sido oportunamente recordado por Carlos Garriga al estudiar los discursos criollos de vindicación de derechos propios en el momento precedente a la crisis, el de *Indias* era un derivado municipal del derecho castellano. Sin duda esto diferenciaba a los "reinos de Indias" respecto de los de Aragón o Navarra en el sentido de carecer de una constitución propia, aunque podría matizarse la generalización respecto de algún caso como el de Tlaxcala[47]. Creo que lo relevante para entender el modo en que América fue considerada en este *turning point* que condujo de los pueblos a la nación es que tampoco fuera tenida presente siquiera como forma

apendicular de Castilla. Como ya en la época se señaló en repetidas ocasiones materiales al efecto no faltaban —en referencia, por ejemplo, al señalamiento de México o Cuzco como cabezas de reino para la eventual celebración de Cortes de sus reinos— sólo faltaba que se quisieran ver.

Recientemente Marta Lorente se ha referido a esta cuestión insistiendo muy justamente en las limitaciones que, al fin y a la postre, la perspectiva de una constitución histórica tenía sobre todo para el que era ya núcleo duro de la monarquía, el reino de Castilla. Ya en su momento el propio Jovellanos había concluido en diálogo con Capmany que el problema para cualquier intento de galvanización de una constitución histórica de la monarquía era el vacío castellano[48]. Sin embargo, la cuestión no se reducía, ni mucho menos, a una eventual regeneración constitucional efectiva sino que acabaría contando ante todo como fuente de información, como *filosofía política* más que como historia con efectos constituyentes. Así acabará siendo recogido en el conocido texto que se acompañó al proyecto de constitución como discurso preliminar al arrancar confesando que no innovaba sino que reciclaba materiales jurídico-políticos previos. Esta controvertida afirmación atribuida a Argüelles, muy habitualmente interpretada como una estrategia del discurso para disimular la verdadera acción constituyente de las Cortes, debe valorarse en toda su expresión: se trataba, anunciaba la comisión de constitución, de disponer con "nuevo método" los materiales que ofrecían las "leyes fundamentales de Aragón, de Navarra y de Castilla". La propuesta no podía estar más en sintonía con las propuestas de la ilustración jurídica de proceder con "método raciocinado" a poner orden en el caótico cúmulo de leyes que acumulaba la larga historia de la monarquía.

Intentar, como quiso con denuedo Jovellanos, acometer el frente constitucional de la crisis por medio de una suerte de *ancient constitution* se demostró, en efecto, imposible. Sin embargo, la búsqueda y exhibición de formas "antiguas" de constitución propia siguió teniendo un sentido político muy concreto de vindicación de espacio propio en el nuevo diseño constitucional. Es por ello que el diario de sesiones de las Cortes recoge tantas referencias en este sentido de diputados de distintas provincias, como lo hizo, por ejemplo, el diputado por Molina de Aragón, José Roa y Fabián, al discutirse la nómina de provincias que componían el territorio de las Españas y exigir allí espacio para este señorío de la corona. Más que de intendencias u otras formas administrativas, pedía recuperar en el texto constitucional la presencia de "los reinos y estados que han sido soberanos, pues la agregación de estos es la que forma una monarquía"[49].

Creo que es en ese sentido que desde el inicio de la crisis en América se estaban también activando, como en otros territorios de la monarquía, discursos que postulaban una inserción americana en ese proceso de recuperación y reinvención constitucional de los territorios, como intentó para Nueva España Servando Teresa de Mier. Pero no era necesariamente sólo por esta vía que reclamaron su presencia activa en el proceso político emprendido desde la reinterpretación de la crisis como un fenómeno constitucional. Mucho más habitual fue hacerlo desde posicionamientos que tenían que ver con los hechos recientes acaecidos en la monarquía y que habilitaban nuevos sujetos políticos.

Para cuando llegó la convocatoria para elegir diputados para las Cortes, en buena parte de América se había ya desplegado un discurso de activación política de los propios territorios que tenía poco que ver con la imagen de los mismos que recogía la convocatoria. En el momento en que la Central se debatía sobre si los americanos debían o no estar representados y cómo, en Santa Fe de Bogotá se extendía un memorial que, como se califica en un excelente ensayo de Daniel Gutiérrez Ardila, puede tomarse por una declaración de autonomía o por un acto de emancipación de hecho, que no de segregación[50]. Más que a los propios neogranadinos, el texto va dirigido a las autoridades metropolitanas para hacerles presente la falta de sintonía entre las medidas que iban

adoptando respecto de la presencia americana en la gestión de la crisis y la evolución política de los cuerpos políticos allí creados. Mostrando un preciso conocimiento de lo que había ocurrido en México y Quito, Diego Francisco Padilla instaba al reconocimiento de las legitimidad de las juntas americanas como primer paso para una recomposición constitucional del cuerpo político hispano. Era algo que un peninsular sobre el terreno como el enviado de la Regencia Antonio de Villavicencio, entendió enseguida al hacer saber a sus comitentes que sin reconocimiento de las juntas y sin una representación equitativa no era pensable un nuevo *compact* hispano[51].

Esta reivindicación del reconocimiento de la capacidad política autónoma de Nueva Granada fue conocida en España, como lo fueron también otras similares que insistieron en los efectos que había tenido sobre la consideración política de sus territorios el encaje precario de América en la concepción política de la nación española. La decisión de disponer para América una representación corporativa municipal en contraste con la vecinal provincial que se implementó para la Península, el hecho mismo de que los centrales consideraran precisa una instrucción electoral diferenciada para América, denotaba ya que culturalmente no se había asimilado siquiera el enunciado primero de la Central de enero de 1809 acerca de la igualdad entre territorios y españoles de ambas partes de la monarquía. Fue a partir de la constatación de que un lenguaje de igualdad, y consecuentemente de *fraternidad*, no podía compartirse entre españoles de ambos mundos cuando comenzó a abrirse paso con más decisión un lenguaje de emancipación como ruptura familiar y creación de nuevos cuerpos políticos como familias independientes en América.

NOTAS

1. Antonio de Capmany, *Centinela contra franceses*, Madrid, CEPC, 2008 ed. de Françoise Etienvre pp. 28 y 51.

2. Isidoro de Antillón, *¿Qué es lo que más importa a la España? Discurso de un miembro del populacho*, Cádiz, s.a, s.i. (Teruel, 28 de junio de 1808).

3. Melchor Gaspar de Jovellanos, *Dictamen sobre la institución del gobierno interino* (1808) en, del mismo, *Memoria en defensa de la Junta Central*, Oviedo, Junta del Principado, 1993 t. II p. 51 ss.

4. Pascual Bolaños y Noboa, *Compendio de los preceptos del derecho de gentes natural infringidos por el gobierno francés, contra cuya inicua y abominable conducta se arma la España, y deben armarse todas las Naciones del Universo*, Cádiz, Imprenta y Librería de Marina, s.a. (15 de junio de 1808). p. XIV.

5. Joaquín Lorenzo Villanueva, *Vida literaria de Joaquín Lorenzo Villanueva, o memoria de sus escritos y de sus opiniones eclesiásticas y políticas, y de algunos sucesos de su tiempo* (1825), Alicante, Instituto Juan Gil Albert, 1996 [edición de Germán Ramírez Aledón], p. 233.

6. Álvaro Flórez Estrada, *Introducción para la historia de la revolución en España* (1810), Madrid, Atlas, 1958 [Biblioteca de Autores Españoles t. CXIII ed. de Luis Alfonso Martínez Cachero].

7. Sobre todo ello me extiendo pormenorizadamente en José M. Portillo, *Revolución de Nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*, Madrid, CEPC, 2000, cap. 2.

8. Un ejemplo, de representación seguramente muy popular como entreacto, en el que las provincias aparecen como protagonistas: *El juego de las provincias de España*, Madrid, Vega, 1808.

9. Antonio de Capmany, *Centinela*, cit. p. 52.

10. *Reflexiones acerca de la Carta sobre el modo de establecer un Consejo de Regencia con arreglo a nuestra Constitución* (21-IX-1808), en *Semanario Patriótico*, 4, 1808 p. 70. La misma reflexión contenía otro de sus escritos: "Todos somos

españoles: el nombre sagrado de España sea siempre la seña para reunir todas las voluntades. Cuando se trata del bien común de la patria no haya diferencia entre el Gallego y el Valenciano, el Cántabro y el andaluz. Todos somos miembros de una gran familia." *¿Qué es lo que más importa a la España? Discurso de un miembros del Pueblo* (s.l., s.a., fechado en Teruel a 28 de junio de 1808) p. 13.

11. Un ejemplo de lo primero es la propuesta surgida de los aledaños del propio Consejo titulada *Memoria sobre la constitución de la Junta Central de Gobierno que se trata de formar en España*, Madrid, Fuentenebro, 1808. La perspectiva foral se expresó, de la que luego diremos más, y puede verse en un conocido texto: *Política popular acomodada a las circunstancias del día*, Madrid, 1808.

12. La idea de suprimirlas una vez creada la autoridad central se enfocaba en el riesgo federal que entrañaban: "...el menor mal de los males que acarrearía la permanencia de las Juntas de las Provincias sería la tendencia y el sendero a un federalismo que sería la ruina de España." *Discurso sobre la organización de la Junta Suprema de Estado que abosorba la soberanía. Por un aragonés cheso*, Madrid, Collado, 1808 p. 28.

13. *Quarterly Review*, febrero-mayo, 1809, cit. p. 10.

14. *Manifiesto de la Junta de Gobierno de Teruel sobre el estado actual de los negocios públicos*, Madrid, s.i., 1808 p. 8.

15. *Circular de la Junta de Valencia solicitando la formación de la Junta Central* (1808) en http://www.cervantesvirtual.com.

16. Archivo General de Indias (AGI), Diversos, 1, R1 N1.

17. Ángel Martínez Velasco, *La formación de la Junta Central*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1972 p. 177. Sobre el caso de la representación de Álava entre foral y nacional realizó un análisis Bartolomé Clavero, *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y Código ladino por América*, Madrid, 2001, cap. IV.

18. AGI, México, 1631, 1562, 1563, 1566 y 1568.

19. AGI, Diversos, 1, R. 3.

20. Pueden encontrarse descripciones recientes de los mismos en Virginia Guedea, "La Nueva España" y Marta Irurozqui, "Del Acta de los Doctores al Plan de Gobierno. Las juntas en la Audiencia de Charcas (1808-1810)" ambos en Manuel Chust (ed.), *1808. La eclosión juntera en el Mundo Hispano*, México DF, FCE, 2008.

21. Ruth de Llobet, "El poeta, el regidor y la amante: Manila y la emergencia de una identidad filipina", *Istor. Revista de Historia Internacional*, 38, 2009.

22. Archivo Histórico Nacional, Estado (AHN), 60G.

23. AGI, Diversos, 1, R. 3 El manuscrito lleva por título *El patriotismo verdadero. Pensamientos varios acordados con la razón y la experiencia, que se escriben en Lima por discurrir algo sobre la marcha del Universo*. Sobre Rico y su actividad periodística, Ascensión Martínez Riaza, "Los orígenes del periodismo doctrinario en Perú. El caso conflictivo de El Peruano", *Quinto Centenario*, 3, 1982.

24. "Lo cierto es, Señor Excelentísimo, que nadie sino Rico ha impugnado con más tesón y decisión el sistema revolucionario...", es decir, la independencia. Así se expresaba en informe a Madrid el último virrey del Perú José de la Serna en abril de 1824. Cito de José A. de la Puente, "Documentos para la biografía de Gaspar Rico y Angulo" en *La causa de la emancipación de Perú. Actas del simposio organizado por el Seminario de Historia del Instituto Riva-Agüero*, Lima, Pontifica Universidad Católica del Perú, 1960 p. 566.

25. La composición la detalla en su proyecto: 4 letrados, 2 eclesiásticos, 5 militares, 7 ciudades, 2 haciendas, 1 minero, 2 comerciantes, 1 noble, 1 cacique, 2 secretarios y 1 asesor.

26. Él mismo había dado una suma muy respetable para contribuir a la vigilancia de los esclavos costeros: Ascensión Martínez Riaza, "Los orígenes..." cit. p. 113.

27. Patricio Colón, *Reflexiones sobre la Autoridad y facultades de la Junta establecida en Sevilla con el nombre de Suprema y sobre las consecuencias que puede traer a la América y a la nación su reconocimiento* (20 de agosto, 1808) AGI, Diversos, 1, R1N1.

28. Melchor Gaspar de Jovellanos, *Memoria en defensa de la Junta Central*, cit. parte I § 68.

29. Eduardo Martiré, *La constitución de Bayona entre España y América*, Madrid, CEPC, 2000 y Fernando Serrano, *La vida constitucional de México,* vol. I, México DF, FCE, 2007.

30. Un autor nada sospechoso de afinidades con el emperador de Francia, el conde de Toreno.

31. AHN, Estado, 58E f. 36 ss.

32. Archivo del Museo Naval ??????

33. AGI, México, 1633 nº 3.

34. Ambas recomendaciones en AGI, México, 1633 n. 6 y 9.

35. Un caso bien estudiado es el de Chiapas donde un mismo texto, la proclama desde la Regencia del duque del Infantado, se hizo llegar en muy diversa forma en español para españoles americanos y en tzotzil para mayas: Robert M. Laughlin, *La gran serpiente emplumada: indios de Chiapa no escuchen a Napoleón*, México DF, UNAM, 2001.

36. Es un proceso de reafirmación del cuerpo político ciudadano bien estudian¡do por Beatriz Rojas.

37. *Representación del Cabildo de Santa Fe, capital del Nuevo Reino de Granada, a la Suprema Junta Central de España* (1809), en *Colombia. Itinerario y espíritu de la independencia. Según los documentos principales de la Revolución* [Recopilación, introducción y notas de Germán Arciniegas], Bogotá, Biblioteca Banco Popular, 1972.

38. Me ocupo de este proceso de construcción de la desigualdad con lenguaje de igualdad en José M. Portillo, "Monarquía, imperio, nación: experiencias políticas en el Atlántico hispano" en Antonio Annino (ed.), *La revolución novohispana y la independencia*, México DF, FCE-CIDE, 2010 [en prensa].

39. Álvaro Flórez Estrada, *Examen imparcial de las disensiones de la América con la España, de los medios de su reconciliación y de la prosperidad de todas las naciones*, Cádiz, Carreño, 1812 pp. 18 y 22.

40. Hasta el punto de que uno de los historiadores que ha prestado más atención recientemente a su pensamiento lo denomina "liberal de izquierdas": Joaquín Varela, "Retrato de un Liberal de Izquierda: Álvaro Flórez Estrada", *Historia Constitucional*, 5, 2004 [http://www.seminariomartinezmarina.com/ojs/index.php/historiaconstitucional/issue/view/6].

41. Álvaro Flórez Estrada*, op. cit.* pp. 22 y 49.

42. El estudio disponible más exhaustivo sobre la actitud de Blanco White respecto de América es el de André Pons, *Blanco White y América,* Oviedo, Instituto Feijoo, 2006.

43. Resumo aquí posiciones propias expuestas más por extenso en *Revolución de Nación*, cit. cap. II.

44. José Checa, "Pensamiento político y literario en un periódico innovador: *Variedades de Ciencias, Literatura y Artes* (1803-1805) 2 y Fernando Durán, ""Quintana, Cádiz, 1811. El catedrático de la logia infernal" ambos en Fernando Durán, Alberto Romero y Marieta Cantos, *La patria poética. Estudios sobre literatura y política en la obra de Manuel José Quintana*, Madrid-Frankfurt a. M., Iberoamericana Vervuert, 2009.

45. Jovellanos, *Memoria en defensa*, cit. que reproduce Federico Suárez, *El proceso de convocatoria a Cortes (1808-1810)*, Pamplona, Eunsa, 1982 p. 230.

46. Se publicó en Madrid en la imprenta de Collado en 1821 pero ya en 1808 anunciaba a Manuel Abella este trabajo casi con ese título: Federico Suárez, *op. cit*. p. 238. En vida alcanzó a publicar un resumen de sus conclusiones en *Informe sobre Cortes nacionales*, Cádiz, 1811 (17-X-1809).

47. Carlos Garriga, "Patrias criollas y plazas militares...", cit.

48. Marta Lorente, "Esencia y valor del primer constitucionalismo gaditano (Nueva España, 1808-1821)" en Antonio Annino (ed.), *La revolución novohispana*, cit.

49. *Diario de las Discusiones y Actas de las Cortes*, Cádiz, 1811 vol. 8 p. 113.

50. Me refiero a [Fray Diego Francisco Padilla, atribuido], *Motivos que han obligado al Nuevo Reino de Granada a reasumir los derechos de la Soberanía, renovar las Autoridades del antiguo Gobierno, e instalar una Suprema Junta bajo la sola denominación y en nombre de nuestro Soberano Fernando VII y con independencia del Consejo de Regencia, y de cualquiera otra representación*, Bogotá, s.a. (25 de septiembre de 1810).

51. Daniel Gutiérrez Ardila, *Un nuevo Reino. Geografía política, pactismo y diplomacia durante el interregnoen Nueva Granada (1808-1816)*, Bogotá, Universidad del Externado, 2010 cap. 3.

Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2011
Fecha de aceptación: 4 de noviembre de 2011

FAMILY PORTRAIT

RESUMEN

La Constitución española de 1812 compartió características esenciales con otros textos constitucionales que vieron la luz durante el periodo revolucionario de 1780 a 1830. Su característica esencial fue la voluntad de organizar a metrópolis y colonias en un único marco institucional. Aquella arquitectura constitucional incluyó también, por necesidad, una cámara legislativa única. Las constituciones que compartían estas características se definen en el texto como constituciones imperiales, en el sentido en que todas ellas pretendieron insuflar nueva vida a los antiguos imperios monárquicos. Igualmente, se razonan las causas de su fragilidad y colapso final.

ABSTRACT

The Spanish Constitution of 1812 shared common features with a group of constitutional texts in the revolutionary period 1780-1830. The main one was probably the assumption that a single political framework for both metropolis and overseas territories was needed. This constitutional architecture includes, almost by necessity, a single legislative body. Constitutions sharing this set of assumptions are defined in the text as imperial constitutions, in the sense that they shared the common goal of giving new life to former monarchical empires. The paper also stresses the forces that undermined their stability and led to their inevitable crises.

RETRATO DE FAMILIA

Josep M. Fradera
Universitat Pompeu Fabra
Investigador ICREA

El texto gaditano puede ser analizado desde muy distintos ángulos de visión, no necesariamente contradictorios. En este breve ensayo me propongo algo bastante elemental; esto es, situar la primera constitución no histórica peninsular en el contexto internacional del momento, en su contexto *significativo*. Si lo hacemos así, no costará percibir que puede defenderse con provecho la existencia de una familia específica de constituciones, una familia a la que la española de 1812 pertenece de pleno derecho. Este grupo de textos merece el calificativo de constituciones imperiales, y no precisamente por razones peyorativas. Me refiero con ello al grupo que fue pensado no sólo para las naciones europeas emergentes en exclusiva, sino para el conjunto de territorios, en Europa y fuera de Europa, de los imperios monárquicos que aquellas metrópolis protonacionales articularon siglos antes. De cumplirse hasta las últimas consecuencias aquel propósito abarcador, el muro que podía separar a la nación del imperio se habría desvanecido como un castillo en la arena. Como veremos, el venerable texto gaditano pertenece de pleno derecho a esta familia de constituciones. Solo inserta en este horizonte ideológico y cultural, el potencial y debilidades de la constitución aprobada en Cádiz resulta comprensible.

Conviene aclarar en primer lugar qué constituciones pueden ser adscritas con cierta coherencia a la mencionada familia, huyendo de taxonomías fáciles en la medida de lo posible. A mi parecer, la lista de las constituciones imperiales debe incluir las siguientes: la norteamericana de 1787; las francesas de 1793 y 1795; la española de 1812 y, finalmente, la portuguesa de 1822. Esta es la familia al completo si elevamos el listón de los requisitos fundamentales. Se trata, como puede apreciarse, de una familia corta en número —no más de cinco textos—, pero cuya importancia resulta innegable. Se trata ni más ni menos que de las grandes constituciones del periodo revolucionario, aquel que se abre con la crisis en la Norteamérica británica y se cierra con las revoluciones liberales de la década de 1820. Restaría discutir el lugar de la constitución británica que resultará de los ajustes imperiales posteriores a la crisis con las trece colonias norteamericanas, en la medida que muchos de ellos la asemejan a la familia de las antes citadas. Sin embargo, la negativa de la política británica a reconsiderar la transformación del Parlamento de Westminster en un genuino parlamento imperial, una cuestión recurrente a lo largo de más de un siglo, conducirá las cosas en otra dirección. Restaría finalmente discutir otros casos más dudosos, por inspiración o descendencia directa con relación al planteamiento de las ya citadas. En este apartado debería mencionarse la holandesa de la República de Batavia de 1798, que se inspiró en la francesa de 1795, unitaria y antifederal, pero pospuso ambiguamente una solución al problema (Art. 231 y 232 del título séptimo), silenciosa en todo lo relativo a la esclavitud colonial y condicionada por la trabajosa confiscación de las propiedades de la Compañía de las Indias Orientales (Art. 247). Igualmente, debería enjuiciarse la Carta regia lusitana de 1826, condicionada como estuvo por los acontecimientos portugueses y brasileños de los años anteriores. Establecer estas filiaciones nos obligaría a considerar las soluciones constitucionales de países con imperios constituidos o territorios lejanos (como los de

Suecia o Dinamarca, como me sugiere mi colega Enric Ucelay-Da Cal) que sobrepasarían con mucho las capacidades de quien esto escribe, así como el espacio que amablemente se nos concede.

Pocas dudas de su vocación imperial ofrecen las constituciones francesas, española y portuguesa. Las francesas de 1793 (que no entró en vigor a resultas del Terror) y 1795 rompen con la particular presentación del espacio de aplicación que ofreció la precedente constitución de 1791, considerada por otras razones como el antecedente más reputado de la española de 1812. En la monárquica de 1791 se separó todavía (Art. 8 del título VII) a la Francia metropolitana de las colonias y posesiones de Asia, África y América. Por el contrario, las dos republicanas posteriores afirmaron con contundencia la unidad del espacio político. Sin embargo —y se trata de un matiz importante—, no lo hicieron del mismo modo, ya que la segunda, la de 1795, sí distinguía a los territorios metropolitanos de los ultramarinos. Mientras el texto de 1793 ni siquiera detalla los territorios, por considerarlo innecesario sin duda, la segunda los divide en los 89 departamentos metropolitanos y los entre 11 y 13 en que se pensaba dividir a las colonias y posesiones ultramarinas. Esta anomalía no tiene una explicación simple, como veremos más adelante. A pesar de este matiz, importa ahora constatar la afirmación del complejo republicano como un espacio de representación e institucional único. No es necesario insistir en la idéntica y explícita definición imperial de las constituciones aprobadas en Cádiz (reacción a la de Bayona, de julio de 1808, anticipación imperial poco fiable, por razones que resultarán claras en las páginas que siguen) y Lisboa, en 1812 y 1822 respectivamente. Además, como es bien sabido, la lusa tomó de manera literal la definición del espacio político formulada una década antes por los españoles. En su traducción al portugués, rezaba así: "*A Nação Portuguesa é a união de todos os Portugueses de ambos hemisférios".* El significado de esta enfática definición de la nación en ambas constituciones es conclusivo: España era una nación europea, americana y asiática (por Filipinas); Portugal lo era americana, africana y portuguesa. Como es bien conocido, tanto la una como la otra no dudaron en hacer explícita la lista de los territorios que formaban dos entidades políticas tan vastas, reforzando de esta manera su sentido unitario.

Resta el caso de la constitución norteamericana de 1787, ciertamente más complejo. El más anciano de los textos constitucionales establece la lista de sus territorios al enumerar el reparto de diputados por estado (las trece antiguas colonias) en la sección segunda del artículo primero. Este artículo debe correlacionarse necesariamente con la sección octava, en la que se establece la uniformidad en todo lo que compete al Congreso, en todo lo relativo a impuestos, deuda, defensa y "*general Welfare*". Esta unidad, que subyace al carácter federal de la forma de Estado, justifica presentar a la constitución de la República norteamericana en estos términos. Sería un grave error identificar sin más este perfil unitario al carácter republicano de las constituciones norteamericana y francesa. Basta observar cómo las monárquicas española y portuguesa se dotaron de un planteamiento absolutamente simétrico. Una última apostilla, si se quiere, para reafirmar la pertenencia de la constitución a la familia de las imperiales. El texto constitucional salido de la convención de Filadelfia no puede entenderse adecuadamente si no se lee en paralelo con la Northwestern Ordinance en sus dos versiones, la de 1785 y la definitiva de 1787; en particular de la primera, de puño y letra de Jefferson, por las que se fijaban de antemano condiciones precisas para la admisión de nuevos estados. Normas que, como es bien conocido, no se cumplirán para todos en el futuro, gracias a la modulación federal de la propia constitución y a ajustes muy complejos entre los estados y la unidad constitucional en los pactos de 1790 y 1820. Es esta lectura conjunta del texto constitucional y de la legislación fundamental de la joven república la que permite apreciar su carácter imperial, carácter implícito en su mismo texto al no fijar con propiedad los límites territoriales a la nueva entidad política.

La afirmación jeffersoniana, compartida por Alexander Hamilton y los *Federalist Papers*, de que sus fronteras puede que se fijasen en Panamá no era gratuita ni tampoco una cuestión de expansionismo profético. En definitiva, el imperio al que la constitución aseguraba viabilidad política y un *ethos* unitario era el heredero y continuador del británico en el Nuevo Mundo. Sin embargo, a diferencia de aquél, estaría regido por unas mismas instituciones y bases de representación, la garantía de su supervivencia en un mundo americano poblado todavía de poderosas monarquías despóticas.

En efecto, ¿qué razones de fondo permitieron y aconsejaron establecer esta familia particular de constituciones y, a nosotros, catalogarlas de constituciones imperiales? La respuesta es simple: este modelo constitucional fue diseñado, de manera voluntarista pero no arbitraria, para reunir bajo un solo arco constitucional a los súbditos de la Corona, tanto a los que vivían en el espacio metropolitano como a los que vivían trasplantados en colonias, *comptoirs* y territorios lejanos. En el caso de los países que nos ocupan, este planteamiento sirvió para tratar de retener, en ocasiones infructuosamente, a los compatriotas al otro lado del Atlántico u otros continentes. En un momento de crisis aguda de la legitimidad monárquica, del pacto contractual entre el soberano y el súbdito, solo la garantía de derechos iguales podía mantener unidos a los habitantes de la metrópolis y las posesiones lejanas, articuladas por una relación colonial más o menos exigente. Frente a la tentación separatista de los coloniales o a la alternativa que consistía en buscar acomodo bajo la soberanía de potencias rivales, esta última muy común en las islas de plantación, solo la igualdad de derechos podía adquirir un valor disuasorio cierto. La misma razón impuso, y no solo en el caso español, fórmulas muy abiertas de sufragio. Pero este coste de oportunidad, que dirían los economistas actuales, no era razón suficiente ni el fundamento último que justifica la reincidencia en un planteamiento parecido. La razón de ser de las constituciones, de este planteamiento tan notoriamente arriesgado, siquiera por la dimensión de los mundos que pretendía abrazar, era al mismo tiempo histórica y cultural. Conviene decir algo al respecto.

La idea de prolongar la vida de los imperios atlánticos transmutándolos en entidades políticas fundadas en el consenso constitucional tenía en verdad un fundamento histórico. Con esta obviedad quiero señalar que aquella pretensión no nacía de una motivación de puro voluntarismo "patriótico", sino que registraba por igual la realidad plena del mundo de los europeos. En efecto, los imperios monárquicos se encontraron muy pronto con la necesidad de reconocer la personalidad y autonomía política de los súbditos de origen europeo establecidos en otros continentes, el aspecto más dinámico de la expansión atlántica. Lo mismo volvería a suceder en el siglo XIX, pero esta vez no sólo en América sino también en África (Argelia francesa y África del sur británica) y Oceanía. Otra cosa era su predisposición a reconocer tan radical extensión de derechos a aquéllos que no practicaban la misma religión (caso de los *canadiens* integrados en el imperio británico como resultado del Tratado de París de 1763 o de los irlandeses católicos por los Acts of Union de 1801) u obedecían a la misma identificación étnica o racial. En este caso, sin embargo, la situación no era la misma en los espacios con gran desarrollo de la esclavitud y en aquellos otros donde el trabajo servil no constituía la institución clave de la vida social. Además, los súbditos europeos que emigraban a otros continentes no abdicaron por lo general de los sistemas de derechos y formas de representación de sus compatriotas en los lugares de origen. Si bien su ejercicio podía restar en estado latente en la etapa constitutiva de aquellas sociedades lejanas, derechos e instituciones fueron reclamados con urgencia una vez formaron comunidades políticas de cierto tamaño. Tanto era así, que una de las grandes tradiciones de derecho constitucional en la Francia prerrevolucionaria tuvo su origen en las Antillas francesas (pobladas éstas nada casualmente de bretones), la que encontró su expresión más acabada en la obra del martiniqués Moreau de Saint-Méry. La reproducción

en las colonias de la inacabable negociación entre el poder real y las corporaciones locales u ocupacionales tenía motivaciones muy profundas. Con un matiz que conviene mencionar: los coloniales se convencieron tras muchos desaires de que la solución de sus problemas particulares no dependía de negociaciones de detalle sino de las virtualidades reparadoras de una representación equitativa. Además, la lejanía del poder real y la debilidad de la administración, la milicia y la justicia del reino de origen permitió a los súbditos en lugares remotos gozar de libertades prácticas quasi republicanas, como el caso del *dominion* de New England a fines del siglo XVII ilustra a la perfección. Sin esta situación de partida, con su consecuencia inevitable en la formación de sistemas políticos particulares, un elevado sentido de identidad colonial y los ingredientes de resentimiento criollo inherentes a cualquier situación colonial, los acontecimientos que se sucederán en el Atlántico a partir de la década de 1770 resultan del todo incomprensibles. La petición de representación en Westminster por parte de los norteamericanos no era, en definitiva, otra cosa que el reconocimiento de la madurez de los sistemas políticos particulares. No obstante, sea cual sea el valor que demos a las aguerridas asambleas de las trece colonias, la reclamación de igualdad política de los norteamericanos no puede desgajarse de una realidad cultural más amplia en todo el Atlántico colonial.

El segundo fundamento que condujo a la articulación de constituciones imperiales era de orden ideológico. El contractualismo tradicional de las monarquías compuestas evolucionó, en lo fundamental, en dos direcciones distintas. La primera se inclinó por situar el énfasis en la bondad del sistema institucional, aquel que garantizaba su unidad y diversidad. La formulación más acabada de ello se encuentra en el gran esfuerzo teórico de Edmund Burke sobre la constitución histórica ("*ancient constituion*"; o *incremental* en inglés contemporáneo) de las sociedades, cuyo resultado le conduce por igual a la condena de la política británica con respecto a las reclamaciones de los norteamericanos, al furor antirrevolucionario frente a Francia y al denodado esfuerzo por condenar a Warren Hastings, el ilustrado director de la East Indian Company, por ignorar de manera despótica la antigua constitución de la India. La segunda dirección es la que impregnará y dará sentido a la apuesta por las constituciones imperiales; esto es, a la relectura revolucionaria del derecho natural. Es esta lectura la que se expresa con rotundidad en el *motto* esencial de esta corriente, el formulado por la declaración de independencia de 4 de julio de 1776 con estas palabras: "*We hold these truths to be self-evident: that all Men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among them are Life, Liberty, and the Pursuit of Happiness*". Conviene recordar que esta vocación de igualdad política se reproduce casi al pie de la letra en la Declaración de los Derechos del Hombre de 26 de agosto de 1789, literalmente en el preámbulo de la constitución de septiembre de 1791 y que, reformulada como de "derechos del hombre y el ciudadano", aparecerá de nuevo en la de junio de 1793. En esta última, genuinamente republicana, se declara enfáticamente en su preámbulo que había sido "*l'oubli et mépris des droits naturels de l'homme*" la causa de todas las desgracias de la humanidad. A este horizonte ideológico compartido la historiadora Florence Gauthier lo denominó con acierto como el triunfo y muerte del derecho natural.

Si las primeras constituciones modernas se fundamentaron en un horizonte de igualdad de derechos, este criterio se compadecía mal con el establecimiento de una divisoria colonial entre súbditos (tampoco un concepto peyorativo) unidos por su obediencia al monarca. La nación se define no tanto por las fronteras naturales sino como el espacio de la representación política de los individuos libres (y cualificados para ello). Por esta razón, si las razones de oportunidad aconsejaban atender a la reclamación de igualdad formulada desde el otro lado del Atlántico, una vez descartada la propuesta burkeana, la perspectiva ideológica dominante favoreció los experimentos decan-

tados en aquella dirección. Por esta razón, la nación moderna raramente coincide, ni se sintió obligada a hacerlo, con las naciones históricas, fuesen éstas el cemento de los espacios monárquicos (Castilla, Île de France y su extensión en los *pays d'élection*, Inglaterra) o no. Por esta misma razón de fondo, la supremacía federal en la constitución norteamericana de 1783 se impuso sobre los proyectos que querían fundamentarla sobre las constituciones particulares de los estados, el punto fatal donde unas décadas después se situaría el arranque de la crisis política que conduce a la Guerra Civil.

Son estas las razones que distinguen a la nación histórica, tan centenaria o milenaria como se quiera, de la nación moderna. Otra cosa será que la dificultad de su estabilización —negada tanto por los que añoran el pasado monárquico como por los que se sienten excluidos, total o parcialmente, de la comunidad de ciudadanos— conduzca poco a poco a una relectura del pasado (lengua, instituciones, figuras...) para que éste asuma una función precisa como cemento de la misma. Ahí es donde, ciertamente, el material acumulado durante los siglos anteriores, por el genealogismo del sigo XVIII en particular, dará frutos que se prolongan hasta el presente. Este complejo cultural que es la nación moderna, que mira volitivamente hacia el futuro y proyecta al mismo tiempo "*the usable past*" hacia el presente, fue identificado con gran perspicacia por Ernest Renan en un texto tan citado como poco seguido. Para el historiador francés, el pleito por Alsacia y Lorena aconsejaba una lectura del proyecto nacional en clave tal que el presente no estuviese determinado por la idea de un pasado común. Volviendo a nuestro caso: ¿qué pasado común de instituciones, cultura, etnicidad elemental y sentido histórico, podían compartir un sujeto de la Barcelona catalana, Valladolid castellano, Guanajuato novohispano o Cajamarca peruana? La respuesta es una y rotunda: la figura del rey, su condición de súbditos con derechos. En cualquier caso, compartían una dinastía que será descrita de manera implícita en la constitución gaditana como secuestradora de la nación. La violencia conformadora del proceso de construcción de la nación, al que antes nos referimos, parte de este trazo fundacional decisivo. Esta violencia se proyectó hacia el futuro y hacia el pasado, con generaciones de historiadores marcando obedientemente el paso. Sobre este último punto, no parece que en las presentes circunstancias sea necesario insistir.

Por esta razón, no sólo la de Cádiz sino toda la familia de constituciones imperiales es tan poco explícita en los requerimientos culturales de la nación. Al extremo de confundir, nación e imperio; es decir, el jeffersoniano imperio de la libertad al que antes nos referimos, un espacio sin contornos explícitos, simplemente definido por estar organizado por las mismas instituciones, esto es, fundado en una única soberanía. La única referencia cultural común invocada en el texto gaditano es, como es de sobra conocido, la del catolicismo; pero se trata de una versión secularizada pues su función no era otra que señalar el dintel de exigencias que debería cumplir el sujeto con derecho a representación; una función idéntica a la que tenía el estado político del antiguo súbdito, es decir su condición servil en grados distintos (esclavitud, servicio doméstico, sexo, incapacidad futura para leer). La complicada operación de explicitar estas condiciones es la que explica la desaparición decimonónica de la categoría de ciudadano en las constituciones de la mayoría de países con regímenes representativos.

Resta un punto crucial: explicar las razones del fracaso anunciado de estas beneméritas cartas magnas. En pocas palabras: la contradicción insoluble entre el mandato de igualdad territorial y social y la desigualdad práctica inherente al mundo que heredaron. Por falta de espacio no desarrollaré este punto como merece por su importancia. Remito, en todo caso, a otros trabajos míos así como a los excelentes de muchos de mis colegas. Me permitiré en compensación un juego conceptual. Explicado de manera muy sintética: ¿por dónde salieron aquellas generaciones del embrollo de constituciones rotundamente igualitarias en lo político, en un horizonte marcado por

la desigualdad social y las relaciones coloniales (es decir, la desigualdad entre territorios)? El primer cónsul del Directorio francés lo explicó con brevedad admirable, tan admirable que fue entendido a la primera por casi todos. En efecto, la constitución francesa del año VIII (1799) estableció en su artículo 91 del título séptimo que "*le régime des colonies françaises est determiné par des lois spéciales.*" En aplicación previsible de este régimen de especialidad, la ley de 20 de mayo de 1802 restableció la esclavitud en las colonias francesas donde había sido abolida, un caso único en la historia, como lo fueron los sucesos de Haití de la década anterior. Así, en dos plumazos Napoleón sentenció la igualdad política de las colonias y la idea de que los hombres nacían libres iguales, la que había conducido a la abolición de aquella institución condenada el 4 de febrero de 1794, la conocida como "constitucionalización de la libertad general". En 1837 y 1838, españoles y portugueses, copiaron literalmente la fórmula napoleónica. Mientras, los norteamericanos procedieron de abajo arriba a la reformulación de la igualdad prometida, ventaja evidente del carácter federal de su modelo político, hasta partir la nación moderna en dos en vísperas de la guerra civil. La idea de excepcionalidad ("*specialité*", es la palabra de uso común en el régimen colonial francés) dominó las constituciones que substituyeron a la familia de las imperiales. Las de 1799 y las que seguirán en Francia, las españolas de 1837, 1845 y 1876, la portuguesa de 1838 y posteriores; la lectura norteamericana antes y después de la guerra civil, son ya constituciones propiamente coloniales. Así pueden y deben ser calificadas porque no se proponían, en definitiva, fundir el espacio de la nación con el del imperio heredado. Pero la historia de estas distorsiones nada arbitrarias no puede entenderse sin evaluar previamente el impacto mundial en las mentes y en las formas y el lenguaje de la política de la idea sobre la que los textos de aquella escueta familia de constituciones imperiales tomaron forma.

Debo agradecer comentarios que mejoraron el texto a mis colegas de la Universitat Pompeu Fabra, Enric Ucelay-Da Cal y Marc Carrillo. Igualmente la ayuda de Eric Storm de la Universidad de Leyden y de Ángel Duarte de la Universitat de Girona. Igualmente hacer constar que la fundamentación bibliográfica se encuentra en un extenso trabajo en curso sobre estos temas.

Fecha de recepción: 15 de julio de 2011
Fecha de aceptación: 4 de noviembre de 2011

THE CONSTITUTION OF 1812 AND THE FIRST SPANISH LIBERALISM

RESUMEN

Este trabajo contiene una sintética visión de conjunto de los orígenes del constitucionalismo español, desde la invasión francesa de 1808 hasta el fin del Trienio Liberal en 1823. Tras unas previas consideraciones sobre los *afrancesados* y el Estatuto de Bayona, se analizan las tres tendencias que se perfilaron en el seno de las Cortes de Cádiz y los modelos constitucionales en los que se inspiraban. A continuación se abordan los dos principios nucleares de la Constitución de 1812, la soberanía nacional y la división de poderes, así como la forma de gobierno resultante de ambos, sin olvidar los derechos reconocidos en su articulado. Los dos siguientes apartados se ocupan del restablecimiento del absolutismo en mayo de 1814 y de la frustrada experiencia constitucional que tuvo lugar entre 1820 y 1823, un período en el que la proyección internacional de la restablecida Constitución doceañista alcanzó su cenit.

PALABRAS CLAVE

Estatuto de Bayona, Cortes de Cádiz, Constitución de 1812, Trienio Liberal.

ABSTRACT

This work offers a concise overview of the origins of Spanish constitutionalism, from the French invasion of 1808 to the end of the Liberal Triennium in 1823. After some preliminary considerations on the *afrancesados* and the Bayonne Statute, we look at three trends emerging within the Cadiz Cortes and the constitutional models which inspired them. We then discuss the two core principles of the 1812 Constitution —national sovereignty and the division of powers— and the form of government arising from them, without forgetting those rights recognized in its articles. The next two sections are concerned with the restoration of absolutism in May 1814 and the frustrated constitutional venture that took place between 1820 and 1823, a period in which the international scope of the restored Constitution reached its zenith.

KEY WORDS

Bayonne Statute, Cádiz Cortes, Constitution of 1812, Liberal Triennium.

LA CONSTITUCIÓN DE 1812 Y EL PRIMER LIBERALISMO ESPAÑOL

Joaquín Varela Suanzes-Carpegna
Catedrático de Derecho Constitucional
Director del Seminario de Historia Constitucional "Martínez Marina"

Sumario: 1. Afrancesados y patriotas. 2. Las Cortes de Cádiz. 3. La Constitución de 1812. 4. El restablecimiento del absolutismo. 5. El Trienio Liberal. 6. Fuentes y Bibliografía.

1. AFRANCESADOS Y PATRIOTAS

Conviene subrayar que el factor que desencadenó el nacimiento del constitucionalismo español fue exógeno, no endógeno: la invasión francesa. Este es un hecho notable, que debe tenerse en cuenta para comprender el alcance y las limitaciones de la revolución liberal española. Es verdad que las ideas constitucionales habían empezado a difundirse entre la élite intelectual desde la segunda mitad del siglo XVIII, pero sólo tras la invasión francesa comienza a construirse en España un Estado constitucional.

La secuencia de los hechos es bien conocida, pero conviene recordarla. Entre el 17 y el 19 de marzo de 1808 tuvo lugar el llamado "Motín de Aranjuez", a resultas del cual Carlos IV se vio obligado a abdicar la Corona en su hijo Fernando VII y a exonerar a su Primer Ministro, Godoy. Una semana después, las tropas de Napoleón, con el pretexto de dirigirse a Portugal y al amparo del Tratado de Fontainebleau, que ambas naciones habían suscrito el año anterior, entran en Madrid, al mando de Murat. El 10 de abril, Fernando VII decide salir de esta ciudad, acompañado de sus más íntimos colaboradores, para encontrarse con el Emperador de los franceses, con la intención de que Napoleón le reconociese como legítimo rey de España. Diez días más tarde Fernando VII llega a la ciudad francesa de Bayona, mientras que sus padres, Carlos IV y María Luisa, lo hacen el 30 de abril, con la pretensión de que Napoleón obligue a Fernando VII a devolver a su padre la Corona de España. Pero el Emperador, que había conseguido engañar tanto a Fernando VII como a Carlos IV, no pretendía otra cosa que la renuncia de todos los Borbones a la Corona española. Un objetivo que consiguió a principios de mayo, lo que le permitió dos meses más tarde que su hermano José fuese reconocido como rey de España y de las Indias.

Con las renuncias de Bayona se desplomó la monarquía hispánica y se produjo una profunda crisis en la sociedad española. La más importante de toda su historia contemporánea hasta la de 1936. Es preciso tener en cuenta que, poco antes de que se formalizasen dichas renuncias, exactamente el 2 de mayo, el pueblo de Madrid se alzó en armas contra las tropas francesas que ocupaban la ciudad. Este

alzamiento fue duramente reprimido por las tropas de Murat, lo que provocó el levantamiento general en toda España y, en realidad, el comienzo de una larga Guerra de Independencia y de una auténtica revolución liberal, con la que se inició el constitucionalismo en nuestro país.

Para hacer frente a la crisis abierta por las renuncias de Bayona, algunos españoles decidieron pactar con los invasores y aceptar la legitimidad de José I. Esta fue la opción por la que se decantaron los *afrancesados,* muchos de los cuales ocupaban una alta posición social, política e intelectual. Los *afrancesados* compartían, además, los principios políticos del despotismo ilustrado. Eran hombres de talante moderado, contrarios a cualquier veleidad revolucionaria. Frente al principio de soberanía nacional, que invocarían los patriotas liberales en las Cortes de Cádiz para justificar la sublevación contra Napoleón, los *afrancesados* se escudaron en el principio monárquico, lo que les permitió fundamentar doctrinalmente su lealtad a José I, en cuya monarquía autoritaria veían, además, un necesario instrumento de modernización política, sin los peligros que la revolución liberal comportaba. El texto que recogió las líneas maestras de esta monarquía fue el Estatuto o Constitución de Bayona, en realidad impuesto por Napoleón a una Junta de notables reunidos en esa ciudad francesa y formalmente aprobado por su hermano José I el 6 de julio de 1808. Este texto constitucional se inspiraba en el principio monárquico, que se recogía de forma explícita en el encabezamiento, a partir del cual se otorgaba al rey la dirección política del Estado y se articulaban las Cortes como un órgano representativo-estamental. A pesar de su carácter autoritario, el Estatuto de Bayona reconocía, de forma dispersa, un conjunto de principios y libertades claramente enraizados en el nuevo orden liberal-burgués, como la libertad de imprenta, la libertad personal, la igualdad fiscal y de fueros, la inviolabilidad de domicilio, la supresión de privilegios y el acceso a los cargos públicos conforme al mérito y a la capacidad.

El artículo 143 del Estatuto ordenaba su gradual entrada en vigor a través de Decretos o Edictos del rey, que no llegaron a aprobarse, por lo que puede decirse que esta Constitución no estuvo nunca plenamente vigente en la España ocupada por los franceses. A medida que las tropas francesas fueron siendo derrotadas, cosa que ocurrió sobre todo tras la batalla de Bailén, y el territorio español liberado, se fue reduciendo todavía más el territorio y la población sobre la que el código de Bayona debía aplicarse.

Los españoles que, a diferencia de los *afrancesados,* prefirieron dar una alternativa constitucional patriótica a la crisis provocada por la invasión francesa, reconocieron a Fernando VII como legítimo rey de España y negaron validez a las renuncias de Bayona. Por todo el país se fueron articulando, además, Juntas Provinciales, que se autoproclamaron soberanas y que disputaron el poder al Consejo de Castilla, la más relevante institución del Antiguo Régimen, y a la Junta de Gobierno, creada por Fernando VII antes de marchar a Francia.

Con el objeto de coordinar la dirección política y la resistencia militar —esta última protagonizada tanto por ejército regular español, reforzado con la ayuda británica, como por las guerrillas populares— las Juntas Provinciales decidieron crear una Junta Central, compuesta de treinta y cinco miembros, la mayoría de ellos nobles, que se puso en planta el veinticinco de septiembre de 1808, en Aranjuez, una villa próxima a Madrid, bajo la presidencia del viejo conde de Floridablanca. En diciembre de ese año la Junta Central se trasladó a Sevilla, que se convirtió en la capital de la España no ocupada por los franceses. Todos sus miembros estaban de acuerdo en convocar las Cortes, aunque discrepaban sobre la estructura, la composición y el alcance de sus poderes, asunto sobre el que debatieron a lo largo de 1809. Pese a que el influyente Jovellanos se manifestó a favor de unas Cortes estamentales, circunscritas a "mejorar" las leyes fundamentales de la monarquía o "constitución histórica de España", al final triunfaron los partidarios de convocar unas Cortes unicamerales y con po-

deres constituyentes. El 31 de enero de 1810, una vez convocadas las Cortes, la Junta Central decidió autodisolverse, no sin antes crear un Consejo de Regencia, al que un Decreto de 31 de enero transfería toda la "autoridad" y "poder" de la Junta Central, "sin limitación alguna.

2. LAS CORTES DE CÁDIZ

Las Cortes Generales y Extraordinarias se reunieron por vez primera el 24 de septiembre de 1810, en la ciudad de Cádiz, una de las más liberales de España. Las elecciones fueron bastante complicadas dada la situación de guerra y la falta de experiencia, además de por el innovador y complejo sistema electoral que había aprobado la Junta Central, a cuyo tenor se atribuía la elección de los diputados a las Juntas Provinciales, a las ciudades con voto en Cortes y a los Reinos. Se había regulado además la figura del diputado suplente, que debía elegirse en representación de las provincias de ultramar o de las provincias peninsulares ocupadas por los franceses.

Fueron elegidos alrededor de trescientos diputados. El número exacto no se sabe con certeza. Lo más probable es que nunca llegasen a estar juntos todos. Fueron ciento cuatro los diputados que estamparon su firma en el Acta de apertura de las sesiones, ochenta más firmaron la aprobación de la Constitución el 19 de marzo de 1812, mientras que doscientos veinte son los que constan en el Acta de disolución de las Cortes, con fecha de 14 de septiembre de 1813.

Un tercio de los miembros de las Cortes pertenecía a los estratos más elevados del clero. Abundaban también los juristas, unos sesenta, y los funcionarios públicos, entre los que sobresalían dieciséis catedráticos. Una treintena larga eran militares y ocho títulos del reino. Había quince propietarios, cinco comerciantes, cuatro escritores, dos médicos y cinco marinos. Era, pues, una asamblea de notables.

En las Cortes de Cádiz no puede hablarse todavía de partidos políticos, pues faltaba la organización necesaria para ello. Pero sí es posible y necesario hablar de tendencias constitucionales, esto es, de grupos de diputados unidos entre sí por una común, aunque no idéntica, filiación doctrinal. A este respecto, dentro de estas Cortes se distinguían tres tendencias. En primer lugar, la que formaban los diputados realistas, cuya filiación doctrinal se basaba en una mezcla de escolasticismo e historicismo nacionalista, que se concretó en la defensa de la doctrina suareziana de la *translatio imperii* y de la soberanía compartida entre el Rey y las Cortes, así como en la necesidad de que éstas respetasen la "esencia" de las leyes fundamentales de la monarquía o Constitución histórica de España a la hora de redactar el texto constitucional, como había expuesto Jovellanos en su *Memoria en Defensa de la Junta Central*. Los diputados realistas criticaron tanto el pensamiento revolucionario francés como las doctrinas absolutistas: ni revolución ni reacción, reforma de lo existente, vendría a ser su lema, aunque no pocos de ellos, como Inguanzo, estaban muy alejados del talante ilustrado de Jovellanos, como se puso de relieve sobre todo en el debate de la Inquisición.

La segunda tendencia estaba formada por los diputados liberales, cuyos principios constitucionales eran básicamente los mismos que habían defendido los "patriotas" franceses en la Asamblea de 1789, en particular la soberanía nacional y una concepción de la división de poderes destinada a convertir las Cortes unicamerales en el centro del nuevo Estado, aunque tales principios los defendiesen con un lenguaje muy distinto. Así, en efecto, aunque no faltaron referencias a los lugares comunes del iusnaturalismo racionalista (estado de naturaleza, pacto social, derechos naturales, etc) por parte de algunos diputados liberales, la mayoría de ellos prefirió justificar sus tesis —incluidas la soberanía nacional y la división de poderes, según se verá más adelante— acudiendo a un supuesto liberalismo medieval español. En realidad, en la apelación a la Edad Media para justificar sus tesis coincidían realistas y liberales, si bien los primeros, siguiendo a Jovellanos, deformaban mucho menos la reali-

dad histórica que los segundos, más próximos a las tesis que defendería Francisco Martínez Marina en la "Teoría de las Cortes".

Los diputados americanos formaban la tercera tendencia constitucional presente en las Cortes. Es preciso tener en cuenta que la invasión francesa de 1808 había dado lugar en los vastos territorios de la América española a los inicios de un proceso emancipador que culminaría noventa años más tarde con la independencia de Cuba, Puerto Rico y Filipinas. Pero una parte de las elites criollas seguía apostando por mantener los lazos con la Madre Patria, aunque a través de una Constitución que tuviese en cuenta el autogobierno de las provincias de ultramar y que diesen una justa representación a la población americana en los órganos del Estado constitucional en ciernes, sobre todo en las Cortes. En ambos puntos estaban de acuerdo todos los americanos presentes en las Cortes de Cádiz, en cuyas premisas constitucionales se mezclaban principios procedentes de la neoescolástica española y del derecho de Indias con principios revolucionarios, por ejemplo de Rousseau, a lo que debe añadirse el influjo de algunos iusnaturalistas holandeses y alemanes, sobre todo de Grozio y Pufendorff.

Pero, junto a la filiación doctrinal, es preciso decir unas palabras sobre los modelos constitucionales por los que se decantaron cada una de estas tres tendencias. Los diputados realistas mostraron sus simpatías por el constitucionalismo inglés o, con más exactitud, por la versión que de éste había dado Montesquieu. Ahora bien, lo que cautivó a los realistas no fue la posición constitucional del monarca británico, sino la organización de su Parlamento. A este respecto, trajeron a colación la teoría de los cuerpos intermedios, acuñada por el autor del *Espíritu de las Leyes*, e insistieron no tanto en la importancia de un ejecutivo monárquico fuerte al estilo del británico, cuanto en la necesidad de una representación especial para la nobleza y sobre todo para el clero, estamento al que pertenecía buena parte de los realistas. Una representación especial, similar a la cámara de los Lores, que Jovellanos había defendido en su mencionada *Memoria.*

Los diputados liberales tenían en alta estima ciertos aspectos del constitucionalismo británico, como el Jurado y la libertad de Imprenta; pero había algunos rasgos de este modelo que les desagradaban, como la extensión de la prerrogativa regia y el carácter aristocrático de la Cámara de los Lores. Estos diputados no eran, pues, propiamente anglófilos, a diferencia de Jovellanos y del también diputado Ángel de la Vega Infanzón, quienes desde la invasión francesa habían intentado introducir en España una monarquía similar a la británica, de acuerdo en gran medida con las sugerencias de Lord Holland y de su íntimo amigo y colaborador el doctor Allen.

En realidad, las ideas nucleares de los diputados liberales, como Argüelles, Toreno y Juan Nicasio Gallego, procedían del iusnaturalismo racionalista (Locke, Rousseau), de Montesquieu y de la cultura enciclopedista (Voltaire, Diderot), que se habían ido difundiendo por toda España desde la segunda mitad del siglo XVIII. Esta influencia foránea se mezcló con la del historicismo medievalizante y, en algún caso, como el de los clérigos Muñoz Torrero y Espiga, con el de la neoescolástica española, mientras que en Argüelles se detecta el eco del positivismo de Bentham.

No resulta extraño, por todo ello, que el modelo constitucional más influyente entre los liberales doceañistas fuese el que se había vertebrado en Francia a partir de la Declaración de Derechos de 1789 y de la Constitución de 1791. Un texto este último que se tuvo muy en cuenta a la hora de redactar la Constitución española de 1812, aunque entre ambos códigos haya notables diferencias, como luego se tendrá oportunidad de comprobar.

A los diputados americanos no les satisfacía, en cambio, ni el modelo constitucional británico ni el francés de 1791. El primero era incompatible con su mentalidad antiaristocrática, proclive a un igualitarismo que rebasaba los límites del primigenio liberalismo; el segundo, inspirado en el dogma jacobino de la soberanía nacional, no les agradaba por su radical uniformismo político y administrativo. En realidad, los diputados americanos parecían

mirar más hacia la monarquía cuasi-federal de los Habsburgos, arrumbada por el centralismo borbónico, que hacia los modelos constitucionales entonces vigentes. De escoger uno de entre éstos, acaso sus simpatías se inclinasen por el de los Estados Unidos.

Un modelo que no convencía en absoluto ni a los realistas ni a los liberales. A los primeros sobre todo por su republicanismo; a los segundos por su federalismo, rechazado de forma expresa en aquellas Cortes. A este respecto, Agustín Argüelles, en el debate constitucional sobre los Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales, que tuvo lugar en enero de 1812, insistió, polemizando con los diputados americanos, en los supuestos peligros del federalismo y en la necesidad de alejarse del modelo de la "federación anglo-americana". Por su parte, Toreno, en ese mismo debate, señaló que la Constitución en ciernes intentaba por todos los medios excluir "el federalismo, puesto que no hemos tratado de formar sino una Nación sola y única".

> "Lo dilatado de la Nación [española] —añadía este diputado— la impele bajo un sistema liberal al federalismo; y si no lo evitamos se vendría a formar, sobre todo con las provincias de Ultramar, una federación como la de los Estados Unidos, que insensiblemente pasaría a imitar la más independiente de los antiguos cantones suizos, y acabaría por constituir estados separados".

El fruto más preciado de las Cortes de Cádiz fue la Constitución de 1812, de la que se hablará más delante, pero es preciso tener en cuenta que estas Cortes, antes, durante y después del debate constitucional, aprobaron muchos y trascendentales Decretos, como el de 24 de septiembre de 1810, el primero de ellos, redactado por Muñoz Torrero y Manuel Luján, que declaraba la legítima constitución de las Cortes Generales y Extraordinarias y su soberanía, reconocía "de nuevo" a Fernando VII como "único y legítimo" Rey de España y anulaba su renuncia a la Corona,

> "que se dice hecha en favor de Napoleón, no sólo por la violencia que intervino en aquellos actos injustos e ilegales [esto es, en las renuncias de Bayona], sino principalmente por faltarle el consentimiento de la Nación".

En este importantísimo Decreto se formulaba, además, el principio de división de poderes, en virtud del cual las Cortes se reservaban el poder legislativo, atribuían el poder ejecutivo a un Regencia responsable ante la Nación, "interinamente y hasta que las Cortes elijan el Gobierno que más convenga", y confiaban, "por ahora", a "todos los Tribunales y Justicias establecidos en el Reyno, para que continúen administrando justicia según las leyes".

A pesar de lo dispuesto en este Decreto, las Cortes, al igual que había ocurrido con la Asamblea francesa de 1789, no se limitaron a actuar como una Cámara constituyente y legislativa, sino que actuaron también como un órgano de gobierno e incluso como un tribunal de justicia —como criticaría José María Blanco-White desde Londres—; lo que las convirtió en la más alta instancia política de la España no ocupada por los franceses.

Esta situación produjo constantes fricciones entre las Cortes y el Consejo de Regencia, que obligó a aquéllas a disolver este Consejo el 28 de octubre de 1810 y a sustituirlo por un Regente (Agar) y un suplente (Puig), más fáciles de controlar. Entre los Regentes destituidos se encontraban dos de los más formidables enemigos de las Cortes y de la Constitución que éstas elaboraron: Lardizábal y el Obispo de Orense.

Otros Decretos muy relevantes fueron el que proclamaba la igualdad de derechos entre los españoles y los americanos, el que decretaba la libertad de Imprenta, el que incorporaba los señoríos a la Nación y el que abolía las pruebas de nobleza para acceder al Ejército. Una medida esta última que suponía un golpe muy importante para la sociedad estamental, basada en el privilegio, al dejar abierta la carrera de las armas a sectores sociales hasta entonces excluidos. Las Cortes aprobaron otros importantes Decretos, como el que abolía la tortura en los procesos judiciales y el comercio de esclavos, el que establecía la libertad de industria, comercio y trabajo, el que iniciaba la desamortización eclesiástica y ordenaba parcelar los bienes de propios, realengos y baldíos, el que suprimía el llamado "voto de Santiago"

o, en fin, el muy trascendental que abolía el Tribunal de la Inquisición. Estos dos últimos se aprobaron después de la entrada en vigor de la Constitución.

3. LA CONSTITUCIÓN DE 1812

El 9 de diciembre de 1810, el diputado liberal Antonio Oliveros propuso a las Cortes el nombramiento de una Comisión encargada de redactar un proyecto de Constitución política de la Monarquía, que tuviese presentes los trabajos preparados por la Junta Central. Las Cortes aprobaron la propuesta de Oliveros, pero no procedieron a nombrar la Comisión constitucional hasta el 23 de diciembre. La componían quince miembros. Cinco eran realistas: Francisco Gutiérrez de la Huerta, Juan Pablo Valiente, Francisco Rodríguez de la Bárcena, Alonso Cañedo Vigil y Pedro María Rich; cinco eran americanos: el chileno Joaquín Fernández de Leyva, el peruano Vicente Morales Duárez, los mexicanos Antonio Joaquín Pérez y Mariano Mendiola Velarde, y el cubano Andrés Jáuregui (Mendiola y Jáuregui fueron nombrados el 12 de marzo, por considerarse que hasta entonces la representación americana era demasiado exigua); cinco eran destacados liberales: Diego Muñoz Torrero, Antonio Oliveros, Agustín Argüelles, José Espiga y Evaristo Pérez de Castro.

La Comisión se constituyó el 2 de marzo de 1811. Su presidente fue el extremeño Diego Muñoz Torrero, antiguo rector de la Universidad de Salamanca; sus secretarios, Francisco Gutiérrez de la Huerta y Evaristo Pérez de Castro. En esta primera sesión —a la que no asistieron varios realistas, como ocurriría en otras ocasiones, lo que contrastaba con la disciplinada actitud de los liberales— se acordó consultar las Memorias y Proyectos que había manejado la Junta de Legislación, creada por la Junta Central, así como los Informes sobre la mejor manera de "asegurar la observancia de las Leyes Fundamentales" y de mejorar la legislación, que habían remitido a la Junta Central diversas instituciones (Consejos, Juntas Superiores de las Provincias, Tribunales, Ayuntamientos, Cabildos, Obispos y Universidades) y algunos "sabios y personas ilustradas", cuya opinión había recabado la Junta Central mediante el Decreto de 22 de mayo de 1809. La Comisión constitucional manifestaba, asimismo, su intención de estudiar los escritos que se le remitiesen en adelante e invitaba a participar en sus sesiones "a algunos sujetos instruidos", lo que permitió que el 12 de marzo se incorporase a los debates Antonio Ranz Romanillos, buen conocedor del constitucionalismo francés, autor de un proyecto de Constitución, que la Comisión constitucional manejó.

El 20 de marzo comenzaron los debates constitucionales en el seno de la Comisión. Cinco meses más tarde, exactamente el dieciocho de agosto, se leyeron en las Cortes los cuatro primeros títulos del proyecto de Constitución (entre ellos los relativos a las Cortes y al Rey) y la parte correspondiente de su extenso Discurso preliminar, cuyo debate comenzó en el pleno de las Cortes el 25 de agosto, a la vez que la Comisión constitucional continuaba discutiendo los seis últimos títulos de la Constitución, entre ellos el correspondiente a la Administración de Justicia, y el resto del Discurso preliminar.

Este Discurso es un documento básico para conocer la teoría constitucional del liberalismo doceañista y, dada su originalidad y repercusión, de gran importancia no sólo para la historia constitucional de España, sino también para la de todo el mundo hispánico y, por ello mismo, para la historia constitucional *tout court*. Su *leit-motiv* era el historicismo, a tenor del cual el proyecto de Constitución se engarzaba con las leyes medievales:

> "...nada ofrece la Comisión [constitucional] en su proyecto que no se halle consignado del modo más auténtico y solemne en los diferentes cuerpos de la legislación española... La ignorancia, el error y la malicia alzarán el grito contra este proyecto. Le calificarán de novador, de peligroso, de contrario a los intereses de la Nación y derechos del Rey. Mas sus esfuerzos serán inútiles y sus impostores argumentos se desvanecerán como el humo al ver demostrado hasta la evidencia que las bases de este proyecto han sido para nuestros mayores verdaderas prácticas, axiomas reconocidos y santificados por las costumbres de muchos siglos".

La Comisión constitucional había encargado a dos de sus miembros, liberales ambos, el asturiano Agustín Argüelles y el castellano José Espiga, la redacción de este Discurso. Argüelles se ocupó también de leerlo en las Cortes, en nombre de la comisión constitucional. En realidad, aun cuando se trataba de un texto que expresaba un pensamiento colectivo, en el que Espiga tuvo su parte, los historiadores —entre ellos Toreno, testigo de los hechos— coinciden en atribuir a Argüelles la paternidad de este importante documento, que sin duda tuvo muy en cuenta la labor realizada antes por la Junta de Legislación.

En la redacción del texto constitucional desempeñó, en cambio, un destacadísimo papel Diego Muñoz Torrero y, en menor medida, Evaristo Pérez de Castro, quien lo leyó en las Cortes, y quizá también el ubicuo Antonio Ranz Romanillos, pese a que no formaba parte de la Comisión constitucional.

Los debates en el seno de esta Comisión concluyeron el 24 de diciembre de 1811, simultaneándose, así, durante los cuatro últimos meses de ese año con el debate en el pleno, en donde continuaron hasta el 18 de marzo de 1812. El texto finalmente aprobado, que se componía de trescientos ochenta y cuatro artículos, se promulgó al día siguiente, día de San José, de ahí el nombre de "La Pepa" con que popularmente se conocería la nueva Constitución.

Sus dos principios básicos eran el de soberanía nacional y el de división de poderes. Dos principios que había recogido ya el primer e importantísimo Decreto expedido por las Cortes el 24 de septiembre de 1810, ya comentado, que había salido de la pluma de Muñoz Torrero. De estos dos principios y de sus principales consecuencias conviene ocuparse a continuación.

El principio de soberanía nacional se recogía en el artículo tercero del texto constitucional, que decía así: "La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo le pertenece exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales". Para defender este principio, la mayor parte de los diputados liberales no recurrió a las tesis iusnaturalistas del "estado de naturaleza" y del "pacto social". Aunque algún diputado, como Toreno, las trajese a colación, la mayoría de los liberales defendió este principio a partir de su supuesto enraizamiento en la historia de España y de su función legitimadora de la insurrección patriótica contra los franceses.

No obstante, las consecuencias que extrajeron del principio de soberanía nacional fueron muy similares a las que años antes habían extraído los liberales del vecino país. La soberanía, en efecto, se definió como una potestad originaria, perpetua e ilimitada, que recaía única y exclusivamente en la Nación. Esto es, en un "cuerpo moral", formado por los españoles de ambos hemisferios, con independencia de su extracción social y de su procedencia territorial, aunque distinto de la mera suma o agregado de ellos.

La facultad más importante de la soberanía consistía, a juicio de los liberales, en el ejercicio del poder constituyente; es decir, en la facultad de dar una Constitución o, una vez aprobada, en la de reformarla. Si el poder constituyente originario lo habían ejercido las Cortes Extraordinarias y Generales, sin participación alguna del Rey, por otra parte ausente, la Constitución de 1812, en su último Título, el décimo, confiaba la reforma de la Constitución a unas Cortes especiales, sin intervención del monarca, distinguiéndose, de este modo, entre la Constitución y las leyes ordinarias, como había hecho también la Constitución francesa de 1791.

Ahora bien, al igual que había sucedido con el texto constitucional del país vecino, el código gaditano se concibió como una auténtica norma jurídica, que debía vincular tanto al poder ejecutivo como al judicial, aunque no, ciertamente, al legislativo. A este respecto, es preciso recordar que su artículo 372 disponía que las Cortes, en sus primeras sesiones, tomarían en consideración "las infracciones de la Constitución que se les hubiese hecho presentes, para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubie-

ran contravenido a ella". Con este precepto, el constituyente gaditano no pretendió en modo alguno establecer un mecanismo para controlar las infracciones constitucionales por parte de las Cortes, ni siquiera la inconstitucionalidad de las leyes preconstitucionales; pero sí, al menos, las infracciones a la Constitución por parte de los demás poderes del Estado, sobre todo el ejecutivo. Las Cortes se convertían, así, en el guardián de la Constitución. Las Cortes o su Diputación Permanente, a quien correspondía, en los intervalos de tiempo en que las Cortes no estuviesen reunidas, "dar cuenta a las próximas Cortes de las infracciones que hayan notado". Tanto de las infracciones de la "Constitución" como de las "leyes", que significativamente reciben un mismo tratamiento. En Cádiz, pues, no se articuló una jurisdicción constitucional, pero era evidente que existía un interés político en aplicar la Constitución.

En lo que concierne al principio de la división de poderes, el Discurso preliminar lo justificaba como técnica racionalizadora y como premisa imprescindible para asegurar la libertad. Dicho de otro modo, los liberales doceañistas, por boca de la Comisión redactora del texto constitucional, reconocían, de una parte, la existencia de diversas funciones desde un punto de vista material: legislación, administración y jurisdicción (incluso en los Estados preconstitucionales), pero, de otra, se manifestaban a favor de atribuir cada una de estas funciones a un poder distinto:

> "La experiencia de todos los siglos [señalaba el Discurso preliminar] ha demostrado hasta la evidencia que no puede haber libertad ni seguridad, ni por lo mismo justicia ni prosperidad, en un Estado en donde el ejercicio de toda la autoridad soberana esté reunido en una sola mano".

El principio de la división de poderes cristalizaría en los artículos 15 a 17 del código de 1812, que conformaban el gozne sobre el que giraba la estructura organizativa de todo su texto: "la potestad de hacer las leyes [decía el artículo 15] reside en las Cortes con el Rey". "La potestad de hacer ejecutar las leyes [sancionaba el 16] reside en el Rey". Y, en fin, el 17 prescribía que "la potestad de hacer ejecutar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los Tribunales establecidos por la ley".

Preceptos todos ellos que, como señalaba el artículo 14, convertían al "gobierno" (esto es, al Estado) de la Nación española en una "Monarquía moderada hereditaria". Un concepto que expresaba el carácter limitado o "constitucional", no absoluto o "puro", de la Monarquía, en el sentido amplio que le habían dado ya los revolucionarios franceses de 1789 y Montesquieu, aunque en las Cortes de Cádiz el concepto de Monarquía se utilizó también como sinónimo de Nación, de España o de "las Españas", la europea y la americana.

Con este sentido la Constitución de Cádiz se denominaba "Constitución Política de la Monarquía Española". En esta acepción, pues, la Monarquía era el ámbito territorial sobre el que se ejercía la soberanía del Estado o, en realidad, el Estado mismo, la comunidad española organizada jurídicamente y no solo la institución resultante de conferir a la Jefatura del Estado (la Corona, su nombre jurídico) un carácter hereditario y vitalicio. Era ésta una acepción propia de una Nación que no había dejado nunca de ser monárquica y que, por tanto, identificaba su propio Estado con la forma que éste revestía.

Resulta, asimismo, de interés señalar que en la reunión de la Comisión constitucional que tuvo lugar el 9 de julio de 1811, Espiga propuso

> "que sería muy conveniente mudar los epígrafes que determinan la división de los tres poderes, poniendo, por ejemplo, en vez de poder legislativo," Cortes o Representación Nacional"; en vez de poder o potestad executiva, "Del Rey o de la dignidad real"; y en vez de poder judicial, "De los Tribunales", con lo que se evitaría que tuviera aire de copia del francés esta nomenclatura y se daría a la Constitución, aun en esta parte, un tono original y más aceptable".

La Comisión aceptó esta sugerencia de Espiga y posteriormente la terminología propuesta pasó al texto constitucional, cuyo Título III se intitulaba "De las Cortes"; el IV, "Del Rey"; y el V, "De los Tribunales, y de la Administración de Justicia en lo Civil y Criminal".

El principio de división de poderes transformaba también radicalmente la vieja monarquía española. El Rey ya no ejercería en adelante todas las funciones del Estado. Es verdad que la Constitución le seguía atribuyendo en exclusiva el ejercicio del poder ejecutivo, le confería una participación en la función legislativa, a través de la sanción de las leyes, y proclamaba que la Justicia se administraba en su nombre. No obstante, en adelante serían las Cortes el órgano supremo del Estado.

Un órgano que, conforme al principio de soberanía nacional, se componía de una sola Cámara y se elegía en virtud de unos criterios exclusivamente individualistas. Para formar parte del electorado activo y pasivo (esto es, para elegir y ser elegido), no bastaba con ser español, sino que era preciso además ser ciudadano, con lo cual la Constitución de 1812 venía a reproducir la distinción que los Constituyentes franceses de 1789 habían establecido entre ciudadanos activos y ciudadanos pasivos y entre derechos civiles y derechos políticos. Distinción esta última que defendieron también los diputados liberales. El sufragio previsto en Cádiz, no obstante, aunque indirecto, era muy amplio si se compara con el que establecería más tarde la legislación electoral de la Monarquía isabelina, lógica consecuencia del carácter más radical, aunque no democrático, del liberalismo doceañista, que en esta cuestión venía propiciado también por el protagonismo alcanzado por el pueblo durante la Guerra de la Independencia.

Las Cortes desempeñarían la función legislativa, pues el monarca sólo podía interponer un veto suspensivo a las leyes aprobadas en Cortes, que únicamente retrasaba su entrada en vigor. Además, las Cortes, a través de sus Decretos, podían regular unilateralmente, aparte de la reforma constitucional, otros decisivos aspectos del sistema político, algunos de los cuales podían afectar a la posición constitucional del Rey, como acontecía con la regulación constitucional de la Regencia e incluso con la posición de la Corona, como ocurría con la regulación del derecho sucesorio. En realidad, en las Cortes recaía de forma primordial, aunque no exclusiva, la dirección de la política en el nuevo Estado por ellas diseñado.

Las relaciones entre las Cortes y el rey se regulaban en la Constitución de Cádiz de acuerdo con unas premisas muy similares a las que habían sustentado los "patriotas" franceses en la Asamblea de 1789, en las que se reflejaba la gran desconfianza del liberalismo revolucionario hacia el ejecutivo monárquico. Para citar tan sólo dos ejemplos, la Constitución prohibía al Rey la disolución de las Cortes e impedía que los Secretarios de Estado —todavía no se hablaba de "ministros" ni de "Gobierno" como órgano colegiado— fuesen a la vez diputados, en abierta oposición al sistema parlamentario de gobierno, ya muy afianzado entonces en la Gran Bretaña, que Mirabeau había defendido en la Asamblea de 1789 y Blanco-White en las páginas de "El Español".

Pero la Constitución de Cádiz cambiaba, asimismo, de forma radical el ejercicio de la función jurisdiccional, que atribuía a unos jueces y magistrados independientes. Era ésta una básica premisa liberal cuya defensa hacía el Discurso preliminar conectándola con la salvaguardia de la libertad y la seguridad personales, de acuerdo con lo que habían señalado Locke y Montesquieu.

Conforme a los principios de soberanía nacional y división de poderes, la Constitución de Cádiz articulaba, pues, un Estado constitucional muy parecido al que había vertebrado antes la Constitución francesa de 1791. Ahora bien, las diferencias entre uno y otro eran notables. Y se ponían de relieve en el mismo Preámbulo. Aquí, en efecto, además de reiterarse el deseo —verdadero *leit-motiv* del liberalismo doceañista— de engarzar la Constitución con los viejos códigos de la Monarquía medieval española, se hacía una invocación a "Dios todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo", como "Autor y Supremo Legislador de la Sociedad". En realidad, todo el texto de esta Constitución estaba impregnado de un fuerte matiz religioso, católico, inexistente en el de 1791.

La Constitución de Cádiz carecía, además, de una declaración de derechos. No fue un

olvido involuntario. Se rechazó expresamente una declaración de esta índole para no dar lugar a las acusaciones, por otra parte muy frecuentes, de "francesismo". No obstante, el código gaditano reconocía algunos derechos individuales consustanciales al primer liberalismo. Así, el artículo cuarto, de claro sabor lockeano, señalaba: " la nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen".

Por otro lado, el Título V de esta Constitución, "De los Tribunales y de la Administración de Justicia", reconocía algunas garantías procesales estrechamente conectadas a la seguridad personal, como el derecho al juez predeterminado por la ley, el derecho a dirimir contiendas por medio de jueces árbitros, el derecho de *habeas corpus*, la prohibición de tormento y la inviolabilidad de domicilio, mientras que el artículo 371 reconocía a todos los españoles la "libertad de escribir, imprimir o publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación". Otros preceptos sancionaban la igualdad de todos los españoles ante la ley, ya se refiriesen a la igualdad de fueros o, en este caso al margen del Título V, a la igualdad en el cumplimiento de las obligaciones fiscales, como disponían los artículos 8 y 339. Por su parte, el artículo 373 reconocía el derecho de petición.

Todos estos derechos se concebían, como había ocurrido en la Francia de 1789, como derechos "naturales", sólo transformados en derechos "positivos" mediante el necesario concurso del futuro legislador. Incluso el artículo 308 señalaba que

> "si en circunstancias extraordinarias la seguridad del Estado exigiese en toda la monarquía o en parte de ella la suspensión de algunas formalidades prescritas en este capítulo [esto es, el III del mencionado Título V] para el arresto de los delincuentes, podrán las Cortes decretarla por un tiempo determinado".

Con lo cual muchas de las garantías procesales antes mencionadas quedaban reducidas a meras "formalidades" que las Cortes podían suspender.

Pero lo que importan ahora señalar es que un derecho de tanta importancia como el de libertad religiosa, reconocido en el constitucionalismo inglés, americano y francés, no aparecía por parte alguna en el código español de 1812. Antes al contrario, el artículo 12 de este texto consagraba la confesionalidad católica del Estado de manera rotunda: "la religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra". Este precepto era una dolorosa concesión de los diputados liberales, incluidos los de clerical condición, a los realistas y, en realidad, a los sentimientos mayoritarios de los españoles, con el propósito de asegurar la pervivencia de la Constitución frente a una reacción absolutista, auspiciada por el clero. Aunque de poco sirvió tal concesión.

4. EL RESTABLECIMIENTO DEL ABSOLUTISMO

El 23 de mayo de 1812 las Cortes Generales y Extraordinarias, mediante un Decreto, hacían pública la convocatoria para las correspondientes Cortes Ordinarias, cuya reunión se anunciaba para el 1 de octubre de 1813. El Decreto prohibía la reelección de los diputados de las Cortes Generales y Extraordinarias, al tiempo que señalaba el número de ellos que elegiría cada provincia, de acuerdo con el principio constitucional de un diputado por cada setenta mil habitantes. Después de una enconada campaña electoral, que enfrentó a los realistas con los liberales, las Cortes Ordinarias abrieron sus sesiones el 1 de octubre de 1813. Pero los logros de estas Cortes no pueden, ni de lejos, compararse con las anteriores. Su labor fue, además, muy breve, pues a los pocos meses Fernando VII, tras abolir la Constitución de Cádiz, restableció el absolutismo. Un restablecimiento sobre el que merece la pena extenderse un tanto.

De acuerdo con el Tratado que en diciembre de 1813 Napoleón y Fernando VII habían firmado en Valençay, en cuyo castillo éste último había permanecido cautivo durante estos años, el "deseado" debía regresar a España como monarca legítimo. Pero tanto el Consejo de Regencia como las Cortes reaccionaron con indignación ante la firma de este Tratado, que ponía en entredicho las competencias constitucionales de los representantes de la Nación española y los acuerdos de alianza con la Gran Bretaña. Los diputados realistas se manifestaron también en contra del acuerdo de Valençay, al pensar que no era más que una estratagema de Napoleón, e incluso se sumaron a los liberales al exigir que la Nación española se abstuviese de jurar fidelidad al Rey mientras éste no jurase ante las Cortes acatar la Constitución.

En marzo de 1814, con este ambiente tan poco propicio aparentemente para restaurar el absolutismo, Fernando VII abandonó su retiro francés y se trasladó a España. Ahora bien, en vez de ir directamente a Madrid, como las Cortes le habían indicado, prefirió desviarse, yendo primero a Zaragoza y más tarde a Valencia, a donde llegó el 16 de abril. Esta maniobra le permitió tantear el ambiente y evacuar consultas con sus consejeros más allegados y con el embajador inglés en España, Henry Wellesley, hermano del duque de Wellington. Tanto sus consejeros, entre los que destacaban los generales Eguía y Elío, como el embajador se mostraron favorables a derogar la Constitución de Cádiz. Una opinión que compartía el propio duque de Wellington —todo un héroe nacional en España y, por supuesto, en Inglaterra—, aunque éste desease que Fernando VII se comprometiera a vertebrar una Monarquía constitucional al estilo de la inglesa y de la que estaba a punto de establecerse en Francia mediante la Carta de 1814, aprobada por Luis XVIII en mayo de ese mismo año.

Algunos sectores realistas no deseaban tampoco que Fernando VII se limitase a restaurar el orden de cosas anterior a 1808. Buena prueba de ello es el llamado "Manifiesto de los Persas**",** que en abril de 1814 suscribieron sesenta y nueve miembros de las Cortes Ordinarias. Sus signatarios, a la cabeza de los cuales figuraba Bernardo Mozo de Rosales, su probable redactor, ponían en la picota la obra de las Cortes constituyentes, y muy en particular el texto constitucional de 1812, por entender que no había hecho más que introducir en España las ideas subversivas e impías de la revolución francesa, ajenas por completo a la tradición nacional española. Pero además de denunciar la obra de la Asamblea gaditana —a cuyos diputados liberales acusaban de haber estado "poseídos de odio implacable a las testas coronadas"—, los *Persas* solicitaban que se convocasen unas nuevas Cortes por estamentos con el objeto de articular una Monarquía verdaderamente limitada o moderada, no por una "Constitución", sino por las antiguas "Leyes Fundamentales", en las que, a su juicio, debería reactualizarse el pacto o contrato suscrito entre el Reino y el Rey, de acuerdo en todo con las tesis jovellanistas, de impronta suareziana, que en las Cortes Extraordinarias de Cádiz habían defendido los diputados realistas. Tampoco faltaban en el Manifiesto las consabidas alusiones a la derrota de los Comuneros, a la decadencia de las Cortes y al "despotismo ministerial". Alusiones que eran ya un lugar común en el ambiente intelectual y político de la época y que en este caso procedían de los escritos de Martínez Marina, particularmente de la *Teoría de las Cortes*, que había visto la luz el año anterior. Los *Persas* no tuvieron reparos en utilizar esta obra de forma sesgada. Así en efecto, pese a algunas coincidencias más aparentes que reales, las consecuencias políticas que extraían de ella eran ciertamente distintas, por no decir opuestas, de las que sustentaba el sabio historiador asturiano: si éste defendía en su *Teoría* una Monarquía basada en la soberanía nacional, en la que el Rey debía limitarse a ejecutar los acuerdos de unas Cortes representativas de la Nación, los firmantes de este Manifiesto no ponían en entredicho la soberanía del Rey ni la Monarquía absoluta, a la que calificaban de "obra de la razón y de la inteligencia", sino que se limitaban a aconsejar su moderación y templanza mediante unas Cortes estamentales y unos límites extremadamente vagos, que históricamente habían demostrado con creces su

inoperancia, sin que faltase tampoco un alegato a favor del restablecimiento del Tribunal de la Inquisición, "protector celoso y expedito para mantener la Religión, sin la cual no puede existir ningún gobierno".

No se trataba, pues, de una alternativa de carácter liberal al constitucionalismo doceañista, que buscase construir una Monarquía al estilo de la que existía en la Gran Bretaña o de la que un mes más tarde articularía la Carta francesa de 1814 —una alternativa que Blanco-White defendería desde su exilio londinense—, sino de un intento, vano e inane a la postre y acaso ya desde un principio, de reformar la Monarquía tradicional, esto es, la anterior a 1808, sin poner en entredicho sus fundamentos doctrinales básicos.

El objetivo inmediato de los Persas era sin duda el de alentar al monarca para que, mediante un golpe de Estado —el primero de nuestra historia, aunque no ciertamente el último—, derribase la obra de las Cortes. Esto era, al fin y al cabo, lo que venían a solicitarle cuando, al final de su escrito, decían:

> "...No pudiendo dejar de cerrar este respetuoso Manifiesto, en cuanto permita el ámbito de nuestra representación y nuestros votos particulares, con la protesta de que se estime siempre sin valor esa Constitución de Cádiz y por no aprobada por V. M. y por las provincias, aunque por consideraciones que acaso influyan en el piadoso corazón de V. M. resuelva en el día jurarla; porque estimamos las leyes fundamentales que contiene de incalculables y trascendentes perjuicios que piden la previa celebración de unas Cortes especiales legítimamente congregadas, en libertad y con arreglo en todo a las antiguas leyes".

La solicitud de los *Persas* tuvo su respuesta en el Decreto que el Monarca expidió en Valencia el 4 de mayo, a tenor del cual se derogaban la Constitución de 1812 y todos los decretos aprobados por las Cortes de Cádiz, declarándolos "nulos y de ningún valor ni efecto, ahora ni en tiempo alguno, como si no hubiesen pasado jamás tales actos, y se quitasen de en medio del tiempo...". Los argumentos que utilizaba Fernando VII para justificar esta derogación —el ilegítimo origen de las Cortes de Cádiz y la intimidante actuación de los liberales dentro de ellas— recuerdan a los que habían esgrimido poco antes los *Persas*, si bien es verdad que eran de manejo común en los círculos realistas desde 1810. Acusaba Fernando VII a las Cortes de haberse convocado "de un modo jamás usado en España aun en los tiempos más arduos", al no haber sido llamados "los Estados de Nobleza y Clero, aunque la Junta Central lo había mandado". Las Cortes, a juicio del "deseado", le habían despojado de su soberanía desde el mismo día de su instalación, "atribuyéndola nominalmente a la Nación, para apropiársela así ellos mismos, y dar a ésta después, sobre tal usurpación, las Leyes que quisieron...". A juicio del monarca, la Constitución se había impuesto "por medio de la gritería, amenazas y violencias de los que asistían a las Galerías de las Cortes... y a lo que era verdaderamente obra de una facción, se le revestía del especioso colorido de *voluntad general*...". Pero más que el origen, lo que principalmente impugnaba Fernando VII en este Decreto era el contenido de la Constitución doceañista: sobre todo, la radical modificación que ésta había introducido en la posición del monarca en el seno del Estado:

> "...Casi toda la forma de la antigua Constitución de la Monarquía se innovó; y copiando los principios revolucionarios y democráticos de la *Constitución Francesa* de 1791, y faltando a lo mismo que se anuncia al principio de la que se formó en Cádiz, se sancionaron, no *Leyes Fundamentales* de una Monarquía moderada, sino las de un Gobierno popular, *con un Jefe o Magistrado, mero ejecutor delegado, que no Rey,* aunque allí se le dé este nombre para alucinar y seducir a los incautos y a la Nación".

Pero en este Decreto Fernando VII no se limitaba a anular la inmensa obra legisladora de las Cortes de Cádiz —en la que se condensaba todo un programa revolucionario y modernizador que el liberalismo español más avanzado trataría de poner en práctica a lo largo del siglo— sino que se mostraba partidario de limitar la Monarquía en la dirección señalada por los *Persas* en su Manifiesto:

> "Aborrezco y detesto el despotismo: ni las luces y cultura de las Naciones de Europa lo sufren ya; ni en España fueron *déspotas* jamás sus Reyes, ni sus buenas Leyes y *Constitución* lo han autorizado".

Para limitar la Monarquía o para templarla, palabra quizá más exacta con estos propósitos, Fernando VII se comprometía a convocar las Cortes y a hacer todo lo posible para asegurar la libertad y la seguridad, "cuyo goce imperturbable distingue a un Gobierno moderado de un Gobierno arbitrario y despótico".

El Rey, sin embargo, hizo caso omiso de estas vagas promesas reformistas. Así, en efecto, nada más comenzar su reinado, impulsó —o en este caso más acertado fuera decir que continuó— la represión política contra los "afrancesados" que todavía permanecían en España, pues la mayor parte de ellos, como Javier de Burgos, Leandro Fernández Moratín y el poeta Meléndez Valdés, se habían visto obligados a emigrar a Francia en 1813, acompañando a las derrotadas tropas invasoras. Pero la represión fue particularmente cruel con los liberales. Aquellos que consiguieron salvar su vida se vieron obligados a exiliarse a partir de 1814, como les ocurrió, entre otros muchos, al conde de Toreno y a Álvaro Flórez Estrada, quienes huyeron a Inglaterra, desde donde el primero pasaría a Francia. Algunos destacados liberales, como Agustín Argüelles, Francisco Martínez de la Rosa y Calatrava, tuvieron peor suerte y fueron encarcelados en alejados y lóbregos presidios, en los que tendrían tiempo sobrado para reflexionar sobre el fracaso del sistema constitucional.

A la par que llevaba a cabo esta política violentamente represiva, Fernando VII y su camarilla se dispusieron a restablecer el antiguo orden cosas, restaurando el Consejo Real y la Inquisición, entregando la enseñanza a los Jesuitas, quienes regresaron por primera vez a España desde que fueran expulsados por Carlos III, y, desde luego, devolviendo al clero y a la nobleza los privilegios que las Cortes de Cádiz habían suprimido al abolir los señoríos y los mayorazgos y al aprobar otras muchas medidas destinadas a liquidar la vieja sociedad estamental. Las libertades públicas se eliminaron por completo, prohibiéndose prácticamente todos los periódicos, a excepción de la *Gaceta de Madrid* y del *Diario de Madrid*. A diferencia, pues, de lo que ocurrió en Francia tras la vuelta de Luis XVIII, el regreso de Fernando VII produjo una auténtica "restauración" de la Monarquía absoluta y, en realidad, una exageración de sus rasgos más reaccionarios, como los de carácter represivo y clerical, pues al fin y al cabo los anteriores Borbones habían venido apoyando buena parte del programa de la Ilustración, al menos hasta 1789.

5. EL TRIENIO LIBERAL

Pero el absolutismo tampoco duraría mucho. Tras los intentos fallidos de Mina, Porlier, Richard, Renovales y Lacy de acabar con él por la fuerza, el 1 de enero de 1820 el Pronunciamiento de Riego logró tan ansiado objetivo. La caída del absolutismo trajo consigo el restablecimiento de la Constitución de Cádiz. Fernando VII, que tanto la odiaba, se vio obligado a acatarla el 10 de marzo de ese año. Pero lejos de sus promesas de fidelidad a este código, comenzó a conspirar contra él al poco de ser restaurado, para lo que no dudó en recabar la colaboración de la Santa Alianza, integrada por Rusia, Austria, Prusia y Francia. Unas naciones que no podían ver con buenos ojos un código tan revolucionario como el doceañista, que tampoco agradaba demasiado al Gobierno *tory* de Lord Liverpool. La Gran Bretaña, en realidad, no tenía demasiado interés en que se consolidase el Estado Constitucional español, no tanto por prejuicios ideológicos cuanto porque la inestabilidad política de España favorecía la emancipación de la América hispana. Un vasto territorio codiciado por el comercio británico, aunque los Estados Unidos no estaban dispuestos a permitir que en aquel hemisferio volviesen a ondear las enseñas de ninguna nación europea, como advertiría con toda claridad el Presidente Monroe en 1823. Ni a la Santa Alianza ni a la Gran Bretaña podían complacer tampoco la admiración que suscitaba el texto doceañista fuera de España. En Portugal, en Nápoles y en el Piamonte, en efecto, la Constitución de Cádiz no tardaría en adoptarse como bandera propia, al igual que años más tarde harían los *decem-*

bristas rusos. En realidad, la promulgación de este texto constitucional en 1820 supuso una luz de esperanza para los liberales radicales y para los demócratas de toda Europa, relegados o perseguidos a consecuencia de la política reaccionaria que la Santa Alianza había impuesto en el viejo continente. La Constitución de 1812 se convirtió, así, durante el Trienio de 1820 a 1823 en un punto de referencia para todo el movimiento liberal y nacionalista de Europa y de la América española, marcando un hito decisivo en la historia del liberalismo occidental.

Pero la hostilidad de Fernando VII al nuevo régimen constitucional y el contexto internacional tan poco favorable para el asentamiento de este régimen en España no bastan para explicar el fracaso del Trienio. Es preciso tener en cuenta también la división del liberalismo español entre "exaltados" y "moderados", que resultó funesta para la supervivencia del nuevo régimen y que se puso de manifiesto a comienzos de 1820 con motivo de la disolución del "Ejército de la Isla", esto es, del contingente de tropas mandadas por los héroes de la revolución: Rafael de Riego, en un primerísimo lugar, Quiroga, Arco-Agüero y López Baños. Los "exaltados" querían hacer de este Ejército un bastión armado de la revolución, oponiéndose a que fuese disuelto. Los "moderados" temían, en cambio, el papel que este Ejército podía jugar como grupo de presión frente a las Cortes y al Gobierno. De ahí su interés en disolverlo, que fue a la postre lo que ocurrió. Pero junto a esta cuestión hubo otras muchas que a lo largo de estos tres años dividieron a los liberales españoles, como el nombramiento de altos cargos de la Administración civil y militar, la legalización de las Sociedades Patrióticas y, sobre todo, la estrategia que debía seguir el proceso de transformación social en España. Los "exaltados" —cuyas premisas estaban a caballo del liberalismo y del jacobinismo, apelando unas veces a las libertades individuales y otras a los derechos del pueblo— querían restablecer íntegramente el programa de las Cortes de Cádiz e incluso radicalizarlo. Uno de sus dirigentes más destacados era Flórez Estrada, además de Romero Alpuente, Moreno Guerra, Istúriz y Calvo de Rozas. Los "exaltados" pensaban que había un peligroso divorcio entre el poder político y el poder social, que sólo podía solucionarse acelerando el proceso revolucionario y ampliando la base social de las nuevas instituciones, aunque en aquel entonces centrasen sus expectativas en las clases populares urbanas —de ahí su hincapié en las milicias populares y en las Sociedades Patrióticas— pero no en el campesinado, que representaba la inmensa mayoría de la población española. Los "moderados" pensaban, por el contrario, que no debían radicalizarse los conflictos entre las fuerzas del Antiguo Régimen y las favorables al nuevo orden liberal, sino buscar un entendimiento entre éstas y las más contemporizadoras de aquéllas, teniendo en cuenta, precisamente, el escaso apoyo popular con que contaba el Estado constitucional, que se había puesto de manifiesto de forma trágica en 1814, cuando la masa popular había dado la bienvenida al absolutismo. Entre sus miembros más preeminentes figuraban muchos liberales que habían tenido una sobresaliente participación en las Cortes de Cádiz, como Argüelles, Toreno, Muñoz Torrero y Espiga. Si los "exaltados" acusaban a los "moderados" de ser demasiado condescendientes con las fuerzas reaccionarias y de intentar beneficiarse en su exclusivo provecho del ejercicio del poder, éstos se defendían acusando a aquéllos de favorecer objetivamente el desmoronamiento del régimen y de concitar la inquina del Monarca, de buena parte de la Aristocracia y del Clero, así como de la Santa Alianza.

No puede decirse, en cambio, que la existencia misma de la Constitución de 1812 fuese un punto que dividiese a los "moderados" y "exaltados", al menos abiertamente. De hecho, durante el Trienio no llegó a proponerse nunca en las Cortes su reforma. En cualquier caso, muchos "moderados", como el Conde de Toreno, se habían distanciado ya de este código incluso antes del Pronunciamiento de 1820, mientras que otros se irían alejando de él a lo largo del Trienio. Por otro lado, no pocos "exaltados", aunque quizá no la mayoría, eran

conscientes también de que el código doceañista no era el más adecuado para la España de entonces. Los constantes conflictos entre el rey y sus ministros y entre éstos y las Cortes contribuyeron a que buena parte de los liberales españoles, sobre todo los más conservadores, pero no sólo ellos, se fuese alejando del modelo doceañista y buscase otro más eficaz para edificar el Estado constitucional y más acorde también con los nuevos vientos que soplaban en Europa.

Lo que con claridad meridiana se puso de manifiesto durante el Trienio era que el sistema de gobierno sólo podía funcionar bajo la Constitución de Cádiz si el Ejecutivo (rey y ministros) y las Cortes coincidían en la dirección política del Estado. De no ser así, el colapso del sistema estaba asegurado. Un colapso, además, irremediable en el marco de la legalidad doceañista, puesto que en España, como antes en Francia, a la cúspide del poder ejecutivo se accedía de forma hereditaria y vitalicia, a diferencia de lo que ocurría en los Estados Unidos de América. Ante esta grave tesitura, que se puso en evidencia de forma dramática desde los primeros meses del Trienio, los liberales sólo podían adoptar dos soluciones (para los absolutistas estaba claro desde el principio que la única solución era acabar pura y simplemente con el Estado constitucional): la primera, por la que se inclinaron los "exaltados", era la de deslizar al Estado hacia un sendero asambleario, acelerando las transformaciones económicas y sociales que hiciesen posible un auténtico liberalismo popular —verdadera *contradictio in terminis* en la España de entonces y en general en la del siglo XIX—, capaz de hacer frente a los poderosos enemigos interiores y exteriores, infringiendo si era preciso la Constitución o, al menos, interpretándola de acuerdo con las premisas del sistema asambleario de gobierno. La segunda solución, que parecía imponerse a medida que la exégesis presidencialista de la Constitución de Cádiz iba siendo derrotada, era la de abandonar el modelo monárquico vertebrado en esta Constitución y articular otro modelo inspirado en el constitucionalismo británico. Esta solución fue la que se impondría en España después de la muerte de Fernando VII.

Pero, de momento, lo que triunfó en 1823 fue el restablecimiento del absolutismo fernandino de la mano del duque de Angulema, sobrino de Luis XVIII, y de sus "Cien mil hijos de San Luis", que comenzaron a ocupar España en la primavera del 1823. La intervención francesa había sido decidida en el otoño de 1822 por las Cancillerías de Austria, Prusia, Rusia, Francia, las Dos Sicilias y Módena, reunidas en el Congreso de Verona, con el disentimiento de Inglaterra, representada en aquel Congreso por Canning, quien desde el verano de 1822 se encontraba al frente del *Foreign Office*, tras el suicidio de Castlereagh. En Francia la intervención militar había dado lugar a acalorados debates en las dos Cámaras del Parlamento. Los doctrinarios se opusieron a ella, pero los "ultras", que contaban con la mayoría después de las elecciones de 1821, la apoyaron. Chateaubriand, Ministro de Asuntos de Exteriores en el Gobierno Villele, fue el más ardoroso defensor de la intervención francesa, al ver en ella una magnífica oportunidad para resarcir el honor del ejército francés después de la derrota que diez años antes le había infligido el pueblo español.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ARGÜELLES, Agustín, *Examen histórico de la reforma constitucional de España*, Londres, 1835**,** edición de Miguel Artola, Junta General del Principado de Asturias (JGPA), Oviedo, 1999, 2 vols.

ARTOLA, Miguel, *Los Orígenes de la España Contemporánea*, Instituto de Estudios Políticos, 2ª edición, Madrid, 1975, 2 vols.; *La España de Fernando VII. La Guerra de la Independencia y los orígenes del constitucionalismo*, en *Historia de España*, fundada por Ramón Menéndez Pidal y dirigida por José Mª Jover Zamora, España-Calpe, vol. XXXII, Madrid, 1968.

ARTOLA, Miguel y FLAQUER, Rafael, *La Constitución de Cádiz (1812)*, Iustel, Madrid, 2008.

BLANCO VALDÉS, Roberto L, *Rey, Cortes y Fuerzas Armadas en los orígenes del constitucionalismo español (1808-1823),* Siglo XXI, Madrid, 1988.
BREÑA, Roberto, *El primer liberalismo español y los procesos de emancipación de América, 1898-1824,* El Colegio de México, México, 2006; *Colección de Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias,* 1810-1814, Imprenta Nacional, Madrid, 1820, 4 volúmenes*; Constitución Política de la Monarquía española, promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812,* Cádiz en la Imprenta Real, 1812, pp. 2-120; *Constituciones y Leyes Fundamentales*, Iustel, Madrid, 2011, edición y estudio preliminar de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, volumen 1º de la colección "Leyes Políticas Españolas. 1808-1978", dirigida por el mismo autor; *Diario de las Discusiones y de las Actas de las Cortes, 1810-1813*, Imprenta Real, Cádiz, 23 volúmenes; *Decretos del Rey Don Fernando VII. Año Primero de su Restitución Al Trono de las Españas*, Imprenta Real, Madrid, 1819.
FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, *Estudio Preliminar* a los *Escritos Políticos* de Jovellanos, Instituto Feijoo del Siglo XVIII-Ayuntamiento de Gijón, KRK ediciones, Oviedo, 2006; *La Constitución de Bayona (1808)*, Iustel, Madrid, 2007; *La Constitución de 1812. Origen, contenido y proyección internacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 2011.
JOVELLANOS, Gaspar Melchor de, *Memoria en Defensa de la Junta Central*, 1811, *Escritos Políticos* de Jovellanos, Instituto Feijoo del Siglo XVIII-Ayuntamiento de Gijón, KRK ediciones, Oviedo, 2006, edición de Ignacio Fernández Sarasola.
LA PARRA LÓPEZ, Emilio, *El primer liberalismo y la Iglesia. Las Cortes de Cádiz,* Instituto de Estudios Juan Gil-Albert, Alicante, 1985.
LORENTE SARIÑENA, Marta, *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988; *Manifiesto de los Persas (1814) en* Vicente Marrero, *El tradicionalismo español del siglo XIX*, Madrid, 1955.
MARTÍNEZ MARINA, Francisco, *Teoría de las Cortes,* Madrid, 1813, edición de José Antonio Escudero, JGPA, Oviedo, 1997, 3 vols.
PORTILLO VALDÉS, José Mª, *Crisis Atlántica. Autonomía e independencia en la crisis de la monarquía hispana*, Fundación Carolina/ Marcial Pons, Madrid, 2006.
SUÁREZ VERDAGUER, Federico, *Las Cortes de Cádiz*, Rialp, Madrid, 1982
TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Génesis de la Constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución,* "Anuario de Historia del Derecho Español", t. LXV, Madrid, 1995, pp. 56 y ss.
QUEIPO DE LLANO, José Mª (VII conde de Toreno), *Historia del Levantamiento, Guerra y Revolución de España,* Madrid, segunda edición, Madrid, 1848, reedición digital del CEPC, Madrid, 2008, *Presentación* de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna; *Textos básicos de la historia constitucional comparada,* edición, presentación e introducción de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, CEPC, Madrid, 1998
VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín, *Rey, Corona y monarquía en los orígenes del constitucionalismo español: 1808-1814,* "Revista de Estudios Políticos", nº 55, Madrid, 1987; *La monarquía imposible. La Constitución de Cádiz de 1820 a 1823*, "Anuario de Historia del Derecho Español", tomo LXVI, Madrid, 1996, pp. 653-687; *El Conde de Toreno. Biografía de un liberal (1786-1843),* Marcial Pons, Madrid, 2005, prólogo de Miguel Artola; *Asturianos en la política española. Pensamiento y acción",* KRK ediciones, Oviedo, 2006; *Política y Constitución en España. 1808-1978*, CEPC, Madrid, 2007, prólogo de Francisco Rubio Llorente; *Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812,* en Antonio Moliner (ed.), "La Guerra de la Independencia en España (1808-1814)", Nabla ediciones, Barcelona, 2007, pp. 385-423; *La Teoría del Estado en las Cortes de Cádiz. Orígenes del constitucionalismo hispánico,* 2ª edición, CEPC, Madrid, 2011, prólogo de Ignacio de Otto; *La monarquía doceañista. 1810-1837*, Marcial Pons Historia, Madrid, 2012 (en prensa).

Fecha de recepción: 31 de mayo de 2011
Fecha de aceptación: 4 de noviembre de 2011

THE BAYONNE CONSTITUTION OF 1808 AND HISPANIC CONSTITUTIONAL HISTORY

RESUMEN

La Constitución de Bayona de 1808 ha sido más importante de lo que la historiografía ha considerado para entender la historia constitucional española. Modelo ambivalente de Constitución que era a la vez un acto político y un acto jurídico, se presta a dos posibles interpretaciones tan valida la una, francesa, como la otra, española. Aunque los adversarios del régimen de José Bonaparte le denegaba toda legitimidad, no pudieron ignorar la existencia de esta constitución formal y reformadora que alimentó los debates sobre la Constitución que convenía a la Monarquía católica.

PALABRAS CLAVE

Constitución de Bayona, cultura constitucional, historia constitucional, Derecho Comparado, historiografía

ABSTRACT

The Bayonne Constitution of 1808 has been more important for understanding Spanish constitutional history than historiography has admitted. It is an ambivalent model of a Constitution, being both a political and a legal act, and lends itself to two possible interpretations (the French and the Spanish), each as valid as the other. Although opponents of the regime of Joseph Bonaparte denied him any legitimacy, they could not ignore the existence of this formal and reformative constitution, which fed the debate on an appropriate Constitution for the Catholic monarchy.

KEY WORDS

Bayonne Constitution, Constitutional culture, Constitutional history, Comparative Law, Historiography

LA CONSTITUTION DE BAYONNE DE 1808 ET L'HISTOIRE CONSTITUTIONNELLE HISPANIQUE*

Jean-Baptiste Busaall
Maître de conférences en histoire du droit et des institutions
Institut d'Histoire du Droit
Faculté de Droit - Université Paris V-Descartes

Sommaire: 1. «Bayonne», une constitution négligée par l'historiographie. 2.«Bayonne», une constitution espagnole. 3.«Bayonne», un élément du débat constitutionnel autour de «Cadix». 4. Bibliographie essentielle.

1. «BAYONNE», UNE CONSTITUTION NÉGLIGÉE PAR L'HISTORIOGRAPHIE

La Constitution de Bayonne occupe une place singulière dans l'historiographie des constitutions du monde hispanique, entre le déni de son existence et son étude quasi déconnectée des débats constitutionnels de son époque. S'il est vrai que d'un point de vue institutionnel, cette première constitution écrite pour toute la Monarchie espagnole —raison pour laquelle il convient d'envisager la question pour l'ensemble du monde hispanique et pas seulement pour l'Espagne contemporaine— a laissé peu voire pas de traces dans les constitutions qui la suivirent, il n'en demeure pas moins que d'un point de vue politique et de droit politique —c'est-à-dire d'un droit constitutionnel compris à la lumière de la culture sur laquelle il se fonde et dans laquelle il s'applique—, son existence dès 1808 est un élément très important et peut-être même un facteur déterminant dans les débats sur la question constitutionnelle qui aboutirent à la Constitution de Cadix.

Pour l'auteur de ces lignes, qui a travaillé sur le rôle des doctrines juridiques, des idées politiques et de l'expérience constitutionnelle française dans la formation du premier libéralisme espagnol et dans l'élaboration des deux premières constitutions écrites pour toute la Monarchie, la Constitution de Bayonne Doit être réintégrée à la fois à l'histoire des constitutions et à l'histoire constitutionnelle. Les deux choses ne sont pas équivalentes. On désigne ici par histoire des constitutions, l'étude de chaque constitution donnée: les raisons de

* Ce travail doit être considéré comme un résultat du programme de recherche DER2010-21728-C02-02/JURI du groupe HICOES (www.hicoes.org).

sa formation, les moyens et les mécanismes mis en œuvre pour la détermination de son contenu, les principes qui la sous-tendent, l'idée du gouvernement qu'elle organise, l'économie générale des institutions mais aussi la compréhension qu'en eurent ses interprètes et en particulier ceux qui avaient pour fonction de la mettre en place (des interprètes authentiques en vertu d'une habilitation). Parmi les raisons des succès et des échecs de l'expérience, il convient de distinguer celles qui sont circonstancielles, dont il ne faut pas se contenter, et celles qui résultent du monument juridique lui-même et éventuellement de l'articulation entre le droit et la politique en son sein. L'histoire constitutionnelle est par contraste entendue comme l'étude de l'idée constitutionnelle et de son évolution du fait des expériences et de l'élaboration de nouvelles doctrines, voire d'une nouvelle pensée. Elle prend en compte la civilisation, les conceptions du monde, les croyances collectives des sociétés dans lesquelles est pensée la nécessité de limiter le pouvoir.

Le traitement accordé à la Constitution de Bayonne est la conséquence de l'élaboration d'une histoire patriotique de la guerre d'Indépendance dont les commémorations (le mot n'est pas choisi au hasard) du Bicentenaire prouvent la vivacité. Le fait même que la période 1808-1814 porte encore le nom de guerre d'Indépendance en témoigne éloquemment. On sait pourtant que l'appellation est tardive et qu'elle date du début des années 1830 lorsque parurent les grands textes de l'histoire mémorielle des événements qui se produisirent à partir de 1808 (notamment celles de Toreno et d'Argüelles). Le peuple aurait pris les armes et se serait soulevé glorieusement contre un oppresseur étranger. S'ensuivit une révolution par laquelle la Nation espagnole prenant conscience de sa souveraineté se serait donnée sa première constitution libérale par le biais de Cortès délibérant dans Cadix assiégée. Le récit de cette grande geste patriotique fut d'abord produit *a posteriori* par certains acteurs qui sélectionnèrent une partie des faits pour le construire. Il ne s'agissait pas seulement de rassembler des souvenirs, mais bien d'élaborer une mémoire pour le présent et l'avenir.

Cette histoire patriotique s'est construite dans la négation et le rejet de tout ce qui touchait l'option napoléonienne en Espagne, c'est-à-dire la domination française, l'occupation militaire, le roi Joseph, la Constitution de Bayonne et ceux qui, *a posteriori* aussi, furent qualifiés d'*afrancesados* pour avoir été impliqués dans cette option. Ces derniers étaient les Espagnols que l'on voulait stigmatiser comme des traîtres, les deux mots étant équivalents à l'époque. Il faut noter que tous ceux qui furent impliqués dans l'option ne devinrent pas *afrancesados*. On ne range par exemple jamais Martínez Marina dans cette catégorie, alors qu'il avait préparé sa *Teoría de las Cortes* à Madrid au sein de l'Académie royale d'histoire et qu'il fut même sur le point de la présenter à Joseph!

Le premier événement patriotique fut donc le soulèvement de 1808 qui plus précisément fut un ensemble de soulèvements non coordonnés et pourtant à peu près simultanés. Comme l'a bien montré Richard Hocquellet, ce n'est ni la présence des troupes françaises, ni le *Dos de Mayo* qui provoqua la réaction du *Pueblo*, mais bien la nouvelle de l'abdication de Ferdinand VII. Celle de Charles IV à Aranjuez en mars de la même année n'avait pas provoqué de remous alors que ce coup d'État (ou cette révolution de palais) était en soi une remise en cause du principe traditionnel selon lequel on ne pouvait pas faire ou défaire un roi. Considérer que l'absence du roi Ferdinand créait un vide unissait dans le rejet de l'option napoléonienne des personnes qui ne tiraient pas les mêmes conséquences politiques de cette situation.

Le processus politique sépara au sein de l'option anti-française les défenseurs de la souveraineté royale (réactionnaires, partisans de la conservation des choses en l'état et réformateurs modérés) et les tenants de la souveraineté de la communauté (nation, peuple ou peuples). La réunion des Cortès de Cadix, le décret du 24 septembre 1810 sur la souveraineté nationale et la nullité des actes de Bayonne puis la

Constitution de 1812 devinrent les éléments clés de l'histoire patriotique qui rejetait hors de son champ les adversaires du «gaditanisme» ou du «*doceañismo*». Le peu d'intérêt prêté au manifeste de 1814, dit des Perses, en dépit de son importance doctrinale, est la conséquence de cette histoire mémorielle. L'échec des *liberales* pour imposer la Constitution nationale en 1814, puis en 1823, entraîna la nécessité de se justifier et d'expliquer les erreurs commises pour ceux qui avaient été défaits par la réaction fernandine et conduits en prison ou en exil. Par ailleurs, les nouvelles expériences constitutionnelles dont ils furent témoins en Angleterre ou en France contribuèrent à l'évolution du projet libéral en Espagne et au renoncement au modèle de 1812. Il importait à la fois d'en faire l'origine du libéralisme qui avait besoin d'établir sa propre histoire pour le discours politique et de l'écarter en tant que référent institutionnel qui ne permettait pas dans les années 1830 d'établir un régime allant dans la direction souhaitée d'un certain parlementarisme. La Constitution nouvelle de 1837 fut élaborée significativement comme une réforme de celle de 1812. Les pères de la *Pepa* avouèrent alors leurs «erreurs de jeunesse», notamment leur *afrancesamiento* culturel, et en firent porter la responsabilité à la monarchie d'ancien régime et à l'Inquisition qui avaient maintenu la nation dans l'ignorance.

On comprend que dans le cadre de cette histoire patriotique, la Constitution de Bayonne ne pouvait pas exister, ou alors au mieux comme faire-valoir de celle de Cadix qui, elle, fut vraiment espagnole et nationale. La fiction juridique entraînée par la nullité devenait un fait. À cela il faut ajouter que ceux qui avaient pu être des partisans de Joseph (avec tous les degrés d'adhésion possibles), en considérant que cela pouvait signifier qu'ils étaient favorables à la Constitution par laquelle il devait régner, n'eurent aucun intérêt ni envie de soutenir un projet définitivement caduc en 1813. Pour réintégrer la vie nationale après la défaite française, ceux qui n'avaient pas suivi la retraite prêtèrent serment à la Constitution de Cadix, depuis l'exil d'autres offrirent leur fidélité à Ferdinand réinstallé sur le trône et en 1820 ils manifestèrent leur attachement au régime constitutionnel gaditan.

À la fin du XIX^{e} siècle, un semblant d'intérêt s'éveilla pour l'anecdote de Bayonne qui ne trouvait de place que dans une chronologie rigoureuse des événements qui avaient conduit à la révolution nationale. Au moment où les journaux des sessions des Cortès de Cadix furent réimprimés, on publia les documents conservés dans les *Papeles reservados de Fernando VII* relatifs à l'assemblée de Bayonne, sans présentation préliminaire. En dépit de quelques omissions dues au caractère anthologique du recueil, celui-ci est certainement le meilleur pour consulter à distance ce qui est conservé dans les archives madrilènes.

Ce n'est qu'avec son bicentenaire que la Constitution de 1808 fit l'objet d'une première étude sérieuse qui prenait en compte les archives espagnoles et françaises. Le travail de Pierre Conard ne remettait cependant pas en cause la logique induite par l'historiographie de son époque. Il confirma même que la Constitution n'était en soi qu'un détail en affirmant que Napoléon n'en avait jamais voulu l'application et que Joseph n'avait rien fait pour la mettre en place ou la diffuser. L'historien français affirmait que Napoléon n'avait pas voulu régénérer l'Espagne mais mettre ses ressources au service de l'Empire. Le régime était en recul par rapport à la Révolution de 1789 en ne mettant en place qu'un despotisme éclairé.

Peu après, Carlos Sanz Cid publia le classique sur la question accompagné d'une retranscription des archives madrilènes et parisiennes. Si le travail était minutieux, il n'échappait pas à l'état des connaissances à son époque. Non seulement il était empreint lui aussi de cette histoire patriotique mais il était de surcroît construit de façon à démontrer à l'outrance que rien dans le processus constituant n'était légitime. Après son étude, on savait donc que l'assemblée de Bayonne n'avait été ni nationale, ni souveraine, ni constituante mais on ignorait toujours ce qu'elle avait été. Ne disant finalement pas autre chose que l'évêque d'Orense dans sa fameuse réponse à l'invita-

tion de se rendre à Bayonne en 1808, Sanz Cid insistait sur le fait que Napoléon n'avait pas le droit d'octroyer une constitution à l'Espagne. De plus, celle qui avait été forgée sur le territoire français en adaptant les constitutions françaises depuis l'an VIII (1799) ne pouvait pas correspondre à l'état de la nation espagnole. Comme Conard, il concluait que l'épisode fut éphémère et ne dépassait pas l'été 1808.

Parce que l'ouvrage était le fruit d'une recherche aussi minutieuse que sérieuse mais surtout parce qu'il resta jusqu'à il y a très peu la seule monographie sur le sujet, il fut cité comme une référence incontournable. C'était justifié, mais ce qui l'était moins était de le faire sans apporter de nuances ou sans signaler que bien des éléments sur lesquels se fondait sa thèse générale avaient été invalidés par l'évolution des connaissances depuis 1922. Le fait est qu'en dehors de quelques réexamens de la Constitution de Bayonne par Juan Mercader Riba en 1983, par Bartolomé Clavero en 1984 puis par Carmen Muñoz de Bustillo en 1988-1991, la tendance fut d'inclure l'épisode dans les ouvrages sur la guerre d'Indépendance ou sur les constitutions par le biais d'une synthèse d'un état de l'art peu satisfaisant.

On doit à Ignacio Fernández Sarasola d'avoir été l'un des chercheurs actuels qui ont le plus contribué à réintégrer la Constitution de 1808 dans l'histoire des constitutions espagnoles. Il l'inclut dans sa thèse sur les origines de la responsabilité de l'exécutif puis y consacra plusieurs travaux spécifiques dont on retrouve le résultat dans l'étude préliminaire du premier volume sur Bayonne de la collection consacrée aux constitutions espagnoles (dirigée par Miguel Artola). Mais s'il l'a sorti du rayon des curiosités, il n'a pas remis en question son caractère de constitution française octroyée. Le recueil documentaire contenu dans le volume auquel on se réfère permet d'accéder à l'ensemble des pièces relatives à la Constitution. Il convient toutefois d'avertir le lecteur qu'il s'agit en fait d'une réédition corrigée des anthologies précédentes et non d'une édition de sources avec lesquelles les différences sont nombreuses. Sur le fond, on doit convenir avec l'auteur que le texte de la Constitution a bien été élaboré à partir de celui des Constitutions du Consulat et de l'Empire et que Napoléon a bien été celui qui décida du contenu final après les consultations des Espagnols et notamment de ceux qui étaient réunis à Bayonne. Cela en ferait une constitution française pour l'Espagne, qui n'a jamais vraiment été admise ni même complètement mise en place.

Mais cette interprétation qui part du présupposé d'un *afrancesamiento* culturel et politique des élites «modernes» (dans une opposition entre Modernes et Anciens) —interprétation elle aussi léguée par une histoire mémorielle, celle des traditionalistes— et qui pour l'essentiel ne fait que nuancer et préciser ce que l'on savait déjà, soulève pour l'auteur de ces lignes plusieurs types de difficultés. En tout premier lieu, il semble difficile d'ignorer la remise en cause très sérieuse depuis déjà un certain nombre d'années du lieu commun de l'*afrancesamiento*. Ensuite, quel que soit le nom par lequel on la désigne (statut, acte constitutionnel ou constitution) et quand bien même son contenu fut décidé par Napoléon, cela n'en faisait pas une constitution française. Si donc elle fut bien la première constitution écrite espagnole, elle n'inaugura pas pour autant la question constitutionnelle dans la monarchie. Il est important de le souligner pour comprendre que l'interprétation que les Espagnols en firent compte autant que celle qu'elle avait dans l'esprit de ceux qui la conçurent.

2. «BAYONNE», UNE CONSTITUTION ESPAGNOLE

Pour savoir jusqu'à quel point la Constitution fut bien espagnole, il faut chercher à comprendre ce qu'elle signifiait pour les Espagnols de 1808, par rapport à la fois à leur culture juridique et à leurs réflexions politiques sur les moyens de poser des limites au pouvoir. Cela implique d'abord de délaisser la question de l'origine textuelle de la Constitution —c'est une chose entendue: elle est française—, de

distinguer ensuite la Constitution des institutions constitutionnelles et enfin de prendre au sérieux l'effort fait par Napoléon pour adapter son projet de constitution à l'Espagne.

On a parlé à propos de la régénération, promise par Napoléon dans un discours destiné à séduire l'opinion espagnole, d'un leurre trompeur et d'une manœuvre mensongère parce que la Constitution n'était pas libérale et que le seul objectif de son auteur factuel était d'intégrer l'Espagne à son système européen. En d'autres termes, la constitution n'aurait été que le moyen de dominer l'Espagne, comme si cela était peu et surtout comme si on n'avait pas prêté attention aux formes. Si Napoléon n'avait pas cru nécessaire de donner immédiatement une constitution aux autres territoires qu'il avait intégrés à son système européen, pourquoi l'aurait-il fait pour l'Espagne, de surcroît en consultant les Espagnols? Au lieu d'écarter la régénération de l'analyse parce qu'elle n'aurait pas existé, il convient plutôt de se demander ce que Napoléon entendait par régénérer la monarchie malade par le biais d'une constitution. Posée autrement, la question revient à se demander en quoi faire une constitution et en quoi la constitution elle-même pouvaient servir les desseins impériaux? Ensuite, on doit s'interroger sur la possibilité que la constitution soit à la fois un moyen pour Napoléon et une loi fondamentale de la monarchie espagnole.

Le modèle constitutionnel napoléonien a d'abord été élaboré pour mettre un terme à l'instabilité en France en créant un pouvoir fort servi par un appareil d'État conçu pour être efficace, au prix d'un renoncement aux principes de la Révolution (en particulier sur la procédure législative). La brièveté de la Constitution de l'an VIII qui modifiait l'ordre républicain sans le remettre en cause permettait et permit une évolution progressive du régime jusqu'à l'Empire. Le système des républiques sœurs, dont la pratique avait déjà montré qu'il plaçait les peuples «libérés» sous la domination française, fut remplacé par le système fédératif qui se caractérisait par une association des royaumes à la France par le biais de sa nouvelle dynastie. Les rois Bonaparte à la tête de chaque pays devaient régner de façon à servir les intérêts de l'Empire. Le modèle constitutionnel napoléonien pour l'Europe n'était pas les constitutions françaises depuis l'an VIII. Il se résumait pour l'essentiel au conseil d'État comme appareil de gouvernement et au Code civil comme instrument de remodelage de la société. La domination impériale suivait ainsi trois lignes directrices que l'on retrouve parfaitement dans le cas espagnol.

Après Aranjuez, Napoléon vit la possibilité de faire entrer définitivement la monarchie espagnole, qui jusqu'alors n'était qu'un simple allié, dans son système européen en plaçant sur son trône un membre de sa famille. Pour surmonter d'éventuelles résistances, Napoléon voulut que la nation espagnole lui demandât directement son frère Joseph, alors roi de Naples. Les commandants des armées impériales présentes dans la Péninsule reçurent l'ordre d'orienter l'opinion dans ce sens. C'est ainsi que vint l'idée de réunir une représentation de la nation pour reconnaître le nouveau roi. Il n'allait pas monter sur le trône pour régner comme un Bourbon: la réorganisation de l'appareil d'État était dans la logique de la domination française depuis la Révolution. Le discours sur la régénération était à la fois une mise en scène des changements qui allaient se produire et une justification politique de leur opportunité. Ainsi, la députation des Espagnols qu'on réunit à Bayonne devait avoir deux objectifs: demander et recevoir un roi Bonaparte —les circonstances précipitèrent la proclamation de Joseph par Napoléon et la députation se contenta de le reconnaître en lançant le processus de prestations de serment des corps au roi— et conseiller Napoléon sur le contenu de la Constitution. La députation ne fut ni pensée, ni présentée comme une assemblée nationale dans un sens révolutionnaire, pas plus qu'elle ne l'avait été comme assemblée constituante. Sa composition en faisait une représentation des corporations et des ordres de la Monarchie, sans qu'il ait été question de faire émerger une nation d'individus sujets de droits. Le projet de constitution préparé à

l'avance par Napoléon et son entourage fut d'abord lissé après la consultation de magistrats espagnols, puis présenté à la députation réunie en France. Celle-ci put formuler des suggestions d'amendement par le biais d'une procédure qui évitait tout débat politique en son sein et Napoléon informé des délibérations trancha souverainement sur le texte définitif. L'intervention espagnole permit d'ôter du texte ce qui pouvait provoquer une réaction trop hostile et d'adapter les principes aux traditions espagnoles, mais sans remettre en cause aucun des objectifs que la constitution devait permettre de remplir.

Ainsi, dans les premières versions du projet de constitution figurait la mention expresse du pacte entre Joseph et Napoléon conformément au principe de l'union des États qui reposait sur les liens de parenté entre l'Empereur et les souverains qui devaient rendre des comptes au chef de famille. L'opposition des Espagnols à cette disposition la fit supprimer, mais entretemps Napoléon avait assuré ses intérêts par le biais d'un traité secret avec son frère. L'ordre de succession au trône (article 2) conservait toutefois la trace du pacte de famille.

L'organisation de l'appareil d'État des rois Bonaparte visait à leur conférer un pouvoir fort et efficace. Le conseil d'État, instrument éprouvé de gouvernement qui permettait à la fois d'administrer et d'élaborer les lois, était la clé de voûte de la constitution. Il permettait au roi de préparer rapidement et efficacement les réformes. Il fut mis en place très vite. Les autres institutions constitutionnelles n'avaient pas pour fonction de servir directement le pouvoir royal. Le sénat et les cortès permettaient de l'informer et de canaliser vers lui les recours de façon à ce qu'il puisse être le garant des droits et libertés de ses sujets. En aucun cas, ils ne pouvaient devenir un contre-pouvoir face au roi.

La nouvelle Europe française devait être postrévolutionnaire. Il fallait donc faire disparaître les institutions sociales traditionnelles. Les pays de l'aire impériale devaient se rapprocher du projet de civilisation français. L'instrument de cette entreprise était le Code civil. Après l'opposition ouverte des députés du Conseil de Castille à Bayonne, Napoléon renonça à préciser dans la Constitution que le code civil unique qui devait s'appliquer dans les «Espagnes et les Indes» allait être celui de 1804. Mais dès 1809, Joseph fit nommer une commission pour l'adapter à l'Espagne catholique. Les principes d'égalité, de liberté contractuelle, de propriété exclusive devaient en s'appliquant progressivement abattre l'ancien régime. La régénération napoléonienne n'était pas spontanée et immédiate comme celle de 1789.

Napoléon n'avait pas l'intention de s'engager dans une guerre en Espagne. Il fallait donc que les gouvernés acceptent le changement de dynastie et la Constitution devait être un gage pour gagner leur adhésion. Cela explique pourquoi il s'efforça de prévoir, à côté des institutions devant faciliter l'exercice du pouvoir royal, celles qui permettaient la garantie de droits des Espagnols. Toutes les institutions constitutionnelles étaient une adaptation des institutions qui existaient alors en France. Les ministres étaient les commis du roi, lequel travaillait tour à tour avec des conseils des ministres, des conseils privés et des conseils d'administration (comme en France). Comme le sénat conservateur, le sénat espagnol devait être le gardien de l'ordre constitutionnel et des libertés des sujets. Les cortès étaient un conseil législatif qui devait remplir la fonction du Corps législatif qui était en France la seule assemblée après la réforme de 1807: l'appellation espagnole était certes symbolique, mais elle ne doit pas tromper. Enfin les institutions judiciaires reproduisaient dans les principes celles des réformes napoléoniennes. Mais les institutions créées et habilitées par la Constitution ne suffisent pas à définir celle-ci.

Napoléon omit soigneusement de préciser les principes de la souveraineté et la définition des éléments constitutifs de l'État. L'incomplétude est une caractéristique fondamentale de la Constitution de Bayonne. Elle n'était pas pensée comme un système autonome réorganisant toute la société et l'État. La Constitution de l'an VIII avait été remarquablement courte par

rapport à celles qui l'avaient précédée. C'était la conséquence du fait qu'il ne s'agissait plus de réinventer la France après dix années de révolution et ainsi, le régime s'inscrivait dans la continuité des éléments qui n'étaient pas modifiés. En Espagne, l'incomplétude constitutionnelle ou le fait que le texte n'était pas pensé comme un système totalement défini permettait de laisser survivre ce qui n'était pas changé par la Constitution explicitement. Il n'y avait pas eu de révolution, c'est donc l'ancien régime qui était maintenu en partie. Dit autrement, la Constitution n'avait pas un caractère abrogatoire général et dans le contexte de la culture juridique hispanique de l'époque —pour avoir une idée de la différence, il suffit de comparer la *Novísima Recopilación* de 1805 au *Code civil* de 1804—, cela autorisait à envisager la Constitution comme une norme s'ajoutant à celles qui l'avaient précédées.

L'intervention espagnole dans le processus d'élaboration de la Constitution eut des conséquences fondamentales: d'une part, elle permit de transformer un octroi impérial en pacte entre le roi et ses sujets (articles 6 et 7) et, d'autre part, elle réserva aux Espagnols la tâche de mettre en place la Constitution (article 141). Ainsi, il n'y a pas seulement deux lectures possibles de la Constitution, comme s'il s'agissait de deux opinions entre lesquelles chacun pourrait trancher, mais bien une double nature de l'acte. Conçue selon une matrice française, imposée par Napoléon pour intégrer l'Espagne au système impérial et prévoyant des institutions imitées de celles qui existaient alors en France, la Constitution était comprise par les Français selon la culture politique et juridique qui s'était formée depuis 1789. Il n'y a pas de doute quant au fait qu'elle devait abolir les institutions anciennes au fur et à mesure de sa mise en place et créer un système de monarchie constitutionnelle limitée dans laquelle le roi souverain avait la capacité et les moyens de changer les normes. Il existe plus d'un témoignage éloquent de la surprise, de la désillusion, voire de l'agacement que provoqua chez les Français l'interprétation que les magistrats espagnols faisaient de la Constitution.

Elle était aussi un instrument pour le règne de Joseph. La consultation des Espagnols avant et pendant l'épisode de Bayonne devait permettre de rassembler toutes les tendances antagonistes de la société espagnole. Le processus constituant ne permettait pas que celles-ci parviennent à un consensus par elles-mêmes. Il s'agissait qu'au moins elles ne s'opposent pas au projet impérial et qu'au mieux elles y collaborent. Pour cela fut intégré à la Constitution un ensemble de dispositions destinées à reconnaître les droits et libertés des vassaux du roi —significativement le terme de sujet n'est pas employé—. Les cortès en particulier étaient un organe de représentation des différentes composantes de la société qui pouvait être consulté sur toutes les questions touchant à la propriété, au droit civil et au droit pénal. Elles n'étaient aucunement en mesure de s'opposer au roi, mais leur existence garantissait le droit d'être entendu et d'élever des requêtes.

En acceptant que la Constitution qu'il avait préparée prenne une forme pactiste, d'une part, et en prévoyant une application progressive qui permettait d'éviter d'annoncer ouvertement que les nouvelles institutions condamnaient les anciennes, d'autre part, Napoléon permettait d'inscrire la nouvelle constitution dans la continuité de la tradition espagnole. La garantie de l'indépendance de la monarchie sur le plan des affaires internes et l'interdiction de placer des Français dans les rouages du gouvernement faisaient entièrement dépendre la Constitution de l'interprétation qu'en faisaient ceux qui devaient l'appliquer. Si quelques rares *afrancesados*-joséphins tentèrent de concilier le service du roi et les intérêts supérieurs de la France, la plupart ne se préoccupaient que de la dimension espagnole en ne faisant que s'accommoder de la domination française qu'il fallait se résoudre à supporter. Pour ceux-ci, la Constitution, et non l'autorité impériale, était le fondement légitime de l'exercice du pouvoir par le roi. Elle venait s'insérer dans un ordre juridique préexistant. Certains magistrats avaient prétendu conditionner leur serment à l'examen préalable de sa conformité au droit auquel elle venait s'ajouter. La propagande

joséphine présenta les réformes royales qui découlaient de l'exercice des pouvoirs constitutionnels du roi comme une réformation des institutions corrompues ou une correction des abus qui s'étaient introduits contre un ordre primitif qui s'inscrivait dans un temps immémorial.

L'interprétation espagnole, qui se fondait sur la lettre de la Constitution, conduit à nuancer la portée de l'acte constituant du souverain. Le roi n'avait pas la capacité de remettre en cause l'ordre juridique sans l'assentiment de ses vassaux. La promulgation ne suffisait pas à la validité de l'acte constitutionnel: le serment des vassaux était indispensable. Les velléités des députés espagnols à Bayonne pour faire des cortès un organe autonome du roi témoignent de la conception politique dualiste ancrée dans la culture espagnole.

En définitive, la Constitution était en tant qu'instrument politique de domination française un octroi impérial et en tant qu'outil institutionnel pour le règne de Joseph, un pacte entre le roi et ses vassaux. Le premier parvenait ainsi à obtenir le monopole effectif du pouvoir et les seconds une garantie de leurs droits et libertés. La Constitution n'était pas une charte au sens de celle qui fut octroyée par Louis XVIII en 1814 dans la mesure où le préambule de celle-ci excluait toute idée de pacte. Elle réformait la monarchie en la redessinant avec l'incorporation d'une partie de l'héritage révolutionnaire. Si le roi Joseph était le seul souverain, il s'engageait à limiter son pouvoir et acceptait que cela devienne irréversible en faisant intervenir le serment des vassaux. La Constitution devenait ainsi la charte des droits de ceux-ci avec les institutions qui permettaient de les garantir.

Les circonstances s'opposèrent à la mise en place de l'ensemble des institutions constitutionnelles. Du point de vue impérial, elle échoua à faire accepter le changement de dynastie et Napoléon l'ignora. L'autorité de Joseph fut bafouée par les militaires français. Il ne faut pas pour autant ignorer l'effort que fit le régime pour se définir comme constitutionnel et les tentatives de mise en place de quelques institutions. Il manque à cet égard des études comme celles de Carmen Muñoz de Bustillo sur Jerez ou sur le système judiciaire qui, partant d'une analyse non patriotique de la Constitution de Bayonne étudient la vie institutionnelle, judiciaire et administrative du régime dans les territoires où le roi régna. Cela implique un effectif travail dans les archives; le livre de Juan Mercader Riba peut servir de guide. Une meilleure connaissance de l'Espagne joséphine serait souhaitable pour affiner la définition de la Constitution et de ses institutions imitées au regard d'une application, même partielle.

Mais même sans cela, on peut affirmer que la première vertu de la Constitution de Bayonne fut d'exister dès 1808. Acte fondateur formel, elle s'opposait soit à l'inexistence d'une autre constitution soit au caractère flou d'une constitution traditionnelle qui serait le fruit de coutumes constitutionnelles mal définies et mal connues. Le discours sur la régénération avait permis de justifier des innovations et cela ne pouvait pas être ignoré par tous ceux qui voulaient éviter à tout prix un retour au système ultrapersonnalisé du règne de Charles IV et tous ceux qui cherchaient une solution constitutionnelle légitime à l'absence du roi Ferdinand.

3. «BAYONNE», UN ÉLÉMENT DU DÉBAT CONSTITUTIONNEL AUTOUR DE «CADIX»

La Constitution de Bayonne occupe une place charnière dans l'histoire de l'objet constitution dans le monde hispanique. On sait que depuis les années 1780 au moins un certain nombre de magistrats et d'intellectuels comme Jovellanos, Ibáñez de la Rentería ou Arroyal, pour n'en nommer que quelques-uns, s'interrogèrent sur la nature et le statut constitutionnel de la monarchie catholique. Leurs réflexions étaient le reflet d'un malaise croissant produit par des pratiques nouvelles du pouvoir, une

transformation de l'idée de bien commun et un déplacement de la charge de la préservation de la *Res Publica*. L'autorité royale n'était pas remise en cause, mais on cherchait à définir ou à redéfinir ses modes d'exercice et sa fonction au sein d'un ensemble territorial menacé par les impérialismes rivaux, en particulier celui de l'Angleterre.

Contemporain de la dangereuse Révolution française, le règne de Charles IV fut celui d'une concentration du pouvoir dans un cercle très fermé autour du roi et de son fidèle serviteur Manuel Godoy. Mais si le rôle du contexte international ne peut pas être ignoré, la crise qui rongeait la monarchie découlait principalement de causes internes. L'exclusion des classes traditionnelles et l'absence de réformes autres que celles destinées à accroître le pouvoir royal conduisirent à la veille de 1808 à une insatisfaction généralisée. Cela explique l'absence d'opposition au moment du renversement de Charles IV à Aranjuez par ce que l'on a appelé, non sans raison, le parti aristocratique qui s'était regroupé autour de Ferdinand VII. Celui-ci ne voyait pas d'inconvénient d'ailleurs à maintenir une alliance avec la France postrévolutionnaire. Les premières violences du soulèvement furent plus dirigées contre les personnes liées au ministre déchu que contre les Français. Personne après mars 1808 ne souhaitait un retour aux pratiques antérieures.

Mais si Ferdinand put incarner la figure du roi-sauveur, cela ne signifiait pas une unanimité sur ce qui était espéré après le renversement du ministre honni. La difficulté était que le contrôle de la pensée, exercé par une censure qui avait été renforcée depuis 1789, avait empêché l'expression claire de ce qui était, ou devait être, la Constitution de la monarchie. Cela valait aussi bien pour les conceptions aristocratiques telles qu'exposées par exemple en 1794 par le comte de Teba à l'Académie royale d'histoire, que pour celles des magistrats et serviteurs de la monarchie comme Jovellanos ou Cabarrús, ou encore pour celles de la *Ilustración* prélibérale, dont Arroyal est une figure emblématique (c'est la distance chronologique qui permet en l'espèce à l'historien de savoir que la pensée d'un auteur préfigurait celle dont l'expression se généralisa plus tard). Par ailleurs, les événements français avaient généralisé l'idée selon laquelle des débats politiques, même impulsés par des personnes modérées, pouvaient être extrêmement dangereux s'ils ne restaient pas sous contrôle.

Ainsi, l'«offre» constitutionnelle de Napoléon s'insérait dans le contexte d'un débat sous-jacent qu'on avait empêché d'exister. Si pour la première fois elle faisait de la constitution un acte juridique formel organisant les organes du gouvernement, elle n'introduisait pas en soi la question constitutionnelle dans la monarchie. Mais en étant définie par son auteur comme une régénération sans révolution, elle apportait deux solutions aux problèmes posés par la définition de la constitution. Tout d'abord, le processus constituant qui excluait tout débat public et toute déclaration de principes sujette à disputes et qui, de surcroît, était contrôlé par celui qui en France avait rétabli l'ordre, était une garantie contre toute révolution, entendue comme un bouleversement néfaste de l'ordre social et de la paix. Ensuite, la régénération justifiée par les maux de la monarchie était ce qui devait autoriser, *i.e.* légitimer, l'innovation. Celle-ci se caractérisa d'une part par la création à Bayonne d'une première assemblée représentant la nation espagnole tout entière et, d'autre part, par l'exercice d'un pouvoir constituant supérieur à l'autorité des règles de droit traditionnelles.

Ces deux questions furent précisément au cœur du débat qui se développa à partir de 1809 dans le camp «patriotique», à savoir comment faire une assemblée représentant toutes les Espagnes et peut-on faire une constitution en rompant avec l'ordre juridique qui contenait les règles énoncées par des lois fondamentales incertaines? Les innovations de Bayonne servirent d'abord pour rejeter une autorité qui était illégitime non pas parce qu'elle innovait mais parce que le détenteur des droits dynastiques avait été amené à renoncer à régner par le dol et la contrainte et que donc sa renonciation et ses conséquences étaient nulles. Ensuite,

ces innovations vinrent justifier que la nation espagnole avait le droit et même le devoir de former une représentation qui cette fois serait authentique pour se donner une constitution qu'elle aurait formée elle-même et qui ne lui aurait pas été dictée comme à Bayonne par un despote étranger. La nullité des actes de Bayonne décrétée par les Cortès de Cadix au premier jour de leur réunion recueillait ces deux motifs tout en précisant que celui qui était essentiel était l'absence de consentement de la Nation souveraine. Mais au fond, on n'aurait pas attaché tant d'importance à la nullité de droit si la Constitution de Bayonne avait été nulle en fait. Mais pour le comprendre, il faut suivre pas à pas la chronologie du développement de la question politique et constitutionnelle dans l'Espagne à partir de 1808.

Pendant le processus constituant, certains magistrats consultés sur le projet de constitution ou certaines autorités sollicitées pour la formation de la députation générale tentèrent d'opposer l'ordre juridique traditionnel aux innovations que Napoléon semblait vouloir introduire. L'exemple le plus éloquent du premier cas est le rapport des trois conseillers de Castille remis à l'Empereur sur le projet qui leur avait été communiqué. Au lieu de chercher à amender le projet comme les Français pouvaient s'y attendre et le souhaitaient, ils rédigèrent un avis (au sens d'une *consulta*) sur l'état de la constitution traditionnelle de la monarchie qui se concluait par le conseil d'éviter toute innovation dans un ordre indisponible y compris à la volonté de l'Empereur. Le second cas peut être illustré par l'attitude de la Députation du royaume de Navarre qui se déclara incompétente pour envoyer des députés à une assemblée constituante. Elle résista aussi à reconnaître le roi Joseph avant qu'il ne prête serment de respecter les *fueros* du royaume. Il est certain que bon nombre de députés ne participèrent au processus constituant qu'avec réticence —et ils le firent savoir à leur retour en Espagne— mais ceux qui s'abstinrent furent seulement une minorité. Cette attitude se retrouva en force dans le débat patriotique employant tous les arguments et toutes les mises en garde contre cette nouveauté révolutionnaire inadmissible qu'était une constitution et ce n'était pas Napoléon, cette fois, qui rendait la chose inacceptable. À l'inverse, il y eut aussi des députés qui remercièrent l'Empereur —avec toutes les nuances qu'il faut opposer à cet acte de courtisanerie— pour avoir permis à l'Espagne de jouir des bienfaits d'une constitution, c'est-à-dire d'un gouvernement réglé par des lois, sans souffrir les affres d'une horrible révolution. Les propagandistes joséphins utilisèrent par la suite beaucoup le thème de la révolution pour dénoncer leurs adversaires, ceux qui s'opposaient au progrès politique représenté par une constitution modérée et les amants de l'anarchie qui préféraient imiter les fureurs du jacobinisme, comme le dénonçait Pedro Estala dans *El Imparcial* en 1809. La résistance au régime constitutionnel et à la monarchie limitée de Joseph résultait d'une alliance aussi improbable qu'impensable entre la théocratie et l'ochlocratie, comme l'affirmait Marchena en 1812.

En entrant dans un royaume où il n'avait pas de sujets, Joseph était très conscient de la nécessité d'asseoir son pouvoir mais aussi sa légitimité. Il reprit à son compte le discours sur la régénération et répéta sa promesse de régner constitutionnellement. L'épisode militaire de Baylen interrompit son règne et la circulation de la Constitution. Mais les pamphlets de l'opposition anti-française démontrent que dès l'été 1808 elle était plus connue que l'historiographie a voulu le reconnaître. Leur existence prouve aussi qu'elle avait des arguments contre lesquels il fallait lutter. Pour l'essentiel, on critiqua l'absence de droits de Napoléon et l'inexistence juridique de l'assemblée de Bayonne qui était réduite à une simple réunion de personnes sans aucune capacité. Mais déjà les «patriotes» s'opposaient sur les motifs qui justifiaient le rejet du processus constituant de Bayonne: pour les uns il s'agissait d'un crime de lèse-majesté contre le roi légitime Ferdinand, pour d'autres d'un crime de lèse-majesté de la nation (pour reprendre une formule employée en janvier 1809 par Foronda). Si la plupart des pamphlets qui critiquaient Bayonne se conten-

taient de nier la légitimité des choses, certains détaillaient aussi le contenu pour montrer que la Constitution était loin de garantir la liberté promise.

Lorsque Joseph revint à Madrid en janvier 1809, la Junte centrale avait été créée mais ce qu'elle allait faire d'un point de vue politique n'était pas clair. Formée comme un sénat des juntes souveraines qui s'étaient érigées dans les provinces, elle affirma exercer son pouvoir au nom de Ferdinand VII, c'est-à-dire comme une régence et non comme une émanation du mouvement des *Pueblos*. En décembre 1808, elle avait même refusé de définir son pouvoir en se fondant sur les lois comme l'avait suggéré Jovellanos dans son opinion sur l'institution d'un gouvernement intérimaire. Le conservatisme et l'immobilisme de la Junte décevaient ceux qui avaient espéré quelques changements. Ils ne facilitaient pas non plus le développement de la réflexion constitutionnelle. Dans ce contexte, le régime joséphin pouvait vraiment se présenter comme la seule alternative réformatrice et modérée et l'avantage essentiel de la Constitution de Bayonne était d'exister et de s'opposer à un gouvernement de fait sans règles définies.

Ainsi, dans tous les discours de la politique de captation du régime qui portaient sur la question constitutionnelle on insista en premier lieu sur l'autolimitation du pouvoir royal et sur la constance et l'attachement du roi à sa promesse. Si parfois la propagande n'hésitait pas à revendiquer le caractère inédit d'un tel événement et l'innovation bénéfique qu'était une constitution, il y eut aussi des velléités remarquables d'inscrire la Constitution de 1808 dans la tradition de la monarchie *sub lege* et des libertés médiévales garanties par les *fueros*. Pedro Estala en particulier insista en 1809 pour expliquer que la constitution permettait de renouer avec la liberté passée. Comme la plus grande partie des Espagnols qui allaient participer aux débats autour du questionnaire de la *Consulta al país*, ce joséphin de la première heure croyait en l'existence d'une constitution historique. Mais pour lui, l'état d'abrutissement dans lequel les Espagnols avaient été réduits par le despotisme des dynasties de l'époque moderne rendait impossible la récupération des libertés. Le paradoxe est sans doute que l'idéal d'équilibre entre les organes qui ressort des écrits d'Estala était en contradiction flagrante avec la répartition des compétences dans la Constitution de Bayonne: c'est donc bien la constitution face à l'absence de constitution qui justifiait d'accepter le roi Joseph.

L'argument n'était pas sans importance si on prend acte du fait qu'il fut employé par ceux qui voulurent relancer le débat constitutionnel au sein du camp anti-français au printemps 1809. L'innovation légitime s'opposait à celle qui ne l'avait pas été. Lorsque Lorenzo Calvo de Rozas exposa à la Junte centrale la nécessité de promouvoir la création d'une constitution en organisant la préparation d'un projet qui serait ensuite soumis à l'approbation de la nation dûment représentée, il le fit en affirmant qu'il était nécessaire pour répliquer au tyran et répondre aux attentes de la nation d'opposer une constitution légitime et mieux faite que celle de Bayonne. Le décret du 22 mai 1809 qui lança la *Consulta al país* avait remplacé la représentation nationale par des cortès et la constitution nouvelle par les lois fondamentales. Mais quelles que soient les limites que la Junte centrale avait voulu opposer au projet révolutionnaire soutenu par Calvo de Rozas, une innovation avait été admise et un enjeu avait été posé. Les cortès devaient représenter pour la première fois légitimement toute la monarchie. L'imprécision du contenu de la Constitution ne pouvait plus durer. Nombre de rapports de la *consulta* insistèrent sur la nécessité de faire oublier ce qui s'était passé à Bayonne, seul précédent de représentation à l'échelle de la monarchie entière. Dans une brochure sur la façon de former une représentation de la nation, Canga Argüelles examina même sérieusement et longuement ce que la Constitution de Bayonne prévoyait sur la composition et les prérogatives des cortès. Sans surprise il écarta ce «modèle», mais il fit de même des expériences historiques des différents royaumes de la monarchie au motif qu'elles ne permettaient pas non plus d'établir une représentation égale

et proportionnelle aux habitants, ni de former des cortès indépendantes de l'influence royale. Quant au contenu de la constitution, qu'elle soit entendue comme une création *ex nihilo* ou une réunion des lois fondamentales, le décret conduisait à faire un travail de définition qui impliquait des choix, des sélections et des innovations.

Jusqu'au début de l'année 1810, un très riche débat constitutionnel put se dérouler dans la perspective de la réunion annoncée de cortès et la junte de législation commença l'ébauche d'un projet de constitution qui fut repris à Cadix. Mais la conquête de l'Andalousie par les armées françaises provoqua la chute de la Junte centrale et son remplacement par un Conseil de régence formé de personnes hostiles à la question constitutionnelle et à la réunion des Cortès. Un certain nombre d'intellectuels qui avaient participé au mouvement patriotique avec enthousiasme et qui avaient même parfois critiqué très ouvertement le leurre de la régénération par la Constitution de Bayonne (c'est le cas de Lista) changèrent de camp. Certes, il est possible d'y voir de l'opportunisme ou de la résignation, mais c'était aussi le signe d'une insatisfaction face aux perspectives ouvertes dans le camp «patriotique». Soit le débat était enterré par la Régence, soit il était bloqué par l'idée qu'il fallait réformer la Constitution historique. Juan Sempere y Guarinos passa au service de Joseph et critiqua durement le mythe des libertés gothiques que la Junte centrale avait entretenu pour bercer le peuple dans ses propres illusions.

La réunion des Cortès de Cadix et le début du débat constituant au sein des Cortès changèrent l'enjeu des références à la Constitution de 1808. Si la nécessité de répliquer à Napoléon n'avait pas complètement disparue, les questions concernaient désormais surtout le contenu de la constitution en préparation. Les *liberales* faisaient référence aux réformes de Joseph pour justifier que les cortès représentantes de la nation souveraine ne pouvaient pas rester en deçà, tandis que les *serviles* les accusaient directement de faire le jeu de Napoléon. Les Américains, mécontents du système de représentation qui leur était particulièrement désavantageux, comparèrent les députés suppléants de Cadix aux députés nommés de Bayonne. La proclamation de la Constitution de 1812 mit fin aux références au modèle de Bayonne. L'avantage qu'avait pu représenter son existence avait disparu. Toutefois, les partisans de la *Pepa* maintinrent la justification de la révolution par le fait qu'il fallait s'opposer à l'attraction qu'exerçait la Constitution de 1808 dans un pays sans institutions et sans roi (Martínez Marina en 1818) et qui était présentée comme une réponse aux maux de la monarchie (l'ancien député à Cadix, Villanueva en 1820).

Si le modèle institutionnel de 1808 disparut sans avoir été mis en pratique complètement, le modèle politique de modération perdura encore par opposition à la Constitution de Cadix. Comme les *serviles* ou les *Persas*, les *afrancesados* considéraient la *Pepa* comme un système populaire inspiré des principes de la Révolution française. Sans affirmer que la Constitution de 1808 fut aux origines du modérantisme, cette version conservatrice du libéralisme fut énoncée précocement par des *afrancesados*. Plus tard, dans les années 1830, Martínez de la Rosa qui entre-temps avait renoncé au modèle politique gaditan faisait l'éloge du processus de Bayonne. En l'espace d'un mois et demi, avec la Constitution avaient été posés des fondements qui condamnaient l'ancien régime. S'il ne faut pas se laisser tromper par le semblant de remord sur l'échec de la transition que les institutions plus ou moins libres de 1808 (toujours d'après Martínez de la Rosa) auraient pu permettre, cela témoigne au moins du fait que quand bien même l'option constitutionnelle de la monarchie limitée de 1808 ne put prospérer —la question qui se posait alors était celle de la souveraineté et non pas celle du gouvernement— elle participa activement au processus qui mena à Cadix et à l'élaboration d'un imaginaire du modérantisme qui *a posteriori* aurait voulu éviter l'expérience *doceañista*.

BIBLIOGRAPHIE ESSENTIELLE

Actas de la diputación general de españoles que se juntó en Bayona [...], Madrid, Imp. J. A. García, 1874.
BUSAALL, Jean-Baptiste, «Le discours constitutionnel dans "El Imparcial" de Pedro Estala (1809)», dans Gérard DUFOUR, Elisabel LARRIBA (dir.), *L'Espagne en 1808, régénération ou révolution?*, Aix-en-Provence, Publication de l'Université de Provence, 2009, pp. 251-280 (consultable en ligne: *El argonauta español*, nº 5, 2008, http://argonauta.imageson.org/document109.html); *Le spectre du jacobinisme. L'expérience constitutionnelle française et le libéralisme espagnol (1808-1814)*, Madrid, Casa de Velázquez, sous presse.
CLAVERO, Bartolomé, *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Madrid, Tecnos, 1ª ed. 1984; *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, Alianza, 1ª ed. 1989.
CRUZ VILLALÓN, Pedro, «Una nota sobre Bayona en perspectiva comparada», dans Enrique Álvarez Conde y José Manuel Vera Santos (dir.), *Estudios sobre la Constitución de Bayona*, Madrid, La Ley, 2008, pp. 65-83.
CONARD, Pierre, *La Constitution de Bayonne (1808). Essai d'édition critique*, Paris, É. Cornély et Cie, 1910.
FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, *La Constitución de Bayona (1808)*, Madrid, Iustel, 2007.
HOCQUELLET, Richard, *Resistencia y revolución durante la Guerra de la Independencia. Del levantamiento patriótico a la soberanía nacional*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2008.
MARTÍNEZ DE LA ROSA, Francisco, *Espíritu del siglo* [1835-185], t. V-VIII de *Obras de Francisco Martínez de la Rosa*, Madrid, Atlas, 1962.
MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando «La constitución de Bayona y la experiencia constitucional josefina», *Historia y política*, nº 19, 2008, pp. 151-171.
MARTIRÉ, Eduardo, *La Constitución de Bayona entre España y América*, Madrid, CEPC-BOE, 2000.
MERCADER RIBA, Juan, *José Bonaparte rey de España, 1808-1813. Estructura del Estado español bonapartista*, Madrid, CSIC, 1983.
MORANGE, Claude, «À propos de l'"inexistence" de la constitution de Bayonne», *Historia constitucional (revista electrónica)*, nº 10, 2009, pp. 1-40 (consultable en ligne à partir du site http://www.historiaconstitucional.com).
MUÑOZ DE BUSTILLO, Carmen, *Bayona en Andalucía: el Estado bonapartista en la prefectura de Xerez*, Madrid, CEC-Junta de Andalucía, 1991 (ouvrage extrait d'une thèse soutenue en 1988); «La fallida recepción en España de la justicia napoleónica (1808-1812)», dans Marta Lorente (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 135-168.
SANZ CID, Carlos, *La Constitución de Bayona*, Madrid, Ed. Reus, 1922.

Fecha de recepción: 9 de octubre de 2011
Fecha de aceptación: 4 de noviembre de 2011

THE REVOLUTIONARY CONSTITUTION

RESUMEN

La Constitución española de 1812 puede considerarse como un texto revolucionario tanto desde una perspectiva formal como material. Desde la primera perspectiva, se trata del primer texto jurídico (excepción hecha de la Constitución de Bayona de 1808) que se denomina como "Constitución". Por otra parte, la regulación jurídica que contiene se incluye en un solo texto, nacido del *pouvoir constituant* de la Nación. Desde una vertiente material, la Constitución fijó, por vez primera en España, una separación de poderes. El Parlamento (unicameral) se consideró además como el principal órgano del Estado, reduciendo al Rey al poder ejecutivo.

La Constitución de Cádiz también contiene una concepción moderna de las libertades individuales, consideradas como límites al Estado.

Debido a estas razones, la Constitución gaditana puede verse como un texto revolucionario aun cuando mantenga algunos lazos con el *Ancien Régime*.

PALABRAS CLAVE

Constitución de Cádiz, revolución, separación de poderes, poder constituyente, derechos.

ABSTRACT

The Spanish Constitution of 1812 can be regarded as a revolutionary text from both a formal and a substantive point of view. From the first perspective, it is the first legal text (except for the Constitution of Bayonne, 1808) called a «Constitution.» Furthermore, the legal regulation it contains is included in a single text, born of the Nations' *pouvoir constituant*. From the substantive point of view, the Constitution established the separation of powers for the first time in Spain. The Parliament (unicameral) was also considered the principal organ of the state, reducing the King to an executive role.

The Cadiz Constitution also contains a modern conception of individual liberty, thought of as limits to the State.

It is for these reasons that the Cadiz Constitution can be seen as a revolutionary text, even while keeping its links with the *Ancien Régime*.

KEY WORDS

Cádiz Constitution, revolution, separation of powers, constitutional power, rights.

LA CONSTITUCIÓN REVOLUCIONARIA

Ignacio Sarasola
Derecho Constitucional
Universidad de Oviedo

He de reconocer que el propio título que encabeza este texto no me resulta convincente. A mi parecer, a la Constitución gaditana le sobran últimamente adjetivos. Y, en la mayoría de las disciplinas (y la histórica no es excepción), la inflación de epítetos suele reflejar más un agotamiento del tema que el descubrimiento de excelsas novedades. Cuando se está consumiendo una materia, por su uso y abuso, las formas cobran el protagonismo en detrimento de la sustancia.

Partiendo de esta primera advertencia, me detendré en las páginas siguientes exponer sumariamente por qué, desde mi punto de vista, la Constitución gaditana contiene un germen revolucionario. Conviene obviamente precisar qué es lo que deba entenderse por "revolucionario" a los efectos de esta reflexión. Es bien sabido que tal concepto inicialmente evocaba un movimiento circular o elíptico —aplicado a los cuerpos celestes— y que, por tanto, en términos políticos indicaba una situación de avance y retroceso cíclico. Así entendida, una revolución podría entrañar un intento de retorno a una situación pretérita, tal y como se argumentó con la *Glorious Revolution* de 1688 en la que el derrocamiento de Jacobo II se vio como una reversión al antiguo sistema de gobierno equilibrado de Inglaterra. El historicismo —tan emblemático en las Cortes de Cádiz— puede tener, por tanto, una lectura "revolucionaria" en este sentido.

No obstante, voy a emplear aquí la acepción hoy más comúnmente conocida del término, como sinónimo de ruptura política. Lo contrario de una "revolución" en este sentido sería no sólo la reacción, sino también el mero continuismo, la pervivencia de estructuras, instituciones, ideas y paradigmas ya presentes. La primera pregunta que cabe plantearse es, por tanto, si la Constitución de Cádiz entraña una ruptura con el Antiguo Régimen, o se limita a perpetuar el *status quo*.

Conviene señalar que, aunque claramente me decanto por la primera opción, ello no significa ni desconocer ni negar los factores de continuidad que sin duda subyacen a la Constitución de 1812. Pero, a mi entender, este texto es más relevante por lo que anticipa que por lo que mantiene. No en balde la historiografía ha resaltado siempre cómo la Constitución de Cádiz marca un hito, conformando el germen de nuestro constitucionalismo y del régimen representativo moderno. De ahí que estemos celebrando con tanta intensidad el bicentenario, y de ahí la proliferación de publicaciones como el presente volumen. Y es que, si a la postre el texto gaditano no resultase tan novedoso en nuestra historia, ni aportase nada que no existiese ya en el Antiguo Régimen, ¿a qué vienen tantos esfuerzos? ¿No estaríamos mejor recordando el Fuero Juzgo, la Novísima Recopilación y el Fuero de Sobrarbe como auténtica cuna de nuestra modernidad constitucional?

La faceta "revolucionaria" de la Constitución de Cádiz se hace evidente, al menos, en dos dimensiones: la formal y la material. En efecto, el texto de 1812 ya es innovador en lo que se refiere a su forma. Si exceptuamos el fallido ensayo del Estatuto de Bayona —con

unas particularidades que ahora no vienen al caso— el texto gaditano fue el primero de nuestra historia en recibir el *nomen iuris* de Constitución. Bien es cierto que parte de la historiografía de finales del XVIII se refirió a las antiguas Leyes Fundamentales como "Constitución" (así Forner, Cadalso o Jovellanos), pero se trataba sólo de asignarles un nombre con el que no habían sido, desde luego, aprobadas. El nombre mismo de "Constitución" evocaba la idea de un proceso constituyente —segunda innovación formal— emanado de la soberanía nacional. Lo cual suponía, una vez más, introducir matices revolucionarios: la forma política no resultaba articulada a través de leyes, pragmáticas, ordenamientos o recopilaciones emanados de la autoridad del Rey o pactados con las Cortes, sino de la sola voluntad de la nación soberana manifestada a través de una Asamblea erigida con poderes específicos. No hay pactismo subyacente, sino que se trata de una idea originaria sin precedentes normativos en nuestra historia política. Precisamente ese vínculo entre el *nomen iuris* "Constitución" y proceso constituyente explica que los vocales no liberales de la Junta Central rechazaran incluso aquel término, considerándolo como un anatema.

Finalmente, también desde una perspectiva formal, no debe olvidarse que esa nueva norma ("Constitución"), emanada de un nuevo sujeto soberano (la nación) y creada mediante un proceso sin precedentes (procedimiento constituyente), constaba en un documento único. Frente a la pluralidad normativa que tanto había cuestionado la Ilustración, emanaba en 1812 un texto aislado; lo cual permitía identificar mejor a la norma políticamente más relevante del Estado. Y este carácter "único" de la Constitución (frente a la pluralidad de Leyes Fundamentales) no debe confundirse con un proceso codificador. De hecho, incluso un reformista como Jovellanos diferenciaba entre lo que era compilar las Leyes Fundamentales y unificar los códigos civil, penal y de comercio. Los liberales, como Flórez Estrada, distinguían todavía más claramente entre la formación de un texto constitucional y la también necesaria recopilación y simplificación de las leyes, estableciendo, así, una graduación cuando menos política (que no jurídica) en el ordenamiento estatal.

Pero, si revolucionaria era la forma que recibía la norma que aspiraba a estructurar el Estado español, no menos lo era su contenido (aspecto material). Obviamente no voy a referirme aquí a los indudables elementos innovadores de la Constitución de Cádiz, porque resultan evidentes. El texto de 1812 introduce el constitucionalismo moderno en España y pone fin a algunos de los más arraigados elementos del Antiguo Régimen. De ahí que, con justicia, se vea en Cádiz la cuna de nuestra modernidad político-constitucional. Basten señalar tres elementos: el reconocimiento de la soberanía nacional, el establecimiento de la división de poderes y la fijación de derechos subjetivos.

En efecto, la soberanía nacional, tal cual está recogida en el artículo 3 —ya anticipado en el Decreto I de 24 de septiembre de 1810— supone una patente innovación. El fundamento de una soberanía "esencialmente" asentada en la Nación nada tiene que ver con la concepción neoescolástica de la soberanía "radical", como evidencia la colisión parlamentaria entre los liberales —partidarios de la primera fórmula— y realistas —defensores de la segunda—. Pero, además, ese reconocimiento de la soberanía nacional se acompaña de la correlativa afirmación del poder constituyente en una relación causa-efecto: la soberanía pertenece esencialmente a la Nación, señala el artículo tercero, ", y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales". Establecer, no recopilar, no reformar, no reformular. Y establecer, además, "exclusivamente", como se encarga también de ratificar el Título X, donde se excluye al Monarca de las tareas de reforma constitucional.

La división de poderes es otro elemento claramente innovador de la Constitución de Cádiz. Por vez primera se fijaba en términos normativos lo que la doctrina más avanzada de la Ilustración y del primer liberalismo españoles habían expuesto en términos doctrinales.

Al igual que la soberanía nacional, también la división de poderes había recibido un previo reconocimiento en el Decreto I, más explícito (es cierto) que la propia Constitución en este extremo. En verdad el texto constitucional no fija expresamente la división de poderes, optando por la elusiva fórmula de declarar que el gobierno de España es una "Monarquía moderada" (art. 14). Sin embargo, los artículos sucesivos dejan bien claro que la esencia de esa Monarquía consiste, precisamente, en una división de poderes que luego se concretará en la regulación de los órganos constitucionales. Es más, en el primigenio proyecto constitucional estaba previsto que los Títulos del texto hicieran referencia al poder, en vez de hacerlo al órgano, en lo que resultaba una evidente imitación de la Constitución francesa de 1791.

Esta formulación de la división de poderes, en la que por razones obvias ahora no puedo extenderme, entrañaba el criterio de un órgano/ una función, aunque con la presencia de factores correctivos, especialmente evidentes en la cotitularidad de la función legislativa. Ahora bien, es preciso mencionar que la definición misma de las funciones ya resultaba revolucionaria: hacer las leyes, ejecutarlas y aplicarlas. La ley se convierte en el centro del poder público, en el punto en torno al que gravitan todas las funciones estatales.

Pero, además, esa división de poder que en abstracto realizaba el Capítulo III del Título II, se concretaba en los Títulos sucesivos en una distribución efectiva de las funciones públicas que resultaba diametralmente opuesta a cuanto había existido hasta ese momento. El Rey, que desde la Baja Edad Media había ido concentrando poder en sus manos, se veía confinado al poder ejecutivo, en tanto que el Parlamento —con una estructura unicameral y de representación indiferenciada sin precedentes, incluida la presencia de diputados ultramarinos— aglutinaba las más relevantes funciones públicas, convirtiéndose en el motor político del Estado. Resulta inútil buscar en las Cortes de Aragón, Navarra, Valencia o Castilla un Parlamento estructurado como las Cortes reconocidas en el Título III (por cierto, el primero dedicado a un órgano estatal, para destacar la importancia de la Asamblea), y con unas facultades tan extensas.

Por lo que se refiere a los derechos, también en este punto la Constitución aporta novedades palpables. Es cierto que carece de una Declaración de derechos que, por cierto, sí estaba formulada en el proyecto constitucional y se eliminó para disimular la imitación francesa. Pero la estructura misma de los derechos y libertades que fija el texto constitucional pone de manifiesto el talante revolucionario con la que están formuladas las libertades que figuran a lo largo de su articulado. En algunos casos nos hallamos con derechos que no contaban con reconocimiento previo antes de las Cortes de Cádiz, como la libertad de imprenta; en otros, con derechos como el de *habeas corpus* que por vez primera se formulaban en términos de claridad y concisión normativa. Pero, lo que es más relevante, los derechos y libertades son de titularidad individual —y no corporativa o estamental— y se conciben como libertades básicamente frente al Estado (véase por ejemplo los derechos procesales, concebidos como límites a las actuaciones judiciales, o la propiedad y seguridad, considerados como restricciones al Ejecutivo). Dos notas propias de la concepción moderna de los derechos individuales.

Este carácter revolucionario de los derechos y libertades no queda ensombrecido, ni mucho menos, por la ya citada ausencia de una Declaración de derechos, ni tampoco por el hecho de que el titular de las libertades en la Constitución gaditana sea el español, y no el hombre. Tales notas propias del texto de 1812 simplemente lo alejan —más en apariencia que en realidad, aunque no procede ahora detenerme en este asunto al no ser objeto de este trabajo— del modelo revolucionario francés. Pero no nos equivoquemos: no sólo lo francés es revolucionario. Tal idea no es más que una absurda simplificación. La Constitución norteamericana nació sin declaración de derechos, y la Revolución gloriosa estableció los derechos de los ingleses, y no de todos los hombres. Y nadie puede negar el carácter también

revolucionario de esos movimientos constitucionales.

Todas estas novedades políticas e institucionales que se cobijaron bajo el texto nacido hace ahora doscientos años respondieron a la formación intelectual de la Ilustración y del primer liberalismo españoles. Bien es cierto que tanto el historicismo (más o menos deformado) como la presencia de las teorías neoescolásticas tuvieron también un enorme peso en el bagaje tanto de los constituyentes —especialmente entre los eclesiásticos como Muñoz Torrero o Nicasio Gallego— como de quienes teorizaron extra muros de las Cortes gaditanas. Pero conocían, y muy bien, las doctrinas extranjeras más avanzadas. Hace ya años que ha quedado contrastada la extraordinaria circulación de obras, fundamentalmente francesas —y de sus traducciones, como la realizada en 1799 por Marchena del *Contrat Social* de Rousseau, que se agotó rápidamente—, que llenaron los anaqueles de algunos de los protagonistas de nuestro primer constitucionalismo. Estudios más recientes han acabado de demostrar incluso el conocimiento de Bentham y su difusión sobre todo en la Universidad de Salamanca.

Por poner sólo algunos ejemplos que me son particularmente próximos —el de los políticos asturianos, que tanto peso tuvieron en los albores de nuestra historia constitucional— basta comprobar, por ejemplo, la biblioteca que atesoró Jovellanos ya desde su etapa sevillana, y que enriqueció extraordinariamente con la fundación de su Instituto de Náutica y Mineralogía de Gijón. Jovellanos había leído, entre otros muchos, a autores radicales como Mably, Rousseau y Sidney, por más que no comulgara con su ideario. Consultaba con frecuencia *Le Moniteur*, e incluso llegó a traducir discursos sobre la libertad de prensa pronunciados por Louvet, Postore y Boissy d'Anglas en la Asamblea Nacional francesa. Del mismo modo que comentó en sus diarios las Constituciones francesas de 1791, 1793 y 1795 y siguió de cerca sus avatares políticos. El sistema británico no le resultaba extraño: aparte de las lecturas de sus principales comentaristas (Montesquieu, De Lolme, Blackstone y Bolingbroke), había leído las teorías más modernas de Paine y Burke, e incluso los discursos de William Pitt y Charles James Fox. Incluso tenía cumplida referencia del sistema norteamericano a través, al menos, de las lecturas de John Adams y, según consta, de la Constitución del Estado de Massachussets. Lo que se conserva de las bibliotecas del conde de Toreno y Álvaro Flórez Estrada también dan cumplida referencia de la impresionante abundancia en ellas de las obras extranjeras más avanzadas. No en balde leían perfectamente en francés e inglés, lo cual proporcionó por ejemplo a Agustín Argüelles la oportunidad de trasladarse a Londres en 1806 en una comisión encargada por Godoy.

****

Visto en perspectiva, doscientos años después, no creo que puedan existir dudas sobre el aspecto revolucionario que presenta el texto de 1812. Pero idéntica conclusión se alcanza analizando el contexto en el que se gestó, y que siguió, a la obra gaditana.

En efecto, los realistas, sin duda más próximos al Antiguo Régimen, enseguida se percataron del carácter innovador de la Constitución. Las alegaciones a un presunto historicismo y el pretendido respeto al pasado que acompañaban a las disquisiciones de los liberales no convencieron a aquel grupo, consciente de que se estaban alterando las bases mismas de la Monarquía polisinodial española. El hecho de que muchos de quienes tal afirmaban fuesen absolutistas —como Vélez o Alvarado— no desmerece tal afirmación. ¡Ser absolutistas no entraña que cuanto dijesen resultase, por naturaleza, falso! La historia se hace con rigor, no con prejuicios. Pero, además, otros realistas de talante más reformista, como Borrull o Alonso Cañedo, opinaban de igual modo.

Más allá de nuestras fronteras, el talante revolucionario de la Constitución de Cádiz fue moneda común. Lord Holland ya vio, en la composición misma de las Cortes constituyentes, el ejemplo de la Asamblea Nacional francesa. La prensa británica, cualquiera que fuese su signo, calificaba —para bien o para mal— a la Constitución de Cádiz como una obra revo-

lucionaria. Publicistas alemanes como Rotteck también la definieron en este mismo sentido, y la enciclopedia germana *Brockhaus* calificaría en 1812 a la obra de las Cortes de Cádiz como "la Constitución más libre de Europa". En Francia, el texto español contó con el rechazo tanto de los antirrevolucionarios (Chateaubriand) como de los postrevolucionarios partidarios del liberalismo doctrinario (Guizot, Madame de Staël).

No en balde, la Constitución de Cádiz se adoptó y se utilizó como modelo en algunos de los más relevantes procesos revolucionarios europeos de los años 20. Así sucedió en Portugal, cuya Constitución de 1822 sigue como modelo nuestra Constitución del 12, al punto de ser tomada como base para la redacción del proyecto constitucional portugués. O en Italia, donde la obra gaditana fue promovida por los grupos carbonarios. Una vocación revolucionaria que llegaría hasta Rusia, donde los decembristas tomarían Cádiz como modelo insurreccional, como muestra el proyecto gestado por Nikita Muraviev.

*****

Creo, por tanto, que el talante innovador, y en este sentido revolucionario, de la Constitución de Cádiz es innegable. Pero ello no implica, por supuesto, reconocer que no entrañó una total ruptura con el Antiguo Régimen, porque revolución y ruptura no son necesariamente sinónimos, y menos en términos constitucionales. Las revoluciones políticas tienen sus límites, y el más palpable quizás sea la imposibilidad fáctica de hacer *tábula rasa* con el pasado normativo, político e institucional. Creo que no hace falta ir muy lejos. Basta con contemplar nuestro actual texto de 1978. Formalmente (no materialmente, por supuesto) emana de las Leyes Fundamentales ya que, en definitiva, surgió de la Ley para la Reforma Política que no era sino la última de aquellas normas. En el contenido de la propia Constitución se reconocen las realidades forales, se mantiene la división provincial preconstitucional —que incluso condiciona la formación del Estado de las Autonomías— y se acogen históricas aspiraciones nacionalistas. Puesto que la Constitución no deroga toda la legislación preconstitucional (algo imposible para el funcionamiento del Estado), sino sólo la que se oponga materialmente a su contenido (Disposición derogatoria tácita, según interpretación en STC 177/1992, FJ 2º), se mantuvo, y aun se mantiene, un porcentaje importante de normativa preconstitucional que sólo va superándose a medida que el legislador democrático se decide a sustituirla. Situación de la que no se han salvado ni tan siquiera los derechos fundamentales, al punto de que, por ejemplo, el derecho de petición estuvo regulado por una ley franquista hasta fechas bien recientes.

La lectura que podría hacerse de cuanto acabo de mencionar es que la Constitución española de 1978 no ha quebrado con la legalidad franquista. Nada habría en nuestra *lex legum* de democrático, ni de novedoso. Mero continuismo.

Obviamente, no es así. Es de sobra conocido que la propia Ley para la Reforma Política, aun respetando formalmente las Leyes Fundamentales, incluyó preceptos que alteraban principios intangibles del movimiento franquista, por lo cual entrañó una ruptura lógico-jurídica. Al margen de esta circunstancia de mera aritmética jurídica, basta ver el contenido democrático y descentralizado de nuestro actual texto constitucional para percatarse de que nada tiene que ver con la legalidad franquista.

La Constitución del 78 tiene tanto de continuidad con la dictadura, como la de Cádiz, con las estructuras del Antiguo Régimen. Y negar lo último sería tan cuestionable como rechazar lo primero.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Huelga decir que la bibliografía sobre la Constitución de Cádiz resulta inabarcable. Por tal razón, en esta nota apenas mencionaré algunas de las referencias bibliográficas más actuales y que, desde mi modesto punto de vista, puedan resultar de interés para el objeto de este ensayo.

Para el análisis del proceso constituyente, creo de gran interés consultar la reciente edición de Miguel ARTOLA, *La Constitución de 1812* (Iustel, Madrid, 2008) que se corresponde con el segundo volumen de la colección "Constituciones españolas" editadas por el propio profesor Artola. El libro cuenta, además del estudio preliminar, con una selección de textos sobre el debate constituyente y la formación de las Cortes de Cádiz.

También sobre este extremo, no puede dejar de consultarse el extraordinario trabajo de Clara ÁLVAREZ ALONSO en el volumen *Constitutional Documents of Portugal and Spain, 1808-1845*, edición de Antonio Pedro Barbas Homem, Jorge Silva Santos y Clara Álvarez Alonso, Berlín/ New York, De Gruyter, 2010, que representa el volumen 13 de la interesantísima obra de Horst Dippel *Constitutions of the World*. La profesora Alonso proporciona, desde mi punto de vista, el cotejo más minucioso de la Constitución de 1812, junto con un breve pero detalladísimo análisis de las fases por las que atravesó el documento.

El carácter innovador de la Constitución de 1812 ha sido subrayado por múltiples trabajos recientes. Merece la pena destacar la reedición de la clásica obra de Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA, *La teoría del Estado en las Cortes de Cádiz* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011) donde señala la mezcla de tradición y modernidad que presidió los debates constituyentes en conceptos claves como soberanía, poder constituyente y nación. Para visiones de conjunto de la Constitución de 1812, con un tratamiento detallado de los factores de modernidad que contiene, puede consultarse la monumental obra dirigida por José Antonio ESCUDERO, *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años* (Espasa, Madrid, 2011, 3 vols.) donde se abordan prácticamente todas las cuestiones referentes a la obra gaditana. Por otra parte, las ideas sobre modernidad que sostengo en este ensayo las desarrollo en mi reciente libro *La Constitución de Cádiz. Origen, contenido y proyección internacional* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011).

Por supuesto, también existen posiciones contrarias a las que aquí se sostienen, y que ponen el acento en la conservación de elementos del Antiguo Régimen que presentaría la Constitución del 12, en detrimento de los factores de mayor modernidad. Los mejores exponentes de esta postura se encuentran, desde mi punto de vista, en las obras de Marta LORENTE y Carlos GARRIGA, *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007) y en las diversas contribuciones, todas ellas correspondientes a la misma escuela, que integran la recentísima colectiva dirigida por Carlos GARRIGA (coord.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano* (Instituto Mora, México, 2010).

Fecha de recepción: 13 de septiembre de 2011
Fecha de aceptación: 4 de noviembre de 2011

CONSULTATIVE CONSTITUTIONALISM

RESUMEN

En este trabajo se presentan algunos de los fundamentos que justifican la calificación "jurisdiccional" del constitucionalismo hispano. Estas razones tienen que ver con la dificultad de los poderes gaditanos para desembarazarse de unas maneras tradicionalmente "consultivas" de gestión del poder y de definición del derecho. Esta dificultad condicionó los procesos constituyentes en el mundo hispano, y en la experiencia gaditana nos permiten explicar el diseño y actividad de los poderes constituidos. La definición en este momento de órganos, como el Consejo de Estado, que se pretendieron "meramente" consultivos, avala, en primer lugar, la explicación de que el resto de las instituciones procedieron "consultivamente" en el ejercicio de las potestades políticas que tenían atribuidas; y, en segundo lugar, nos permite concluir que el criterio para la distinción entre aquellos y estas se basaba en el diferente régimen de responsabilidad considerado como elemento estructural del constitucionalismo hispano.

PALABRAS CLAVE

Constitución, España, 1810-1814, proceso constituyente, separación de poderes, función consultiva, responsabilidad.

ABSTRACT

This paper presents some of the rationale for classifying Hispanic constitutionalism as "jurisdictional". These reasons have to do with the difficulty the Cádiz powers had in freeing itself from traditional "consultative" ways of exercising power and defining the law. This difficulty conditioned the constitutional processes in the Hispanic world, and allows us to explain the design and activity of the constituted powers in the Cádiz enterprise. The definition of bodies such as the State Council, which were intended to be "merely" advisory, endorse the argument that other institutions proceeded "consultatively" in the exercise of their political powers. It also allows us to conclude that the distinction between them and these other institutions was based on the different system of responsibilities, considered as a structural element of Hispanic constitutionalism.

KEY WORDS

Constitution, Spain, 1810-1814, constitutional process, separation of powers, consultative function, responsibility.

CONSTITUCIONALISMO CONSULTIVO

Fernando Martínez Pérez
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario: 1. Introducción. 2. Un proceso constituyente consultivo. 3. Legislar consultando. La idea de Código. 4. La actividad consultiva de la potestad judicial. 5. Un Ministerio de Consultores. El ejercicio de la potestad ejecutiva. 6. Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace años parte de la historiografía constitucional española viene reivindicando la peculiaridad de la experiencia constitucional gaditana hasta el punto de elevarla a modelo. Más recientemente esa misma historiografía ha terminado de asumir que esa forma de constitucionalización de las sociedades políticas debe predicarse de un ámbito bicontinental. Por esta razón, estos autores entienden la constitución gaditana como especie de un género de constitucionalismo hispano, lo que además les ha permitido contrastar sus interpretaciones con las producidas para América. Uno de los puntos que caracteriza ese género o modelo consiste en constatar cómo las nuevas instituciones funcionaron conforme a una inercia preconstitucional que tiene asiento en la inmanencia de factores estructurales como la persistencia de un modelo corporativo de sociedad política. Si el sujeto que conformaba la unidad de medida de la antropología política del momento gaditano era aún la corporación, respecto de los predicados, esto es, respecto de las funciones políticas, podríamos aventurar que la gestión del poder no pudo desembarazarse de unas maneras que todavía podían ser inherentes a una práctica de gobierno propia de la Monarquía Católica. A partir de estos factores, han podido explicarse muchas de las soluciones gaditanas en términos de constitucionalización (esto es de traslado a un texto constitucional) de algunos mecanismos y dispositivos tradicionales. En fin, la presencia de una cultura o paradigma jurisdiccional es algo que, al menos para la interpretación de esa historiografía, con la que se alinea el presente trabajo, conforma un punto de partida fundamental en la calificación del orden jurídico y político del primer constitucionalismo hispano. No se abundará aquí en la justificación del rasgo del "jurisdiccionalismo" como clave que hace peculiar este constitucionalismo y que consiste, simplificándolo mucho, en considerar que la gestión del poder y la producción del derecho pudo moverse todavía en el contexto hispano siguiendo patrones que obedecen a lo que el derecho público europeo calificaría décadas más tarde como modelo de Estado de justicia o monarquía judicial. Hablar pues de constitucionalismo jurisdiccional implica considerar que era la justicia, y no la ley, la herramienta de transformación de la sociedad política hispana. La comprensión, entonces, de la formación de la decisión política como producto de un proceso de concreción de equidad o de espíritu constitucional que debe ser descubierta implica necesariamente matizar una justificación estrictamente voluntarista o contractualista del fundamento de la norma. Se trataba más de "acertar" en la formulación de una norma (en el "decir el derecho") que es tal en cuanto verdadera y en cuanto puede conciliarse con el resto del orden jurídico presidido por la Constitución o su espíritu, que de sentar esa decisión como mandato producido por la voluntad arbitraria de una autoridad legítima.

Interesa aquí, sin embargo, profundizar en una faceta que tiene que ver con las consecuencias institucionales de la afirmación de ese jurisdiccionalismo de cara a explicar la organización y alcance de las atribuciones de los poderes reconocidos en España a partir de 1810; sin perder de vista, además, que las circunstancias en las que se había producido la crisis dinástica y luego la de independencia (recuérdese sólo en este sentido la proliferación de Juntas como instituciones extraordinarias que comenzaron reclamando la condición de "depositarias de la soberanía") habían generado (o reforzado) la presencia de una multitud de sujetos corporativos a los que fue muy difícil durante toda la primera experiencia constitucional negar autonomía política expresada precisamente en términos jurisdiccionales de definición de derecho y gobierno económico y político de sus respectivos territorios. Ahora bien, conviene, si quiera preliminarmente, que aclaremos qué queremos decir cuando calificamos de consultivo un constitucionalismo. Tentativamente, los presupuestos que definirían esta expresión, como consecuencia institucional de la conceptuación jurisdiccional del primer constitucionalismo hispano podrían enunciarse de la siguiente manera.

1) La comprensión de la toma de una decisión política como resultado de un proceso de "descubrimiento" —esto es de concreción de un orden que no se agota en el texto constitucional al caso concreto—, exige que se llenen una serie de requisitos, esto es, un determinado procedimiento y una debida instrucción. Para calibrar la calidad de la instrucción seguida en la determinación de un asunto, operan criterios como la concurrencia no virtual de los destinatarios de la decisión, o afectados por la medida, pero también la multiplicación de las luces de los sujetos o colectivos que expresan opinión pertinente en cada uno de los asuntos. Atiéndase que la infracción de los requisitos de esa debida instrucción del asunto vicia la resolución porque con tales vicios, dicha resolución se considera como "no causada".

2) En relación con estos requisitos, comparece la "consulta" como un elemento de la instrucción de la decisión política cargada de valor político. Consultar es ante todo instruir con participación de cuerpos y sujetos a los que se reconoce no sólo el derecho, sino también el deber de participar en la conformación de la decisión política. Así una tradicional potestad consultiva tiene los rasgos de activarse *motu proprio*, ya que quien consulta puede tener comunicación con cualesquiera otros cuerpos y sujetos, y no sólo con el destinatario de la consulta.

3) La "consulta" propia de las instituciones tradicionales de la Monarquía, con toda su dimensión normativa y jurisdiccional, logró traspasar el momento constituyente y las rotundas declaraciones contenidas en los decretos de 24 de septiembre de 1810. Más allá de la enunciación de diferentes potestades, el carácter consultivo se predicó de todos los órganos constitucionales y no sólo de las autoridades a las que se reconocía explícitamente esta naturaleza. Ahora bien, cuando se califica de consultiva la actividad de las instituciones que encarnaban las potestades (esto es poderes en el ámbito de una competencia siguiendo también una reglada instrucción y con sometimiento a estrecha responsabilidad) legislativa, jurisdiccional o ejecutiva, quiere decirse, no tanto que esas instituciones desarrollaron una función consultiva en su relación con otros poderes, sino que esas funciones legislativas, judiciales o gubernativas se ejercían "consultivamente".

4) Pero este fenómeno admitía, entonces, una lectura *a contrario*. En la primera experiencia constitucional española también fueron habituales las calificaciones de determinados órganos constitucionales como "mera" o "puramente" consultivos. Con la introducción de estos adverbios, a mi modo de ver, se trató precisamente de denotar un sentido contemporáneo de la función consultiva. Así acaecía, por ejemplo, cuando se definía la naturaleza del Consejo de Estado gaditano, de las Juntas de Censura o, para el Trienio, de la Junta para la protección de la libertad de imprenta. La diferencia entre las instituciones que ejercían potestades y las que se pretendían entonces

reducir a "meros" cuerpos consultivos estribaba en el distinto régimen de responsabilidad por el desarrollo de su actividad. En el caso de los órganos "puramente" consultivos, no se deducía responsabilidad por la evacuación de sus consultas y dictámenes, comprendida como actividad estrictamente pericial. Ahora bien, la inmunidad de cualquier institución en el constitucionalismo gaditano resulta algo excepcional. Y, precisamente, por este carácter excepcional, las instituciones meramente consultivas tuvieron poco recorrido en un experimento constitucional que hizo de la responsabilidad de sindicar a todo tipo de autoridades uno de sus elementos estructurales y seña de identidad.

2. UN PROCESO CONSTITUYENTE CONSULTIVO

Este carácter consultivo en sentido tradicional y lato de la experiencia constitucional gaditana como especie de un más general constitucionalismo hispano, se manifestaba desde un primer momento en un bienio preconstituyente que comenzaba en el conjunto de la Monarquía con la crisis dinástica y se cerró en gran parte de América en la primavera de 1810 y en la Península en septiembre de aquel año. En este periodo, la salida a la crisis dinástica provocada por las cesiones de Bayona todavía se pensaba en términos de una regeneración constitucional de la Monarquía, entendida como la restauración de rey en el Trono y la puesta en vigor, con las obligadas reformas atendidos aquellas circunstancias y nuevos tiempos, de sus "leyes fundamentales". Para procurar esa regeneración en el bienio 1808-1809 se multiplicaron los llamamientos a los componentes de la sociedad política hispana para que concurrieran con sus luces en el descubrimiento de esas leyes constitutivas.

Así pues, el debate pre-constituyente hispano adoptó una dinámica materialmente consultiva. Como manifestaciones de la misma, hay que incluir la invitación que se formalizó en el primero de los Manifiestos de la Junta Central a los sabios de la Monarquía, o sobre todo la que actualmente se conoce como "Consulta al País". Es sabido que tal expresión fue acuñada por una historiografía progresista que trataba de darle veste moderna a esta iniciativa, parangonando sus efectos en el devenir del proceso constituyente español con el que los *cahiers de doléances* habían tenido en la Francia revolucionaria de 1789. Ciertamente las dos iniciativas no son comparables. Porque, en principio, poco tiene que ver el *cahier* como resultado de la articulación en varios grados de un derecho de petición para hacer llegar al rey las quejas, agravios y súplicas de cada uno de los estamentos, con la consulta como procedimiento tradicional para el descubrimiento del derecho en un sentido amplio según el modo jurisdiccional de gestión del poder en el Antiguo Régimen. Sin embargo, la clara diferencia no ha de llevar a negar la dimensión política de este segundo instrumento. La consulta tenía por destinatarios a los sujetos, cuerpos y autoridades nuevos y tradicionales (Juntas, Tribunales, Universidades, Ayuntamientos, etc.) con los que entonces había de contarse. Porque no es que oficialmente se les supusiera a todos ellos pericia técnica para informar, sino también el derecho y aún el deber de concurrir con sus dictámenes. Aunque ciertamente se requería entonces más opinión que voluntad, el mero hecho de que se generalizase el tradicional —y obligado— procedimiento de consultar y ser consultado implicaba inmediatamente el reconocimiento mutuo de representación y participación política. En este sentido, también debe computarse como parte de la dinámica materialmente consultiva del bienio preconstituyente el llamamiento hecho a las provincias americanas para que, como parte integrante de la Monarquía, enviasen representantes a la Junta Central dotados de instrucciones, que dio pie a la elaboración de un cúmulo de memorias, planes y proyectos de nueva Constitución.

La apertura de procesos estrictamente constituyentes en el mundo hispano a partir de la

primavera de 1810 no supuso, sin embargo, el abandono de maneras materialmente consultivas en la definición de esas normas supremas, ni en la actividad de los "cuerpos constituyentes" que debían elaborarlas. Una manifestación de esto viene dada no sólo por el aprovechamiento que, por ejemplo, las Cortes gaditanas realizaron de los papeles recibidos en respuesta a la "Consulta al País", sino por el hecho de que siguió dirigiéndose, como parte del proceso constituyente, a otros cuerpos, tribunales y sabios en busca de luces. Recordaré aquí cómo, una vez que el soberano Congreso acordó la redacción de una Constitución como uno de sus principales objetivos, se planteó como labor que había de resultar de un debate jurídico. En este debate se invitaba de nuevo a los sabios de la Monarquía a que sumasen sus luces a las de los que se sentaban en las Cortes para concluir tan importante objeto. Y como resultado de esta invitación llegaron a las Cortes decenas de "memorias", "proyectos", "planes", e "ideas" de constitución que se pasaron a la comisión de Constitución encargada de elaborar el proyecto de la norma suprema. Pero los trabajos constituyentes de las Cortes Generales y Extraordinarias no sólo pasaron por la actividad de una comisión integrada por un número de sujetos suficientemente amplio para que se mostrase suficientemente representativa. Ese constante deseo de "acertar" hizo que se recurriera a sujetos de fuera del Congreso; se seguía consultando la opinión de los tribunales de la Monarquía que, mientras existieron, evacuaron sus dictámenes en este importante objeto; o se aprovechaban los expedientes y debates que, casuísticamente y sin aparente conexión con un programa de redacción del texto fundamental, se formaban en el seno de otras comisiones parlamentarias. En definitiva, el Soberano Congreso parecía no bastarse como cuerpo constituyente para la formación del texto de una Constitución política, bien porque hubiera quien en un seno pensara que España ya tenía Constitución y que en las Cortes no concurría suficiente autoridad para formular o explicitar las leyes fundamentales de la Monarquía, bien, y esto me parece aquí más pertinente, porque se comprendiera que era preciso el concurso de más opiniones que las de los diputados, porque se tuvieran por más ilustradas pero también por más autorizadas. El examen de algunos de estos procesos pone de manifiesto que se buscaba más el acierto en la solución más acorde y respetuosa de las situaciones jurídicas que obtenían los diferentes miembros que integraban la sociedad política (lo que exigía tener presente en cada caso las concreciones de un tradicional legado normativo), que la articulación de un programa político fruto de la voluntad de la Nación como sociedad de individuos políticamente activos. Esto explica que llegara incluso a denunciarse las pretensiones de algunos representantes de convertir al Congreso en un "colegio de abogados". Ahora bien, en esta denuncia no hemos de ver un conflicto entre dos sectores del Congreso, representantes a sus vez de dos concepciones —contemporánea la una, tradicional o reaccionaria la otra— sobre lo que quería decir establecer una Constitución. Pues, como es sabido, reputados miembros del sector liberal de las Cortes se ganaron justa fama argumentando con un discurso de restauración de antiguas leyes de la Monarquía la eliminación de unos regímenes e instituciones tan señeros del Antiguo Régimen que se consideraban pertenecían a su Constitución material. Tal es el caso del régimen señorial o de los Tribunales de Inquisición, cuya abolición además fue preparada en el seno de la Comisión de Constitución.

3. LEGISLAR CONSULTANDO. LA IDEA DE CÓDIGO

Más allá de su faceta constituyente, la actividad y atribuciones que se reservaron las Cortes generales y extraordinarias ha llamado la atención de una historiografía constitucional que ha debido enfrentar la calificación de la naturaleza de esta institución y, a partir de ahí, la del régimen constitucional gaditano. En este sentido el hecho de que las Cortes se arrogasen exorbitantes facultades apelando a títulos como el de la Suprema Inspección asociada a su naturaleza soberana, y que en consecuencia

se inmiscuyera en el conocimiento de asuntos pertenecientes a otras potestades, ha valido para que se conceptuase el primer experimento liberal como un "régimen de asamblea" o una "Convención revolucionaria". No se discutirán aquí los fundamentos que justificaron este tipo de injerencias, o la extralimitación de las facultades que se supone tocaban a este cuerpo. Son, en cambio, los modos a través de los cuales expresó todas sus atribuciones, y no sólo las que pueden considerarse hoy como exorbitantes, los que permiten caracterizar al Congreso como cuerpo que funcionó "consultivamente". Porque, por sus métodos de admitir, informar y tramitar los asuntos, las Cortes se parecen más a lo que se tenía por una representación del reino en la constitución material de las Monarquías ibéricas. Esto es, Cortes que pueden ser sustituidas por una Junta, y viceversa, una Junta que puede ser sustituida por este otro cuerpo, ciertamente más solemne. Paradójicamente, en el mismo momento en el que entraban en crisis las instituciones tradicionalmente consultivas de la Monarquía, era cuando las Cortes generales y extraordinarias reunidas en Cádiz, asumían una gestión consultiva —en un sentido tradicional— de la política, heredando con ello prácticas institucionales. Las comisiones parlamentarias, al formar sus dictámenes, siguieron una práctica institucional que era la propia de los antiguos Consejos de la Monarquía, como pone de manifiesto el examen de la iniciación, información, y tramitación de los expedientes legislativos. Ciertamente pueden indicarse otros motivos para explicar dicha persistencia aparte de los que tienen que ver con la conservación de prácticas institucionales basada en la reproducción de las maneras de gestionar de unos oficiales que, no habituados a prácticas parlamentarias, trasladaban al Teatro de las Cortes la gestión de papeles de los antiguos tribunales de la Monarquía. Esto es, no sólo era "habitus" de una burocracia de Antiguo Régimen lo que motivaba estas maneras administrativas, sino una concepción cultural de cómo gestionar situaciones jurídicas y derechos adquiridos, que me atrevo a calificar de constitucional no sólo en el terreno de la mentalidad, sino como expresión de la estructura, aún antigua, de la sociedad política hispana. Calificar, pues, la actividad normativa de las Cortes como consultiva no tiene que ver sólo con la identidad de una inercia institucional en la tramitación de los expedientes y en la subrogación de las comisiones parlamentarias en el lugar que ocupaban los antiguos Consejos de la Monarquía. Cuando afirmamos que, en su proceder legislativo, en el ejercicio de esta potestad, se amoldó a formas consultivas, queremos significar algo de más amplio alcance que tiene que ver con la consideración que en aquella experiencia jurídico-constitucional significaba la función de legislar. En otros términos, estamos aventurando una respuesta sobre lo que para los artífices del primer constitucionalismo español significaba el ejercicio de la potestad legislativa. Y la respuesta que damos a este interrogante consiste en afirmar la persistencia de una manera tradicional de comprender la producción del Derecho, que no quedó del todo desplazada por la promulgación de un texto constitucional. Pues, a pesar de que se afirmaba un concepto de ley como expresión de la voluntad general de los españoles de ambos hemisferios, esta declaración hubo de conciliarse con la que predicaba de la ley las cualidades de la bondad y de la justicia. Quiere decirse con esto que en el primer constitucionalismo español han de conciliarse las acepciones de ley como acto de voluntad pero también como producto de una *ratio* que todavía pertenece al universo cultural del Antiguo Régimen. No se puede, según estos parámetros culturales, que aún tienen mucho de inercia de tiempos anteriores, predicar para el constitucionalismo gaditano un concepto formal de ley, en cuanto esta última se inserta en un orden normativo que, casi para todo el siglo, ha sido calificado como plano. Así lo viene probando el examen de los efectivos mecanismos y prácticas institucionales que rodearon el proceso de producción normativa, como por ejemplo la publicación de las normas, o su derogación, y con los que quedan desvirtuadas las interpretaciones que proyectan en este tiempo una contemporánea acepción de ley. En este sentido, cuando la comprensión del proceso de creación normati-

va todavía puede aparecer como un proceso de descubrimiento del Derecho (de adecuación de la nueva norma no a ruda equidad, sino a "espíritu de la constitución" y éste, a su vez, entendido en un sentido historicista), pasa a primer plano la importancia de una actividad deliberativa que no se agota en la actividad parlamentaria y por la que trata de conciliarse la nueva declaración normativa con un orden jurídico de algún modo ya pre-constituido. Es más, la deliberación debe ser congruente con la decisión alcanzada. No se entiende entonces que pueda surgir un conflicto entre la instrucción del procedimiento legislativo y la decisión final del legislador. Y también por ello termina desplazándose el protagonismo de la actividad legiferante desde el Congreso hacia otras instituciones cuya concurrencia es obligada en el proceso de producción normativa.

Un ejemplo significativo de este proceder es el que remite a la manera como las Cortes gaditanas enfrentaron la tarea de formación de Códigos. La idea codificadora se manifestó en el mismo momento y en el mismo contexto en que había arrancado la idea constituyente. La formación de un código político, y la de un código civil, penal o de comercio, no sólo compartían contexto y momento, sino que participaban de un mismo procedimiento. El deseo de reforma y mejora de la legislación que entonces se enunciaba nos es conocido, como también sus limitaciones desde un punto de vista sustantivo. Pero no interesa aquí tanto el qué, sino el quién y el cómo; esto es, los procedimientos en los que se concretó la potestad legislativa de las Cortes en un punto no precisamente accesorio, algo que, entiendo, no siempre ha sido debidamente calificado. Porque el debate que entonces se suscitó no versaba tanto sobre la vocación del tiempo gaditano para una codificación de la sociedad política hispana, sino sobre la suficiencia de las Cortes para la elaboración material o la mera discusión y aprobación de un texto articulado por sujetos de fuera de su seno, en quienes se suponía acreditada la ciencia y la experiencia suficiente para depurar y consolidar unos libros jurídicos que contuviesen (más que fundasen) los ramos del orden jurídico de la plural Monarquía católica. En efecto, algunas de las propuestas que se formularon entonces apostaron por la externalización de la tarea de formación de los códigos, mediante el concurso de personas de fuera del cuerpo legislativo. Esas luces externas no eran sólo la de los "sabios", sino fundamentalmente la de los tradicionales tribunales de la Monarquía. La sentida necesidad de que la formación no fuese parlamentaria, más que en el momento de la aprobación, tenía que ver con la concepción, que me atrevo calificar de constitucional, de suponer a los diputados como no suficientemente autorizados para producir esos textos, y no sólo por el tiempo que llevaría esta labor más técnica. De hecho, se terminó acordando entonces que fueran personas de fuera del Congreso las que integraran las comisiones de codificación, dudándose incluso si debían ser las Cortes o la Cámara de Castilla y el Consejo de Hacienda quienes hubieran de nombrarlas. Este fenómeno, ciertamente, puede también ser calificado en términos de gubernamentalización de la potestad legislativa, que comenzaría entonces en Cádiz y no a mediados del siglo, cuando se formalizaron soluciones e iniciativas como la creación de comisiones de codificación en el seno del Ministerio de Justicia, la habilitación legislativa al Gobierno, las leyes de base o la convalidación parlamentaria de decretos de urgencia. Sin embargo, me resisto a proyectar a tiempo gaditano un fenómeno posterior. Considero más plausible entender aquella externalización como efecto de una concepción de la producción normativa que se consideraba que correspondía también a los cuerpos letrados de la Monarquía.

Pero además en esta cultura constitucional forma parte de aquella instrucción del procedimiento legislativo la necesidad de consultar a los afectados por la resolución, también porque se entiende que las situaciones jurídicas, que obtienen los miembros integrantes de la sociedad política hispana, forman parte de ese orden jurídico concretado en la Constitución. A ello además conspiraba el mantenimiento del mandato imperativo o voto consultivo

con que no pocos diputados acudieron a las Cortes y que se prueba en el examen de unos poderes concebidos como generales para pleitear sosteniendo los derechos y privilegios de los mandantes en los Tribunales de la Corte y en las Cortes. Cuando las leyes no respondían a la iniciativa de las representaciones o de las exposiciones elevadas al soberano por los sujetos corporativos que conformaban aquella sociedad política, resultaba entonces obligado el trámite de audiencia, una especie de constante *Consulta al país* para asegurar que las nuevas producciones normativas puedan alterar las situaciones jurídicas de los miembros de aquella sociedad corporativa. Aunque, como ya sabemos, no por ilustrada y consultada una ley, la misma dejaba de quedar al arbitrio de sus destinatarios. No hubo problema en reconocer la capacidad de las más diferentes autoridades en explicar, ampliar, interpretar, complementar las decisiones del soberano Congreso en un fenómeno que, sólo con los ojos del jurista contemporáneo, podemos calificar como ejercicio de poder reglamentario.

4. LA ACTIVIDAD CONSULTIVA DE LA POTESTAD JUDICIAL

Otro ejemplo de que el primer constitucionalismo gaditano no pudo sustraerse a maneras tradicionalmente consultivas en la gestión de potestades políticas viene dado por la actividad consultiva que la Constitución atribuía al Tribunal Supremo de Justicia en la aplicación de las leyes. Ciertamente no puede eludirse que el fundamento de esta atribución entroncaba con la reserva a favor del legislativo de la interpretación y no sólo la creación de la ley. Sin embargo, al conceder al Tribunal la facultad de oír las dudas de los tribunales sobre la inteligencia de las leyes, consultarlas con el Rey, para que este promoviera la conveniente declaración de Cortes, además se daba salida a las consultas que los antiguos Consejos elevaban tradicionalmente con motivo de su actividad en justicia. Es sabido que tan relevante era tradicionalmente la actividad consultiva que, a impulso del soberano, se iniciaba para la elaboración de una provisión de carácter más o menos general, como la que surgía con motivo del conocimiento de un expediente en justicia, definido así por la intervención de partes. Esta tradicional actividad de los Consejos ha sido oscurecida por un sector de la historiografía que, concentrando su atención —a mi juicio en exceso— en el valor de las consultas referidas a "expedientes generales" de cara a la reconstrucción de un *iter* legislativo en el Antiguo Régimen, no ha reparado en que la resolución de "casos" en justicia estuvo vinculada estrecha e indiferenciadamente a la que podíamos —no sin problemas— calificar de actividad normativa en este tiempo. Pues bien, esta última actividad consultiva, peculiar si se quiere por el origen, o el motivo de su iniciación, y por las formalidades de su tramitación, fue la vehiculada a través de las consultas que el Tribunal Supremo elevó durante su efímera vida a las Cortes por mediación de la Regencia o sin ella. Pero esta dimensión consultiva del ejercicio de la potestad judicial no se agotaba en la actividad reconocida al Tribunal Supremo. También de los tribunales territoriales se esperaba que no redujeran su actividad a la "aplicación de leyes a causas civiles y criminales" (al menos en el sentido de exclusividad judicial como se puede entender esta expresión hoy en día), sino que, en cuanto "corporaciones científicas y consultivas" integradas por "ministros sabios en derecho", auxiliasen para su acierto a quienes obtenían el Gobierno en sus respectivos territorios.

5. UN MINISTERIO DE CONSULTORES. EL EJERCICIO DE LA POTESTAD EJECUTIVA

La actividad de las instituciones que encarnaban el ejercicio de la potestad ejecutiva también podía obedecer, en este tiempo, a una práctica consultiva, definida *todavía* como el asesoramiento del Rey. Así llegó a plantearse en

el particular experimento gaditano en el contexto de las tensiones institucionales suscitadas entre las Cortes y la Regencia, con motivo de la definición de las atribuciones y responsabilidad tanto de esta última, como de los Secretarios de Estado y Despacho, pero también con ocasión de la discusión de la posibilidad de organizar a estos Ministros en una Junta. En este sentido, unos primeros proyectos para organizar el poder ejecutivo reproducían un diseño institucional de tipo polisinodial integrado por Consejo de Regencia, Consejo de Estado y Junta de Ministros. Tal arquitectura del poder ejecutivo respondía al intento del sector liberal de reforzar el Ministerio frente a una Regencia connotada de reaccionaria. Y acaso por esto mismo se situaba al Consejo de Estado, considerado como una "criatura del Congreso", como una especie de "tribunal" a quien la Regencia debía acudir en el caso de que no se conformase con las consultas de la Junta de Ministros. No es del caso señalar aquí la fortuna y las motivaciones de semejante diseño. Sí es preciso señalar, en cambio, que si materialmente la actividad de los Secretarios de Estado y Despacho podía conceptuarse tan consultiva como la desarrollada, como cuerpo, por el Consejo de Estado, una Junta de Ministros se solapaba con el único Consejo del rey reconocido por la Constitución. Y resulta pertinente aquí advertir que, si existía precisamente ese solapamiento, era porque desde ese sector liberal se rehuía explícitamente el argumento de la distinción entre "deliberación" y "ejecución" que hubiera servido para diferenciar al Consejo de Estado respecto de la proyectada Junta de Ministros. Para ese sector, hacer de la Junta de Ministros un cuerpo ahora "puramente ejecutivo" contrariaba aquella finalidad de reforzar la autoridad del Ministerio frente a la Regencia.

En mayor medida resulta pertinente traer a colación aquí los obstáculos que los mismos Ministros expusieron para explicar las razones por las que no podían tener una mayor presencia en las Cortes, para someterse a su control, pero también para informar de primera mano a las Cortes sobre los asuntos de sus respectivos ramos, auxiliando con esto último el acierto del legislador. Se aducía entonces como obstáculo el volumen de trabajo que desarrollaba cada una de las Secretarias de Estado y Despacho como herederas de los extinguidos Consejos de la Monarquía. Los ministros no podían encargarse de los asuntos de "Alta política" porque pasaban el día resolviendo asuntos de detalle de los que no podían desembarazarse y delegar en otras autoridades precisamente por la estrecha responsabilidad en cadena a la que estaban sometidos.

Esa estrecha responsabilidad de cada Secretario de Estado y Despacho no era entonces excusa para eludir la presencia en las Cortes. Antes bien, es un elemento que permite matizar la identidad de las funciones de los Ministros con las del Consejo de Estado, que se manifestaba en el reconocimiento de los primeros como "consultores". En 1812 se preveía la responsabilidad de los Secretarios de Estado y Despacho ante las Cortes, no sólo por las órdenes que autorizasen, sino también por las que "sugieran contra la Constitución ó las leyes, ó los decretos de las mismas, sin que les sirva de excusa haberlo exigido la Regencia". Esta responsabilidad por los dictámenes, que los propios Ministros debían documentar y registrar meticulosamente, contrastaba poderosamente con la inmunidad que, por similar actividad, gozaba el Consejo de Estado.

Por previsión constitucional, los Consejeros no podían ser removidos sino por causa justificada ante el Tribunal Supremo de Justicia (cuyos magistrados debían sus puestos a las propuestas del mismo Consejo). Además, entre las causas de responsabilidad no se conceptuaba la que podía tener el Consejo por la evacuación de sus consultas. Esto es, no se planteaba respecto del Consejo de Estado por su actividad consultiva, lo que sí se había suscitado y resuelto respecto del Tribunal Supremo por su actividad judicial: la posibilidad de que delinquiese como cuerpo y que por este motivo se dedujese responsabilidad ante un Tribunal especial nombrado por las Cortes. Precisamente en esta inmunidad radicaba el carácter *puramente* consultivo del Consejo. El valor de

este adverbio, y la anfibología del concepto de lo "consultivo", que contenía acepciones tradicional y moderna, separadas por el criterio de la responsabilidad, se reconocía explícitamente cuando se explicaba el mecanismo del refrendo por el que los Ministros quedaban responsables, asegurando la inviolabilidad del Monarca reconocido como único titular de la potestad ejecutiva. Para armonizar las partes de un sistema en el que podía reconvenirse a "personas determinadas cuando su firma esté en oposición con la Ley" era preciso "considerar el Consejo de Estado como un cuerpo *puramente* consultivo, auxiliar del Monarca con sólo su Consejo". Por ello el adverbio introducido en la definición constitucional de este órgano, aparentemente redundante, era el que modulaba la función consultiva atribuida al Consejo, anunciando una acepción contemporánea, y conjuraba al tiempo los temores a la inmunidad de un "Consejo", según la concepción extensa de lo consultivo que se ha desvelado en estas páginas. Los temores eran entonces fundados. El Consejo de Estado entendía que consultar sobre asuntos graves gubernativos, una de sus principales actividades, era hacerlo sobre la "policía interior del reino, la educación de la juventud, el fomento de la agricultura, industria y artes, las costumbres y otras cosas de esta naturaleza". Ahora bien, para calibrar el peligro, lo importante no era el qué, sino el cómo de la función consultiva sobre estos objetos. Porque la cuestión que entonces suscitaba los recelos era que aquella institución pretendiera, por un lado, tener correspondencia regular con las provincias, para que los consejeros pudieran instruir estos asuntos sin la mediación de los Ministros y, por otro, consultar *motu proprio* al Rey o a la Regencia. El Consejo de Estado se presentaba a sí mismo como el destinatario del residuo de facultades, dichas económico gubernativas, de los extintos Tribunales Supremos de la Monarquía, y pretendía gestionarlos conforme a unas maneras administrativas que resultaban preconstitucionales. Pero este tipo de pretensiones no prosperaron porque, de aceptarse, hubieran convertido a la institución en "un cuerpo activo gobernante".

Ahora bien, también en esta experiencia constitucional terminaron frustrándose los intentos de crear instituciones que podían serlo sólo consultivas porque eran irresponsables. La tendencia de estas instituciones a reproducir una comprensión premoderna del significado de "consultar" fue menos fuerte que la de los actores de aquel tiempo a hacer valer la responsabilidad como elemento de arquitectura constitucional predicable de todos los empleados públicos. Las Juntas de Censura, que habían nacido con la ley de libertad política de imprenta, se pensaron a sí mismas más como antiguos cuerpos consultivos, que como jurados contemporáneos. Por esta razón no tardó en reformarse su régimen para exigirles responsabilidad por sus "calificaciones". En el mismo sentido, el mismo Consejo de Estado terminó siendo sindicado en el Trienio por haber consultado las propuestas de unos magistrados connotados como contrarios al sistema constitucional.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Para la inmanencia estructural de un modelo de sociedad que por lo que atiene a los sujetos que constituían la unidad de medida del orden político en aquella experiencia constitucional, CLAVERO, B., "Amos y sirvientes ¿Primer modelo constitucional?, *Anuario de Historia del Derecho Español (e=AHDE)*, LVI (1986), pp. 995-1016; PETIT, C; "Amos sirvientes, comerciantes, algo más sobre el primer modelo constitucional", en Id. (ed.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid, Marcial Pons, 1990, pp. 87-122; J. M. PORTILLO, *Revolución de Nación, orígenes de la cultura constitucional en España*, Madrid, CEPC, 2000. La acuñación del paradigma historiográfico jurisdiccional predicado de la experiencia constitucional gaditana puede reconstruirse en, GARRIGA, C. / LORENTE, M., "El modelo constitucional gaditano", en A. ROMANO/ P. A. Schiera (eds.), *Il modello costituzionale inglese e la sua recesione nell'area mediterranea tra la fine del 700 e la prima metà del 800*, Milán, Giuffrè, 1999, pp. 587-614. MARTÍNEZ PÉREZ F., *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid, CEPC, 1999; MARTÍNEZ,

F., "Ley expresa, clara y terminante". Orden normativo y paradigma jurisdiccional en el primer constitucionalismo español", en *Historia Constitucional. Revista electrónica de historia constitucional*, 3 (2002); GARRIGA, C., "Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen", en ISTOR, *Revista de Historia Internacional*, 16 (2004), pp. 20-21. MARTÍNEZ, F.; "Juzgar sin ser Juzgado. El constitucionalismo gaditano como constitucionalismo jurisdiccional", en M. CHUST (ed.), *Doceañismos, Constituciones e Independencias. La Constitución de 1812 y América*, Madrid, Mapfre, 2006, pp. 79-97. La perspectiva puede sustantivarse hoy, GARRIGA C./ LORENTE M.; *Cádiz 1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid, CEPC, 2007, 527 pp. Esta obra es recopilación de trabajos anteriores de estos dos autores, pero también contiene un epílogo con exhaustivo estado de la cuestión de la mano de CLAVERO, B; "Cádiz en España: signo constitucional, Balance Historiográfico, Saldo Ciudadano", pp. 447-526, a donde remito para ulteriores referencias. La inserción de la experiencia constitucional gaditana dentro de un modelo o género de constitucionalismo hispano que hace visible su carácter bicontinental, es algo que ya está presente en obras colectivas como la de PORTILLO, J. M., *Crisis Atlántica. Autonomía e Independencia en la crisis de la Monarquía hispana*, Madrid, Marcial Pons/ Fundación Carolina, 2006, 318 pp.; LORENTE, M. *La Nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, Madrid, UAM, 2010; obra de recopilación de los trabajos anteriores de esta autora o GARRIGA, C; (coord.) *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México, Instituto Mora, 2010, y ya más claramente en ANNINO, A./ LORENTE, M./ MARTÍNEZ, F./ PORTILLO, J. M./ ROJAS, B./ SOLLA, M. J.; *Constitucionalismo hispánico. La tercera experiencia en el mundo atlántico*, Madrid, Congreso de los Diputados (en prensa).

La tesis central de este texto sobre el carácter "consultivo" del constitucionalismo gaditano es algo que ya propuse en MARTÍNEZ, F., "De la función consultiva y del Consejo de Estado gaditanos" en *Historia Contemporánea. Revista del Departamento de Historia Contemporánea de la Universidad del País Vasco*, 33 (2006), pp. 557-580, y ahora en MARTÍNEZ F., "Lo jurisdiccional y lo consultivo en el juego de los poderes gaditanos", ponencia presentada en el Coloquio internacional "La Constitución de Cádiz ¿un modelo?", Toledo 4-6 de mayo de 2011. Recientemente he aprovechado esta tesis para una calificación comparada de Cádiz con la experiencia constitucional bonapartista en España, en MARTÍNEZ, F., "La Constitución: de Bayona a Cádiz", en *20/10*, México (en prensa) y tratamos de sostenerla asimismo para la caracterización de los procesos constituyentes en el mundo hispánico en la obra colectiva *Constitucionalismo hispánico*... ya citada. En cuanto a la definición y actividad de los constituidos, es B. Clavero quien habla de potestad y no de poderes, opción que rescata los significantes originales, y con ello los sentidos tradicionales que todavía pueden operar en esta experiencia constitucional, CLAVERO, B.; *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, 2007.

Precisamente, sobre la calificación de estos procesos constituyentes, aunque sigan siendo de referencia, deben revisarse porque centradas sólo en un contexto peninsular, las obras clásicas de ARTOLA M., *Los orígenes de la España contemporánea*, Madrid, IEP, 1959 y de SUÁREZ F., *El proceso de la Convocatoria a Cortes (1808-1810)*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1972. Sobre este asunto, creo que supuso una inflexión en la historiografía TOMÁS Y VALIENTE, F., "Génesis de la Constitución de 1812. I. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución", en *AHDE*, LXV (1995), pp. 13-125, primera parte de una historia truncada por su asesinato e incorporada en un volumen monográfico de la revista muy útil en otras cuestiones. Véase ahora, el estado de cuestión y propuesta de interpretación de este proceso constituyente de GARRIGA, C.; "*Cabeza moderna, cuerpo gótico*. La Constitución de Cádiz y el orden jurídico", en *AHDE* (2011) (en prensa) y las muy documentadas páginas que le dedica BUSAALL, J. B, *Le spectre du jacobinisme. L'expérience constitutionnelle française et le premier libéralisme espagnol (1808-1814)*, Madrid, Casa de Velázquez, 2011, 304 pp.

La preeminencia del Congreso sobre el resto de los poderes constituidos, y la tramitación por el mismo de todo tipo de asuntos, ha merecido esa comparación del régimen gaditano con un Gobierno de Asamblea o de "Convención" que se señalaba en texto. Algunas referencias clásicas en este sentido son las de VARELA-SUANZES J.; *Rey, Corona y Monarquía en los Orígenes del constitucionalismo español: 1808-1814*, "Revista de Estudios Políticos" (REP), nº 55, Madrid, 1987, pp. 23-95, o MARCUELLO BENEDICTO J. I., "Las Cortes Generales y Extraordinarias: Organización y poderes para un Gobierno de Asamblea", en Miguel ARTOLA (ed.) *Las Cortes de Cádiz* (=*Ayer*, 1, 1991), pp. 67-104. Una valoración distinta y más próxima a la que aquí se maneja sobre las Generales y Extraordinarias es la que se contiene en LORENTE, M., "Del control de los hombres al control de las leyes: Parlamento y Constitución en España (180-1931)", en VVAA, *Parlamento e Costituzione nei sistema costituzionali europei ottocenteschi* (a cura di A. G. MANCA, L. LACCHÈ) (=*Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento, Contributi*, 13) Bolonia/Berlín, Il mulino/ Duncker & Humblot, 2003, pp. 187-212. Aquí la autora trae a colación sus conclusiones sobre una calificación del orden jurídico y de la producción de derecho en el experimento gaditano que avanzaba en lo que es más que un estudio sobre la publicación normativa, *La voz del estado. La publicación de las normas (1810-1889),* Madrid, BOE, 2000, porque a través del examen de los mecanismos como el de publicación normativa hace visible un orden jurídico que seguía moviéndose en coordenadas tradicionales, aunque pretendiera contenidos novedosos. Otro ejemplo de este tipo de estrategia historiográfica, es el trabajo sobre la derogación de GARRIGA, C.; "Constitución política y orden jurídico en España: el "efecto derogatorio" de la Constitución de Cádiz", en VVAA *Doceañismos..., op. cit.*, pp. 33-77; o el que firmo referido a la congruencia entre instrucción de expedientes normativos y decisión del legislador MARTÍ-

NEZ, F.; "Comercio y producción normativa en la crisis del Antiguo Régimen hispano: examen histórico-jurídico de la orden apócrifa de 1810", en *Opinión Jurídica*, vol. 5, nº 10 (jul.-dic. 2006), pp. 65-83. Véase también GARRIGA, C. "Constitución, ley reglamento: el nacimiento de la potestad reglamentaria en España" (1810-1814, 1820-1823), en *AHDE* 65 (1995), pp. 449-531.

Las dificultades sustantivas para la codificación en España han sido puestas de relieve repetidamente por CLAVERO, B, por ejemplo en "El método entre infieles o el Código en España" en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico moderno* 20 (1990), pp. 271-313. Para una descripción del arranque en tiempo gaditano de este proceso, que en el texto he tratado de reinterpretar, algunas referencias clásicas son las de PESET, M.; "La primera codificación liberal en España (1808-1823)" en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, XLVIII (1972), pp. 125-157, o TOMÁS Y VALIENTE, F. "Aspectos generales del proceso de codificación en España", en Id., *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Madrid, Alianza, 1989.

Para la organización y actividad de la justicia gaditana, remito a mi obra ya citada MARTÍNEZ, F., *Entre confianza y responsabilidad...* Una revisión de sus presupuestos que incorpora perspectiva americana que entonces faltaba, en MARTÍNEZ F., "Constitución de la Justicia en Cádiz. Jurisdicción y consultas en el proceso constituyente de la potestad judicial", en *AHDE*, LXXXI, pp. 377-408.

Para la reconstrucción de las tensas relaciones entre Cortes y Regencia, y la consideración del Gobierno en tiempo gaditano, sigue siendo útil la obra de MORÁN ORTÍ M. *Poder y Gobierno en las Cortes de Cádiz (1810-1813)*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1986. Véase en todo caso ahora, por todos, GARRIGA, C.; "Gobierno", en Fernández SEBASTIÁN, J./ FUENTES J. F. (dirs.); *Diccionario político y social del siglo XIX español,* Madrid, Alianza, 2002, y FERNÁNDEZ SARASOLA I., *Poder y libertad: los orígenes de la responsabilidad del ejecutivo en España (1808-1823)*, Madrid, CEPC, 2001. Donde específicamente trata el problema de la responsabilidad de los ministros por influencia en pp. 441-446. La perspectiva de este último autor sobre el sentido de la responsabilidad en Cádiz no es la que se mantiene en este trabajo. Pionera en destacar el su carácter estructural es LORENTE, M.; *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la constitución*, Madrid, CEC, 1988. Aunque véase también las aportaciones de esta autora junto a Carlos GARRIGA en la obra *Cádiz 1812*, ya citada.

Para la calificación del Consejo de Estado gaditano, puede remitirse a las obras de TOMÁS Y VALIENTE, F; "El Consejo de Estado en la constitución de 1812", en (Id, *Obras Completas*, Madrid 1997, vol. III, pp. 2549-2560), y de DE LA CUADRA T.;"El Consejo de Estado en las Constituciones de Cádiz y Bayona", en *Documentación Administrativa*, 244-245 (ene.-ago. 1996), pp. 13-87, y mi trabajo citado más arriba "De la función consultiva...". Los textos principales en el diseño y establecimiento de esta institución pueden consultarse en Suárez F., *Documentos del reinado de Fernando VII. Vol. VII. El Consejo de Estado (1729-1834)*, Pamplona, Universidad Navarra, 1971. En cuanto a la actividad y calificación de las Juntas Provinciales de Censura como instituciones consultivas y la reforma en 1813 de su estatuto, un estado de la cuestión en la monografía de ÁLVAREZ JUNCO J./ DE LA FUENTE MONJE, G. *El nacimiento del periodismo político. La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz (1810-1814)*. Madrid, Ediciones APM, 422 pp., pero véase MARTÍNEZ, F.; "Juntas de Censura y Jurado. La aplicación peninsular de la normativa de libertad de imprenta (1810-1823)" ponencia presentada en el Congreso Internacional, "El nacimiento de la libertad de imprenta; antecedentes, promulgación y consecuencias del decreto e 1810", Cádiz. 10-12 noviembre de 2010.

Fecha de recepción: 8 de septiembre de 2011
Fecha de aceptación: 4 de noviembre de 2011

PARLIAMENTARY CONSTITUTION

RESUMEN

El artículo tiene por objeto analizar la configuración del papel político del Rey en el texto constitucional gaditano. Tras enmarcar la Constitución de 1812 en el contexto del constitucionalismo revolucionario, de escasa vigencia histórica, pero cuyas principios habrían de acabar por tener gran proyección hacia el futuro, el artículo analiza los poderes; otorgadas el monarca por la primera Constitución de la historia española, poderes que, de haber aquella logrado mantenerse, hubiera conducido antes o después a una efectiva parlamentarización de la monarquía española.

PALABRAS CLAVE

Constitución, monarquía, Rey, parlamentarización, revolución liberal

ABSTRACT

This article aims to analyse the shaping of the political role of the King in the Cádiz Constitution. The article begins by framing the 1812 Constitution in the context of revolutionary constitutionalism, which has little historical relevance but whose principles have ended up having an important influence. We then explore the powers granted to the monarch by the first constitution in Spanish history; powers that, had the constitution been maintained, sooner or later would have effectively led to the parliamentarisation of the Spanish monarchy.

KEY WORDS

Constitution, monarchy, King, a parliamentarisation, liberal revolution.

CONSTITUCIÓN PARLAMENTARIA

Roberto L. Blanco Valdés
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Santiago de Compostela

Sumario: 1. El *espíritu* de la *Constitución*. 2. El monarca, «mero ejecutor delegado, que no rey». 3. Veto *suspensivo*, sanción *obligatoria.* 4. Convocatoria, disolución y suspensión: las Cortes *sin* el rey. 5. Poder neutro del monarca *versus* monarquía parlamentaria: entre el pasado y el futuro.

1. EL *ESPÍRITU* DE LA *CONSTITUCIÓN*

El contenido de la Constitución española de 1812 resulta incomprensible sin tener a la vista el ciclo en que se inscribe —el del constitucionalismo revolucionario—, cuyos principales exponentes acabarán por ser, junto al texto gaditano, el francés de 1791, que tanto habría de influir en el de Cádiz, y el portugués de 1822. Con muy pocas excepciones —de forma muy sobresaliente, ese artículo 12 que proclama algo tan insólito como que la religión de la Nación española es y ¡será perpetuamente! la católica, apostólica, romana, ¡única verdadera!— la *Constitución del doce* responde a un impulso jurídico y político que tendrá tan escasa vigencia a corto plazo como decisiva importancia a largo plazo. De hecho, es suficiente con leer el precepto que abre la Constitución y el que la cierra para darse cuenta de que estamos ante un documento político que no sólo rompe históricamente, por su contenido y por su forma, con todo lo que lo había precedido, sino que avanza un largo trecho respecto de lo que tras él, y durante decenios, habría de venir.

El artículo 1º declara que la Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios y da a luz, con ello, a un concepto políticamente desconocido: el de nación. Una nación, debe subrayarse, que ni es la base territorial del Estado (absolutista) precedente ni tampoco la entidad institucional que meramente sustituye a una monarquía hispánica que había ido construyéndose, con avances y retrocesos, a lo largo de un proceso secular. La nación española es el nuevo ente abstracto que conforman los ciudadanos —quienes, como realidad política, constituyen también una radiante novedad—, ente abstracto al que la propia Constitución atribuirá el máximo poder del naciente Estado liberal: el poder soberano. Por eso, en plena coherencia con ese artículo 1º, el 3º de la Constitución dispondrá algo que, con la única excepción de la de 1869, ya no volveremos a encontrar en el articulado de ninguno de los textos constitucionales vigentes en España durante el siglo XIX: que la soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales. El Conde de Toreno, un diputado que aunaba como pocos en las Cortes constituyentes juventud y brillantez, explicaba a la cámara el sentido de aquel artículo que se presentaba, sin ningún género de dudas, como la clave de arco del edificio que los liberales pretendían construir: «Esencialmente expresa que este derecho co-existe, ha co-existido y co-existirá siempre con la nación mientras no sea destruida», afirmaba el asturiano en la sesión de 28 de agosto de 1811, para añadir: «Envuelve además esta palabra esencialmente la idea de que es innega-

ble y cualidad de la que no puede desprenderse la nación como el hombre de sus cualidades físicas; porque nadie, en efecto, podría hablar por mí, respirar por mí; así jamás [la nación] delega el derecho, y sí sólo el ejercicio de la soberanía». Toreno, que acabaría aceptando, por prudencia («[...] para evitar en lo posible interpretaciones siniestras de los malévolos [...]»), suprimir el inciso del artículo que, propuesto por la Comisión encargada de la redacción del proyecto de Constitución, había encendido los ánimos de los diputados realistas —aquel que disponía que a la nación pertenecía, en tanto que soberana, «adoptar la forma de gobierno que más le convenga»—, proclamaba, pese a ello, cuáles eran las verdaderas consecuencias políticas de lo que de modo tan conciso, aunque tan claro, disponía el artículo 3º de la Constitución: «Si la Nación puede establecer sus leyes fundamentales, igualmente podrá establecer el gobierno, que no es más que una de estas mismas leyes; sólo por eso convengo con su opinión —contestaba el Conde al diputado con el que polemizaba— y no porque la nación no pueda o no deba; la nación puede y debe todo lo que quiere».

Por ejemplo, reformar, sin la intervención del rey, el texto de la Constitución. Porque he hablado de cómo se abría aquella, pero todavía no, según lo prometido, de cómo se cerraba. Su último artículo, el 384 (¡la de Cádiz acabaría por ser la más extensa de todas las Constituciones españolas!) contenía, dando culminación al procedimiento de reforma, una regulación cuya importancia no puede ser desconocida: «Una diputación presentará el decreto de reforma al rey, para que la haga publicar y circular a todas las autoridades y pueblos de la monarquía». El precepto es en primer lugar importantísimo por lo que significa: que el texto gaditano contiene previsiones específicas sobre la reforma de la Constitución (las de sus artículos 375 a 384); previsiones que desaparecerán después de todos los textos constitucionales españoles del siglo XIX, de nuevo con la única excepción del que se aprobó, en 1869, tras la Revolución Gloriosa. Para decirlo de una vez y por utilizar el lenguaje con el que hoy designamos esa realidad, la Constitución de 1812 asume el principio de la *rigidez* que es, al tiempo, causa y consecuencia, de su superioridad sobre el resto de las normas. El texto avanza, por eso, más de un siglo sobre los restantes documentos constitucionales españoles; pues, salvo en el corto período de vigencia del texto revolucionario de 1869, la rigidez constitucional no reaparecerá en España ¡hasta 1931! Pero —hay que subrayarlo—, tal avance lo es no sólo en relación con el constitucionalismo decimonónico español sino, a la postre, con *casi* todo el de la monarquía constitucional que dominó en Europa durante la práctica totalidad del siglo XIX. Y ello porque la ausencia de rigidez constitucional —o, lo que es lo mismo, la ausencia de superioridad, cuando menos, formal, de la Constitución— será una realidad que con muy pocas excepciones tampoco se consolidará hasta bastante más tarde en nuestro continente, casi al tiempo en que lo hacía el mecanismo que iba a dar a aquella superioridad su garantía: el control de la constitucionalidad. Además de los textos constitucionales españoles, no contendrán así, por ejemplo, cláusulas de reforma ni las Constituciones francesas de 1814 y 1830, ni el Estatuto Albertino de 1848; de modo que las más notables excepciones, durante esa larga fase, fueron las de la Constitución belga de 1831 —texto, desde otras perspectivas, de una trascendencia muy sobresaliente para el constitucionalismo europeo del siglo XIX— y la portuguesa de 1838.

El artículo 384 de la Constitución de Cádiz será importante, en todo caso, no solo por lo que significaba, sino además, por lo que expresamente disponía: que, aprobada la reforma constitucional con arreglo al procedimiento que regulaba la propia ley fundamental, el monarca debería hacer publicar y circular el decreto en el que se contenía, sin que aquel dispusiera, en consecuencia, de la decisiva facultad de sancionarlo. El rey quedaba pues constitucionalmente excluido de la reforma constitucional, lo que suponía, sin duda, una lógica consecuencia del principio nerval de que la soberanía residía esencialmente en la nación

y de que a aquella le pertenecía exclusivamente, por lo tanto, la facultad de establecer sus leyes fundamentales. Muchos años después del episodio gaditano, uno de los grandes teóricos europeos del Estado, Georg Jellinek, que escribió en el tránsito del siglo XIX al siglo XX, cuando las monarquías se parlamentarizaban o se convertían en repúblicas, puso de relieve la extraordinaria relevancia del hecho de que los reyes no tuviesen la posibilidad de participar en los procedimientos de reforma: «Do quiera que puede llevarse a cabo la modificación de la Constitución sin contar con la voluntad del jefe del Estado, o contra ella, y cualquier que sea el nombre que se le dé a aquel, no puede llamarse monarquía, pues le ha sido quitada al Monarca la atribución suprema de dar una dirección al Estado. Por eso —afirmaba el gran jurista alemán—, Francia, atendiendo a la Constitución de 3 de septiembre de 1791, que declaraba el quedar fuera de la sanción del rey las decisiones del *corps legislatif* no era una monarquía, sino una república con jefe hereditario».

2. EL MONARCA, «MERO EJECUTOR DELEGADO, QUE NO REY»

Tan agudas consideraciones podrían aplicarse, por supuesto, al texto gaditano. De todos modos, la naturaleza revolucionaria de la Constitución, que se manifestaba en algunas otras de sus previsiones más sobresalientes (el monocameralismo, frente al bicameralismo de los textos de la monarquía limitada; la autonomía del poder municipal frente a la posterior dependencia de los ayuntamientos del poder ejecutivo; o el reconocimiento de derechos y libertades, muchos de ellos de orden procesal, que desaparecerán después de bastantes de los textos constitucionales europeos que se aprobaron tras la caída de Napoleón y la Restauración que la siguió), encontraba su campo de expresión fundamental en la limitación de los poderes del monarca, limitación que iba a dar lugar a una configuración muy peculiar de su estatuto jurídico-político como titular del poder ejecutivo. De este modo, y a diferencia de los monarcas constitucionales, que tenían limitados sus poderes por la Constitución pero que participaban en el ejercicio real de todos ellos a través de una compleja serie de variados instrumentos, los monarcas de los textos revolucionarios (el francés de 1791, el español de 1812 y el portugués de 1822) acabarán por aparecer como meros órganos del Estado dotados de poderes que no sólo resultaban limitados sino que les impedían, a la postre, controlar el desarrollo del proceso político estatal. Acertaba, por eso, Carlos Marx cuando escribía en uno sus artículos sobre España que la obsesión por limitar los poderes del rey resultaba, sin duda, uno de los rasgos distintivos esenciales de la primera Constitución española. Y no se equivocaba tampoco radicalmente en su diagnóstico el rey Fernando VII cuando, tras el golpe de Estado de 1814 que acabó con el Estado liberal, y en el Decreto de mayo en el que procedía a declarar «nulos y de ningún valor ni efecto» todos los Decretos de las Cortes, proclamaba que la Constitución por ellas aprobada lo convertía en un «*mero ejecutor delegado, que no rey,* aunque allí se le dé ese nombre para alucinar y seducir a los incautos y a la nación». La de 1812 será, de hecho, la única de nuestras Constituciones monárquicas que junto a un listado de las facultades del rey (art. 171) incluirá otro, acto seguido, conteniendo las restricciones a su autoridad (art. 172), restricciones entre las que se encontraban las que, como a continuación habrá de verse, aquí más nos interesan.

Porque lo políticamente relevante va a ser que el estatuto jurídico-político del rey resultante de la Constitución, mucho más cercano al que caracterizará a partir de los últimos compases del siglo XIX a las monarquías parlamentarias que el que definirá la posición constitucional de los monarcas constitucionales durante el tramo central de esa centuria, no se derivará a fin de cuentas —o, al menos, no se derivará sólo— de la cantidad de facultades que el monarca tenía conferidas en el texto de 1812, cuanto del hecho de que los constitu-

yentes decidieron no poner en sus manos, con la única excepción de veto, los poderes esenciales que iba a permitir a los reyes gobernar de un modo efectivo y no meramente nominal. A fin de cuentas, el largo proceso de parlamentarización de las monarquías constitucionales que se desarrolla en Europa durante casi tres cuartos de siglo —proceso que triunfa en algunos países (Reino Unidos) y fracasa en otros finalmente, tras varios intentos fallidos (Francia)— iría dirigido, paradójicamente, a alcanzar lo que los textos del período revolucionario dieron por sentado: que la existencia del poder legislativo no podía depender de la voluntad del titular del poder ejecutivo, quien debería ser controlado por aquel; y que, en consecuencia, los reyes no podían tener atribuidas las facultades de convocar, disolver y suspender el parlamento. Ahí va a residir, como trataré de explicar seguidamente, la esfera fundamental de potestades de la que dependerá el funcionamiento de la balanza de poderes. Esa balanza se verá también influida, en cualquier caso, aunque de un modo no tan relevante, por la facultad real de sancionar y por ende de vetar; y por eso trataré brevemente esa cuestión antes de introducirme en el análisis de las relaciones que convertían en última instancia al rey en el titular de un poder del Estado que quedaba subordinado al parlamento: los constituyentes de la Revolución española consagraban, así, blanco sobre negro, en la letra de la Constitución un esquema de poderes que sólo se convertiría en dominante en las monarquías europeas tras un largo período de luchas, de victorias y descalabros, que acabaría por conformar una parte central de la historia de nuestro continente durante el siglo XIX.

3. VETO *SUSPENSIVO*, SANCIÓN *OBLIGATORIA*

Volviendo, pues, al veto, lo cierto es que el que la Constitución gaditana ponía en manos del monarca se concebía como meramente suspensivo; lo que significaba, dicho en dos palabras, que el rey podía retrasar, pero no impedir, la entrada en vigor de las leyes aprobadas por las Cortes. La regulación de la sanción —que se contenía en los artículos 15 y 142 a 145 de la ley fundamental— se traducía a la postre en que si las Cortes aprobaban por tercera vez —es decir, el tercer año posterior al de su aprobación parlamentaria— el proyecto al que el rey le hubiera negado previamente, y por dos veces, la sanción, aquella se entendía otorgada de forma obligatoria. Las razones profundas que justificaban una restricción del poder del rey que lo era no sólo mirando hacia el pasado —pues, contempladas desde el punto de vista de un rey absoluto, todas las facultades que la Constitución confería al rey no hacían otra cosa que restringir las que se le suponían previamente conferidas por la historia—, sino también hacia el futuro, en el que los reyes (también los españoles) iban a ampliar su poder de veto hasta convertirlo en absoluto, tenían que ver principalmente con la necesidad, compartida por muchos constituyentes liberales, de buscar un equilibrio entre el rey, al que correspondería el poder ejecutivo en toda su extensión, y las Cortes, que representaban la voluntad de la nación; un equilibrio difícil, ciertamente, que quebraría de inmediato si se concedía al monarca, sin limitación alguna, la importantísima facultad de culminar el desarrollo del proceso legislativo del Estado (no otra cosa era, a la postre, la sanción); es decir, si se le otorgaba el poder de intervenir de forma sustantiva y no meramente accidental, frente a las Cortes. Por ello en el curso del debate que suscitó el artículo 15 de la Constitución («La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el rey») varios diputados del grupo liberal —los finalmente triunfadores— defendieron que la posibilidad de que el rey sancionase las leyes formaba parte de la naturaleza misma de la monarquía, que no sería tal si el monarca careciese de esa importante facultad, lo que no significaba, sin embargo, que aquella no debiera estar, también ella misma, sujeta a límites precisos, para no convertirse a su vez en el caballo de Troya de la balanza de poderes. En esa línea, merece la pena recoger las palabras de Golfín, quien insistirá en la Cámara en defender la necesidad de la sanción que el texto de

Cádiz preveía, lo que era una forma *prudente*, al fin y al cabo, de defender, implícitamente, una sanción que sólo llevaba asociada un mero veto suspensivo: «Es evidente que si el rey no tuviese la sanción, no sería soberano, sino un mero mandatario de la nación», razonaba el diputado. «El Gobierno —continuaba—, no sería una monarquía moderada, y la autoridad real estaría expuesta a ser atacada a cada paso por la representación nacional, sin tener en sus manos medio alguno de mantener los límites que la Constitución le prefija, y para contrabalancear los demás poderes. Es tan obvio, que no se duda de ello ni necesita explicaciones». Tan obvio, sin embargo, como que la sanción, aún limitada al veto suspensivo, podía hacer saltar por los aires momentáneamente el equilibrio de poderes para favorecer a quien —el rey— aparecía como el principal interesado en quebrar la balanza de poderes en su propio beneficio. Toreno, que habló al Congreso en contra de que el rey tuviese la facultad de sancionar, dejaría constancia de ese temor, que con muy buenos motivos compartían otros liberales, con su acreditada capacidad para llamar a las cosas por su nombre: «¿De qué parte pesan más las posibilidades? ¿De que el rey se arrogue todo el poder o las Cortes? ¿De qué tenemos más ejemplos en España? ¿De qué acabamos nosotros de ser víctimas? ¿No es palpable que una nación en que no hay espíritu público formado, en que el rey concede los empleos, tiene a su disposición la fuerza armada, y a su favor todo lo que obliga a los hombres a alucinarse y rendirse ante su poder, no es probable que el rey, si quiere, pueda abusar con más facilidad y dar al través con la libertad». Pero nadie refutó la previsión constitucional de que las Cortes hiciesen las leyes *con el rey* del modo conciso y claro en que lo hizo el diputado Castelló: «En buena hora que las leyes se promulguen a nombre del rey, pero precisamente las que las Cortes solas acuerden y juzguen convenientes a la nación. Residen separados los poderes de esta forma: el legislativo en las Cortes; en el rey, el ejecutivo y en los Tribunales de Justicia el judicial».

4. CONVOCATORIA, DISOLUCIÓN Y SUSPENSIÓN: LAS CORTES *SIN* EL REY

Tan sencillo esquema de separación de los poderes del Estado, en el que puede verse el eco de su formulación canónica por el Barón de Montesquieu y sobre cuya necesidad no triunfó el criterio político del liberalismo radical (los futuros *exhaltados* del Trienio Liberal entre 1820 y 1823) en la esfera de la regulación de la sanción, sí acabaría por imponerse, sin embargo, en el ámbito central de las relaciones institucionales entre el rey y las Cortes españolas. De hecho, la posición del Monarca en relación con ellas acabará por ser una clara manifestación de la rigidez que reclamaba Castelló; la misma que en la esfera que ahora me interesa destacar vertebró el texto gaditano. Los constituyentes de 1812 defendieron, a la postre, una separación entre ejecutivo y legislativo que funcionase como plena garantía de la integridad, política y jurídica, del Congreso nacional; es decir, de un legislativo en cuya existencia material no pudiese el rey interferir de ningún modo. El resultado final no será otro que la nula intervención del monarca en todo lo relativo al funcionamiento de las Cortes.

Su reunión dependía, así, exclusivamente de un dispositivo automático que operaba *ex constitutione*, según las disposiciones contenidas en los artículos 104 y 106 de la ley fundamental: las Cortes se juntarían todos los años, por un período de tres meses consecutivos, que comenzaría el día primero del mes de marzo de cada año. Tan simple previsión significaba con toda claridad que la reunión de Cortes, sin la cual *realmente* aquellas no existían, no dependía para nada de la voluntad real, un principio ese que no impugnó en el debate constituyente ni un solo diputado. Uno de ellos, quizá la figura más sobresaliente del Congreso, Agustín de Argüelles, conocido por sus compañeros de diputación como *El Divino*, se encargó de la defensa del precepto y lo hizo subrayando ya desde el principio la extraordi-

naria relevancia de lo que se estaba resolviendo: «Señores —proclamó lapidariamente el diputado—, tal vez este artículo es la clave de todo el edificio constitucional». La afirmación de Argüelles no puede considerarse exagerada si se tiene a la vista un hecho indiscutible: que para los diputados liberales la existencia de las Cortes —o, lo que es lo mismo, su reunión anual al margen de cualquier voluntad externa a ellas— suponían, en última instancia, la única garantía auténtica de continuidad de un sistema constitucional que se estaba construyendo esencialmente contra el rey y contra los privilegios de la sociedad estamental. Será de nuevo Argüelles quien lo destacará con esa valentía de la que se armaban algunos diputados cuando se trataba de expresar en público ideas que muchos liberales compartían en privado: «[La Comisión] ha querido dar en su proyecto al Gobierno de la Nación el carácter de una Monarquía moderada, esto es, en la que el rey tenga la potestad necesaria para hacerse respetar fuera y obedecer dentro, y ser al mismo tiempo el padre de sus pueblos. Para esto la Nación es necesario que esté, por decirlo así, viva en la persona de sus representantes. Ellos solos son los que han de defender la Constitución, asegurando su observancia, y contrarrestar a los ministros o a los poderes que intenten invadirla». Las palabras de Argüelles, que no pueden entenderse, desde luego, al margen de la especial coyuntura de una Revolución liberal que sólo había conseguido abrir brecha en los muros del absolutismo fernandino como consecuencia de la Guerra y el desmoronamiento de las instituciones del Antiguo Régimen que subsiguió a la invasión napoleónica, son en todo caso la expresión sobresaliente, al tiempo, de un temor —el que suscitaba un rey que no aceptaría de buen grado la conversión de absoluto en constitucional— y de una confianza, la de que la existencia de las Cortes podría servir para frenar las tentativas de acabar con la Constitución y el Estado liberal que en ella se expresaba. Por eso Argüelles con la fuerza dialéctica arrolladora de un volcán, volvió a la carga, para dejar claro ante el Congreso que o la existencia de las Cortes no dependía del rey o que todo acabaría por perderse, antes o después. El que su confianza resultara, de hecho, un poco ingenua vista desde nuestra perspectiva, no quita ni un ápice de valor a sus palabras, capaces de romper el muro de silencio existente en torno a la disposición claramente contraria a la Constitución que tantos esperaban del rey Fernando VII: «Examínense las facultades de las Cortes y las señaladas al poder del rey, y se verá que aquellas exigen el constante ejercicio y vigilancia de la representación nacional; éstas el incesante desvelo de un gobierno que debe ocuparse con preferencia en objetos de reconocida urgencia y naturaleza muy diferente. Las leyes, Señor —afirmaba Argüelles dirigiéndose a las Cortes cuyos poderes y existencia estaba defendiendo—, aunque estén dictadas por la misma sabiduría no hace más que la mitad de la obra. Su observancia es el fundamento de la prosperidad pública, y sólo puede asegurarse por medio de un cuerpo permanente que tenga a su cuidado el reclamarla. Tal es la reunión anual de Cortes. Todo lo demás es inútil, es ineficaz, engañarse la Nación y prepararse a sí misma la ruina de la ley fundamental, único baluarte en que libra su independencia y libertad».

Pero el automatismo en la reunión de Cortes, por completo indispensable, no resultaba, sin embargo, suficiente. Era, además, necesario asegurar de todo punto que las Cortes, una vez reunidas anualmente por mandato de la Constitución, no pudieran ser intervenidas o estorbadas de ningún modo por el Monarca. Por eso, la primera de las restricciones a las facultades del rey del artículo 172, antes citado, disponía sin ambages que el rey no podría impedir bajo ningún pretexto la celebración de Cortes en las épocas y casos señalados por la Constitución, ni suspenderlas, ni disolverlas, ni en manera alguna embarazar sus sesiones o deliberaciones. La regulación era tan radical, que el artículo llega incluso a disponer que los que aconsejasen o auxiliasen al rey en cualquier tentativa para estos actos, serían declarados traidores y perseguidos como tales.

¿Qué conclusión fundamental cabe extraer de todo lo apuntado? ¿O, si lo prefiere el lector, qué relación guarda el esquema de balan-

za de poderes del texto gaditano que acaba de describirse de forma tan sucinta, con la parlamentarización de la monarquía que en ella habían prefigurado los diputados doceañistas? La respuesta a ambas preguntas no es difícil: la balanza de poderes establecida en el texto gaditano, que se completaba, entre otros elementos, con la proclamación de que entre las facultades de las Cortes estaba la de hacer efectiva la responsabilidad de los Secretarios del Despacho y los demás empleados públicos (art. 171.25ª), se hubiera traducido, de haber tenido continuidad el Estado liberal, en el esquema de funcionamiento institucional que estuvo en el origen de la parlamentarización de las monarquías constitucionales: de producirse, como era de esperar, conflictos de poder entre las Cortes y el monarca, éste carecería de la posibilidad constitucional de resolverlos en su beneficio, procediendo a la suspensión o disolución, o, de ser el caso, a la no convocatoria de las Cortes. Ante tal situación no quedaba más que otra alternativa: la dimisión de los Secretarios de Despacho nombrados por el rey ante unas Cortes que les habían retirado su apoyo y confianza, solución esta por la que, sin ningún género de dudas, estaban apostando los constituyentes gaditanos.

5. PODER NEUTRO DEL MONARCA *VERSUS* MONARQUÍA PARLAMENTARIA: ENTRE EL PASADO Y EL FUTURO

Coincidiendo, no casualmente, con el momento en que todo el proyecto gaditano se frustró tras el golpe de Estado de 1814 y la restauración de la monarquía absoluta fernandina, Benjamin Constant expone en Francia su teoría del llamado poder neutro de los reyes y razona su propuesta con argumentos que confirman plenamente que el derrotero de la nave constitucional que zarpó de Cádiz en 1812 conducía tendencialmente a un régimen político que nada tenía que ver con el de la monarquía limitada que, tras la caída de Bonaparte, se impuso no sólo en el mundo constitucional sino que dominó, también, en gran parte del pensamiento liberal. Constant contribuirá, de hecho, a sentar las principales bases teóricas de lo que será posteriormente una duradera práctica política: la de esas monarquías constitucionales que estuvieron vigentes en Europa desde la Restauración hasta bien entrado el último tercio del siglo XIX. En obras como *Reflexiones sobre las Constituciones, la distribución de los poderes y las garantías en una monarquía constitucional* y, sobre todo, *Principios políticos aplicables a todos los gobiernos representativos y particularmente a la actual Constitución de Francia*, aparecidas en el período de 1814-1815 —es decir, cuando el final del Imperio estaba alumbrando en Francia la Restauración y la aprobación de la *Charte* concedida por el rey Luis XVIII—, expondrá Constant una teoría que tenía por objetivo primordial reflexionar sobre la naturaleza y los caracteres de una *verdadera* monarquía constitucional, por lo que, de un modo coherente con ello, sus ideas al respecto estaban también destinadas a evitar la deriva parlamentarizadora de ese tipo de monarquía, ya entonces perceptible en Gran Bretaña. La misma que, quizá, se hubiera producido en España si las circunstancias históricas lo hubieran permitido.

La construcción del *poder neutro* de Constant, que podría hacer pensar que los teóricos franceses de la monarquía constitucional estaban pensando en un monarca desprovisto de auténticos poderes que debería quedar, por tanto, reducido a la posición de un mero moderador, políticamente neutral, de las relaciones entre el gabinete y la asamblea, se situaba, sin embargo, en una esfera política del todo diferente. Y ello porque, muy lejos de tales planteamientos, el objetivo perseguido por Constant y por sus diferente seguidores no era otro que el de impulsar, en el concreto contexto de la Francia de la *Charte*, una monarquía, constitucional sí, pero con poderes efectivos, de modo tal que el poder *neutro* de Constant, que no estaba destinado a debilitar a los reyes sino a fortalecerlos frente a la deriva parlamentaria,

resultaba ser en realidad todo menos *neutro*. Ya en el capítulo II de sus *Principes*, cuando el autor trata de «la naturaleza del poder real en una monarquía constitucional», se refiere Constant a que no puede el jefe del Estado «actuar en lugar de los otros poderes», siendo esa la diferencia esencial entre la monarquía absoluta y la Constitucional. Pero contra lo que de tal declaración cabría deducir, y para ilustrar tal diferencia, ejemplifica Constant con el caso de la Constitución inglesa, lo que le permite exponer la auténtica extensión de ese supuesto poder neutro del monarca: «No cabe [allí] aprobar ninguna ley sin el concurso de las cámaras hereditaria y electiva, ni ejecutar acto alguno sin la firma de un ministro, ni pronunciar ninguna sentencia más que por los tribunales independientes. Pero tomadas todas esas precauciones, la Constitución inglesa dirige el poder real a acabar con cualquier peligroso enfrentamiento y a restablecer la harmonía entre los demás poderes. Si la actividad del poder ejecutivo es peligrosa, el rey destituye a los ministros. Si se convierte en funesta la actividad de la cámara hereditaria, el propio rey modifica su tendencia proponiendo a nuevos miembros. Si es la función de la cámara electiva la que se manifiesta amenazante, el rey hace uso de su veto o la disuelve. Finalmente, si es la del poder judicial la actividad que resulta perjudicial, en la medida en que aplica a las acciones individuales penas demasiado severas, el rey atempera tales decisiones ejerciendo su derecho de gracia». Como puede verse, siguiendo el modelo británico, muy lejano al que se prefigura en Cádiz, van a corresponderle al rey, en consecuencia, poderes esenciales que permitirían durante decenios a los monarcas constitucionales desempeñar un papel central en el funcionamiento de los regímenes políticos monárquicos de la Europa posterior a la Restauración: las de designar y cesar a los ministros, convocar y disolver el parlamento y vetar las leyes aprobadas por aquél.

Lejos de la fórmula acuñada por Thiers, varias veces ministro de Luis Felipe de Orleans, para definir el tipo de monarquía a la que prestaba sus servicios («El rey reina, pero no gobierna»), la pura verdad es que el monarca gozaba de todo un conjunto de facultades que, utilizadas en su punto de mayor intensidad, lo convertían en un auténtico poder del Estado liberal. Ciertamente, el rey reinaba pero, si ese era su deseo y se lo permitían las circunstancias políticas del caso, también podía gobernar.

La primera de aquellas facultades —la consistente en retirar su confianza a los ministros— no se concebía, desde luego, como la mera formalización por parte del monarca de una decisión parlamentaria sino como una auténtica prerrogativa del rey, quien podría nombrar y cesar con entera libertad: «La esencia de la realeza, en una Monarquía representativa, es la independencia en los nombramientos que tiene atribuidos. El rey nunca actúa en su propio nombre. Situado en la cumbre de todos los poderes, crea unos, modera a los otros, y dirige así la acción política, moderándola sin participar en ella. Es de ahí de donde procede su inviolabilidad. Es necesario, por tanto, respetarle tal prerrogativa en su total integridad. No se le puede discutir jamás el derecho de elegir. No pueden las asambleas arrogarse el derecho de excluir, pues tal derecho, de ejercerse de un modo obstinado, implicaría finalmente el derecho de nombrar». Consciente el autor de su cerrada defensa del monarca, añade Constant una explicación que expresa bien a las claras su auténtica intención: «No creo que se me acuse de ser demasiado favorable a una autoridad absoluta, porque deseo que la realeza esté investida de toda la fuerza y rodeada de toda la veneración que resultan necesarias para la salud del pueblo y la dignidad del trono». Las palabras de Constant expresan con meridiana claridad un doble extremo: constatan, por un lado, la ficción jurídico-política en la que se basará la monarquía constitucional: el monarca, en su papel constitucional de Jefe del Estado, ejerce un mero poder moderador y no es, según realmente acontece, un sujeto *político* activo en el proceso de toma de decisiones del Estado; y subrayan, por el otro, una verdad que el publicista francés considerará trascendental: que un rey compelido a cesar a sus ministros según la previa decisión de la asamblea estaría

abocado, antes o después, a perder la facultad regia de nombrarlos. Ahora bien, esa facultad regia exigía gozar también, evidentemente, de otra correlativa, que estaba con ella en estrecha conexión y en relación con la cual la primera adquiría todo su sentido, según Agustín de Argüelles lo había comprendido ya en la España gaditana con suma claridad: la de disolver las cámaras en el supuesto de que aquéllas hubieran entrado en conflicto con los ministros nombrados por el rey. La razón que lo explica es muy sencilla, según ya previamente se apuntaba: de estar el rey desposeído del importante poder de disolución parlamentaria, cualquier eventual conflicto entre el parlamento y el ejecutivo nombrado por el jefe del Estado sólo podría resolverse mediante el cese parlamentario del gobierno; un cese, claro está, al que el rey tendría forzosamente que acceder: «Se han planteado —escribe Constant— diversas reclamaciones en contra del derecho de disolución de las asambleas representativas, derecho que tanto nuestra acta constitucional como la Constitución inglesa atribuyen al depositario del poder supremo. Sin embargo, todo régimen político que no atribuyese tal facultad al jefe del Estado se transformaría necesariamente en una demagogia desenfrenada y turbulenta, salvo que el despotismo, sustituyendo las prerrogativas legales por decisiones autoritarias, redujese las asambleas al papel de instituciones pasivas, mudas y ciegas». Constant demuestra de nuevo que el poder del rey como moderador de las instituciones del Estado, lejos de ser un poder políticamente irrelevante, se configura a la postre como aquel del que dependen, en última instancia, todos los equilibrios del sistema: «Ninguna libertad puede existir, sin duda, en un gran país, sin asambleas fuertes, independientes y formadas por muchos miembros; pero estas asambleas son también peligrosas y por ello, en defensa de la misma libertad, es necesario disponer de medios infalibles para prevenir sus desviaciones».

El tipo de monarquía que encarnaba el supuesto poder neutro de Constant se situaba, en suma, constitucionalmente *más allá* de la monarquía preconstitucional de la Francia de su época —la de la *Charte* de 1814—, en la que el rey y las instituciones situadas bajo su férula directa o su influencia resumían el poder de un Estado donde la Constitución aparecía mucho más como garantía que como límite de las facultades del monarca. Pero estaba, al propio tiempo, bastante *más acá* del tipo de monarquía que había comenzado a parlamentarizarse en el Reino Unido, cuyos reyes perdían allí, poco a poco, aunque de un modo irremisible, las facultades de nombrar y de cesar a los ministros, convocar y disolver a los Comunes y vetar las leyes aprobadas por el parlamento de Westminster. Y más acá también, ¿por qué no decirlo?, del esquema de balanza poderes diseñado en el texto gaditano, que no pudo ponerse en práctica en el primer período liberal de nuestra historia —el que, en medio de una ocupación extranjera y de una Guerra, discurrió entre 1810 y 1814—, pero que sí encontró un espacio temporal para ensayarse en el breve pero intenso *paréntesis* (y la palabra es la apropiada) del Trienio Liberal entre 1820 y 1823. Fue entonces, en una situación de relativa normalidad institucional, cuando se pusieron de relieve las potencialidades de la Constitución de 1812 que, según hemos visto en estas páginas, estaba concebido en lo referido a las relaciones entre las Cortes y el monarca desde unos parámetros que nada tenían que ver con los de la monarquía limitada. Fue en el Trienio, en efecto, cuando pudo observarse con toda claridad —en diversos episodios de grave confrontación entre un monarca que personificaba al Antiguo Régimen que quería superarse y el nuevo Estado liberal que pretendía construirse— que, aún contando el Rey con la complicidad de sus Secretarios de Despacho, estos nada podían sin el apoyo de las Cortes y nada podían tampoco contra ellas, al no disponer el monarca de la facultad de disolverlas, suspenderlas o no convocarlas tras su normal separación. El Rey y sus aliados acabaron, por eso, nuevamente, en 1823, con el sistema liberal derogando su ley fundamental. Para cuando una y otro se recuperaron, tras la muerte de Fernando VII en 1833, tanto el liberalismo español, como el europeo, tan bien representado por Constant, habían ya abando-

nado una parte fundamental de sus ideas. Cádiz fue, por eso, la excepción que habría de confirmar el predominio histórico de un sistemas de equilibrios entre los dos poderes políticos del Estado liberal que acabaría por construirse en gran medida polemizando con el texto de 1812 aunque iba a ser la propia historia la que vendría, al fin, a darles a aquellos constituyentes gaditanos, tan aislados y tan lúcidos, toda la razón.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Me he ocupado con detalle de gran parte de las cuestiones que son objeto del presente texto en mis libros *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 1808-1823*, Madrid, Siglo XXI, 1988; y *La construcción de la libertad. Apuntes para una historia del constitucionalismo europeo*, Madrid, Alianza Editorial, 2010. En ambas obras puede el lector interesado encontrar referencias bibliográficas exhaustivas sobre las diferentes cuestiones ahora analizadas. En todo caso, una completa bibliografía (libros, artículos, folletos) sobre la Constitución española de 1812, realizada por el profesor Fernando Reviriego Picón, puede consultarse en la página web de la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes: http://bib.cervantesvirtual.com/portal/1812/bibliografia_8.shtml.

Fecha de recepción: 27 de septiembre de 2011
Fecha de aceptación: 4 de noviembre de 2011

THE BI-HEMISPHERIC REVOLUTION OF THE 1812 CONSTITUTION

RESUMEN

En los últimos años ha habido un notorio avance de los estudios sobre las Constitución de 1812. Es importante el cambio historiográfico que se ha experimentado, debido a una coyuntura política e ideológica, tanto a nivel nacional como internacional, muy diferente a la de décadas anteriores. Es por ello que creemos pasados los tiempos en los que la minusvaloración de la Constitución de 1812, por una parte, y su estricto estudio a los alcances de esta Constitución solo en la península, por otra, eran el denominador común.

Por el contrario, la Constitución de 1812 no se puede seguir explicando sin la atención que desde los debates y la significación de sus artículos tuvo en ella una visión bi-hemisférica al ser diputados tanto americanos como peninsulares sus artífices. Y en segundo lugar tampoco es tiempo ya de seguir omitiendo su trascendencia en América y en Europa.

PALABRAS CLAVE

Liberalismo, doceañismo, América, diputados americanos, Cortes de Cádiz.

ABSTRACT

In recent years there has been notable progress in studies on the Constitution of 1812. The historiographical change that has occurred is important, and is due to a very different political and ideological situation compared to previous decades, both nationally and internationally. The 1812 Constitution is no longer underestimated, and the study of its scope strictly in terms of the peninsula is no longer the norm.

The 1812 Constitution can no longer be explained without taking into account the impact, through the shaping of its articles, of the bi-hemispheric vision arising from its architects being representatives from both the peninsular and the Americas. Neither should its importance in America and Europe be continued to be ignored.

KEY WORDS

Liberalism, doceañismo, América, American representatives, Cádiz Cortes

LA REVOLUCIÓN BIHEMISFÉRICA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1812

Manuel Chust
Universidad Jaume I, Castellón, España
Catedrático de Historia Contemporánea de la Universidad Jaume I de Castellón

Sumario: 1. Un estado constitucional de dos hemisferios.

> "Algún Sr. Diputado dijo que las juntas provinciales fueron obra de la revolución. Yo contesté, que si este reparo valiera en su generalidad, no pudiéramos dar un paso en favor de la libertad civil; pues todos los sucesos que hemos observado son resultado de la revolución. Si no hubiera sucedido ésta, estaríamos seguramente, ó bajo el despotismo de Godoy, que solo se podía sostener existiendo en su vigor el terror que esclaviza los pueblos, ó bajo el yugo extranjero de los Bonapartes. No se oiría seguramente en este Congreso el lenguaje virtuoso de los hombres libres. Las expresiones más inocentes dichas en ese caso contra la fuerza y la irracionalidad del despotismo, hubieran acarreado infinitas víctimas á los calabozos y al martirio. Ciertamente no habría habido Cortes. Se hubiera tenido por herética la aserción de que la soberanía reside en la Nación; que los Reyes no bajan del cielo, y que un Ministro puede ser separado del lado del Trono para responder de su conducta, cuando lo crean justo los representantes de la Nación. Estas verdades no dejan de serlo por haberse reconocido mediante la revolución."

Eran, son, las palabras de un chileno en las Cortes de Cádiz, miembro de la comisión de Constitución, representante del liberalismo gaditano más posibilista y partidario de ser consecuente con los tiempos y la realidad que estaba viviendo, construyendo y conquistando. Era, es, Joaquín Fernández de Leiva.

En este fragmento de su discurso se recoge una buena parte de los contenidos de la revolución constitucional bi-hemisférica: libertad civil, hombres libres, la lucha contra el "despotismo", la soberanía nacional, la "constitucionalización" de los reyes, la representación de la Nación... en fin, la construcción de un nuevo Estado, liberal, nacionalizador y parlamentario.

Lo singular de esta Constitución, llevamos años reiterándolo, es que se construyó desde la base de representación, soberanía y legitimidad de los territorios y habitantes de todo el Antiguo Régimen, el metropolitano y el colonial. Lo que la distingue de otras constituciones, para nosotros, no es solo el significado de estas palabras dichas por un diputado liberal en las Cortes, sino su procedencia, su nacimiento, su identidad y el lugar por el que fue representante —Chile—, en las primeras cortes liberales de ambos hemisferios. Es decir, la creación de una Constitución bi-hemisférica.

Ciertamente, es notorio el avance en los últimos años de las investigaciones sobre la Constitución de 1812. Desde el punto de vista interno, desde el externo, desde sus circunstancias, de sus debates y, en fin, de su trascendencia. Y, también, en general, de las Cortes de Cádiz. Avance de las investigaciones que

hay que ponerlo en relación no con las conmemoraciones al uso que se han realizado sobre el bicentenario de las Cortes o de la próxima fecha constitucional, sino con otro tipo de razones que están relacionadas, a nuestro entender, con una coyuntura historiográfica que ha logrado cristalizar en interesantes estudios. Investigaciones y reflexiones que han profundizado y enriquecido notablemente el nivel de conocimiento e interpretación de la cuestión gaditana y doceañista.

Atrás quedaron los tiempos en que una parte de la historiografía española e iberoamericana saldaba la temática doceañista repitiendo tópicos decimonónicos muchos de ellos antiliberales que después fueron revividos por la historiografía franquista. Entre ellos se acostumbraba, como coletilla, a tildar a la obra constitucional como un notorio "fracaso", de tener escasa repercusión, de estar alejada de la sociedad, de un "experimento" fallido, de ser "ideada" al margen de la realidad, etc... También se la ha descalificado en base a cuestiones eminentemente técnicas: poco *dúctil*, con un articulado muy extenso, escasa originalidad al ser una "copia" de la constitución francesa de 1791, etc. En este sentido hay que seguir manifestando que no lo fue, a menos que sinteticemos o concluyamos como "copia" el que también fuera unicameral, que tuviera una división de poderes y que proclamara la soberanía nacional. Cualquier comparación seria no resiste la conclusión de la imitación. Compárese y conclúyase. En especial, como veremos y es el argumento esencial de este trabajo, porque la Constitución de 1812 fue una carta bihemisférica, aspecto que condicionó no solo los debates y el definitivo texto, sino también la realidad territorial y social que va a afectar la Constitución: la peninsular, la americana, la filipina.

También quedan ya obsoletos los tiempos interpretativos en los que ciertas historiografías iberoamericanas calificaban los estudios doceañistas de conservadores, hispanófilos, clericales e hispanos en sentido colonizador e imperialista. Interpretación más ideológica que historiográfica que estaba ya mediatizada antes de su valoración y análisis. Hija de "otros" tiempos historiográficos, ideológicos y políticos. Paradójico es que las "descalificaciones" llegaban tanto de la vertiente de las historiografías nacionales y nacionalistas como desde la historiografía, o más bien diríamos desde las ciencias sociales y humanas, deudora de ciertos marxismos y de la Teoría de la Dependencia. Ambas confluían en sus argumentos al calificar la Constitución "española" como poco representativa. O bien, simplemente, la omitían en sus estudios.

A partir de los años ochenta del siglo XX una floreciente historiografía, tanto española como americana, rescató, desde diversas metodologías y desde variadas conclusiones, el valor Histórico de la Constitución de 1812. Y ponemos el acento en decir historiografía porque la primera novedad es que estaba constituida no por profesionales de la historia del derecho o de las ciencias sociales y humanas, sino por profesionales de los estudios históricos. Historiografía heterogénea que bebió en diversas fuentes, que tuvo diferente formación, pero que llegó a conclusiones similares en cuanto al valor trascendental que las Cortes y la Constitución de 1812 tuvieron en España, Europa y, especialmente, en América. Trascendencia que se dio en los años diez y que tuvo su desarrollo generalmente en los veinte del siglo XIX.

Ese es uno de los "valores" del liberalismo gaditano y doceañista que creo que mayor progreso historiográfico ha experimentado desde los años ochenta. Es decir, una transcendencia constitucional bi-hemisférica.

La segunda cuestión que aúna los estudios de Cortes y Constitución doceañista es su valor *poliédrico*. Me refiero a los diversos ángulos de estudio que ofrece la Constitución: desde la historia, desde la historia del derecho, desde el constitucionalismo, desde la politología, desde la literatura, desde la iconografía, etc... Hay que señalar que muchas de las conclusiones divergentes no sólo parten de presupuestos interpretativos diferentes sino de una metodología y conceptualización de las ciencias humanas y sociales que, aunque concomitantes, manejan herramientas diferentes. Y para el caso del aná-

lisis histórico, además hay que tener en cuenta dos herramientas indispensables: el tiempo y el espacio.

Valor *poliédrico* doceañista que hace divergentes y a veces contrapuestos los diferentes planteamientos de los especialistas. Así, están las interpretaciones que califican al doceañismo como reformista dentro de un *largo* Antiguo Régimen. Por el contrario, hay autores que interpretan el gaditanismo doceañista como propio de unas Cortes y Constitución revolucionarias y rupturistas que supusieron el inicio del Estado-nación, tanto en la península como en partes importantes de América. Con todo, son diferentes interpretaciones, todas respetables en cuanto a que contribuyen al debate y diálogo académico de los autores especialistas en esta temática, como así lo constata un repaso a su bibliografía. El presente número de esta revista es una buena prueba de ello: bienvenido sea el debate historiográfico y académico.

Cosa muy distinta son aquellos trabajos que aparecen de forma oportunista y al socaire de conmemoraciones o celebraciones. Un repaso a la bibliografía de estos otros autores los delata como diletantes ya que son capaces de escribir sobre temas dispares en un *totum revolutum* que denota apresuramiento y osadía al avanzar conclusiones muchas de ellas hijas del desconocimiento.

Pero como decíamos al principio de este ensayo, las cosas han cambiado. Y para un mejor conocimiento del tema. De esta forma, hay estudios serios que demuestran que la Constitución fue publicada en cientos de pueblos de ambos hemisferios, especialmente los americanos, que se repartieron miles de ejemplares, que fue acatada, jurada, puesta en práctica y sancionada, que se leyó en las plazas de pueblos y ciudades, que se difundió su articulado en la prensa, que fue comentada en la literatura y en cartas particulares, que se explicó mediante el recurso a catecismos políticos, a odas, a cantos, a canciones, a obras teatrales, etc. Si bien es cierto que también debemos considerar que el mensaje fue interpretado, sublimado, adaptado, readaptado, etc... a los condicionantes sociales y políticos de cada región en donde se aplicó. Y también sabemos hoy, a través de estos estudios, que su legado fue muy perdurable. Hasta hoy, hace doscientos años.

Además de ello, la Constitución doceañista también trascendió, impactó e irradió en el espectro del constitucionalismo europeo y americano en las siguientes décadas. Influyó en la Constitución de Noruega, la de Eisdvoll de 1814, en la de Nápoles y Sicilia en 1820, en la colombiana de 1821, en la Constitución de 1822 de Portugal, en la Constitución chilena de 1822, en la peruana de 1823, en el Acta Federal mexicana de 1824, en la Constitución de El Salvador de 1824, en la de Bélgica de 1831 e, indirectamente, en todo el ámbito constitucional de estos años tanto en Europa como en Iberoamérica. Pero también hay que decir que fue proclamada en Nueva España, en Perú, en el Reino de Quito, en Chile, en partes de Venezuela, de Nueva Granada, en Cuba, en Puerto Rico, en Santo Domingo, en Filipinas, etc. Y además hay que seguir recordando que fue la Constitución que estuvo en vigor en el México independiente desde 1820 a 1823.

Para la historia de España, la Constitución de 1812 pasó a convertirse durante el siglo XIX y principios del siglo XX en un auténtico mito de la lucha por la democracia. No solo porque fue proclamada por tres veces, —1812, 1820, 1836— sino porque los liberales y los demócratas, incluso los republicanos de fines del siglo XIX y principios del XX, con el paso del tiempo calificaron a los liberales doceañistas como los verdaderos Padres de la Patria. Una Patria gaditana y doceañista que representaba banderas revolucionarias contra el "despotismo", el cual en estos años postreros del Ochocientos y primeros del Novecientos seguían identificando en una elipsis romántica con los Borbones, la misma dinastía que en 1814 y 1823 derrotó al doceañismo mediante las armas. Héroes parlamentarios y constitucionales que el franquismo eliminó sustituyéndolos por otros cuyos valores no eran la pluma y la oratoria sino las armas y el militarismo.

Constitución doceañista que, no obstante, generó múltiples contradicciones, conflictos, antagonismos y, evidentemente, un sismo... en

ambos hemisferios. En América porque, entre otras consideraciones, quienes tenían que aplicarla en primer lugar —virreyes, capitanes generales, etc.— sabían que su poder omnímodo se desvanecería, sus rentas mermarían y sus privilegios se abolirían. Por lo tanto, fue lógico que hubiera múltiples resistencias, bloqueos y restricciones a su puesta en marcha. En especial porque eran los representantes del Antiguo Régimen colonial quienes se encargaron de poner en marcha el régimen constitucional. Quizá ahí radique uno de los problemas para explicar la lentitud, en ocasiones, del arranque del constitucionalismo doceañista en América. Y es por ello que en la mayor parte de las ocasiones estas autoridades van a provocar, prolongar, crear o incentivar situaciones de guerra contra determinadas juntas pretextando sus veleidades independentistas. Como por ejemplo las actuaciones del virrey Abascal o del capitán general Elío contra las juntas de Quito o de Buenos Aires.

1. UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DOS HEMISFERIOS

Hay que destacar como característica singular de la Constitución doceañista el que se elaboró, pensó, debatió e ideó con un propósito claro, directo y posibilista: que fuera una Constitución para *ambos hemisferios*. Y lo decimos no solo porque el artículo 1º expresa lo que es la Nación española, sino porque esa dinámica hispana que decretaron las cortes desde el primer día de su instalación e, incluso, desde su convocatoria fue una constante de la cual no se pudo escapar el texto constitucional.

Es decir, no fue un "experimento", como también se ha escrito, sino fruto de una dinámica explicada por diversos factores —la lucha de imperios, los precedentes afrancesados de Bayona, las reclamaciones criollas, la propia coyuntura bélica, la necesidad de los caudales indianos para ganar la guerra en la península— que desde 1808 había conducido a que la revolución parlamentaria y constitucional que se estaba llevando a cabo en las Cortes, primero en la Isla de León, luego en la ciudad de Cádiz, y más tarde en Madrid, se propusiera convertir la Monarquía española —absolutista— en una Monarquía constitucional y parlamentaria. Revolución hispana que precipitó la coyuntura de 1808 con la guerra napoleónica en Europa al fijar su epicentro en España. Pero también sus diversas repercusiones que desde el año 1808 se estaban produciendo en Iberoamérica: propuestas autonomistas junteras americanas, insurgentes, *carlotistas*, afrancesadas y también las de una clase dirigente criolla que en el periodo 1810-1814 apostaba —mayoritariamente en Nueva España, Perú, Reino de Quito, Cuba, Puerto Rico, Filipinas—, por una opción liberal doceañista en detrimento de una insurgente.

En este sentido hay que dilucidar la potencialidad de creación de un Estado, de una Nación, y sobre todo, de un Estado-nación de características españolas-americanas, hispanas si se quiere, a partir de la Constitución, y obviamente también de los decretos de las Cortes, de la configuración bi-hemisférica de sus representantes.

Por lo que respecta a la creación del Estado, partes fundamentales de éste las llevaba implícitas la Constitución. En otros estudios hemos subrayado la prevención que tuvieron muchos diputados para, en primer lugar, incluir en la Constitución un articulado en el que se autoconvocaran las cortes el 1º de cada mes de marzo. De esta forma se escapaba de la dependencia, como hasta ahora, de la voluntad del Rey para convocarlas. En especial por la experiencia negativa que se tenía sobre la parquedad y reticencias reales en las convocatorias a reunir las Cortes. Es por ello que los diputados liberales decidieron solventar esta problemática al otorgar a las Cortes la potestad que antes tenía el Rey.

En segundo lugar, la Constitución se pensó como un articulado capaz de recoger la mayor parte de los elementos constitutivos de un Estado: los hacendísticos —fiscalidad—, los militares —milicia nacional—, los territoriales

—creación de las provincias como ente homogeneizador—, los poderes locales —ayuntamientos—, etc. Todas estas atribuciones del nuevo estado conllevaron un enfrentamiento con el Rey. A pesar de la "confusión" en la que se incurría al tener la misma denominación, la Monarquía, la diferencia era sustancial: ahora la hacienda, las milicias, el territorio, los tribunales de justicia, etc., pasaban a llamarse "de la Nación". El cambio no era solo de nominación, era sustancial, dado que arrebataba el Estado al Rey. Aconteció que esta Constitución conllevaba la creación de un nuevo Estado que incluía territorios y habitantes americanos al margen también del Rey. Es por ello que podemos hablar de una revolución constitucional bi-hemisférica.

Los problemas aparecieron cuando al Estado se le apellidó: Nación. Dilucidar quien pertenecía a la Nación y qué Nación era la que se estaba constituyendo fue el *quid* de buena parte de las grandes discusiones y de la trascendencia que va a tener esta Constitución. En especial los artículos 22º y 29º relativos a la exclusión de las castas de la categoría de ciudadanos.

De esta forma, en la Constitución de este Estado-nación de ambos hemisferios, partes de la Monarquía española como eran las americanas ahora pasaban a ser territorios de la Nación española —artículos 1 y 10— por lo que el Imperio se convertía en un Estado-nación transoceánico, una *Commonwealth* ochenta años antes que la británica. Es por ello que la revolución que imprimía la Constitución fue mucho más allá que otras en el sentido que integró a "todos los territorios de la monarquía española", incluidos los coloniales, en territorios del nuevo Estado-Nación, por lo que arrebató a la Corona, es decir a la casa dinástica de los Borbones españoles, sus territorios, sus súbditos americanos. Ello implicó que en el aspecto económico, esencial, la hacienda del Rey perdía los ingresos indianos que le llegaban de sus "posesiones americanas" fruto del derecho de conquista desde el siglo XVI: capitales comerciales, metales preciosos, rentas tributarias, alcabalas, diezmos, etc... El profesor Carlos Marichal calcula en este sentido que en 1800 dos tercios de la Hacienda del Rey español provenían de Nueva España. De ahí la tremenda importancia que América quedara vinculada a la Casa Real y no a la Nación española. Es por ello, especialmente por la *cuestión americana*, por lo que Fernando VII se opondrá sistemáticamente y mediante las armas al liberalismo doceañista. Y fue por ello también que en la discusión de estos artículos en las Cortes los diputados absolutistas se opusieron manifestando, para enfado de los americanos, que América no pertenecía a la Nación española, sino al Rey. En este sentido la intervención del diputado absolutista Villagómez:

> "(Sentimos anunciar que solo se oyeron al señor opinante algunas especies sueltas): Si la América (sic) de ser representada, debe serlo por sus naturales. Los habitantes de aquellos dominios son vasallos del Rey por otros títulos que los españoles. Sabemos cómo se hizo su conquista, que no debe llamarse de la Nación, sino del Monarca: sus gastos no salieron del Erario; sino de las joyas que vendió la Reina Doña Isabel; y pues amamos al Monarca, no nos privemos de su propiedad. No queramos hacer un Rey Constitucional.
> Soy el primero en procurar la salud de la Patria. Hemos venido para mejorar nuestras leyes; pero eso de Constitución nueva, de ningún modo."

La Constitución también actuó creando mecanismos de identidades, dotando a los habitantes, antes súbditos del rey, de una nacionalidad —"españoles de ambos hemisferios"— y estableciendo en la educación y en el ejército nacional los instrumentos de nacionalización. Respecto al primero, la alfabetización en escuelas dependientes de municipios y diputaciones, no de la Iglesia, va a empezar a ser un factor decisivo para construir nuevos ciudadanos.

Obviamente, en esta Nación doceañista, y respecto a la cuestión americana, quedó un tema pendiente, como fue la no inclusión en los derechos de ciudadanía de las castas. Pero también hay que destacar que esta Constitución fue una de las pocas que pospuso el saber leer y escribir durante treinta años para poder ejercer el derecho al voto, es decir, para poder tener derechos políticos.

La propia configuración de ese nuevo Estado-nación hizo que especialmente los diputados americanos abogaran por parcelas de autonomismo en cuanto a organización del poder provincial o regional. Toda una dinámica de planteamientos diversos se va a generar entre los propios diputados liberales de uno y otro hemisferio porque una vez resuelta y conseguida la igualdad de derechos y libertades políticas, los diputados americanos querían que el nuevo Estado constitucional se proyectara de forma autonomista, dado sus colosales dimensiones, la distancia entre regiones, la diversidad de población, razas, etnias e, incluso, diferencias culturales. Pero también dado los intereses económicos contrapuestos no solo entre las casas comerciales en España y los centros productivos y comerciales americanos, sino entre los propios espacios regionales americanos; los cuales, muchas veces, eran complementarios y estaban integrados en una división de la economía, o bien, por el contrario, eran competitivos e incluso contrapuestos y antagónicos en sus intereses.

Los representantes liberales peninsulares acusaron de federales a los diputados americanos por querer proponer estas medidas que estaban centradas en las Diputaciones Provinciales. Éstas eran las palabras del conde de Toreno:

> "Lo dilatado de la nación la impele, bajo un sistema liberal, al federalismo; y si no lo evitamos, se vendrá á formar, sobre todo con las provincias de Ultramar, una federación como la de los Estados Unidos, que insensiblemente pasaría á imitar la mas independiente de los antiguos cantones suizos, y acabaría por constituir Estados separados."

Por el contrario los americanos tenían a las diputaciones como depositarias de la soberanía de la provincia y además como las instituciones capaces de administrar política y económicamente sus regiones y no como meros agentes del poder del gobierno que eran como las pensaban y habían diseñado los peninsulares.

Y estalló el conflicto político, teórico, económico e ideológico. Los peninsulares se encastillaron en posiciones cada vez más centralistas acusando a los diputados americanos poco menos que de secesionistas. Por su parte los americanos no veían la misma problemática en asumir una doble soberanía: la provincial y la nacional. Y lo hacían desde la perspectiva de compatibilizarla con la Soberanía Nacional.

Además, en esta coyuntura, el concepto federal remitía a la praxis de los Estados Unidos de Norteamérica, cuya forma de estado era republicana. Y, en ese sentido, República en el mundo hispano de 1811 era sinónimo de jacobinismo; es decir, aludía a la experiencia francesa mucho más que a la de Estados Unidos. Y, claro, este era otro tipo de problema. En ese sentido y planteada en estos términos, la batalla estaba perdida por parte de los americanos, lo cual produjo un sin fin de adhesiones de fidelidad al monarca, de proclamaciones de monarquismo, etc. Se mezclaban dos fórmulas muy diferentes pero que marcaron la historia de España y en parte de los países iberoamericanos. A partir de ahora, centralismo fue sinónimo de monarquismo a la par que federalismo se hacía coincidir con república. Esa fue la historia de España hasta la presente monarquía constitucional. Mientras que para Iberoamérica los centralistas fueron los conservadores y los federales los liberales.

Quedan, sin duda, una pluralidad de temas a tratar de suma importancia en el doceañismo como la religión católica, el valor del sufragio universal indirecto, el desarrollo e impacto del poder local;es decir, los ayuntamientos, la supremacía de las Cortes frente al veto del Rey... Con todo, uno de los valores intrínsecos de la Constitución fue que cambió el estado del Antiguo Régimen a uno liberal y parlamentario sin un articulado abolicionista sino con uno que construía otra realidad que por defecto abolía la anterior. Y una abolición de lo "antiguo" que se realizó en ambos hemisferios.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ANNINO, A.; "Soberanías en lucha" en Annino, Antonio, Luis Castro Leiva y François Xavier Guerra (eds.) *De los Imperios a las naciones: Iberoamérica.* Zaragoza, Iber Caja, 1994; "Cádiz y la revolución territorial de los pueblos mexicanos, 1812-1821" en Antonio Annino (ed.) *Historia de las elecciones en Iberoamérica. siglo XIX.* Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1995; "Prácticas criollas y liberalismo en la crisis del espacio urbano colonial", *Secuencia*, 24, septiembre-diciembre, 1992.

CHUST, M.; *La cuestión nacional americana en las Cortes de Cádiz*. Valencia, Fundación de Historia Social, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

CHUST, M. y FRASQUET, I.; (ed.), *La trascendencia del liberalismo doceañista en España y América*, Valencia, Biblioteca Valenciana, 2004.

CHUST, M. (ed.); *Doceañismos, constituciones e independencias*, Madrid, Fundación Mapfre, 2006.

GARRIGA, C.; y Marta LORENTE, Cádiz, 1812: la constitución jurisdiccional, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

GUEDEA, V., "Las primeras elecciones populares en la ciudad de México, 1812-1813" en *Mexican Studies/ Estudios mexicanos*, 1991, 7:1, invierno, pp. 1-28.

GÜEMEZ PINEDA, A.; *Moldeando los contornos del Estado-nación. Los mayas de Yucatán y los procesos liberales de municipalización y privatización territorial, 1812-1847*. México, El Colegio de Michoacán, Universidad Autónoma de Yucatán, 2004.

MARICHAL, C.; *La bancarrota del virreinato. Nueva España y las finanzas del Imperio español, 1780-1810*. México, Fondo de Cultura Económica, El Colegio de México y Fideicomiso de Historia de las Américas, 1999.

ORTÍZ ESCAMILLA, J.; y José Antonio SERRANO ORTEGA (editores) *Ayuntamientos y liberalismo gaditano, 1812-1827*. México, El Colegio de Michoacán y Universidad Veracruzana, en prensa.

ORTÍZ, J.; *Guerra y gobierno. Los pueblos y la independencia de México*. El Colegio de México, Instituto Mora, Universidad de Sevilla y Universidad Internacional de la Coruña, 1997

RODRÍGUEZ, J.; "La transición de colonia a nación: Nueva España, 1820-1821", *Historia Mexicana*, XLIII: 2, octubre diciembre, 1992. pp. 256-322; "La Constitución de 1824 y la formación del Estado Mexicano" *Historia Mexicana,* 40:3, enero-marzo, 1991.

ROJAS, B.; "Soberanía y representación en Zacatecas, 1808-1835" en *Relaciones. Estudios de Historia y sociedad*, número 85, invierno de 2001, pp. 191-220.

SERRANO ORTEGA, J. A.; *Jerarquía territorial y transición política, Guanajuato, 1790-1836*. México, El Colegio de Michoacán -Instituto Mora, 2002. 356 pp.; *Igualdad, uniformidad, proporcionalidad. Contribuciones directas y reformas fiscales en México, 1810-1846*. El Colegio de Michoacán, Instituto Mora, 2007.

Fecha de recepción: 2 de octubre de 2011
Fecha de aceptación: 4 de noviembre de 2011

THE AMERICANISATION OF *LA PEPA*

RESUMEN

Este artículo explora el modo en que se extendió la carta gaditana en América hispánica; pretende profundizar sobre la naturaleza de la constitución de Cádiz y sus procesos de americanización. Durante mucho tiempo se ha sostenido que esta proyección no tuvo lugar. La hipótesis que se propone aquí afirma que es la *naturaleza* específica de esta constitución la que permitió su *americanización.* La constitución no solo se llegó a aplicar, sino que tuvo efectos demoledores para el orden colonial. En un contexto de crisis de la corona española en los países americanos, la constitución de Cádiz provocó un fortalecimiento de las sociedades autóctonas, las instituciones locales y las lógicas corporativas del antiguo régimen que articularon las repúblicas que se instauraron en aquellos momentos. Cádiz no erradicó el esquema jurisdiccional del pasado, sino que lo reformuló y lo constitucionalizó en formas nuevas.

PALABRAS CLAVE

Constitución de Cádiz, cuestión constitucional, crisis orden colonial, jurisdicción, gobierno local, justicia comunal.

ABSTRACT

This article explores the way in which the Cádiz constitution spread in Hispanic América, looking at the nature of the Constitution and its process of Americanisation. It has been argued that this diffusion did not happen. We argue an hypothesis that shows that it was the very *nature* of this constitution that allowed its *Americanisation.* The constitution was not only implemented, but had devastating effects for colonial rule. In the context of a crisis of the Spanish crown in the Americas, the Cádiz constitution led to a strengthening of indigenous societies, local institutions and the corporate logic of the old regime, articulated by the republics being established at the time. Cádiz did not eradicate the jurisdictional thinking of the past, but rather constitutionalised and reformulated it in new ways.

KEY WORDS

Cádiz Constitution, constitutional issue, crisis in colonial rule, jurisdiction, local government, common justice

LA AMERICANIZACIÓN DE LA *PEPA*

Antonio Annino
Universidad de Florencia - CIDE México

Sumario: 1. Bolívar, Hegel, y la cuestión constitucional. 2. Así pues ¿por qué la *Pepa*? 3. ¿De quién es la república? 4. Nota bibliográfica.

Durante mucho tiempo la Constitución de Cádiz ha permanecido aislada en una especie de limbo historiográfico, a medio camino entre el mito y sus negaciones ideológicas. En cierto sentido, la transición democrática española la ha liberado de este inmovilismo intelectual. Ahora, esa Carta Magna empieza a ocupar un lugar en la historia, y su historia alimenta un debate constante que me fascina por muchas razones. La primera se refiere a la historia comparada del constitucionalismo en una época tan compleja como la napoleónica y la Restauración. En esas pocas décadas se escribieron en Europa y en América Latina muchas constituciones. Ninguna sobrevivió por mucho tiempo; de hecho muy pocas llegaron realmente a aplicarse. Sin embargo, esto no quita que la historiografía debería prestar más atención a esas experiencias. Éstas no anticiparon las consecuencias de los acontecimientos de 1848; representan un capítulo aparte, autónomo. El último eco de ese "Setecientos reformador" que por diferentes vías había tratado de cambiar el antiguo régimen sin destruir sus cimientos. La carta magna gaditana fue la más importante, como reconocieron sus contemporáneos. Desde la Nápoles posmuratiana a la Leningrado de los decembristas, pasando por el norte de Italia de los carbonarios, e incluso a través de un folleto muy favorable de Thomas Jefferson, la carta magna gaditana fue *el* modelo de referencia.

Por supuesto, también existen las razones que afectan a la España de esos dramáticos años, y a una parte de su siglo XIX. Pero no es mi intención profundizar en este tema. Me interesa, más bien, reflexionar sobre la "americanización" de Cádiz, una cuestión que sólo últimamente ha sido abordada, de la cual queda aún mucho por investigar, y que merece mayor atención. Durante muchísimo tiempo se creyó que la carta magna gaditana no se había extendido al Nuevo Mundo. Los nacionalismos antiguos y de signo opuesto a ambos lados del Atlántico compitieron por defender esta aparente verdad. Incluso ante quien, como la historiadora norteamericana Netti Lee Benson, había demostrado en los años 50 del siglo XX que algo se había hecho. Pero —significativamente— nadie tomó en cuenta a Benson. Hoy día, estamos en condiciones de afirmar con absoluta seguridad que aquella constitución se aplicó en Nueva España, Centroamérica, Perú, Quito, Cuba y en una parte de Colombia. Lo que equivale más o menos al 70% de la población de la América hispánica. Lo cual significa que la gran mayoría de los súbditos americanos de la monarquía española vivieron por primera vez una experiencia constitucional ya antes de las independencias. Sin embargo, el dato más significativo es que la *naturaleza* específica de esa constitución permitió —como acabo de decir— su *americanización*. ¿En qué sentido?

Que la extensión de la carta en América modificó profundamente aquella realidad, según lógicas no previstas por los legisladores, pero perfectamente en línea con una constitución *jurisdiccionalista* que permitió legítimamente más lecturas de su dictamen por parte de los diversos actores sociales, desde las elites hasta los pueblos, pasando por las comunidades indígenas. En medio de una crisis epocal e irreversible de la monarquía, la carta magna gaditana provocó en América un acontecimiento destinado a pesar en las repúblicas venideras: un fortalecimiento sin precedentes de las sociedades autóctonas, de los actores territoriales, y de las lógicas comunitarias y/o corporativas del antiguo régimen. Y no solamente eso: el estudio exhaustivo de la americanización de la carta magna gaditana permite superar definitivamente una serie de dualismos *ad excludendum* como modernidad/tradición, anarquía/orden, derechos/no derechos, legalidad/ilegalidad, etc. En suma, y aunque pueda parecer excesivo, el momento gaditano no sólo fue una coyuntura, sino un cambio destinado a perdurar durante mucho tiempo. Aún no sabemos cuánto, pero seguro que no fue breve.

1. BOLÍVAR, HEGEL, Y LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL

Antes de continuar con la experiencia gaditana, quisiera recordar un dato que afectó durante mucho tiempo a la percepción historiográfica: los dualismos infinitos que acabo de citar no son más que un desarrollo en el tiempo de esa *Disputa del Nuevo Mundo* que conocemos gracias a la obra genial de Antonello Gerbi. En realidad, esa Disputa de finales del siglo XVIII contenía y dio lugar a otras numerosas disputas, algunas de las cuales siguieron y a lo mejor todavía siguen circulando entre el Viejo y el Nuevo Mundo. Una, sin duda, es la disputa sobre la "cuestión constitucional", o sea sobre la compatibilidad entre esa parte del hemisferio americano y el constitucionalismo liberal antes y democrático después. Resulta casi superfluo recordar que esa cuestión se ha extendido y radicalizado después de la caída del Muro de Berlín porque atañe a todo el globo. La disputa del nuevo mundo se ha convertido simplemente en la disputa del mundo. Existen, pues, buenos motivos para volver a ocuparse de ella y para entender hasta qué punto el momento gaditano nos ayuda a comprender mejor la original, la que fue —por así decir— la madre de todas las disputas.

Muchos fueron los protagonistas, pero el más conocido y más trágico fue Bolívar. Tras el fracaso de sus proyectos constitucionales, el abandono de muchos de sus seguidores, y la oposición de las elites locales, es notorio que el Libertador expresó en muchas cartas su amargura y sobre todo su decepción o, mejor dicho, su desengaño por la cultura, la sociedad latinoamericana y el futuro de ambas. Este hecho es conocido; mucho se ha escrito desde posiciones diferentes, pero siempre desde una óptica circunscrita y personal. Sin exagerar, pero con cierta determinación, quisiera en cambio invertir la perspectiva. El desengaño bolivariano formaba parte de un lenguaje internacional propio del Siglo de las Luces, y que en los mismos años encontrará en Hegel una versión sistemática y definitiva. Un lenguaje de por sí excluyente a pesar de su pretendida universalidad. Vamos a recuperar este dato comparando rápidamente dos personajes que nunca se conocieron pero que, sin saberlo, hablaron el mismo lenguaje aunque separados por un océano.

Tal vez, la expresión más terrible del desengaño bolivariano la encontramos en la famosa carta escrita un mes antes de su muerte, en 1830, cuando se enteró del asesinato de Sucre. Escribió que 20 años de mando lo habían convencido de que "La América es ingobernable para nosotros. *El que sirve una revolución ara en el mar*... este país caerá infaliblemente en manos de la multitud desenfrenada para después pasar a tiranuelos casi imperceptibles de todos colores y razas". Un año antes, en 1829, había escrito un auténtico ensayo sobre los países americanos, las guerras civiles, las luchas por el poder, llegando (ésta es la cuestión) a

comparar la situación de su continente tras la caída del imperio español con aquella de Europa después de la caída del imperio romano; un acontecimiento que, según Bolívar, había desencadenado la anarquía política y la disolución social. La conclusión de sus reflexiones fue que "no hay buena fe en América, ni entre las naciones. Los tratados son papeles, las constituciones libros, las elecciones combates, la libertad anarquía y *la vida un tormento*". Y podríamos continuar, pero me parece que se puede pasar por alto la paradoja trágica de un *epos* como el bolivariano que, al cabo de una vida entera luchando por la independencia, acaba equiparando la *pax romana* a la *pax hispanica.* ¿Podríamos imaginar a Napoleón en la isla de Santa Elena concibiendo a Francia como Bolívar concibe a Colombia y a América en general? Sin más, la respuesta es no: Napoleón no habría concebido a Francia en los términos bolivarianos. ¿Es obvio? Sí. Pero, si contestamos así, no hacemos otra cosa que recrudecer la disputa sin darnos cuenta. Significa aceptar los supuestos del desengaño bolivariano, su visión histórica de fondo, expresada claramente desde 1819 en el famoso *Discurso de Angostura*, donde el eco de Montesquieu resulta muy evidente. En Angostura, el Libertador afirmó que tres siglos de "despotismo" habían condenado a América al "triple yugo de la ignorancia, de la tiranía y del vicio", y por tanto "no hemos podido adquirir ni saber, ni poder, ni virtud". Obsérvese que la tesis sobre el "despotismo" fue inventada por la Academia de Madrid en la época borbónica tardía para condenar el pasado habsbúrgico y apoyar la nueva orientación regalista de la Corona. En las aulas de Cádiz, se recurrió mucho a esa tesis durante la fase constituyente para criticar todo el pasado monárquico. Bolívar la adaptó a una presunta condición colonial de América. La idea según la cual los problemas de la gobernabilidad constitucional de las repúblicas americanas se debían a la "herencia colonial" tuvo luego un éxito enorme entre las elites liberales del continente, y hoy día subsiste en algunos recovecos de la historiografía.

La "cuestión constitucional" nace, pues, a raíz de las primeras experiencias constitucionales del mundo hispánico en crisis, y no sólo expresa las dificultades de gobernar el cambio como en Francia. En el mundo hispánico, la construcción de la responsabilidad de la historia forma parte de un imaginario mucho más amplio, internacional, que halló en Hegel su definitiva versión sistemática. Una vez más, vamos a recordar cosas conocidas que en este contexto suenan de forma diferente. En su *Filosofía de la Historia* (1823-1831), el movimiento hegeliano de la Historia de Este a Oeste dejaba al Nuevo Mundo doblemente nuevo, tanto en el tiempo geográfico como en el político, pero con un futuro "civilizado". Pero, al considerar las dos Américas, Hegel introdujo una antítesis muy popular: América del Norte, a pesar de su exceso de "geografía" y su "escasa" Historia, estaba destinada a un futuro "europeo", mientras que el Sur no. Según Hegel, existía una "antítesis sorprendente": en el Norte "orden y libertad", en el Sur "anarquía y militarismo", el Norte "colonizado", el Sur "conquistado". Los argumentos no eran nuevos, pertenecían a la *Leyenda Negra* protestante del siglo XVII. Totalmente nuevo y aplastante fue, en cambio, el enunciado hegeliano, porque no estructuró acontecimientos sino una visión del mundo y de la historia, un enunciado que liquidó brutalmente esa gran tradición que desde el siglo XVI, por diferentes vías, desde De Vitoria hasta Montaigne, pasando por Montesquieu, había buscado en la variedad de las "costumbres" los criterios para clasificar la diversidad de las sociedades. Ahora, el nuevo criterio distinguió *sólo* entre pueblos "con Historia" y pueblos "sin Historia", y la frontera entre las dos categorías dependió de la existencia del estado y de su Derecho Público, cuya constitución era la máxima expresión. Si un pueblo no es consciente de su constitución no entra en la Historia, que es la libertad; así de simple. De esta manera, también para Bolívar, en la América hispánica el no "reconocimiento" de la libertad fue imposible a causa de la conquista y de tres siglos de "despotismo", que sacrificaron *ab origine* las potencialidades del

"espíritu nacional" (*volkgeist*), *el fundamento del Estado y del Derecho Público*.

Evoco estas cosas conocidas para decir que Bolívar y Hegel tomaron parte, aunque en situaciones radicalmente diferentes, en esa gran transición que tuvo lugar del siglo XVIII al XIX y que inventó la Historia como camino a la libertad. Ahora bien, lo que nos interesa subrayar y que, en mi opinión, ha sido más bien silenciado por la historiografía, es que la idea de Historia-Libertad fue concebida universal en sus valores pero excluyente en sus actores. La Historia definió una nueva *Polis* donde no todo el mundo podía entrar. En esa compleja y dramática transición dominada por las revoluciones y por muchos brotes revolucionarios, por no hablar de las guerras, la invención de esa idea de libertad que circula en el tiempo histórico y que incluye y excluye a millones de personas basándose en sus presuntas responsabilidades, fue mucho más que una genial (y por supuesto discutible) teoría filosófica: su enorme éxito la acerca mucho más a lo que Foucault llamó *episteme*, o sea una condición epistemológica común en todo Occidente, y que todavía perdura. Sin duda, la *Grande Revolution* tuvo un papel protagónico con sus lenguajes "universales". No se puede dejar de evocar el famoso Art. 16 de la Declaración de 1789: "Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución". No sólo se trató de un principio jurídico estratégico para *todas las sociedades*, sino también de una clave para valorar el pasado y *cualquier pasado*. Un código para valorar el triunfo de las nuevas formas de gobierno sobre el doble "arbitrio" del pasado: el de los reyes y el de los "cuerpos privilegiados". Aquella Declaración se convirtió enseguida en una nueva categoría con una carga epistemológica nueva y muy fuerte, con vínculos irrenunciables: antes de 1789, el dominio de lo "irracional" en las formas de "despotismo", y luego el triunfo de lo "racional", del gobierno de la libertad. Así pues, la nueva idea de Derecho y de constitución no se legitimó sólo con la Razón en los salones ilustrados del XVIII, sino también con el nuevo concepto de "razón histórica" plasmado por los acontecimientos revolucionarios. El Derecho y la Libertad no se imaginaron sólo racionales sino *históricamente racionales*. De aquí la costumbre, tan extendida en la América de Bolívar, de llamar a juicio a los pueblos ante el "tribunal de la Historia", como dijo Schiller.

2. ASÍ PUES ¿POR QUÉ LA *PEPA*?

Tal vez el desengaño bolivariano fue excepcional en su época. Sin duda fue único por su fuerza y continuidad. Pero después de las independencias, las decepciones cundieron entre las elites liberales. Otro caso conocido fue el de Sarmiento con *Civilización y Barbarie*, un panfleto escrito en su exilio chileno contra Rosas, toda una obra de lucha política, pero que en pocos años se convirtió en un referente para la reflexión histórico-política en el continente. En el centro de la "cuestión constitucional", existe pues la convicción de que los problemas de la gobernabilidad republicana dependían de la "herencia colonial", de una asimetría entre culturas y constitucionalismo. Y de aquí la proliferación —como decía antes— de análisis todos ellos centrados en dualismos polarizados que han vuelto a proponer durante mucho tiempo la idea de una "salida" del constitucionalismo hispánico de los paradigmas de las revoluciones atlánticas. La carta magna gaditana no se tomó en cuenta porque se creía que no se había extendido a América a causa de su situación cada vez más difícil de gobernar desde la Península. Ya he dicho que una serie de trabajos de investigación han demostrado que, en cambio, se llegó a aplicar y con efectos demoledores para el orden colonial. Pero este dato, aunque relevante, no habría sido suficiente para superar las polarizaciones conceptuales heredadas por la Disputa si no hubiera cambiado radicalmente la forma de estudiar la naturaleza de esa carta constitucional. Articulando estas dos novedades entre sí, resulta que cambia totalmente la naturaleza de la "cues-

tión constitucional". En resumidas cuentas: el problema de la gobernabilidad no residiría en la "herencia colonial", sino en la *herencia de la crisis del orden colonial entre 1808 y 1824*. Recapitulemos brevemente cómo se ha llegado a este resultado.

En pocas palabras: ¿en qué ha consistido la nueva propuesta que algunos historiadores del derecho —pero en mi opinión sobre todo Marta Lorente— nos han planteado sobre la carta magna gaditana? Las respuestas pueden ser muchas, y todas de cierto peso. De todas formas, creo suficiente recordar un argumento que justifica la americanización de la *Pepa*. Esa primera experiencia constitucional del mundo hispánico fue sin duda una revolución, pero de carácter bastante moderado. ¿Por qué? Como diría Lorente, uno de los aspectos principales de esa Carta fue la constitucionalización de una serie de ideas, de instituciones y de prácticas antiguas, que favoreció la inclusión del nuevo discurso liberalizador y reformista en la pluralidad de los discursos político-institucionales de los antiguos regímenes americanos. Y utilizo el término en plural porque concuerdo con Fernand Braudel en afirmar que nunca ha existido una sociedad de antiguo régimen, sino muchas. Y no porque fueron muchas las monarquías más o menos "compuestas", como diría John Elliot, sino porque en cada una de ellas convivía una pluralidad de antiguos regímenes, porque cada división territorial de un reino o de las colonias españolas en América era también, y sobre todo, una división social. Y porque no existía otro territorio más que el de las ciudades, de los pueblos, de las provincias, y en gran parte de la América española de las repúblicas de indios. En fin, la mirada braudeliana sugiere que la naturaleza compuesta de la Monarquía Católica abarcaba *activamente* hasta el último pueblo indio de Oaxaca, por citar un ejemplo mejicano muy estudiado. Por supuesto, todas estas divisiones infinitas eran jerárquicas y competían por un estatus mejor y por conseguir mayores privilegios. Actualmente, estudios como los de Manuel Hespaña, Bartolomé Clavero, Luca Mannori, llevan tiempo subrayando que en esos regímenes tan pluralistas, casuistas, corporativos, etc., la política no dependía de un estado administrativo absolutamente inexistente hasta el siglo XIX, sino de la *mediación jurisdiccional entre los cuerpos de la república.* Y esta facultad estaba en manos de una amplia pluralidad de individuos provistos precisamente de facultades jurisdiccionales, o sea, de juzgar y también de legislar. En suma, la política se identificaba con la justicia y no con la administración. Se trata de ideas muy difundidas, pero que todavía no han llegado a la historiografía americanista, salvo en pocos y contados casos. "Quien manda juzga y quien juzga manda" resume muy bien todo esto.

Cádiz no cortó con el jurisdiccionalismo del pasado: lo reformuló, lo constitucionalizó en formas nuevas, pero no lo erradicó de la sociedad. En especial, tanto Marta Lorente como Fernando Martínez han llamado la atención sobre la continuidad del *modo de producir justicia*, que es otro aspecto de la reforma de su organización. Este tipo de constitucionalismo permitió, pues, la continuidad del orden jurídico hispano-colonial; lo cual sugiere que el llamado "liberalismo gaditano" fue moderado porque, por fas o por nefas, estipuló un compromiso con el antiguo régimen. No con el mundo de los privilegios y de los *fueros,* sino con ese mundo de la justicia (jurisdiccional) que desde hacía siglos constituía un espacio abierto a todos los súbditos, incluidos los indios. Además, es muy conocido ese pasaje del discurso de Arguelles cuando, al presentar el proyecto de constitución, afirmó claramente que la Comisión había decidido no tocar la esfera de la justicia porque era demasiado compleja políticamente para poder cambiarla con la simple voluntad de una asamblea constituyente cuyos plazos decisorios eran apremiantemente cortos.

¿De qué forma, pues, esta constitución jurisdiccionalista fue fácilmente americanizada con las consecuencias que he citado? Para contestar, necesariamente tengo que hacer referencia a mis investigaciones personales sobre Méjico, antes de dar a conocer esta interpretación de la Carta. Al estudiar en particular las primeras elecciones, me había dado cuenta

de que la aplicación de la constitución había causado una auténtica eclosión municipalista: y no sólo, sino que este fenómeno territorial había desplazado el baricentro de la política mejicana desde las áreas urbanas a los centros rurales. Me pareció que este dato revestía cierta importancia al afectar a todo el siglo XIX. Esa imagen de una política totalmente en mano de actores rurales adquirió una historia suya menos obvia, no atribuible únicamente al aspecto social, sino también y sobre todo al político-constitucional. Los pueblos se convirtieron en los protagonistas muy activos de las luchas políticas republicanas gracias a sus nuevos ayuntamientos de la época gaditana. No sólo, ya que una rápida lectura de la constitución sugería que el texto presentaba "anomalías" inusuales; como el artículo 50 relativo a las elecciones donde se decía que las juntas electorales de las parroquias poseían el monopolio *incuestionable* de los requisitos de ciudadanía y voto. En ningún constitucionalismo de la época el acceso al mundo nuevo de las libertades políticas se dejaba totalmente en manos de las comunidades locales, ni tampoco de las indias. No quiero repetir argumentos y datos que ya he publicado muchas veces: sólo me interesa subrayar que el estudio de la historiografía jurídica sobre el jurisdiccionalismo hispánico y el gaditano, ayudaron a comprender que aquellas "anomalías" en realidad no lo eran, y que entraban en una lógica comprensible y específica de *ese* constitucionalismo. Así pues, ciertas fracturas de los equilibrios político-sociales, como las jerarquías territoriales de la Nueva España, no sólo fueron el resultado de la guerra, sino también de la interacción entre guerra y constitución. Todo ello en un marco de legalidad, no por nada reconocida como tal por todos los actores. En lugar de desorden, se había creado un nuevo orden nacido del antiguo; en fin, una evolución, que no por esto se libró de fracturas. Hoy día mi conclusión es que la Nueva España de 1821 era muy diferente de la de 1808, y que Cádiz tuvo un papel fundamental, precisamente gracias a su naturaleza jurisdiccionalista, que permitía conectar lo nuevo con lo antiguo sin que llegaran a negarse mutuamente. En suma, el concepto que me parece más apropiado para definir la americanización de la *Pepa* es el de *asimilación.* Además, es un dato que he comprobado en los archivos: la llegada de la constitución no fue percibida ni siquiera por las comunidades indias como una fractura vertical de su mundo. Al contrario, la participación indígena en las elecciones y la constitución de los *propios* municipios constitucionales fue notable. El motivo es evidente. No sólo el ayuntamiento permitió reconstituir la organización comunitaria del nuevo orden, sino que la continuidad de la justicia potenció el papel de los alcaldes elegidos, los cuales siguieron siendo *empleados públicos* como antes. Jueces de su comunidad, pues, como en el pasado. Remito a los trabajos de Lorente para saber más sobre este importante tema. Me interesa más bien recordar un dato curiosamente olvidado por la historiografía: se sigue haciendo referencia a ese artículo de Cádiz que fijó en mil *almas* el requisito mínimo para crear un ayuntamiento electivo (art. 310). Sí, pero para América se hizo una excepción, más bien dos. Un primer decreto de las Cortes, de 15 de diciembre de 1812, dio plena libertad a los pueblos americanos para crear ayuntamientos incluso sin las mil *almas* establecidas, "por otras razones o bien público". El segundo, de 23 de mayo de 1823, permitió a los pueblos americanos crear ayuntamientos por iniciativa propia, *sin* la autorización de los intendentes. Así pues, la situación americana fue diferente de la peninsular.

Por supuesto que se puede y se debe discutir sobre la modernidad de Cádiz, pero sólo con dos condiciones. La primera es la de conocer mucho más su naturaleza y sus procesos de americanización; la segunda es la de renunciar a una idea de modernidad monista. La modernidad es concebible sólo como una *red conceptual policéntrica*, que se niega y se afirma a sí misma, totalmente vinculada a ese *politeísmo de los valores* que tanto angustió a Max Weber. Lo que de momento se puede decir, en mi opinión, sobre la americanización de la carta magna de Cádiz es que desencadenó una *emancipación de los cuerpos de la "república" del gobierno de los jueces reales.* No sé si fue una

revolución, pero lo cierto es que cambió las relaciones de fuerza entre los actores colectivos y tuvo mucho peso en la vida republicana durante mucho tiempo.

3. ¿DE QUIÉN ES LA REPÚBLICA?

La pregunta no es tan excéntrica como podría parecer. Después de tres siglos de monarquía y de indiscutida lealtad monárquica, el paso a la república no encontró oposiciones en América. A primera vista, el dato no sorprende si lo comparamos con Europa. Es más, tampoco hubo un debate sobre el republicanismo, sobre el ser republicano, sobre los problemas y los desafíos que un cambio tan radical en la forma de gobierno planteaba a las nuevas elites dirigentes. Nada comparable con lo ocurrido tras la independencia en la república norteamericana. Las repúblicas hispanoamericanas gozaron enseguida de un consenso mayoritario. Es cierto que durante la crisis y durante las guerras algunos líderes como San Martín y el mismo Bolívar pensaron en una solución monárquica que, por otro lado, fue presentada en 1820, al comienzo del Trienio por la delegación americana en la Cortes. Sin embargo, también es cierto que el fracaso de esos intentos no tuvo continuación. El paso a las repúblicas fue también una opción forzada, y con todo el consenso fue abrumador. El dato sugiere que el cambio no fue percibido por las poblaciones, incluidos los indios, como una amenaza para sus propios intereses vitales. Desde este punto de vista, la carta magna de Cádiz fue un puente entre la América borbónica y la republicana porque la emancipación de los cuerpos territoriales del gobierno de los jueces creó de hecho una "situación republicana", basada en la consolidación de formas de autogobierno local cuya garantía era la continuidad de la justicia. Y no pienso en la justicia penal, sino sobre todo en la civil, basada en usos y costumbres autóctonos, confiada a jueces no letrados, los alcaldes elegidos de los ayuntamientos. Todavía no disponemos de una lista completa de esas nuevas instituciones, pero la documentación existente sugiere que fueron varios centenares. Lo cual significa que se multiplicaron nuevas jurisdicciones territoriales que el "gobierno superior" no fue capaz de controlar. Ni siquiera en las áreas donde más sangrientos fueron los conflictos con los insurgentes. En efecto, los estudios nos revelan que precisamente en esas zonas los nuevos ayuntamientos adquirieron mayor poder. La razón es bien sencilla. Faltaban los recursos bélicos, y las sociedades locales eran las únicas que podían llenar ese vacío. Muchos privilegios del fuero militar se extendieron a los cabildos, que así despojaron de muchos poderes a las autoridades. La emancipación fue el resultado de una gran transferencia de poderes jurisdiccionales de las autoridades superiores a los territorios municipales. Cuando en la América gaditana se consolidaron las Diputaciones Provinciales, el territorio ya estaba en poder de los ayuntamientos.

En este sentido, cabe preguntarse si en el caso americano fue la justicia la que reubicó a la soberanía, en lugar de una representación suya más o menos moderna. Una notable diferencia en el ámbito de las revoluciones de ultramar. El punto más relevante sobre el cual reflexionar es que ese cambio radical no se consumó a espaldas de la carta magna de Cádiz sino en su interior. Todo fue constitucional y legal. En el contexto dramático de la revolución política que permitió las emancipaciones, tuvo lugar una revolución silenciosa pero profunda que abarcó a todos los pueblos gracias al vínculo orgánico entre elección y justicia. Por supuesto, este cambio no fue previsto ni por la asamblea de la lejana Cádiz ni por las elites americanas que, entre otras cosas, no lideraron la difusión de la Carta Magna. Este proceso fue controlado por las autoridades coloniales y las sociedades locales, incluidas las indígenas. Un caso realmente impresionante es el de los territorios Mayas. En la Universidad de Tulane se conservan los microfilms de las actas electorales para instalar ayuntamientos, un corpus documental que cubre toda la Guatemala de entonces. La parte yucateca se halla en los ar-

chivos de la península. La imagen global es la de un proceso de constitucionalización masiva de los territorios mayas.

Siguiendo pues los caminos locales del constitucionalismo jurisdiccionalista gaditano, se llega a la conclusión de que la herencia de la crisis colonial fue —como he dicho— la emancipación de los cuerpos. Pero ésta tuvo su expresión política y constitucional en las repúblicas: *un dualismo estructural entre la libertad como justicia de los pueblos y la libertad como representación "nacional" y/o "federal" de las elites.* Por supuesto, la justicia republicana no mantuvo los mismos jueces, ni la misma organización, ni las lealtades institucionales que sólo la monarquía había podido garantizarse, aunque sí mantuvo su vocación casuística, sus procedimientos, la naturaleza de sus jurisdicciones, el tipo de sociabilidad, el poder de "las costumbres" y las Leyes de Indias. Lo más importante tal vez fue que la justicia republicana constitucionalizó su antigua función de gran reproductora de los lenguajes identitarios de las comunidades territoriales.

No son pocas las cuestiones que se plantean ante la complejidad y riqueza de los procesos que he tratado de describir someramente. La primera atañe al siglo XIX. La cuestión municipal fue una constante. Muchas fueron las leyes aprobadas por las repúblicas tratando de limitar los poderes de los ayuntamientos. Pero, si tenemos en cuenta las dinámicas de los levantamientos, el papel central que siempre tuvieron los ayuntamientos, muchas son las dudas que nacen con respecto a la eficacia de esas leyes. La segunda cuestión interesa al federalismo hispanoamericano. Al analizar las peticiones que periódicamente enviaban los ayuntamientos a las autoridades, observamos que esos cuerpos territoriales no respetaban para nada la soberanía de sus propios estados. Las relaciones entre las dos soberanías, la estatal y la federal, se quedaron siempre en suspenso, y siempre podían ponerse en tela de juicio. De aquí la tercera cuestión. La justicia colonial necesitó siempre el poder moderador de la corona, lo cual en la república se convirtió en un problema casi insoluble. Fueron los presidentes los que, casi por designio popular, llevaron a cabo la función moderadora al ocuparse directamente de la justicia cada vez que los actores sociales consideraron que las leyes no eran conformes a los derechos adquiridos legítimamente. Una función formalmente extraña al dictamen constitucional, pero al mismo tiempo conforme a la naturaleza jurisdiccional de las constituciones mismas.

En la historia de Occidente, las repúblicas, desde Atenas en adelante, siempre vivieron con dificultad el dilema de su moderación. En los casos hispanoamericanos, la cuestión fue muy condicionada por la existencia de una pluralidad de individuos que podían reivindicar *legítimamente* la imputación de las libertades republicanas. No es una casualidad que en el lenguaje político del siglo XIX de todo el continente encontremos una tensión semántica y política entre el imputar la libertad y la soberanía al "pueblo" en su sentido abstracto y la imputación a los pueblos, o sea a un ordenamiento territorial con derechos y libertades imprescriptibles. El de la revolución mejicana sólo fue el caso más clamoroso.

La americanización de la *Pepa* se produjo y puso en marcha importantes procesos, muchos de los cuales aún deben estudiarse. Pero, más allá de la necesidad contingente de saber más sobre ella, queda el dato de fondo. La perspectiva gaditana permite entender las lógicas del actuar colectivo, la naturaleza no sólo del conflicto político sino también del social, la pluralidad de los lenguajes aparentemente extraños entre sí, pero todos atribuibles a ese fenómeno de *asimilación* entre orden histórico y orden nuevo que la *Pepa* activó de forma irreversible.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

En más de una ocasión he tratado sobre estas temáticas:
– "I paradossi occulti del V Centenario. Note gerbiane per una verfassung ispanoamericana", *Quaderni Storici*, n. 81, 1992.
– "Cádiz y la revolución territorial de los pueblos mexicanos 1812-1821", en A. Annino (coord.) *Historia electoral de Iberoamérica*, Buenos Aires, 1996
– "Imperio, constitución y diversidad en la América hispana", *Historia mexicana*, n. 229, 2008
– "La ruralización de lo político", en A. Annino (coord.) *La revolución novohispana y la independencia de México, 1808-1821,* Méjico, 2010.

Fecha de recepción: 6 de junio de 2011
Fecha de aceptación: 4 de noviembre de 2011

ESTUDIOS

Racionalidad y (auto)precedente. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente
Marina Gascón Abellán
Derecho administrativo, método y precedente
Silvia Díez Sastre
Un diagnóstico y algunos remedios de la política criminal española
José Luis Díez Ripollés
La entropía como propiedad jurídica y su relación con los Sistemas de información territorial
Antonio Jiménez Clar
El interés jurídico como criterio de legitimación en el proceso civil
Ricardo Juan Sánchez
Critical Legal Studies en pocas palabras
Juan Antonio Pérez Lledó
Comprendiendo el derecho de autor
Rafael Sánchez Aristi

RATIONALITY AND (SELF) PRECEDENTE. BRIEF REMARKS ON THE BASIS FOR THE SELF-PRECEDENCE RULE AND ITS IMPLICATIONS

RESUMEN

Se sostiene aquí que la regla del auto-precedente es un instrumento de racionalidad judicial que traduce la regla kantiana de la universalidad. Sobre esta base se abordan algunas de las cuestiones más controvertidas concernientes a la aplicación de la regla. En particular, el problema de su aplicación cuando hay cambios en la composición de los tribunales, cuando estos trabajan divididos en salas y/o secciones, así como el de los efectos (retroactivos o prospectivos) de las sentencias *overruling*.

PALABRAS CLAVE

Auto-Precedente, Racionalidad judicial, Overruling.

ABSTRACT

This paper tries to show how the self-precedent judiciary rule is a legal tool for ensuring rationality that should be understood as showing the Kantian moral rule of universality. On this basis I tackle some controversial questions concerning the application of the rule. In particular the problem of its applicability when changes in the make-up of courts happen, or when courts work on different panels, as well as the relevant question of whether the effects of overruling must be retroactive or prospective.

KEY WORDS

Self-Precedent, Judicial Rationality, overruling

RACIONALIDAD Y (AUTO) PRECEDENTE

Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente*

Marina Gascón Abellán
Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario: 1. Concepto y tipos de precedente. A) Concepto de precedente. B) Clases de precedente. 2. Caracterización y fundamentación de la regla del autoprecedente. A) Los valores promovidos por la vinculación al precedente. B) Caracterización y fundamentación de la regla del autoprecedente. a) Traslación jurídica del principio de universabilidad. b) Contenido de la regla. c) Posibilidad de juridificar la regla. 3. Cuestiones (vistas como) problemáticas. A) Cambios en la composición o titularidad de los tribunales. B) Aplicación de la regla cuando un tribunal trabaja "a varias salas o secciones". C) ¿Efectos retroactivos o prospectivos en el cambio de precedentes? 4. Déficit en la aplicación de la regla.

1. CONCEPTO Y TIPOS DE PRECEDENTE

A) CONCEPTO DE PRECEDENTE

En el lenguaje jurídico el concepto de "precedente judicial" es polisémico, pues hace referencia al menos a tres cosas diferentes. En primer lugar se refiere, *sensu larguissimo*, a un *caso* judicial previo que vincula a los jueces que en el futuro resuelvan casos semejantes. Naturalmente para que un caso previo sea considerado un precedente para otro posterior es necesario que se trate de casos *similares*. Ello significa que 1º) la *cuestión jurídica* implicada en el segundo caso es esencialmente la misma que la del primero; y 2º) los *hechos* que han dado lugar al segundo caso son esencialmente análogos a los que configuran el primero. No es necesario que sean idénticos, pero sí análogos en un sentido relevante.

En segundo lugar, el término precedente también se usa, *sensu largo*, para hacer referencia a la propia *decisión* judicial dada al caso. Esta definición de precedente se revela más adecuada que la anterior, pues llama la atención sobre el hecho de que lo que vincula de una cuestión precedente no es el caso sino la decisión provista para el mismo. Y aun así conviene precisar un poco más, pues lo que es propiamente vinculante de un caso precedente no es en sí la decisión adoptada, sino el criterio,

* Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del proyecto PII1II09-0173-2296, financiado por la Junta de Comunidades de Castilla-la Mancha. La versión inglesa del mismo está en prensa en Beihefte, *Archivs für Rechts und Sozial Philosophie*.

principio o razón jurídica que se han ofrecido para apoyar esa decisión. De ahí que el tercero y fundamental concepto de precedente sea el que entiende por tal, *sensu stricto*, el *criterio, principio o razón jurídica* en el que se funda una decisión judicial previa usada como fuente para la adopción de futuras decisiones[1]. Lo dicho significa que en una determinada sentencia no vincula como precedente cualquier afirmación contenida en ella, sino exclusivamente su *ratio decidendi o fundamento;* es decir, los principios y criterios que la "fundamentan". En cambio cualquier otra consideración jurídica realizada en la sentencia que no haya sido necesaria para adoptar esa decisión es un *obiter dictum* y no es vinculante como precedente. De hecho, uno de los problemas prácticos más comunes que presenta el seguimiento de precedentes es precisamente la dificultad para distinguir la *ratio decidendi* de los *obiter dicta* cuando se pretenden determinar los efectos vinculantes de una decisión concreta. En adelante, si no se indica lo contrario, usaremos el término "precedente" en este tercer sentido: como el criterio o principio jurídico para la adopción de la decisión.

B) CLASES DE PRECEDENTE

Podemos distinguir entre dos tipos de precedentes, dependiendo de si son *vinculantes* o simplemente *persuasivos*. El primer supuesto hace referencia a los precedentes que *tienen que* ser seguidos cuando en el futuro se resuelvan casos sustancialmente idénticos. El segundo, a los que *no tienen que ser* seguidos, pero *hay buenas razones* para que sí lo sean. Por consiguiente, el rasgo principal que subyace a la distinción comentada es, en realidad, la fuerza o la debilidad de las razones para seguir el precedente. La cuestión se desplaza entonces al análisis de estas razones.

Las razones para seguir un precedente pueden variar, dependiendo de si éste procede de un órgano judicial de nivel superior, de un tribunal o juez del mismo nivel, o del propio órgano. En virtud de este criterio, el precedente puede ser de tres tipos: vertical, horizontal y autoprecedente.

Llamamos *precedente vertical* al que procede de una decisión anterior de un juez o tribunal de rango superior al del juez o tribunal que tiene que decidir ahora un caso dado. La regla que vincula a los órganos juzgadores al precedente vertical se conoce como *stare decisis et quieta non movere*, e indica que los precedentes tienen autoridad y deben ser seguidos.

Precedente horizontal es el que procede de una anterior decisión de un juez o tribunal homólogo al que ahora tiene que decidir. En rigor no cabe hablar de "vinculación" al precedente horizontal, pues por regla general estos precedentes son sólo *persuasivos*[2]. Por eso —hay que precisar— el precedente horizontal alude en realidad a que los jueces y tribunales adoptan sus decisiones "mirando" (o sea, tomando en consideración) cómo han sido resueltos casos similares por jueces o tribunales homólogos.

Llamamos, por último, *autoprecedente* al que procede de las decisiones previas adoptadas por el mismo juez o tribunal que ahora tiene que decidir. La regla que vincula a los órganos judiciales a sus propios precedentes será llamada, por consiguiente, *regla del autoprecedente judicial.*

Naturalmente no ignoro que el uso de estas expresiones no resulta pacífico. Para empezar, he asimilado la expresión *stare decisis* a la vinculación al precedente vertical, pero lo cierto es que, por lo general, también suele incluirse en ella a la doctrina que confiere valor vinculante a las propias decisiones[3]. Es más, hay quien sostiene incluso que el *stare decisis* sólo hace referencia a esta última, por entender que la vinculación al precedente vertical es sólo la consecuencia natural de la organización jerárquica de los tribunales[4]. Yo sin embargo he preferido identificar *stare decisis* sólo con la vinculación al precedente vertical por una razón de peso: porque creo —como intentaré sostener aquí— que hay una diferencia esencial entre esta regla y la regla del autoprecedente.

Y aún debo hace una segunda precisión. Los precedentes que proceden del propio tribunal no suelen ser designados como "autoprecedentes" sino que lo normal es referirse a

ellos como "precedentes horizontales". Yo sin embargo me separo también aquí del uso común y considero preferible mantener las dos expresiones. Primero porque la expresión "autoprecedente" sugiere muy claramente —y desde luego más claramente que la expresión "precedente horizontal"— la vinculación a los propios precedentes. Y segundo porque considero interesante mantener también un espacio terminológico autónomo ("precedente horizontal") para los precedentes, de fuerza generalmente sólo persuasiva, que provienen de otros juzgadores homólogos.

La vinculación al precedente suele presentarse como uno de los rasgos distintivos de los sistemas de *common law* frente a los de *civil law*, donde los jueces —se sostiene— actuarían vinculados a la ley y no a los precedentes judiciales. Las cosas, por supuesto, no son así. Salvo que se opte por una reconstrucción tan simplista como ficticia de la tarea judicial de aplicación del derecho, no cabe decir, sin más, que en los sistemas de *civil law* la jurisprudencia carece de valor vinculante; como tampoco cabe decir, por cierto, que en los sistemas de *common law* la "vinculación a la ley" —frente a la vinculación al precedente— ocupa un lugar secundario. De todos modos, mientras que pueden hallarse diferencias sustanciales entre ambos sistemas en lo referente al papel y al alcance de la vinculación al precedente vertical[5], no cabría en cambio trazar ninguna diferencia relevante referida a la naturaleza y alcance de la vinculación al propio precedente. Ello es así porque esta regla, a diferencia de la del precedente vertical, constituye un instrumento contra la arbitrariedad o, lo que es lo mismo, una garantía de racionalidad, y por consiguiente es consustancial a la tarea judicial, independientemente de las particularidades del sistema jurídico en que dicha actividad se desarrolla[6].

En lo que sigue centraré mi atención en esta regla. Primero intentaré mostrar cómo efectivamente puede (y debe) ser entendida como una regla de racionalidad judicial y después identificaré los requerimientos específicos que derivan de esta caracterización de la misma. Finalmente, a partir de ellos, estaremos en condiciones de analizar mejor algunos problemas relativos a la aplicación de la regla así como de mostrar que estos problemas (y otros notorios déficits de aplicación de la regla) obedecen a una mala comprensión de la naturaleza y requerimientos de la misma.

2. CARACTERIZACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DE LA REGLA DEL AUTOPRECEDENTE

A) LOS VALORES PROMOVIDOS POR LA VINCULACIÓN AL PRECEDENTE

Los distintos argumentos ofrecidos en apoyo de la regla del precedente (incluyendo en ella no sólo la del autoprecedente sino también la del precedente vertical) están directamente vinculados a los valores que promueve. Los resumo a continuación.

En primer lugar, el precedente garantiza la *seguridad jurídica* y la *estabilidad* en el derecho, lo que entre otras cosas significa que los ciudadanos pueden prever o anticipar la respuesta que probablemente recibirá su caso; es decir, que pueden tomar decisiones confiando en que las reglas jurídicas usadas por los jueces con anterioridad les serán aplicadas también a ellos. Este rasgo del seguimiento de precedentes ha sido clásicamente destacado: cuando una decisión anterior ha sido reflexivamente adoptada y suficientemente fundada —afirma James Kent exponiendo la cultura del precedente en el derecho americano— "the community have a right to regard it as a just declaration or exposition of the law, and to regulate their actions and contracts by it. It would therefore be extremely inconvenient to the public if precedents were not duly regarded, and implicitily followed"[7]. En segundo término, y muy importante, el seguimiento de precedentes promueve el principio de *igualdad formal*, puesto que garantiza que los casos iguales sean tratados de igual manera. Y en tercer lugar, el

precedente *ahorra tiempo al tribunal* porque el caso ya cuenta con una solución jurídica que, además, no requiere ser motivada. O más exactamente, si se sigue el precedente no es necesario justificar que el criterio jurídico que éste encarna representa la respuesta correcta y adecuada para el caso, pues esa justificación ya fue hecha cuando se estableció el precedente. Es la *función de descarga* que cumple el seguimiento de precedentes.

Pero la vinculación al precedente propio, a diferencia de la vinculación al que proviene de otros tribunales, promueve un valor adicional: el valor de la *racionalidad en la aplicación del derecho*. De hecho, la tesis que sostendré aquí es que la regla del autoprecedente *no es en sentido estricto un instrumento para la seguridad, la estabilidad y la igualdad jurídicas, sino que es primariamente una garantía contra la arbitrariedad*. En definitiva, que se trata en esencia de una regla de racionalidad y por consiguiente de una regla de la argumentación jurídica[8].

B) CARACTERIZACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DE LA REGLA

a) Traslación jurídica del principio de universabilidad

Pese a que muchas veces se presenta al autoprecedente como un mecanismo unificador de jurisprudencia, fundado en la necesidad de garantizar la seguridad y estabilidad jurídicas y la igualdad formal en la aplicación de la ley, no creo que esta sea la caracterización más apropiada del mismo. En mi opinión, la doctrina del autoprecedente debe ser entendida como una traslación del principio kantiano de *universabilidad* al discurso jurídico de los jueces y tribunales, pues lo que dicho principio expresa es la exigencia de que exista una *única solución correcta para los mismos supuestos* y eso precisamente —aunque formulado con otros términos— es lo que representa la regla del autoprecedente. Más exactamente, aunque no quepa decir que en el ordenamiento existe una única respuesta correcta descubrible de igual forma por cualquier juez o tribunal, el principio de universabilidad exige suponer que dicha respuesta sí existe en cambio para cada juez o tribunal individualmente considerado. La regla del autoprecedente es justamente la traslación al ámbito jurídico de esa exigencia de "actuar *como si* existiera una única respuesta correcta" que deriva del principio de universabilidad.

La universabilidad, en efecto, expresa un principio fundamental de la razón práctica kantiana en virtud del cual *debemos actuar siempre conforme a un criterio que, por considerarlo correcto, queremos ver convertido en ley universal*[9]. En el plano jurídico, por consiguiente, este principio exige que los jueces o tribunales, cuando deban resolver una controversia, adopten aquella decisión que, por considerarla correcta, estén dispuestos a suscribir en futuros casos sustancialmente idénticos. Se trata, pues, de un principio ético extremadamente formal que se impone *en todo caso*: una decisión no universalizable difícilmente podrá ser considerada moralmente aceptable. Pero la exigencia de universabilidad se hace particularmente evidente cuando no disponemos de reglas que indiquen de modo concluyente cómo ha de actuarse en un caso concreto; es decir, cuando el conjunto de los materiales jurídicos del sistema no garantiza la anhelada respuesta correcta al caso planteado. En estos supuestos donde la discrecionalidad es irreductible, donde nos hallamos ante la necesidad de elegir entre distintas opciones a propósito de un cierto problema, aquí —decimos— la universabilidad kantiana viene a representar "casi" la última garantía de racionalidad[10].

Y al respecto una observación. Precisamente porque el espacio natural de la regla es el ámbito de la discrecionalidad judicial, la regla deja de tener sentido allí donde *institucionalmente* se instaura una única respuesta correcta. Esto es precisamente lo que ocurre cuando en un ordenamiento se establecen mecanismos de unificación jurisprudencial que culminan en un tribunal superior (o sea cuando existe un precedente vertical vinculante): aquí la respuesta correcta existe, y es precisamente la que ofrece ese tribunal superior cuyo precedente

vincula a los demás. Por eso en este caso carece de sentido someter a los jueces y tribunales inferiores a la regla del autoprecedente, pues su actuación no es discrecional: lo que deben hacer es seguir la jurisprudencia del tribunal superior. En cambio sí es necesario que el tribunal superior ajuste su actuación a la regla del precedente, a fin de garantizar que, en la determinación de "la respuesta correcta" que vinculará al resto de los tribunales, se comporte racionalmente. Muy brevemente: en estos supuestos los tribunales inferiores actuarán bien si siguen el precedente del tribunal superior. El tribunal superior actuará bien si sigue la regla del autoprecedente.

Que la regla del autoprecedente es una regla de la argumentación racional que proyecta en el discurso judicial la máxima universalizadora es algo que ha sido sostenido por algunos de los más destacados representantes de la teoría de la argumentación jurídica. Robert Alexy la vincula expresamente a una de las reglas básicas del discurso práctico general; aquella según la cual "todo hablante que aplique un predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar también F a cualquier otro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes". En el mismo sentido Aulis Aarnio sostiene que "un participante en la discusión no puede invocar un juicio de valor que él mismo no esté dispuesto a generalizar para cubrir otros casos similares"[11]. Y también para Neil MacCormick la universabilidad, en el sentido indicado, es uno de los requisitos que debe superar la argumentación jurídica en los casos difíciles.

b) Contenido de la regla

En mi opinión, es precisamente MacCormick quien proporciona una explicación más ajustada del contenido de esta regla al sostener que el principio de universabilidad *se proyecta* en el discurso judicial aplicativo *tanto looking back* (mirando al pasado) *como looking forward* (mirando al futuro), de manera que implica que el criterio utilizado para resolver un caso ha de ser el mismo que se observó en un caso anterior, pero también y sobre todo el mismo que se estaría dispuesto a aplicar en otros casos futuros similares[12]. Y en esto consiste precisamente la doble y complementaria faceta que representa el núcleo del respeto al propio precedente: "la decisión adoptada en un caso constituye una buena razón para reiterarla en otro supuesto análogo, y la decisión del presente debe tomarse teniendo en cuenta el futuro, es decir preguntándose si la misma puede valer como criterio general"[13]. La regla del autoprecedente funciona por lo tanto en dos sentidos:

1º Hacia el pasado: exigiendo propiamente respeto al precedente.

2º Hacia el futuro: exigiendo en todo caso la aplicación de un criterio universalizable.

Esta segunda parte constituye el corazón de la regla e implica tres cosas importantes que, en mi opinión, deben ser destacadas con el fin de deshacer algunos malentendidos que tienen lugar en su aplicación.

1. La regla del autoprecedente es una regla de racionalidad (...)

La caracterización señalada (o sea, la regla como exigencia de un criterio universalizable) implica, en primer lugar, que existe una notable diferencia entre la regla del autoprecedente, de un lado, y la regla del precedente vertical, de otro. Esta última sólo suministra una pauta sustantiva para resolver el caso, y por eso no existe diferencia entre "seguir la ley" y "seguir el precedente". De hecho podría decirse que el *stare decisis* cumple la misma función que la vinculación a la ley: hacer que los casos se resuelvan conforme a un parámetro jurídico preconstituido, o sea el principio del *rule of law* (*and not of men*) o del *estado de derecho*. El autoprecedente, por el contrario, equivale a la observancia del principio de universabilidad por cada juez o tribunal concreto, y lo que exige a éstos *no es tanto dictar hoy la misma sentencia que dictaron ayer sino más bien pronunciar hoy la que en principio estarían dispuestos a pronunciar siempre y desearían que pronunciasen los demás.* Es decir, que mientras que lo importante en el precedente vertical es que nos ofrece un criterio sustantivo para regular

el caso contemplado que el tribunal debe seguir, en el autoprecedente lo importante no es que el tribunal siga un criterio anterior —que puede no existir— cuanto que adopte una actitud universalizadora y dicte una resolución basada en un criterio que esté dispuesto a usar en el futuro en todos los casos semejantes. En suma, el precedente vertical *indica cuál ha de ser el criterio* para resolver un caso: justamente el adoptado precedentemente. La técnica del autoprecedente actúa sólo como un control de racionalidad sobre el modo de resolver un caso, *obligando a adoptar un criterio universalizable pero sin indicar propiamente cuál ha de ser ese criterio*.

2. (...) que vincula a todos los jueces y tribunales (...)

En segundo término, la caracterización de la regla del autopredecente como la obligación de universalizar las propias decisiones implica que ésta no se circunscribe a ningún grupo concreto de jueces o tribunales. Al ser básicamente una regla argumentativa que garantiza la racionalidad, se impone a todos los jueces y tribunales, con independencia de cualquier previsión legal al respecto.

3. (...) y que no impide abandonar el precedente

Por último, y más importante, esa caracterización entraña que la regla *no impide abandonar el propio precedente*[14]. Al contrario, es precisamente el cumplimiento del principio de universabilidad —que como se ha dicho es el corazón de la regla— lo que acarrea en muchos casos el abandono del propio precedente. Así sucede, por ejemplo, cuando se piensa (y puede sostenerse cabalmente) que en los casos precedentes la decisión era *errónea* porque el derecho no se interpretó bien o no se aplicó bien, y que por consiguiente es necesario sustituir el precedente criterio erróneo por el que ahora se estima correcto[15]. Pero así sucede también cuando el criterio precedente *ya no se considera adecuado*, bien porque ha cambiado el contexto normativo global en el que se inserta el derecho a aplicar, o bien porque han cambiado claramente las circunstancias o las valoraciones sociales que justificaban el criterio jurídico precedente; de hecho este es precisamente el sentido de la *interpretación evolutiva*[16]. Sin esta constante posibilidad de adaptación de los precedentes, el derecho no puede cumplir sus fines esenciales[17].

Ahora bien, abandonar (o adaptar) el propio precedente no es algo que pueda hacerse sin más, sino que *conlleva una carga de argumentación*[18] que supone a mi juicio: 1) no sólo la *explicación ordinaria de las razones* que fundamentan la decisión, sino que incluye también 2) una exigencia suplementaria de *justificación del apartamiento del criterio anterior*. Esta justificación ha de venir orientada justamente por la universabilidad, y consiste por consiguiente en acreditar que el nuevo criterio es el que, por estimarse correcto (o más correcto que el anterior), se está dispuesto a usar en el futuro en los casos sustancialmente iguales. Esta justificación conforme a la universabilidad es la única forma de disipar las dudas que pudieran existir sobre la arbitrariedad de la nueva decisión o sobre la sensación de que ésta se ha tomado descuidadamente, ignorando la existencia de un criterio precedente distinto. Por lo demás, es evidente que la necesidad de justificar una decisión *overruling* se hace más intensa cuando el precedente ha gozado de una sólida justificación. Ciertamente, si una decisión se ha adoptado tras una ardua deliberación y con una sólida argumentación, hay una presunción a favor de su corrección, y por lo tanto no puede abandonarse sin un especial esfuerzo argumentativo.

En resumen, la vinculación al propio precedente no es inexorable: es perfectamente posible que un tribunal abandone su propio precedente. Pero el abandono del precedente no puede hacerse sin más, sino que ha de estar guiado por el principio de universabilidad. Por consiguiente el cambio del precedente sólo estará justificado cuando se acredite que el criterio de decisión precedente era *erróneo* o *inadecuado* y que el criterio actual es en cambio el correcto y el que, por ello, se usará en el futuro.

c) Posibilidad de juridificar la regla

Y una última cuestión sobre la posibilidad de juridificar la regla del autoprecedente, es decir, sobre la eventualidad de hacer de esta regla de la argumentación racional una exigencia de legalidad o incluso de constitucionalidad. Y es que, aún aceptando que la doctrina del autoprecedente expresa una regla de racionalidad de la actuación judicial especialmente intensa allí donde existe una fuerte discrecionalidad interpretativa, cabe preguntarse en qué medida dicha regla puede encontrar respaldo en un sistema jurídico. Que el juez deba ser fiel a las leyes no ofrece discusión. Que deba serlo también a la jurisprudencia parece más o menos aceptado. Pero ¿cabe exigirle que realice un ejercicio de universalización como el descrito?

No constituye el objeto de este trabajo el análisis de las posibilidades de juridificación de la regla del autoprecedente. Sin embargo, no puedo dejar de señalar que en España esta regla ha cobrado carta de naturaleza jurídica por obra de la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha hecho de su seguimiento una exigencia de constitucionalidad de la actividad de jueces y tribunales. Es verdad que la caracterización del autoprecedente como garantía de racionalidad haría esperar que la articulación jurídica de esta regla se hubiera vinculado a "la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos" que contempla el artículo 9.3 de la Constitución. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha preferido configurar jurídicamente esta regla como una exigencia de la igualdad en la aplicación de la ley, haciendo así de su infracción un motivo para el amparo constitucional[19].

3. CUESTIONES (VISTAS COMO) PROBLEMÁTICAS

Pese a que incluso en los ordenamientos de *statutory law* la regla del autoprecedente goza de una razonable aceptación doctrinal y jurisprudencial, hay una serie de cuestiones referentes a su aplicación que son vistas como problemáticas y sobre las que existe una cierta discusión doctrinal. Merece la pena destacar al menos tres de ellas que a mi juicio ponen de relieve cómo en muchos casos la discusión obedece a la falta de una concepción clara sobre la naturaleza de esta regla.

A) CAMBIOS EN LA COMPOSICIÓN O TITULARIDAD DE LOS TRIBUNALES

Una de las cuestiones más recurrentemente problematizadas es la de si el precedente sigue vinculando cuando cambia el juez titular del juzgado o la composición del tribunal. La cuestión puede presentarse de las dos siguientes formas.

1ª) Si la regla del autoprecedente establece que cada concreto juez o tribunal está vinculado por el precedente de "ese mismo" juez o tribunal, entonces cabe preguntarse si cuando se ha producido un cambio en la titularidad de un juzgado o en la composición de un tribunal (es decir en las personas que encarnan ese órgano judicial) ese juez o tribunal continúa realmente siendo "el mismo". *La duda, pues, es si* —al menos a los efectos de la regla— *un órgano judicial se identifica con las personas que lo representan*. Lo que conecta con la segunda formulación del mismo problema.

2ª) Si el objeto y sentido de la regla del autoprecedente no es unificar jurisprudencia sino sólo *evitar decisiones arbitrarias* (y precisamente por eso el precedente que se impone es el propio y no otro ajeno), entonces sólo tiene sentido aplicarla cuando los individuos que encarnan el órgano judicial son los mismos que había cuando se creó el criterio precedente. *Cuando los individuos ya no son los mismos, la regla* —se argumenta— *deja de tener sentido, pues si se aplicara estaría simplemente unificando jurisprudencia.*

Con una argumentación o con otra, lo cierto es que a veces se sostiene que la regla no puede aplicarse cuando han cambiado los individuos que encarnan el órgano judicial. En mi opinión, sin embargo, el problema se-

ñalado no es tal. Que los individuos que eventualmente ocupan un juzgado o integran un tribunal hayan cambiado o no es irrelevante a efectos de determinar la obligación de observar la regla del autoprecedente. La regla es perfectamente aplicable con independencia de dicho cambio de individuos. Y la razón es extremadamente simple.

La regla no tiene por objeto primordial unificar jurisprudencia sino sólo evitar la arbitrariedad judicial, y por consiguiente no obliga a mantener rígidamente y en cualquier circunstancia el propio criterio legal anterior, sino sólo «a mantenerlo en la medida en que no haya una razón de peso para cambiarlo». Se trata, dicho con más precisión, de una regla de racionalidad que impone a los órganos jurisdiccionales «seguir sus propios precedentes o —si los cambia— justificar el cambio». Por tanto no se ve por qué razón la regla no habría de aplicarse cuando la composición del tribunal no sea la misma. Es perfectamente "lógico" exigir a un juez o tribunal que, cuando se aparte de su propio criterio precedente, justifique el nuevo criterio de decisión que, precisamente por ser distinto del criterio precedente, aún no ha sido justificado en ese órgano judicial. Y es perfectamente "lógico" exigir que esta justificación cumpla el principio de universabilidad. Sostener, por el contrario, que la regla no es aplicable cuando ha habido cambios en la composición del tribunal equivaldría a mantener que el "nuevo" tribunal puede sentar un criterio distinto del precedente sin necesidad de justificar por qué este nuevo criterio es más correcto o apropiado que el anterior. Lo cual resulta manifiestamente inaceptable.

Por lo demás, los cambios en la titularidad de los juzgados o en la composición de los tribunales no sólo no son un problema para la aplicación de la regla del autoprecedente sino que incluso representan su "espacio natural". Dicho con más precisión, *lo normal es que el cambio de precedente* —y la consiguiente necesidad de justificarlo— *surja cuando se han producido cambios en la composición del tribunal*[20]. Esto es así —de nuevo— por una extremadamente simple razón. Justificar el cambio de precedente se resume en mostrar que éste cumple el principio de universabilidad; es decir, en mostrar que —por las razones que fuere— el nuevo criterio es el que se entiende más correcto o apropiado y el que por ello se presenta con vocación de futuro. Es evidente que esta circunstancia (que el juez o tribunal entienda que hay un criterio más correcto o apropiado que el precedente y que es el que se pretende usar en adelante) puede tener lugar cuando el juzgado o tribunal esté encarnado por las mismas personas que sostuvieron la línea precedente. Pero también es evidente que lo más probable es que esto suceda cuando cambie la titularidad del juzgado o la composición del tribunal.

En suma, no hay contradicción alguna entre regla del autoprecedente y cambio en la titularidad de un juzgado o en la composición del tribunal. Ambas circunstancias son perfectamente compatibles y ello al menos por dos razones. Primero porque lo que la regla impone al tribunal no es seguir el precedente sino *justificar su cambio*, y esto es algo que puede (y debe) hacerse con independencia de que los individuos-jueces sean o no los mismos que adoptaron el criterio que ahora se abandona. Y segundo porque, además, lo normal es que los cambios de precedente tengan lugar, precisamente, cuando cambian las personas que encarnan el órgano judicial.

B) APLICACIÓN DE LA REGLA CUANDO UN TRIBUNAL TRABAJA "A VARIAS SALAS O SECCIONES"

Otra de las cuestiones discutidas vinculadas a la aplicación de la regla del autoprecedente es la que aflora cuando los tribunales trabajan en diferentes salas o incluso en diferentes secciones dentro de éstas. El problema que entonces se plantea es si la regla se aplica al tribunal, unitariamente considerado, o si por el contrario se aplica a cada una de sus diferentes salas o secciones, individualmente consideradas. La cuestión enunciada se formula a veces en los siguientes términos: ¿Qué es un tribunal, a efectos de la regla del autoprecedente judicial?

Y en concreto, ¿han de ser consideradas las diferentes salas o secciones dentro de un tribunal *tan sólo instancias* del tribunal o, por el contrario, han de ser consideradas *un tribunal* en el sentido de la doctrina del autoprecedente?

Conviene observar que si se responde que cada una de las salas o secciones del Tribunal es sólo eso, una parte del Tribunal, y que por consiguiente *el ámbito de aplicación de la regla es "el Tribunal", c*onsiderado como un único órgano judicial, entonces se hace necesario, como paso "lógicamente" previo a la aplicación de la regla, articular en el seno del tribunal mecanismos para unificar la jurisprudencia de sus diferentes salas o secciones. Si se responde en cambio que cada Sala o Sección del Tribunal debe ser considerada como un órgano judicial independiente, y que por consiguiente *la regla es aplicable a cada una de ellas,* entonces se estará admitiendo que en el seno de un mismo tribunal puede convivir válidamente jurisprudencia contradictoria, lo cual resulta mal entendido y peor admitido por el público profano.

Es precisamente esta posibilidad de jurisprudencia contradictoria asociada a la concepción de las diferentes salas como órganos judiciales independientes lo que explica que quienes conciben la regla del autoprecedente como un mecanismo unificador de jurisprudencia tiendan a responder en el primer sentido (es decir, considerando que cada Sección o cada Sala es *sólo una instancia* del Tribunal), mostrándose entonces críticos con aquellas prácticas jurisprudenciales que, a efectos de la aplicación de la regla, potencian la autonomía de las diferentes salas de un tribunal o incluso de las diferentes secciones existentes dentro de una sala.

El recelo de estos críticos es perfectamente comprensible, sobre todo si se considera que la unidad de jurisprudencia promueve valores dignos de protección, como la seguridad jurídica, la estabilidad y la igualdad. Sin embargo para responder cabalmente a la cuestión planteada es necesario no perder de vista el sentido y fundamento de la regla. Recordemos, pues, una vez más: 1º) que la regla es, en sentido estricto, una *garantía de racionalidad* (o sea un instrumento contra la arbitrariedad) y sólo derivadamente un mecanismo de unificación jurisprudencial; y 2º) que se articula como una *regla de argumentación* que exige a los órganos judiciales «o bien seguir el precedente, o bien justificar su abandono argumentando que el nuevo criterio se ajusta a la máxima universalizadora». Por eso no parece incompatible con la lógica de la regla considerar a cada Sala de un Tribunal (e incluso a cada Sección de una Sala) como un órgano judicial independiente. Ahora bien, que no sea incompatible tampoco significa que sea necesario: porque tampoco es incompatible con la lógica de la regla considerar a las diferentes salas como instancias de un único Tribunal (o a las diferentes secciones como instancias de una única Sala) y establecer, como paso previo a la aplicación de la regla del autoprecedente en ese único Tribunal, algún tipo de mecanismos para unificar la jurisprudencia de las salas.

C) ¿EFECTOS RETROACTIVOS O PROSPECTIVOS EN EL CAMBIO DE PRECEDENTES?

Por último, otra de las cuestiones problemáticas más relevantes tiene que ver con los efectos (prospectivos o retroactivos) que habría que atribuir al cambio de precedente. La pregunta en concreto es la siguiente: el nuevo criterio que se adopta cuando se abandona el precedente, ¿debe aplicarse "sólo" a los casos que surjan en el futuro (*prospective overruling*)? ¿O debe aplicarse "también" a los casos nacidos en el pasado y pendientes de resolución (*retroactive overruling*)?[21]

Si la pregunta es importante es porque en ella está en juego el valor de la seguridad jurídica. Porque, en efecto, podríamos responder —como habría que hacer a partir del principio de universabilidad— que el nuevo criterio, una vez establecido, *debería aplicarse a todos los casos que deban ser resueltos*[22], y por consiguiente 1) no sólo a los que se producen tras el cambio sino también 2) al caso en el que se produce el cambio y, en general, 3) a todos aquellos que,

aun teniendo su origen en hechos ocurridos antes del cambio, están pendientes de resolución. Pero entonces se estará admitiendo una aplicación *retroactiva* del derecho (dado que en estos dos últimos supuestos el nuevo criterio de decisión —que representa en definitiva la "ley" del caso— se habrá "creado" *ex post facto*) y por consiguiente *se estará lesionando la seguridad jurídica*. Así pues, ¿qué efectos son los apropiados?

Por lo general, la tesis del *retroactive overruling* se suele vincular no al principio de universabilidad sino a la *teoría declarativa de la decisión judicial* que hunde sus raíces en Blackstone, quien consideraba a los jueces como los "living oracles" del derecho. En virtud de esta teoría, los jueces, cuando resuelven los casos, *no crean* nuevo derecho sino que *verifican y declaran* el ya existente. En consecuencia —se sostiene— *una* sentencia *overrule no hace sino verificar y declarar (ahora correctamente) el derecho preexistente* que había sido erróneamente declarado por el precedente que se abandona, *y por consiguiente el nuevo criterio jurídico deberá aplicarse retroactivamente*[23], o sea a *todos* los casos pendientes de resolución. Paralelamente, la tesis del *prospective overruling* se suele vincular a la *teoría creativa o no meramente descriptiva de la decisión judicial*. Esta teoría resalta el papel de las elecciones del juez en la aplicación del derecho y, en definitiva, el carácter inevitablemente creativo de la tarea judicial. En consecuencia —se sostiene— *el "criterio jurisprudencial nuevo" constituye en algún sentido "derecho nuevo", y por consiguiente ha de tener eficacia prospectiva*.

Creo sin embargo que estas asimilaciones no son correctas. Cuál sea la teoría de la decisión judicial que se maneje (declarativa o creativa) puede ser relevante a efectos de admitir o no el cambio de precedentes. Pero nada tiene que ver —me parece— con los efectos que se atribuyan a dicho cambio.

Si se sostiene, en efecto, la *teoría declarativa* de la jurisprudencia es "lógico" que se entienda que un precedente consolidado (o sea, una previa verificación y declaración del derecho para un tipo de casos) sólo puede abandonarse si es *erróneo o equivocado*. Fuera de este supuesto cualquier otro cambio equivaldría a crear derecho y no puede admitirse, pues ésta es una labor que compete en exclusiva al Parlamento. Esta es la razón por la que la *House of Lords*, orientada por la teoría declarativa, sólo admite el cambio de precedente de manera completamente excepcional y *sólo* si lo que se abandona es un precedente *ab iniuria,* o sea, contra derecho. Si por el contrario se sostiene la *teoría creativa* de la jurisprudencia no hay ningún impedimento para admitir que el precedente también puede abandonarse cuando sea *obsoleto o en cualquier caso menos correcto o acertado* que el nuevo criterio que ahora se propone. Esta es la razón por la que en los Estados Unidos el cambio de precedente se practica con harta frecuencia[24]. Es verdad también que en Inglaterra se atribuye al cambio de precedente *eficacia retroactiva* mientras que en Estados Unidos se admite sin dificultad la *prospective overruling*. Pero —insisto— me parece que este no es el resultado inexorable de mantener una teoría declarativa de la jurisprudencia en el primer caso y más o menos creativa en el segundo. Y ello por la siguiente razón.

La primera equivalencia (teoría declarativa = retroactividad) no es válida porque, aunque sostuviéramos que el nuevo criterio simplemente *constata y declara* la voluntad de la ley, equivocadamente declarada en el criterio anterior, lo que está claro es que los ciudadanos han confiado hasta ahora en que "la voluntad de la ley es la que recogía el criterio anterior", y por lo tanto nuestro compromiso con la seguridad jurídica perfectamente podría conducirnos a dar al nuevo criterio efectos (sólo) prospectivos. La segunda equivalencia (teoría creativa = prospectividad) tampoco es válida porque, aunque sostengamos que el nuevo criterio constituye *nuevo derecho*, nada impide —excepto el principio de seguridad jurídica— que pueda atribuírsele eficacia retroactiva[25]. O sea que, si se da eficacia prospectiva al nuevo criterio, es única y exclusivamente porque no se desea lesionar la seguridad jurídica, y no por ninguna otra razón. Cabe decir, en suma, que el tipo de efectos (retrospectivos o pros-

pectivos) del nuevo criterio se funda en consideraciones de seguridad jurídica, y no (o no fundamentalmente) en la teoría de la decisión judicial subyacente.

Teniendo esto en cuenta, creo que la respuesta adecuada a la pregunta arriba formulada ha de ser la siguiente. Como regla general, cuando no impere la necesidad de garantizar la seguridad jurídica porque el nuevo criterio jurisprudencial sea más favorable (o menos restrictivo de derechos) que el precedente, su aplicación no debe diferirse: en virtud del principio de universabilidad, el nuevo criterio deberá aplicarse a *todos los casos* que se resuelvan en el futuro, con independencia de que los hechos que los han originado hayan ocurrido antes del cambio. Y desde luego deberá aplicarse también al caso en el que se produce el cambio, ahora por una razón adicional: sería absurdo e injusto que precisamente el caso en el que sienta un nuevo criterio más favorable que el precedente se resolviera conforme a éste; la parte que pierde el pleito habría pleiteado para nada. Sin embargo, cuando el nuevo criterio jurisprudencial sea menos favorable (o más restrictivo de derechos) que el anterior, entonces, por mor de la *seguridad jurídica*, se impone la prospectividad: deberá diferirse su aplicación a los casos que tengan su origen en hechos acaecidos después del cambio[26]. Por lo demás, cuando las normas a aplicar sean penales, sancionadoras o en todo caso restrictivas de derechos, no es sólo la seguridad jurídica sino también el *principio de legalidad* el que exige una aplicación *prospectiva* de la nueva jurisprudencia menos favorable[27].

En conclusión, los efectos del cambio de jurisprudencia vienen regidos por el principio de *universabilidad* (que impone la retroactividad) y por el principio de *seguridad jurídica* (que exige limitar la retroactividad cuando la aplicación del nuevo criterio comporte consecuencias más restrictivas de derechos que la aplicación del criterio precedente). Por eso, si el nuevo criterio es más favorable o *menos restrictivo* de derechos que el anterior, debería aplicarse *retroactivamente*. Si es menos favorable o *más restrictivo* debería aplicarse sólo *prospectivamente*[28].

Y al respecto sólo una observación. Mantener —como acaba de hacerse— la tesis de los *efectos prospectivos* del nuevo criterio jurisprudencial cuando éste resulta menos favorable y justificarla en la necesidad de preservar la seguridad jurídica, no es incompatible con caracterizar la regla del autoprecedente como una *regla de racionalidad* y no (o no primariamente) como un instrumento para proteger la seguridad jurídica. Y no es incompatible porque la discusión sobre los efectos retroactivos o prospectivos del nuevo criterio no tiene que ver propiamente con la naturaleza de la regla sino sólo con el mayor o menor compromiso con el valor de la seguridad jurídica.

4. DÉFICIT EN LA APLICACIÓN DE LA REGLA

Finalmente merece la pena recordar los déficit más comunes en la aplicación de la regla del autoprecedente, pues algunos de ellos obedecen también a una mala interpretación de su naturaleza y requisitos. Estos déficit ocurren en los siguientes supuestos.

a) Cuando se elude el cumplimiento de la regla mediante un artificioso *distinguishing*; es decir, mediante la aparente justificación de que estamos ante casos distintos.

El *distinguising*, en efecto, consiste en poner de relieve que los hechos del caso actual o las cuestiones jurídicas planteadas en él no son esencialmente semejantes a las del caso anterior, sosteniendo así que el caso anterior no constituye un precedente para el caso actual. El *distinguising*, por consiguiente, no constituye en sentido estricto una excepción a la regla del precedente: cuando se usa el *distinguishing* se está indicando que no concurren los elementos precisos para hablar de precedente.

Sin embargo no puede ignorarse que el *distinguising* es también un poderoso 'instrumento' que permite al juez eludir el seguimiento de un precedente que, de no ser por eso, debería

seguir. Es realmente fácil conseguir esto: solo es necesario mantener que los hechos que conforman el caso actual son lo bastante diferentes de los del caso anterior como para que esté justificado no seguir el precedente sentado en aquella decisión. Obviamente esta actuación es altamente reprobable, pues se mantiene el precedente; pero al propio tiempo se elude su aplicación en un caso concreto, lo que sugiere que la decisión en ese caso puede estar basada en motivos *ad personam* o en todo caso inaceptables. Por eso, si quiere evitarse que el *distinguishing* sea utilizado para esquivar la obligación de seguir el propio precedente habrá que exigir que esté suficiente y cabalmente motivado.

b) Cuando la regla no se aplica en todos los tribunales.

En tanto que regla de racionalidad, el autoprecedente vincula a todos los órganos judiciales; especialmente (o también) a los superiores. Lo cierto es, sin embargo, que algunos tribunales superiores no se sienten vinculados por sus propias decisiones. Los casos más evidentes e inaceptables tienen lugar cuando son los propios altos tribunales que imponen la observancia de la regla del autoprecedente los que se apartan de la misma. Este es el caso del Tribunal Constitucional español, que pese a haber impuesto esta regla haciendo de su vulneración un motivo para el amparo constitucional[29], practica las sentencias *overruling* con demasiada alegría, y no sólo por la cuestionable frecuencia con que se aparta de su línea jurisprudencial anterior sino también por la deficitaria justificación que de ello ofrece[30]. Las decisiones *overruling* sin una justificación adecuada son siempre peligrosas, pero son mucho más peligrosas cuando las lleva a cabo un alto tribunal. Más aún si ese alto tribunal es el mismo que ha creado la regla de vinculación a los propios precedentes.

Es verdad que existe una cierta polémica sobre la aplicabilidad del autoprecedente a la interpretación de la Constitución. En mi opinión, sin embargo, la polémica carece de fundamento. La regla del autoprecedente, al menos en la caracterización que aquí se ha hecho de ella, es perfectamente aplicable a la interpretación realizada por los tribunales constitucionales. Es más, creo que tenía razón H. Campbell Black cuando afirmaba que "el principio de *stare decisis* se impone con especial fuerza a la construcción de constituciones, y una interpretación que fue adoptada conscientemente a partir de las disposiciones de tal instrumento no debería ser abandonada sin importantes razones"[31]. Y aún cabría añadir algo más: la regla del autoprecedente vincula especialmente a los tribunales constitucionales, habida cuenta del particular espacio de discrecionalidad que caracteriza a la interpretación de un texto tan abierto e indeterminado como es una Constitución. El abandono de un precedente constitucional, en suma, requiere siempre una especial justificación; una justificación explícita, adecuada y especialmente intensa y clara.

c) Cuando no se aplica bien.

Recordemos que la regla del autoprecedente exige a los jueces o tribunales *actuar de acuerdo con aquel criterio jurídico que* (por considerarlo correcto) *estén dispuestos a universalizar*. Por eso, allí donde el caso a resolver ya cuente con un precedente, la regla implica dos obligaciones alternativas:

1. O bien la obligación de seguir el precedente, si (se entiende que) éste expresa el criterio jurídico correcto.

2. O bien la obligación de abandonar el precedente, si (se entiende que) éste expresa un criterio jurídico incorrecto o inadecuado.

Naturalmente la decisión debe justificarse en ambos casos, es decir tanto si se abandona el precedente como si se sigue. Lo que sucede es que, mientras que la decisión de abandonar el criterio precedente y sustituirlo por uno nuevo requiere una justificación especial que muestre las razones del abandono y cumpla el principio de universabilidad, la decisión de seguirlo no requiere justificar la corrección y adecuación del mismo, porque esa justificación ya fue hecha en el caso precedente y en consecuencia se entiende implícitamente reproducida en el caso actual.

Lo anterior significa que hay una mala aplicación de la regla cuando se infringe cualquiera

de las dos obligaciones indicadas: por un lado, cuando se abandona el propio precedente sin justificación suficiente, que es el caso más común; pero también, por otro lado, cuando se acredita la necesidad de abandonarlo pero no se abandona.

(c.1) El precedente **se abandona sin justificación suficiente**

Esto sucede cuando se abandona el precedente arbitraria o injustificadamente, es decir sin explicación alguna de las razones del abandono o con una explicación insuficiente o inadecuada de las mismas. Conviene no perder de vista a este respecto que el abandono del precedente ha de cumplir el principio de la universabilidad, y que por lo tanto tan falto de justificación está un cambio de precedente que carezca por completo de motivación como uno que cuente con una motivación no inspirada por (o incluso contraria a) ese principio.

(c.2) El precedente **se estima incorrecto pero no se abandona**

Esto sucede en aquellas sentencias que acreditan la incorrección del criterio legal precedente pero al propio tiempo deciden *stare decisis*, o sea deciden mantenerlo. Se trata por lo tanto de sentencias en las que lo que cuenta no es la exigencia de universabilidad sino directa y simplemente la doctrina del *stare decisis*.

Me parece por ello que en este defecto se puede incurrir cuando se entiende que el fundamento del autoprecedente reside esencialmente en preservar la seguridad jurídica y la estabilidad del derecho, y no (o no primariamente) en garantizar la racionalidad de la actuación judicial mediante el cumplimiento de la universabilidad. Porque, en efecto, cuando se piensa así, es fácil que se sostenga también que el *overruling* exige una ponderación entre la seguridad y estabilidad jurídica, que militan a favor de seguir el precedente, y las "otras razones" que militan a favor de abandonar el precedente, y en esa ponderación el peso de la seguridad jurídica es tan grande que prevalece muchas veces sobre la incorrección del precedente[32]. En definitiva, según este punto de vista, el *overruling* sólo estará justificado cuando las razones para abandonar el precedente sean realmente poderosas. Esto es lo que explica que, para quienes interpretan de este modo la regla del autoprecedente, una de las cuestiones problemáticas relativas a su aplicación es la de cuál es el "grado de error o incorrección" en que debe incurrir el precedente para que esté justificada la restricción a la seguridad jurídica que supone su abandono[33].

Cuando, por el contrario, se entiende que la regla del autoprecedente es una regla de la argumentación racional, que por lo tanto persigue primariamente el valor del ejercicio racional o no arbitrario del poder judicial allí donde se asume que éste es inevitablemente discrecional, la necesidad de abandonar el precedente cuando se acredita su incorrección se presenta con rotundidad, sin que la seguridad jurídica pueda ponderar (o no significativamente) en contra del cambio.

NOTAS

1. Por supuesto no todo el mundo piensa lo mismo. Grant Lamond, por ejemplo, entiende que los precedentes no crean reglas; y, más concretamente, que el *common law* no puede ser entendido como un sistema de adopción de decisiones basadas en reglas sino como un sistema de adopción de decisiones caso-por-caso, y que la doctrina del precedente gobierna esta adopción de decisiones exigiendo a los jueces y tribunales que entiendan que los casos anteriores has sido correctamente decididos ("Do precedent create rules?", *Legal Theory* (2005), 11:1:1-26).

2. Por regla general, pues no hay que descartar la posibilidad de un precedente horizontal *vinculante*. Es el caso de la *Court of Appeal* inglesa, que está obligada por las decisiones de los tribunales de jurisdicción concurrente más antiguas, por ejemplo las de la *Court of Exchequer Chambre*.

3. Vid., por ejemplo, los trabajos recogidos en *Precedent in Law* (L. Goldstein ed.), Oxford, Clarendon Press, 1991; Ana Laura Magaloni, *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, Madrid, McGraw-Hill, 2001; o Eduardo Sodero, "Sobre el cambio de los precedentes", *Isonomía*, 21, 2004, p. 223.

4. En España, por ejemplo, Enrique Alonso, *La interpretación de la Constitución,* Madrid, CEC, 1984, p. 165.

5. Del mismo modo que existen también notables diferencias entre el sistema del precedente vertical en el *Common law* inglés y el vigente en el *Common law* norteamericano. Véase, por ejemplo, la exposición de ambos sistemas que realiza Victoria Iturralde, *El precedente en el Common Law*, Madrid, Civitas, 1995.

6. La idea es sostenida también por Silvia Díez, si bien alegando que la infracción de esta regla atenta, no contra la racionalidad sino contra la más elemental idea de justicia (la de tratar igual lo que es igual): "los precedentes —dice la autora— también deben seguirse aunque no exista una regla específica que lo exija en los países del Civil law". Por eso esta doctrina "tendría cabida en la mayoría de los sistemas jurídicos de nuestro entorno" (cfr. *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 108).

7. James Kent, *Commentaries on American Law*, 11º ed., Little, Brown and Company, Boston, 1867, vol. I, pp. 519-20 (cit. por E Sodero, "El cambio de precedentes", cit., p. 525).

8. Leonor Moral también sitúa el estudio del autoprecedente en particular y del precedente en general en el discurso del razonamiento jurídico. Me parece acertado este enfoque, que se aparta así del tradicional pero estéril análisis desde la teoría de las fuentes del derecho (vid. *El precedente judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2002).

9. Como es bien conocido, una de las formulaciones del imperativo categórico kantiano dice así: "obra según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal", Inmanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785), ed. de Luis Martínez Velasco, Madrid, Espasa Calpe, 1994, p. 92.

10. "Casi", porque también existen otros criterios de racionalidad que habría que atender. Singularmente que la decisión sea *consistente* y *coherente* con los principios del sistema y con el resto de las decisiones adoptadas, o que las *consecuencias* de la misma resulten aceptables y no pongan gravemente en peligro bienes y estados de cosas que se consideren valiosos. Tales principios, junto con el de la universabilidad, son propuestos por ejemplo por Neil MacCormick como criterios generales de racionalidad de las decisiones adoptadas para los problemas prácticos y jurídicos (*Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, capítulo V).

11. Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación*, pp. 301-302; cfr. También pp. 262 ss. Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica* (1987), trad. E. Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1991, p. 256.

12. Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 97. Vid. en general pp. 75 ss.

13. Luis Prieto (*Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico,* Madrid, CEC, 1992, p. 165) interpretando a Neil MacCormick (*Legal Reasoning,* cit., p. 97).

14. Lo que hace esta regla —dice Francisco Laporta— es imponer sobre el juzgador la obligación de atenerse a pronunciamientos anteriores "si no observa una razón relevante para modificarlos" (...) Los precedentes, como razones para decidir, "entran en el campo de juego de las razones, y pueden ser argumentados y, en último término, abandonados" (Cfr. "La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente", presentación del libro de Víctor Ferreres y Juan Antonio Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Coloqui Jurídico Europeo, 2009, pp. 34 y 37).

15. De esta rotunda y clara forma expresaba Thomas Hobbes esta idea: si un juez entiende que el criterio que ha usado precedentemente es errado y "encuentra más de acuerdo con la equidad dar una sentencia contraria [a él], está obligado a hacerlo. Ningún error humano se convierte en ley suya, ni le obliga a persistir en él" (cfr. *Leviatán*, FCE, México, 1940, p. 227).

16. «Es fastidioso —decía Oliver Wendell Holmes subrayando este punto— que la mejor justificación de la obligatoriedad sea una regla jurídica que fue establecida en el tiempo de Enrique IV. Pero es aún más insoportable si su razón de ser o fundamento se ha desvanecido hace mucho tiempo y la regla simplemente persiste por imitación ciega del pasado» ("The Path of Law", *Harvard Law Review*, vol. 10, 1897, p. 469).

17. Me parece plenamente acertada la observación de Karl Larenz al respecto: "el juez no debe aceptar (...) ciegamente el precedente. No sólo está facultado sino incluso obligado a apartarse de él si llega a la convicción de que contiene una interpretación incorrecta o un desarrollo del derecho no suficientemente fundamentado o si la cuestión rectamente resuelta para su tiempo tiene que ser hoy resuelta de otro modo a causa de un cambio en la situación normativa o de todo el orden jurídico" (*Metodología de la ciencia del derecho*, 4ª ed. 1979, trad. cast. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994, p. 430).

18. Este aspecto de la carga de la argumentación fue subrayado por Chaim Perelman al explicar el *principio de inercia*, según el cual una solución adoptada en alguna ocasión permanecerá en el futuro, y no puede abandonarse sin una explicación suficiente de los motivos (Chaïm Perelman y L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, 1970, pp. 142 ss). En el mismo sentido Robert Alexy sostiene que la apelación a una praxis preexistente no necesita justificación alguna pero «Quien quiera apartarse de un precedente asume la *carga de la argumentación*»; esta es una de las principales reglas sobre el uso de precedentes (*Teoría de la argumentación*, cit., p. 265). Y Aulis Aarnio también piensa que "no es sensato renunciar sin justificación a lo que ha sido adoptado como prevaleciente", por lo que "necesariamente un cambio en la situación dominante tiene que ser justificado" (*Lo racional como razonable*, cit., p. 260).

19. He analizado esta doctrina en *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993.

20. Cfr. el voto disidente del Justice Scalia, en la sentencia "South Carolina vs. Gatheres", 490 US, 805 (1989): "overrulins of precedents rarely occur without a change in the Court's personner" (tomo la referencia de Eduardo Sodero, "Sobre el cambio de los precedentes", cit., p. 223).

21. La cuestión señalada, como enseguida se verá, marca una de las diferencias más importantes entre el *stare decisis* en Inglaterra y en los EEUU. Pero la cuestión no sólo es sentida como relevante en el *common law*. Por ejemplo, en Alemania ya fue tratada en la obra de Wilhelm Knittel, *Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung,* Verlag Gieseking, 1965.

22. El *principio de universabilidad*, en efecto, impide resolver un caso conforme a un criterio (el representado por el precedente) que se estima incorrecto y cuya incorrección además ha sido fundamentada.

23. Y como muestra un botón: "The making power of the judiciary is in theory denied [lo que explicaría por qué] most civil law Courts thus far have failed to avail themselves of the technique of prospective overruling" (Schlesinger-Baade-Damaska-Herzog, *Comparative Law*, 5ª ed., Mineola, N. Y., 1988, p. 646).

24. "Nunca hemos pensado —afirmaba la Corte de Apelación de Pennsylvania— que debemos consagrar las equivocaciones de quienes estuvieron antes que nosotros, y tropezar una y otra vez en el mismo sitio donde tropezaron ellos", *McDowell v. Oyer 21 Pa 417, 423 (1853).*

25. Si la teoría creativa de la jurisprudencia nos parece consustancial a la prospectividad es porque damos por descontado el compromiso del sistema jurídico con los derechos de los individuos y con la seguridad jurídica como exigencia mínima en garantía de aquellos. Pero las cosas no siempre son así.

26. A estos efectos, además, el compromiso con la seguridad jurídica que se impone al legislador hay que considerarlo extensivo a la jurisprudencia. No se puede permitir que se alcance por vía jurisprudencial lo que no puede hacerse por vía legal. Como se advierte en *Bouie v. City of Columbia*, 378, U.S. 347, 353-354 [1964], "si la cláusula de las leyes *ex post facto* prohíbe a una legislatura estatal sancionar tales leyes, debe concluirse que una Corte Suprema estatal, en virtud de la cláusula del debido proceso, no puede alcanzar precisamente ese mismo resultado a través de una interpretación judicial".

27. Así pues, si el tribunal interpreta una norma penal de modo más favorable para el acusado que lo que había sido la línea precedente, podrá aplicar ya esa interpretación al caso presente; pero si la interpreta de modo más desfavorable el acusado no tendrá el deber de soportar esa nueva interpretación, que tendrá efectos sólo prospectivos. Resolver en distinto sentido equivaldría a infringir el principio de legalidad penal, que prohíbe condenar en base a una ley inexistente en el momento de cometerse el hecho delictivo.
Víctor Ferreres no se muestra tan contundente como nosotros en cuanto al alcance (sólo) prospectivo de los cambios jurisprudenciales desfavorables para el reo, pero sí pone de relieve el problema que supone atribuir efectos (también) retroactivos a los mismos: "si nos tomamos en serio el valor de la jurisprudencia —señala— habrá que reconocer que

las variaciones que aquella experimente en contra del reo *no siempre* podrán producir efectos retroactivos" ("Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia", en V. Ferreres y J. A. Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, cit., p. 72, cursiva añadida).

28. Discrepo, pues, de Eduardo Sodero, quien opina —haciéndose eco de la variada jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense que sostiene tanto los efectos prospectivos como los retroactivos aunque sean desfavorables— que "ninguna fórmula podrá expresar suficientemente la respuesta para esta problemática, y por ello parece forzoso concluir que será el juicio prudencial del juez el que ha de determinar en cada caso la alternativa más justa *hic et nunc*" (Cfr. "El cambio de precedentes", cit., p. 250).

29. Recordemos que la vinculación de los órganos judiciales a sus propios precedentes ha sido considerada por el Tribunal Constitucional español como una exigencia del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 Constitución Española).

30. Para empezar, la práctica más consolidada es sencillamente la de "no motivar" y considerar, eso sí, que hay una motivación *implícita* o no expresa que se deduce de la propia sentencia.

31. Henry Campbell Black, *Handbook of American Constitutional Law*, 4ª ed., West Publishing Company, St. Paul Minn., 1927, p. 90 (ahora en *Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws*, Clark, New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd., 2008, p. 34).

32. Así discurre precisamente el razonamiento en *Dickerson v. United States* (530 U.S. 428, 429 [2000]), que ratificó el precedente sentado en *Miranda vs. Arizona*: "whether or not we would agree with Miranda's reasoning and its resulting rule (...) the principles of *stare decisis* weigh heavily against overruling it now". Y así se desprende también de las siguientes palabras de Theodore M. Benditt: "a decision maker might change his mind about the relevance of the principle he has applied in the earlier case. In some such cases [he] should follow the prior decision none the less (...) In other cases it might be more important to correct what is now viewed as a mistake" (cfr. "The rule of precedent", en (L. Goldstein, ed.) *Precedent in Law*, cit., p. 89).

33. Cfr. Eduardo Sodero, "Sobre el cambio de los precedentes", cit., p. 234, nota 73 y p. 236. Por eso, desde este punto de vista, el *overruling* es más fácil cuando los precedentes son "interpretativos" (o sea cuando establecen sólo una determinada forma de entender la ley) que cuando son "praeter legem" (o sea cuando crean una norma *ex nihilo* mediante el recurso a la analogía o a otros mecanismos de integración), pues "tal mutación exhibirá una menor dosis de dramatismo para la seguridad jurídica" (*ibid*., p. 234).

Fecha de recepción: 16 de mayo de 2011
Fecha de aceptación: 4 de noviembre de 2011

ADMINISTRATIVE LAW, METHOD ADN PRECEDENT

RESUMEN

El precedente constituye una técnica esencial en nuestro ordenamiento jurídico, que garantiza igualdad, coherencia y racionalidad en la toma de decisiones, judiciales y administrativas. Su estructura y funcionamiento han sido objeto de estudio desde diferentes planteamientos metodológicos. Este trabajo ofrece un análisis de esas perspectivas en el concreto ámbito del Derecho administrativo, con el fin de determinar sus fortalezas y debilidades. A partir de los resultados obtenidos, se formula una propuesta de entendimiento del papel del precedente en la construcción del Derecho.

PALABRAS CLAVE

Precedente, metodología, vinculatoriedad, igualdad, coherencia

ABSTRACT

Precedent is an essential technique in our legal system. It guarantees equality, consistency and rationality in judicial and administrative decision-making. Its structure and functioning have been studied from different methodological standpoints. This paper provides an analysis of these perspectives in the concrete field of administrative law, with the aim of determining its strengths and weaknesses. From the results, we formulate a proposal for understanding the role of precedent in the shaping of law.

KEY WORDS

Precedent, methodology, legally-binding, equality, consistency.

DERECHO ADMINISTRATIVO, MÉTODO Y PRECEDENTE

Silvia Díez Sastre
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario: 1. Planteamiento. 2. Breve caracterización del precedente. 3. Perspectivas y métodos para el análisis del precedente. A). La teoría de las fuentes del Derecho. . B). La teoría del control de la actividad administrativa. C). La teoría de la tutela de los particulares. D). La teoría de la argumentación jurídica. E). La ciencia de la Administración. F). Balance crítico. 4. El precedente en la construcción del Derecho Administrativo. A). El precedente y el método jurídico. B). El precedente y la cultura de la justificación de las decisiones. 5. Nota Bibliográfica.

1. PLANTEAMIENTO[1]

1. El precedente constituye una técnica esencial en todos los sistemas jurídicos. Razones de coherencia, racionalidad, confianza, eficiencia o igualdad —entre otras— conducen, como mínimo, a tomar en cuenta las decisiones pasadas al resolver casos similares. Esta idea se manifiesta claramente en sede judicial. Las sentencias referidas a supuestos semejantes a los actuales se utilizan como argumento de la defensa frente a un supuesto trato desigual arbitrario. Al mismo tiempo, los jueces incorporan continuamente precedentes a la justificación de sus pronunciamientos. Con independencia del reconocimiento de un "precedente vinculante" (*binding precedent*) al estilo anglosajón, los precedentes juegan, así, un importante papel en los sistemas jurídicos contemporáneos[2]. Junto al precedente judicial, hay que tener en cuenta que los precedentes también poseen cierto valor jurídico en el ámbito administrativo. La Administración debe elaborar respuestas jurídicas en supuestos de la realidad que afectan a la esfera de intereses de los particulares tanto de forma favorable —mediante una subvención, por ejemplo— como desfavorable —en el caso, paradigmático, de una sanción—. Desde esta perspectiva, tan razonable es dotar de cierto valor jurídico a un precedente judicial, como a un precedente administrativo —sin perjuicio de las diferencias que puedan derivarse en uno y otro caso—. Los valores de coherencia, racionalidad, igualdad o confianza también entran en juego en este ámbito. Este planteamiento no es innovador en España, donde hace décadas se acuñó el concepto de "precedente administrativo"[3]. Por el contrario, es ajeno a algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como el alemán y el italiano. Estos sistemas reconocen la importancia de proteger a los particulares frente a los cambios de criterio de la Administración mediante la aplicación de principios como el de igualdad o de protección de la confianza, pero la idea de "precedente" se reserva al ámbito judicial[4].

2. El análisis del precedente, tanto judicial como administrativo, se ha centrado comúnmente —y aún se centra— en su hipotética fuerza vinculante: ¿cómo y cuánto puede con-

dicionar una decisión pasada una decisión futura en un caso análogo? ¿Un precedente es capaz de determinar absolutamente la decisión posterior en un caso similar? o ¿solo sirve como una guía o una referencia que puede o no respetarse? Las perspectivas de estudio de este problema jurídico han sido variadas. Como también lo han sido las aproximaciones metodológicas llevadas a la práctica.

3. La primera parte de este estudio se centra precisamente en el análisis de los planteamientos metodológicos más importantes con los que se ha abordado el estudio del precedente administrativo y también, en menor medida, judicial. No se ofrece aquí una respuesta completa sobre el funcionamiento del precedente, su naturaleza jurídica, sus fundamentos y sus efectos jurídicos. Estas cuestiones han tratado de resolverse en otros trabajos[5]. El objeto de esta investigación es el análisis de la forma en que se ha explicado o construido el papel del precedente en nuestro ordenamiento jurídico, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia. A lo largo de esa tarea se establecerán los puntos fuertes y las debilidades de los diferentes planteamientos metodológicos. La finalidad no es establecer una jerarquía entre ellos de acuerdo con sus bondades; sino más bien poner de relieve cómo el discurso jurídico sobre el precedente alcanza resultados distintos según la perspectiva y el método aplicados y demostrar que los distintos enfoques son complementarios. Su consideración conjunta puede enriquecer las tareas de construcción de proposiciones jurídicas en este ámbito.

4. La segunda parte del estudio, menos extensa, aborda la función del precedente en la reforma e innovación del Derecho Administrativo. Si en la primera parte las construcciones en torno al precedente sirven de excusa para analizar distintas formas o métodos jurídicos en el Derecho Administrativo; la segunda determina la manera en que el precedente puede ayudar a construir ese Derecho. En concreto, se reflexiona sobre la posible vinculación de la técnica jurídica del precedente a un método jurídico específico (como podría ser, en principio, la tópica). Y se añaden unos breves comentarios en torno a las consecuencias que tiene el reconocimiento de valor jurídico del precedente para el sistema jurídico-administrativo en su conjunto.

5. Para estudiar los aspectos señalados, el trabajo se estructura como sigue: en primer lugar, se realiza una breve caracterización del precedente indicando qué puede entenderse técnicamente por precedente y cuál es su forma básica de funcionamiento (II). A continuación se introduce el núcleo duro del estudio sobre las perspectivas y métodos para el análisis del precedente (III). En particular, se identifican cuatro sedes de estudio: la teoría de las fuentes del Derecho (1); la teoría del control de la Administración (2); la teoría de la tutela de los particulares (3); la teoría de la argumentación jurídica (4); y la ciencia de la Administración (5). Una vez cerrado este punto, se abordan las formas en que el precedente puede colaborar en la construcción del Derecho Administrativo (IV). Se realiza una breve reflexión sobre la relación entre el precedente y el método jurídico para el desarrollo del Derecho Administrativo (1). Por último, se explica la importancia del precedente como una técnica que exacerba la cultura de justificación de las decisiones jurídicas (2).

2. BREVE CARACTERIZACIÓN DEL PRECEDENTE

6. El concepto de precedente admite múltiples definiciones que acentúan distintos elementos de su estructura o de su forma de funcionamiento. Esta pluralidad conceptual está ligada a las distintas aproximaciones metodológicas con las que se aborda su estudio. Por ello, antes de adentrarnos en un universo conceptual más complejo y técnico, puede ser útil poner un ejemplo de precedente e identificar los elementos esenciales que le dotan de valor en un contexto jurídico:

> A solicita la renovación de su permiso de armas. La Administración deniega la instancia bajo el entendimiento de que el peticionario no cumple el requisito de la "necesidad" de la posesión del arma. Durante los cinco

años anteriores, A había obtenido la renovación del permiso de armas sin ningún tipo de objeción. En esa situación invoca los precedentes de la propia Administración al considerar que su necesidad del arma es la misma que en los casos anteriores; esto es, que no se ha producido un cambio en las circunstancias que pudiese justificar la denegación del permiso solicitado.

7. En el supuesto descrito, el precedente (que en este caso es reiterado y, por tanto, más persuasivo) podría definirse como un supuesto anterior similar al actual —se solicita la renovación de un permiso de armas, al igual que se había hecho en cinco ocasiones anteriores—, en el que el Derecho aplicable es el mismo —se ha producido un cambio, no de la normativa aplicable, sino, al parecer, de la valoración de esa normativa y, en particular, del concepto de "necesidad"—. Conforme a estos requisitos podría afirmarse comúnmente que se está ante un precedente cuando se presenta un caso anterior similar al actual al que se ha anudado una solución jurídica[6]. Un precedente pasa a ser tal, por tanto, cuando existe un supuesto actual que permite referirse a él. Ésta no es una definición enderezada a valorar las posibilidades del precedente de producir efectos jurídicos. O dicho de otra manera, con esta definición no se prejuzga de ninguna forma la capacidad del precedente para condicionar el sentido de la decisión actual. En el ejemplo descrito la respuesta a si debe renovarse o no el permiso no es algo que pueda saberse por el simple hecho de que el precedente invocado sea similar en cuanto a los hechos y el Derecho aplicable. Habría que añadir más consideraciones a esa constatación para extraer consecuencias jurídicas. Pero la utilidad de esta simple definición es que identifica el mínimo que debe cumplir un caso anterior para considerarse un precedente en términos jurídicos.

8. Sobre este simple supuesto fáctico —hay un caso similar anterior al que se le aplicó el mismo Derecho que ofrecía una solución distinta a la elegida en el caso actual— se proyectan una serie de construcciones dirigidas a explicar o a identificar si el decisor puede cambiar o no el sentido de sus soluciones en casos similares. En algunos supuestos, el ordenamiento jurídico establece una regla de vinculación jerárquica al precedente de un decisor que ocupa un puesto superior en una estructura jerarquizada (es el caso del precedente vertical en los sistemas judiciales de corte anglosajón[7]). En otros, se dice que el apartamiento de un precedente puede encubrir una posible vulneración del derecho fundamental a la igualdad. En consecuencia el decisor debe ofrecer una motivación de por qué ha elaborado soluciones divergentes en casos similares[8]. También se argumenta que un decisor debe tomar siempre la misma decisión ante casos similares como consecuencia de una regla de racionalidad[9]. En definitiva, existen múltiples teorías que proyectan sobre ese caso similar anterior una serie de principios, reglas y técnicas jurídicas con el fin de determinar su capacidad para condicionar la solución jurídica del caso similar presente. Estas teorías y la forma en que se construyen se explican más adelante [§§ 14-52].

9. Volviendo a la definición básica del precedente, lo que importa es registrar que su estructura es distinta a la de una regla escrita. En el ejemplo mencionado, una regla contenida en una norma escrita determina los casos en que puede o no otorgarse el permiso de armas. Esa regla se aplica en cada caso conforme a distintos criterios. En este caso, se está ante la aplicación de un concepto jurídico indeterminado: la "necesidad" del arma. Como se ve en el ejemplo, la interpretación de ese concepto conduce a soluciones distintas en casos similares, de ahí la utilidad de la invocación del precedente. Por el contrario, el precedente es un caso concreto al que se anuda una solución jurídica. En principio su eficacia jurídica se proyecta sobre el caso que resuelve, nada más. El problema está en que *de facto*, el precedente también puede condicionar de alguna manera una decisión en un caso similar posterior.

10. La diferencia con la regla escrita es clara. No hay una formulación canónica de la regla que resuelve el caso precedente (la denominada *ratio decidendi*). Y, aunque se identificara esa regla con nitidez, habría que ponerla siempre

en relación con los hechos a los que se refiere. El precedente constituye un binomio inseparable entre hechos y Derecho en un supuesto concreto de la realidad. Ahora bien, la comunidad jurídica ha destilado diferentes acepciones de la idea de precedente centrándose bien en el dato de hecho —el caso previo—; o en el dato jurídico —la decisión adoptada o incluso, en concreto, el principio o razón jurídica esencial que vertebra la decisión adoptada—.

11. Habitualmente se caracteriza al precedente como un instrumento de vinculación del sentido de decisiones jurídicas posteriores. En consecuencia, es frecuente que se considere que el precedente es exclusivamente la *ratio* de una decisión anterior. Desde este punto de vista, el precedente no es algo tan distinto de las reglas contenidas en las normas escritas. Su función es muy similar: ofrecer seguridad jurídica en la aplicación de ciertas reglas e igualdad en la resolución de supuestos análogos[10]. Pero esta formulación tiene el peligro de identificar el todo por la parte al asumir que el precedente es la parte de la solución jurídica anterior que es capaz de ejercer algún tipo de eficacia vinculante en una decisión posterior. Es más, esta visión puede obviar la diferencia aplicativa esencial entre precedentes y normas escritas. Los precedentes son mucho más flexibles en su aplicación que las normas, justamente porque están ligados a casos y exigen una mayor carga de argumentación. Centrarse en la *ratio* puede ser útil para descubrir una regla o un principio jurídico nuevo, que aparece por primera vez para resolver un caso concreto. Pero la referencia al caso concreto, en el que se creó el principio es fundamental para situar en contexto la solución jurídica elaborada, con el fin de determinar su alcance o su razón de ser en posibles casos futuros. Cuando se trata con precedentes no puede olvidarse que están indisolublemente ligados a los hechos que les dieron causa; a diferencia de una norma que surge de un pensamiento abstracto sobre cursos de hecho previsibles, pero hipotéticos.

12. Otra postura se centra en destacar el elemento fáctico del precedente. De esta manera se subraya el diferente origen del precedente, ligado a un caso concreto. Esta perspectiva tiene la ventaja de impedir una simplificación del precedente y de su forma de aplicación. Para determinar si un precedente puede o no influir en un caso posterior similar es necesario argumentar la existencia o no de semejanza suficiente entre los hechos y los problemas jurídicos planteados. En realidad, los hechos son un elemento clave para constatar si los problemas jurídicos son equivalentes o no y si, por tanto, un caso es realmente un "precedente" (jurídicamente valioso) del caso actual o no.

13. Estas visiones no son antagónicas sino complementarias. Se opta por una u otra en función de la característica del precedente que quiera destacarse. Quizás en el contexto del *Common Law* donde el mecanismo de aplicación de los precedentes está muy depurado y asumido por la comunidad jurídica, tiene sentido preocuparse por la identificación de la *ratio decidendi*. En cambio, en un sistema continental como el español, donde se duda del valor jurídico del precedente y de su forma de aplicación no está de más destacar sus diferencias con las normas escritas. La vinculación del precedente con los hechos está en la base de flexibilidad a la hora de condicionar el sentido de decisiones futuras. Si se encuentra un dato de hecho que justifique un tratamiento jurídico distinto se desactiva el valor del precedente para ese caso (es la denominada técnica de las diferenciaciones o *distinguishing*). Aunque, en ningún caso la técnica del precedente tiene fuerza vinculante absoluta. Si se considera que es conveniente ofrecer otra solución, dentro del margen que tiene el decisor, es posible hacerlo si se justifica adecuadamente (*overruling*)[11]. Como se verá a lo largo de este trabajo, el precedente se nutre y, al mismo tiempo, representa una cultura jurídica de la justificación de las decisiones que le aparta de la vinculación aparentemente monolítica de las normas escritas, propia de los sistemas jurídicos continentales, cimentados a partir del principio de legalidad[12].

3. PERSPECTIVAS Y MÉTODOS PARA EL ANÁLISIS DEL PRECEDENTE

14. Tras la fijación de un concepto básico de precedente, hay que analizar las perspectivas y métodos que la jurisprudencia y la doctrina han utilizado para determinar y explicar su valor jurídico. Las perspectivas se refieren al punto de partida para estudiar el precedente: la teoría de las fuentes del Derecho; la teoría del control de la actividad administrativa; la teoría de la tutela de los particulares; la teoría de la argumentación jurídica; y la ciencia de la Administración. Partiendo de esta variedad de enfoques los juzgadores y los autores han tratado de responder a problemas de funcionamiento del precedente que se han seleccionado previamente y que pueden reconducirse a dos tipos de cuestiones: qué consecuencias se derivan del apartamiento de un precedente y cuál es el papel del precedente en la toma de decisiones. Como se anticipó, este trabajo no representa una exposición completa de la caracterización, los fundamentos o los efectos jurídicos del precedente, judicial y administrativo, conforme a cada una de estas teorías. Se traerán a colación sólo algunos de ellos con el objetivo de ilustrar diferencias de método o planteamiento, cuya identificación constituye el objeto de este estudio.

15. Los métodos se refieren a las formas "ordenadas, disciplinadas y controlables de proceder para formular proposiciones jurídicas correctas a partir de las normas que integran el ordenamiento jurídico"[13]. La variedad de métodos jurídicos que se tomarán en consideración pueden reconducirse a los siguientes:

a) En primer lugar, la construcción de un sistema, entendido como una estructura ordenada, completa y coherente de proposiciones jurídicas. Esa estructura puede pivotar, fundamentalmente, en torno a conceptos (en el caso del sistema externo) o principios jurídicos (en el caso del sistema interno), conforme a la teorización clásica de Karl Larenz[14]; o interpretarse de forma más abierta como una tarea ordenadora en constante evolución que tiene como objetivo la clarificación de los retos que plantea el Derecho en la actualidad, en los términos descritos más recientemente por el Profesor Eberhard Schmidt-Aβmann[15].

b) En segundo lugar, la solución tópica de problemas jurídicos. En estos supuestos no se hace un esfuerzo por reconducir los argumentos o las soluciones a un contexto sistemático de referencia. Es más, se duda de la existencia misma de un sistema que permita encontrar de forma lógico-deductiva la solución de los problemas planteados. Así que se acude a una serie de tópicos —encerrados en principios, lugares comunes, evidencias sociales, precedentes o incluso normas jurídicas— que tienen la capacidad de persuadir o convencer de la adecuación de la decisión, conforme a las reglas de la retórica. Theodor Viehweg reivindicó la tópica como una forma de recuperar el contacto con los problemas jurídicos reales. Señaló que muchas veces estas cuestiones quedaban relegadas a un segundo plano por las construcciones sistemáticas tradicionales en las que las nuevas realidades se ocultan cuando no tienen un encaje claro en sus estructuras[16]. El problema es que la tópica no soluciona el problema de selección de qué decisión, entre todas las halladas, es la más racional. Sólo permite encontrar varias soluciones posibles. Por ello se ha criticado su propia caracterización como un método jurídico al nivel del sistema[17].

c) Por último, hay que referirse a la teoría o las teorías de la argumentación jurídica, que se sitúa en un punto intermedio entre el sistema y la tópica. Su exponente más destacado es Chaim Perelman, el creador de la "Nueva Retórica". La teoría de la argumentación jurídica se dirige a ordenar la toma de decisiones por parte de los jueces. Como punto de partida acepta que la aplicación del Derecho en sede judicial no siempre se realiza a partir de un sistema de forma lógico-deductivo. Pero, a diferencia de la tópica, no admite que el juez sea libre para seleccionar el tópico que considere más adecuado de forma subjetiva. La teoría de la argumentación jurídica subraya el encaje del pensamiento jurídico —el *legal reasoning*— en el marco del razonamiento práctico. En ese

contexto, lo determinante para considerar que una decisión es correcta son las razones que se expresan como justificación de la misma. Esa justificación no se apoya únicamente en reglas de racionalidad lógico-formal, sino en un nuevo concepto: la razonabilidad. Esto significa que una decisión será correcta cuando es racional y, además, razonable, esto es, aceptable por una comunidad jurídica dada en un momento concreto[18]. En este punto se añade un elemento más que pone distancia con la tópica. La decisión debe ser aceptable no sólo por el destinatario de la decisión, sino por todos los miembros del denominado "auditorio universal". Lo que obliga al decisor a aplicar la regla de universalización kantiana y adoptar sus decisiones pensando que serían adecuadas para los futuros casos similares que pudiesen presentarse[19].

A) LA TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

16. La forma clásica de abordar el estudio del precedente gira en torno a la teoría de las fuentes del Derecho. Los estudios sobre la Parte General del Derecho Administrativo ubican habitualmente al precedente administrativo en la sección dedicada a las fuentes del Derecho. Lo mismo sucede con los estudios generales de Derecho Civil o de Derecho Constitucional que analizan el valor de la jurisprudencia y, por ende, del precedente judicial, en el catálogo de las fuentes del Derecho. La pregunta a la que se pretende responder con este planteamiento es si el precedente es capaz de vincular al decisor en un supuesto similar posterior, esto es, si tiene fuerza vinculante. En el caso de que la respuesta a esta pregunta fuera positiva, podría entenderse que el precedente es una fuente de Derecho. Ello conduciría a un problema subsiguiente: su forma de encaje en el sistema de prelación de fuentes jurídicas.

17. Las razones en las que se apoya esta perspectiva clásica de análisis del precedente son de tipo histórico. Tradicionalmente se entendía que el precedente era una variante de la costumbre. Antes del proceso codificador que atribuyó a la Ley —al menos en teoría— el monopolio para la creación del Derecho, se aceptaba la fragmentación de las fuentes del Derecho. En ese contexto, la costumbre jugaba un papel fundamental. Agrupaba a las normas que, a lo largo del tiempo, se creaban en el seno de una comunidad para resolver problemas jurídicos. Esa idea de creación del Derecho *solvitur ambulando*, en conexión con los casos concretos, se trasladó al ámbito judicial y administrativo[20]. Se creía que los jueces y la Administración creaban sus propias costumbres al crear una serie de cadenas decisorias en supuestos similares. La idea de precedente estaba, así, embebida de un carácter consuetudinario[21]. De ahí la conexión con las fuentes del Derecho.

18. Éste es un ejemplo de intento de construcción sistemática conceptual del Derecho Administrativo. Se quiere encajar el precedente en el sistema conceptual de la Parte General del Derecho Administrativo que se apoya en la distinción entre actos creadores de Derecho y actos de aplicación de ese Derecho. El problema es que se nutre de postulados anticuados, que ya no explican la realidad del funcionamiento contemporáneo de la Administración y de los tribunales. La idea de precedente vinculado a la costumbre no se cohonesta bien con el nuevo orden de creación de Derecho establecido tras la Codificación. Tampoco es fiel a la dinámica de la costumbre, que se liga precisamente a una creación de Derecho de forma espontánea por una comunidad determinada. Por un lado, la costumbre del pueblo ha quedado relegada a un segundo plano. Se ha convertido en un reducto histórico en algunas materias. Por otro lado, en la actualidad los jueces y la Administración están plenamente sometidos al principio de legalidad, lo que es lógicamente incompatible con la creación de Derecho consuetudinario mediante la libre resolución sucesiva de casos concretos.

19. Con independencia de esta inadecuada ubicación sistemática, el precedente se abrió paso en el propio ordenamiento jurídico. La Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 introdujo la obligación de la Administración

de motivar los actos en los que se cambia un criterio seguido con anterioridad [art. 43.1 c)]. Esto demuestra una clara conciencia de la importancia de la racionalidad en la toma de decisiones y del control de la discrecionalidad de la Administración en un sentido externo. No basta con que la decisión esté suficientemente motivada y estructurada en torno a razones jurídicas. Hay que comprobar si la decisión es coherente con otras soluciones anteriores referidas a casos similares, porque la Ley no siempre da una solución unívoca. Hay muchos supuestos en los que se abren márgenes de discrecionalidad, en los que varias soluciones son posibles y la Administración no es libre para optar por unas y otras indistintamente. Debe motivar su elección. Esta regulación referida a la actividad administrativa influyó en la jurisprudencia sobre el precedente judicial. Se entendió que los jueces también debían dar razones para cambiar su criterio en casos similares. Posteriormente, sobre esta construcción se proyectó la exigencia de igualdad en la aplicación de la Ley, que se depuró por el Tribunal Constitucional tras la aprobación de la Constitución en 1978.

20. Conforme a esta nueva configuración del precedente, parece que deberían haberse roto los lazos con las fuentes del Derecho. Parece más adecuado buscar un nuevo planteamiento metodológico centrado en esa caracterización del precedente. Sin embargo, lo cierto es que el reconocimiento de valor jurídico a los precedentes continúa anudándose por la comunidad jurídica, de forma intuitiva, a un posible valor vinculante similar al de las normas jurídicas. Ello se debe, en gran parte, a la conexión de la idea de precedente con las construcciones anglosajonas en torno a los *precedents*.

21. Los juristas continentales han creído tradicionalmente que los precedentes de los sistemas anglosajones "sustituyen" al Derecho legislado[22]. De modo que cumplen la misma función que las normas jurídicas. Este planteamiento justifica el mantenimiento de la perspectiva de estudio tradicional de los precedentes en el seno de la teoría de las fuentes del Derecho. Según esta visión, los anglosajones invocan precedentes porque no tienen suficientes normas escritas y prefieren apoyarse en las cadenas decisorias creadas con anterioridad. En consecuencia, los jueces no son libres para tomar sus decisiones. Están sometidos a los precedentes conforme a un complejo sistema de vinculaciones jerárquicas. De acuerdo con esta descripción del precedente en los sistemas anglosajones, un tanto caricaturizada, se entiende que el precedente sólo puede funcionar como lo hace en esos modelos. La conclusión que sigue a esa constatación es que el precedente es un instrumento ajeno a la cultura jurídica continental que puede considerarse, incluso, contrario al respeto del principio de legalidad. Estas ideas justifican, por tanto, el estudio del precedente entre las fuentes del Derecho, con el fin de negar su posible importación a un sistema jurídico continental, como el español. De hecho, no es raro encontrar en la jurisprudencia pronunciamientos que niegan cualquier valor al precedente. Afirman que lo contrario supondría asumir premisas ajenas a nuestra tradición jurídica[23].

22. Desde un punto de vista metodológico, parece que en esos supuestos también se busca ubicar al precedente en un contexto sistemático de tipo conceptual. Para ello, además, se acude al Derecho comparado. Se trata de averiguar cómo funciona el precedente en los sistemas en que ha gozado de mayor desarrollo para determinar si es posible asumir su caracterización teórica. Aparentemente el resultado es correcto —con independencia de las deficiencias del diagnóstico del funcionamiento del precedente en el *Common Law*—. Se afirma que el precedente es una forma de creación de Derecho en los sistemas anglosajones, donde los jueces tienen atribuido ese poder. Y que en esos sistemas hay un sistema de vinculación jerárquica a los precedentes que se considera uno de los principios fundamentales del *Common Law*. Por lo tanto, se concluye que esa caracterización del precedente es incompatible con la configuración de los poderes del juez en un sistema continental y con el principio de independencia judicial que impide, en principio, el

establecimiento de una vinculación jerárquica entre los distintos órganos judiciales.

23. El método utilizado parece adecuado: estudiar la tradición jurídica en la que más se ha desarrollado el precedente con el fin de entender mejor el funcionamiento del precedente en nuestro propio sistema. El problema está en su aplicación. En primer lugar, se realiza un estudio poco riguroso del *Common Law*. Parece que los precedentes siempre son vinculantes y que son el "sustituto" de las normas escritas continentales. Sin embargo, los precedentes anglosajones cumplen una función de justificación de las decisiones en un contexto donde lo importante no son los argumentos de autoridad rígidos, sino la posibilidad de argumentar de forma flexible[24]. En segundo lugar, falta un paso más en el encaje del precedente en el sistema jurídico. Aunque el precedente judicial anglosajón fuese incompatible con los postulados de los sistemas jurídicos continentales ello no lleva inmediatamente a la conclusión de que no tiene ningún valor jurídico conforme a las reglas y principios de esos modelos. Parece, por tanto, que la construcción se queda a medio camino. No se quiere asumir —a mi juicio, correctamente— la regla de *stare decisis*, que atribuye fuerza vinculante al precedente, pero no se da el siguiente paso: comprobar si el precedente puede tener otro encaje en el sistema jurídico propio.

B) LA TEORÍA DEL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

24. Una perspectiva de análisis alternativa a la teoría de las fuentes del Derecho es la teoría del control de la actividad administrativa. Desde la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 la Administración está obligada a motivar las decisiones que cambian un criterio aplicado con anterioridad —en la actualidad este deber se prevé en el art. 54.1 c) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)—. Esta exigencia se interpreta como una consagración legal del valor del precedente administrativo. Posteriormente ha influido también en el desarrollo de los estudios sobre el precedente judicial. Como mínimo, se entiende que el precedente es un instrumento de control de la discrecionalidad de la Administración —o del juez— que no puede cambiar libremente sus decisiones en casos similares sin ofrecer una motivación suficiente. Esta constatación es muy relevante. Si se asume unánimemente que el precedente tiene valor jurídico —desconectándolo de las fuentes del Derecho— puede construirse una teoría que explique su funcionamiento y sus consecuencias jurídicas. El punto de partida es la teoría del control o de la revisión de los actos administrativos, en sentido objetivo.

25. La jurisprudencia contencioso-administrativa y también, aunque en menor medida, constitucional ha elaborado durante décadas esa construcción sobre el funcionamiento del precedente administrativo como mecanismo de control de la Administración[25]. A través de una serie continuada de casos se ha afirmado que el precedente sirve como presupuesto de aplicación de algunos principios generales del Derecho con el fin de controlar la actividad administrativa. Estos principios son, fundamentalmente: el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE); el principio de igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE); el principio de buena fe (art. 3.1 LRJPAC); el principio de protección de la confianza (art. 3.1 LRJPAC); y también el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

26. El método empleado para construir esa "doctrina del precedente administrativo" ha sido la tópica. No se ha creado una doctrina ordenada y lo más completa posible sobre el funcionamiento de los precedentes en conexión con los principios mencionados. Tampoco se apuran las hipótesis teóricas de aplicación de esos principios cuando se invoca un precedente que ofrecía una solución distinta a la actual. Los jueces simplemente traen a colación alguno o varios de esos principios y examinan las características del precedente para concluir, en la mayoría de las ocasiones, que no es "idóneo" para el caso planteado. Para justificar esas

decisiones emplean "tópicos" referidos a las características que debe reunir un precedente para tener algún valor jurídico en conexión con alguno de los principios aludidos. Sirvan de ejemplo los siguientes:

a) "Si el precedente es ilegal no tiene ningún valor, porque la igualdad no cabe en la ilegalidad"[26]. Se parte de una identificación entre el precedente y el principio de igualdad, conforme a la cual un precedente ilegal no puede tener valor alguno. Se olvida, así, la posible conexión del precedente con otros principios mencionados por la propia jurisprudencia que puedan llegar a producir efectos jurídicos, aunque el caso anterior fuera ilegal —piénsese en el principio de protección de la confianza, que puede proteger confianzas fundadas, precisamente, en comportamientos ilegales de la Administración—.

b) "El precedente ofrece una solución distinta de la actual, que es la correcta, de modo que es ilegal"[27]. En ese caso, el juez impone su criterio sobre el de la Administración. Es posible que ambas decisiones, la anterior y la actual, sean legales y distintas. El precedente tiene valor justamente cuando la norma no da una solución unívoca y varias soluciones son posibles porque se abre algún margen de discrecionalidad. Pero con este razonamiento el valor del precedente también queda anulado.

c) "El precedente invocado no tiene eficacia jurídica porque no ha sido sancionado judicialmente"[28]. En ese caso el juez exige la alegación de un precedente administrativo confirmado en vía judicial. Dicho con otras palabras, exige que se invoque un precedente judicial, cuando, como se ha visto, la norma exige controlar los cambios de criterio de la Administración, sin añadir requisitos ulteriores.

d) "El precedente se refiere a la misma persona, luego no concurre la nota de alteridad que es necesaria para el funcionamiento del principio de igualdad". En ese caso también se olvida que, por un lado, el art. 54.1 c) LRJPAC exige que haya motivación del cambio de criterio con independencia de si hay dos personas involucradas o no; y que, además, es posible que opere algún principio distinto del principio de igualdad.

27. Con base en estos y otros tópicos los tribunales niegan cualquier valor jurídico a los precedentes. De este modo crean una doctrina del precedente a su medida, que les permite prescindir del precedente para controlar la actividad administrativa. El resultado es que mantienen un gran margen de valoración o control de la Administración. No se usan los parámetros de la Ley, que son muy escasos cuando se atribuyen potestades discrecionales o márgenes de discrecionalidad, pero tampoco se utilizan los cánones de actuación que la propia Administración ha destilado en ejercicio de su discrecionalidad.

28. Esta perspectiva de análisis del precedente ofrece más razones de crítica que de elogio. Aunque parte de atribuir algún valor al precedente, la práctica demuestra algo bien distinto. En la mayoría de los casos el precedente se rechaza con algún tópico reiterado en la jurisprudencia. Ese método —o la posible ausencia de él— permite a los tribunales solucionar casos concretos con cierta facilidad, pero carece de toda sofisticación jurídica. No se dan soluciones coherentes, engarzadas adecuadamente con el material normativo que ofrece en estos casos el ordenamiento jurídico. Los principios jurídicos mencionados cumplen un papel prácticamente ornamental en las sentencias, puesto que en la mayoría de ellas no se deducen consecuencias jurídicas de su aplicación.

29. Esta construcción sobre el precedente presenta algunos problemas. Obvia el valor del precedente como argumento de justificación de decisiones. Además, analiza el valor del precedente desde la perspectiva del control de la Administración, sin prestar atención a la posición jurídica de los particulares. Lo determinante en la invocación del precedente no es exclusivamente llegar a constatar que la Administración actuó mal, como un fin en sí mismo. También hay que identificar la posición jurídica del particular que deriva de la existencia de un precedente que pone de manifiesto una decisión distinta de la obtenida de

la Administración —y, en su caso, del juez— y tutelarla con las herramientas adecuadas. Probablemente, la preponderancia de esta aproximación en el ámbito del Derecho Administrativo conecta con la concepción objetiva del proceso contencioso-administrativo. Esta concepción está superada en el terreno legislativo, pero aún existen múltiples manifestaciones de la misma en la práctica judicial. Al concebir el proceso como un instrumento de control orientado a la depuración del ordenamiento jurídico mediante la eliminación de las ilegalidades administrativas (y no como un vehículo de protección destinado a brindar tutela a los particulares), se aborda sólo la (eventual) virtualidad anulatoria del precedente. Se deja, así, de lado si del precedente se deriva o no el derecho a la obtención del beneficio anteriormente otorgado o la remoción del límite o restricción que antes no se imponía en circunstancias similares.

C) LA TEORÍA DE LA TUTELA DE LOS PARTICULARES

30. La teoría de la tutela de los particulares ofrece una perspectiva de análisis muy cercana a la teoría del control. Pero el método empleado y el punto de partida son distintos. En este caso también se asume la relevancia jurídica del precedente, judicial y administrativo, como un mecanismo de limitación de la capacidad decisoria del juez y de la Administración, respectivamente. Sin embargo, no busca determinar si cabe anular o no una actuación por no seguir el precedente; sino proteger la posición jurídica del particular que ve cómo se abandona un precedente que le era más favorable. Dicho de otro modo, se quiere concretar la influencia que el precedente tiene sobre la posición jurídica subjetiva de un particular.

31. La primera hipótesis de análisis del precedente, referida a su posible condición de fuente del Derecho se rechaza. Se niega que el precedente atribuya por sí un derecho a la misma solución jurídica. Sin embargo, sí se acepta que algunos preceptos de Derecho positivo que atribuyen a los particulares derechos e intereses protegibles pueden entrar en juego cuando se invoca un precedente. De este modo se aporta un cariz subjetivo a la teoría del control de la Administración. Además, se aplica un método sistemático, en lugar de un planteamiento tópico. Aunque la construcción del sistema en estos casos no se apoya en un universo conceptual lógico-formal, sino en la ordenación de la aplicación de distintos principios jurídicos. El sujeto responsable de esta tarea ordenadora ha sido la doctrina científica[29].

32. El primer nivel de esta construcción se centra en la determinación del ámbito de aplicación del precedente como técnica jurídica de aplicación de algunos principios generales del Derecho. En ese sentido, hay unanimidad en la doctrina y la jurisprudencia. Sólo tiene sentido acudir a los precedentes cuando la Ley no ofrece una única solución correcta. De modo que los precedentes actúan en los márgenes de discrecionalidad de la Administración. En esos casos, cuando la Administración puede optar entre varias soluciones posibles se corre el riesgo de que cambie de solución arbitrariamente, siendo todas correctas. Esta perspectiva es muy útil cuando se está hablando de las nuevas formas de Administración, que cuentan con una programación jurídica sustantiva muy débil de su actividad. Es el caso de las administraciones independientes, en las que la norma programa fundamentalmente estructuras de organización y procedimiento. En esos supuestos, el precedente puede llegar a ser un instrumento clave para ordenar su actividad interna. Al mismo tiempo, se convierte en una herramienta de control en manos de los tribunales, que no tienen que realizar artificios interpretativos con el fin de establecer cuál es la posición jurídica del particular en esos casos.

33. El siguiente nivel se centra en el análisis del funcionamiento del precedente en conexión con determinados principios generales del Derecho. El más importante es el principio de igualdad, en su vertiente de aplicación de la Ley. Este principio necesita dos términos de comparación, es decir, dos supuestos de la realidad. Habitualmente uno siempre será anterior en el tiempo al otro. El precedente se

convierte así en el presupuesto básico de aplicación del principio de igualdad en su vertiente de aplicación de la Ley[30]. Cuando las soluciones que ofrecen esos casos, anterior y posterior, son distintas hay un indicio de vulneración de las reglas de trato igual. Ahora bien, en esos casos, hay que ver si se cumplen en la realidad las condiciones de aplicación del principio de igualdad.

34. En primer lugar, los casos tienen que ser semejantes, que es el mínimo exigible a un precedente para ser considerado como tal. En segundo lugar, el principio de igualdad exige que los términos de comparación sean legales, porque no cabe perpetuar ilegalidades con base en exigencias de igualdad ("no cabe la igualdad en la ilegalidad"). Además, el principio de igualdad requiere un precedente referido a una persona distinta de la afectada por el caso presente. Debe existir alteridad. El apartamiento de un precedente referido a la misma persona puede destapar una arbitrariedad. Sin embargo, la posible vulneración de la igualdad exige un vínculo relacional entre dos sujetos distintos, porque en última instancia se protege su igual dignidad y posición frente al Derecho[31].

35. Estas exigencias se derivan directamente del principio de igualdad —mientras que otros posibles requisitos referidos al precedente deben justificarse en otras razones—. Cuando estos presupuestos concurren el particular está protegido por este principio. Esto no se traduce en una obligación absoluta de trato igual. La consecuencia es que deben darse razones suficientes que expliquen por qué el trato de situaciones similares es desigual. En realidad, se exige demostrar que las situaciones son distintas y que, por ello, también deben serlo las soluciones jurídicas. No hay, pues, un derecho subjetivo a un trato igual[32]. Cuando se confirma que no se ha motivado la diferencia de trato, la consecuencia jurídica es la retroacción de actuaciones para que la Administración motive adecuadamente. Sólo en un caso cabe pensar en la materialización de un derecho al trato igual: cuando se demuestra que el trato desigual se apoyaba en una discriminación que debe ser reparada inmediatamente ordenando el trato igual del particular y estableciendo una indemnización por el daño intrínseco que va ligado al padecimiento de un trato discriminatorio.

36. Con esta construcción se han reconducido los efectos jurídicos que se derivan para el particular de algunos supuestos de precedente administrativo. Pero hay otros muchos que no se canalizan por esta vía. El siguiente paso encaminado a crear una estructura sistemática completa consistiría, por tanto, en analizar si el precedente en esos casos no tiene ningún valor jurídico o si se aplica algún otro principio jurídico. Cuando el precedente cumple el requisito básico de la similitud, pero es ilegal, porque otorgó una subvención aunque no se cumplían los requisitos, no es posible aplicar el principio de igualdad —como se ha señalado anteriormente—. Sin embargo, parece que el hecho de que la Administración concediese la subvención al particular ilegalmente puede llegar a tener alguna consecuencia jurídica. En concreto, la Administración pudo suscitar en el ciudadano la confianza razonable de que en el futuro obtendría una subvención similar. Posteriormente, esa confianza pudo conducir al particular a realizar actividades o actos de disposición que en otras circunstancias no habría llevado a cabo. En ese supuesto, podrían darse los presupuestos de aplicación del principio de protección de la confianza (art. 3.1 LRJPAC). Conforme a este principio, hay que proteger la confianza del particular que la Administración fundó erróneamente y que, por ello, debe frustrarse con posterioridad. Se refuerza, así, la posición jurídica del particular. Se atribuye valor jurídico a la confianza, como objeto de tutela por los tribunales. La forma habitual de proteger esa confianza será el resarcimiento de los daños a la confianza. Esto se traduce en los gastos que se realizaron creyendo que la Administración actuaría como hizo creer que lo haría (el denominado interés negativo). Lo determinante en estos casos sería probar la razonabilidad de la confianza suscitada y los daños ocasionados conforme a las reglas generales de aplicación del principio de protección de la confianza[33].

37. Con base en estas dos construcciones apoyadas en el principio de igualdad y en el principio de protección de la confianza se reconducen los supuestos de precedente jurídicamente relevantes. Se crea, así, una teoría en la que el precedente es un simple dato de hecho de la realidad que puede producir efectos jurídicos al servir de base para la aplicación de algunos principios jurídicos. Lo que no impide reconocer el papel del precedente como mecanismo de control de un mínimo de racionalidad en la actuación de la Administración, tal y como exige el art. 54.1 c) LRJPAC.

38. La bondad de esta construcción radica en su capacidad para explicar mejor que las anteriores el papel del precedente en un contexto jurídico sistemático. No hay enfrentamiento con el principio de legalidad. Tampoco se produce una importación de categorías jurídicas ajenas e incompatibles con las premisas del ordenamiento jurídico. Y no se recurre a soluciones tópicas, que carecen en muchos casos de un verdadero fundamento jurídico consistente. El problema está en que sólo analiza la posición jurídica del particular frente al abandono de un precedente. No se preocupa del valor del precedente en positivo, como guía para la toma de decisiones. Las siguientes perspectivas de análisis del precedente se ocupan de esta cuestión.

D) LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

39. La teoría de la argumentación jurídica aporta uno de los enfoques de análisis del precedente más interesantes y novedosos. Su atención se centra en la tarea decisoria de los jueces así que sólo se refiere al precedente judicial. En concreto, se preocupa de analizar el valor argumentativo de los precedentes. Lo relevante es que el precedente puede justificar decisiones y ayuda a ordenar racionalmente la tarea decisoria del juez.

40. Los principales estudios sobre el papel del precedente conforme a las teorías de la argumentación jurídica se han realizado en el seno de la cultura jurídica anglosajona[34]. En ese contexto el debate en torno a su condición de fuente del Derecho carece de sentido. Se admite generalizadamente que el precedente es una de las fuentes del Derecho conforme a la Ley y la costumbre. El problema que se plantea no es, por tanto, si el precedente vincula y, en su caso, con base a qué fundamentos. El marco de análisis es mucho más amplio: la forma de toma de decisiones de los jueces. Conforme a la teoría de la argumentación jurídica los jueces deben justificar sus pronunciamientos. En cada caso, deben dar razones que expliquen por qué la decisión es adecuada. Esas razones no tienen por qué apoyarse únicamente en los clásicos argumentos lógico-formales: el caso es subsumible en el supuesto de hecho de la norma X y por eso derivo la consecuencia jurídica que la norma prevé. Las decisiones deben ser racionales, pero también deben ser razonables, esto es, susceptibles de aceptación por la comunidad jurídica en un momento dado.

41. Según este planteamiento, el precedente es simplemente una forma de justificación de las decisiones. Puede funcionar como un argumento de autoridad, porque demuestra cómo un juez o un tribunal de prestigio resolvió un caso en un momento dado; como un argumento *ad exemplo*, que ilustra la forma en que se resolvió un caso similar en el pasado; como el resultado del principio de inercia, conforme al cual en casos similares se actúa de forma análoga; y como la manifestación de la regla de universalización kantiana, conforme a la cual debo de actuar hoy como creería conveniente actuar en el futuro[35]. Por supuesto, al mismo tiempo que el precedente puede justificar que se tome una decisión igual a la anterior, es posible que el decisor opte por apartarse del precedente. Para ello deberá ofrecer razones suficientes que justifiquen la decisión distinta. Es posible que el precedente no sea exactamente igual, porque hay algún hecho diferente o porque el Derecho aplicable ha cambiado. También es posible que las circunstancias se hayan modificado. O, directamente, el juez puede entender que la decisión tomada en el caso precedente es irracional o absurda para resolver el caso similar actual[36].

42. El precedente es, así, un argumento y, al mismo tiempo, su forma de aplicación, su estructura interna de funcionamiento se apoya en un sólido ejercicio de argumentación jurídica. Hay que justificar que los casos son realmente semejantes en términos jurídicos y que, por ello, merecen la misma solución. Ello no impide el apartamiento del precedente, pero el cambio de sentido de la decisión exige un intenso ejercicio de argumentación. Como parte de esa argumentación debe justificarse la voluntad del decisor de aplicar el nuevo criterio a futuros casos análogos, para descartar la existencia de arbitrariedad. En este sentido, la profesora Marina Gascón Abellán afirma acertadamente, en mi opinión, que el precedente referido al mismo decisor (el autoprecedente) es una regla mínima de racionalidad, que exige que haya una única respuesta correcta por cada decisor. Es decir que, conforme a una regla de argumentación racional, el intérprete debe brindar siempre la misma respuesta cuando se presentan supuestos similares. Esto es una manifestación del principio de universalización kantiana. El precedente sería, así, un argumento clave para racionalizar la actividad de los tribunales. Pero no tendría la capacidad de garantizar la corrección material de las decisiones[37].

43. La utilidad de esta perspectiva de análisis del precedente es fundamental. Destaca la función argumentativa de las soluciones pasadas y pone de relieve la importancia de la justificación material de las decisiones, con argumentos jurídicos no sólo racionales, sino razonables, aceptables por la comunidad jurídica en un momento dado. Además, crea una conciencia de trascendencia de las propias decisiones hacia el futuro. El juez debe tener en cuenta que sus decisiones podrán actuar como precedentes y, por ello, debe decidir cada caso como considera que sería deseable decidir todos los casos similares. Estos efectos son trasladables al funcionamiento del precedente administrativo que también tiene un alto valor argumentativo en la toma de decisiones por parte de la Administración. El precedente se convierte, así, en un elemento clave en una cultura de argumentación y justificación de las decisiones.

44. Quizás la principal carencia de este planteamiento es dejar de lado el estudio de las consecuencias concretas que se derivan en el caso de un apartamiento del precedente, porque se obvia el análisis del Derecho positivo. Esto tiene sentido en los sistemas anglosajones. En ellos, la regla del precedente es parte de los fundamentos del *Common Law*, de forma que su valor es indiscutible. Esa discusión no existe. En cambio, en un sistema de tradición continental no es tan evidente que los precedentes tengan valor jurídico y atribuirles un mero valor argumentativo puede no ser suficientemente preciso de cara a resolver supuestos de la realidad. Si un particular acude ante un tribunal e invoca un precedente, lo más habitual es que el juez realice una argumentación encaminada —de forma consciente o no— a restarle valor a esa alegación y que resuelva el caso conforme a otras premisas de Derecho positivo, cuya aplicación le resulta más familiar y cómoda [como ejemplo, ver §§ 24 ss.]. Constatar que el precedente es una regla de racionalidad es de gran utilidad para explicar las exigencias de coherencia del sistema jurídico en la aplicación del Derecho. Pero no ayuda a determinar si, por ejemplo, un particular puede tener derecho a que se dé la misma solución que en el caso anterior o a que le indemnicen por tener que soportar una solución distinta. Este método deja, así, sin resolver esta trascedente cuestión de tipo práctico.

E) LA CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN

45. Como se ha visto, la mayoría de las perspectivas de análisis del precedente se centran en el valor de las decisiones pasadas como límite a la toma de decisiones actuales. La pregunta de la que se parte es: ¿en qué medida impide el precedente adoptar una solución distinta en un caso similar? Esta perspectiva es, sin duda, la que más interés despierta en el foro, donde hay que dirimir precisamente la corrección de una decisión, administrativa o judicial, que se

ha apartado de los criterios empleados previamente. Sin embargo, este planteamiento deja de lado el valor de los precedentes en positivo, como guías para la toma de decisiones. Desde un punto de vista estadístico, aunque no se cuenten con datos exactos, cualquier jurista podría afirmar que los precedentes se siguen más veces de las que no se hace. Lo habitual es que la decisión actual se acomode al criterio empleado con anterioridad. Y es raro que se "rompa" la cadena de decisiones previa, porque eso exige un esfuerzo argumentativo que se hará únicamente cuando concurran circunstancias que lo hagan especialmente necesario.

46. La ciencia de la Administración aborda este papel del precedente como instrumento útil en la toma de decisiones en el seno de organizaciones complejas. En este caso no se está ante la creación de un sistema conceptual o principal. Se pretenden analizar los procedimientos de toma de decisiones en el seno de la Administración. Los métodos de análisis empleados no son, por tanto, de naturaleza jurídica, sino de Ciencia de la Administración, y se centran en cuestiones de tipo organizativo, psicológico e incluso sociológico. De este modo se enriquece la construcción del Derecho Administrativo, tradicionalmente preocupado por el control de la actividad administrativa[38]. Este estudio del precedente permite explicar mejor la realidad y adopta un enfoque mucho más amplio de los fenómenos jurídico-administrativos.

47. Los precedentes constituyen un patrimonio de valor incalculable para cualquier Administración. En la práctica, ayudan a agilizar la actividad administrativa de forma evidente. Si algo se ha hecho ya, puede emplearse como modelo y simplificar la toma de una decisión. Lo mismo sucede en el funcionamiento de los tribunales. Pero más allá de la importancia de los precedentes para la agilización y simplificación del funcionamiento de la Administración, hay que tener en cuenta sus efectos desde un punto de vista sustantivo. El precedente es un arma de doble filo. Es una garantía de racionalidad de la actividad administrativa —evitando actuaciones arbitrarias y garantizando un nivel de coherencia externa razonable—. Pero, al mismo tiempo, el mal uso de los precedentes pueda conducir a una actuación administrativa irracional y rutinaria, que renuncia a un mínimo de argumentación de sus decisiones. Seguir el precedente no garantiza por sí mismo la corrección material de una decisión.

48. Es bueno que se automaticen los procedimientos de toma de decisiones siempre que quede un mínimo de actividad racional que sea capaz de detectar diferencias relevantes entre distintos supuestos. En todo momento la Administración debe ser capaz de identificar datos de hecho o de Derecho diferentes que conduzcan a una decisión distinta de la adoptada en casos anteriores similares[39]. Sin embargo, esto no siempre sucede en la realidad. La consecuencia es la creación de rutinas, en las que la decisión adoptada ya no cohonesta bien con el supuesto de hecho planteado. El mayor problema en estos casos es la indefensión del particular frente a este tipo de actuaciones. Ya se ha visto anteriormente cómo el ordenamiento jurídico establece instrumentos para proteger a un particular frente al apartamiento de un precedente. Pero la situación es muy distinta cuando lo que perjudica al particular es precisamente el seguimiento de un precedente. Los indicios de arbitrariedad se vinculan a la ruptura de cadenas decisorias, no a su continuación. En principio, rige una presunción de corrección en el seguimiento del precedente. Y no existe un derecho al trato desigual o diferente, conforme a la interpretación que hace el Tribunal Constitucional del artículo 14 CE[40].

49. Esta aproximación al estudio del precedente es muy útil y complementa la vertiente puramente forense de análisis de su valor jurídico. Permite adentrarse en la investigación de las formas de actuación y de toma de decisiones de la Administración en la realidad, como una organización compleja en la que no todas las dinámicas tienen una explicación en términos meramente jurídicos por su vinculación a la Ley y al Derecho.

F) BALANCE CRÍTICO

50. El estudio de las diferentes perspectivas y métodos de análisis del precedente pone de manifiesto la relación de complementariedad que existe entre ellos. Las diversas conclusiones obtenidas son la base sobre la que se articulan construcciones distintas. No existe, por tanto, una relación de exclusión, sino de complementariedad. De cada planteamiento puede obtenerse información útil. Incluso la tópica, que no siempre se considera un método en sentido estricto, permite detectar problemas en la elaboración de proposiciones jurídicas dentro del sistema jurídico.

51. Esta aseveración no significa, sin embargo, que la selección de la perspectiva y del método de análisis de un problema jurídico sea una cuestión baladí. Se trata de una decisión crucial que debe adoptarse de forma plenamente consciente por cada operador jurídico. Tampoco puede caerse en una neutralidad axiológica en torno a los métodos jurídicos. Un método es más adecuado que otro para resolver un problema jurídico cuanto mejor explica su encaje con los elementos de un ordenamiento jurídico dado, ofreciendo mayor seguridad jurídica. Al mismo tiempo será más deseable un método jurídico que comprende —si no todos—, al menos, un número lo más alto posible de las manifestaciones de ese problema jurídico en la realidad. Dicho de otro, el método no esconde aquellos problemas que no consigue explicar o resolver. Conforme a estos criterios, la teoría de las fuentes del Derecho no es adecuada en un ordenamiento jurídico continental, porque no se acomoda a sus postulados. La teoría del control es menos adecuada que la teoría de la tutela de los particulares, porque el método utilizado (la tópica) no da una respuesta satisfactoria a un alto número de supuestos planteados. No llega a agotar las posibilidades de encaje del precedente en el ordenamiento jurídico. Por su parte, la teoría de la tutela de los particulares no abarca todas las perspectivas de análisis del precedente como argumento en la toma de decisiones que condiciona el funcionamiento de la Administración. Estas funcionalidades del precedente se abordan mejor a partir de los postulados de la teoría de la argumentación jurídica y de la ciencia de la Administración.

4. EL PRECEDENTE EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

52. El precedente es un dato de la realidad jurídica que actúa como guía de la actuación administrativa. Al mismo tiempo, representa un instrumento de control de la actividad administrativa al servicio de determinados principios generales del Derecho. De este modo, evita abandonos injustificados de un criterio aplicado con anterioridad y palia los efectos que sufre el particular como consecuencia de la posible ruptura de una cadena decisoria. La cuestión que se plantea ahora es, ¿qué aporta el precedente o cómo condiciona el precedente a la construcción del Derecho administrativo? La respuesta a esta pregunta no es completa o sistemática. Simplemente se esbozan algunas reflexiones al respecto. En primer lugar, en torno al precedente y la selección del método jurídico. En segundo lugar, sobre el precedente y la cultura de la justificación de las decisiones.

A) EL PRECEDENTE Y EL MÉTODO JURÍDICO

53. La atribución de valor jurídico al precedente no está asociada necesariamente a una forma concreta de atribución de la capacidad de creación de Derecho. Esto significa que el precedente no introduce en un ordenamiento jurídico determinado una regla de *stare decisis* al estilo anglosajón que presupone la creación de Derecho por parte de los jueces. El funcionamiento del precedente se modula en función de las coordenadas de cada sistema jurídico. Así que es posible que el precedente tenga algún valor, aunque se reconozca que tanto los jueces como la Administración se someten plenamente a la Ley y al Derecho. Del mismo modo el precedente no está ligado a un método jurídico.

54. En la medida en que el precedente se liga a un caso concreto parece estar más cerca de planteamientos tópicos, dirigidos a la solución de supuestos individuales, que de planteamientos sistemáticos, que abstraen soluciones jurídicas y las encajan de forma ordenada en una estructura jurídica determinada. Además, en un contexto de creación del Derecho mediante instrumentos tópicos y retóricos, los precedentes cumplen un papel fundamental. Constituyen un tópico recurrente[41]: algo debe hacerse por la mera razón de que siempre se ha hecho así. En ese sentido, el precedente es un formidable instrumento de búsqueda y ejemplificación de problemas y soluciones jurídicas pasadas. Una línea consolidada de precedentes permite adentrarse en la psicología de los decisores y detectar los puntos fuertes y débiles de su argumentación. Así, puede distinguir entre aquellos supuestos en los que la argumentación basada en precedentes tiene una aplicación consciente detrás, de aquellos otros en los que simplemente se repiten argumentos de forma autómata, aunque no sean adecuados para el supuesto de hecho planteado. Los precedentes ponen, además, sobre la pista de nuevos conflictos necesitados de solución. Esto es así simplemente porque dan cuenta de casos conflictivos. Son un catálogo del pasado.

55. Ahora bien, esto no dice nada sobre su capacidad para determinar la forma en que el Derecho puede hacerse en el seno de una comunidad jurídica. El reconocimiento de valor a los precedentes no supone la renuncia a las construcciones sistemáticas, que deben ser el resultado de la actividad de la doctrina científica. Cómo se resuelven los problemas en cada caso, precedente o no, es una cuestión de cultura jurídica. En los sistemas anglosajones se prefiere la flexibilidad de la argumentación, apoyada en precedentes en algunos casos, a la rigidez de las técnicas de aplicación de las normas escritas. Por eso los jueces tienen un mayor margen para decidir y la técnica del precedente permite controlar el ejercicio de esa libertad decisoria. En cambio, en un sistema de corte continental, el peso de la construcción sistemática es mayor y conduce a una creación de decisiones racional y lógica basándose normalmente en un abanico muy amplio de normas y principios. Algunas de las teorías en torno al precedente son un ejemplo de ello.

B) EL PRECEDENTE Y LA CULTURA DE LA JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES

56. Aunque el precedente no predetermina un método jurídico concreto, introduce algunos cambios relevantes en la cultura jurídica. Con independencia de la perspectiva y del método que se adopte es innegable que el precedente tiene un fuerte valor argumentativo. De hecho, lo habitual es que los precedentes se sigan. Y, en los casos en que no se hace, hay que ofrecer un mínimo de argumentación, que exige una técnica de justificación de la decisión distinta de la referida a las normas escritas. Por ello, la toma de conciencia del valor jurídico de los precedentes se traduce, al menos, en dos consecuencias relevantes: en primer lugar, imprime o debería imprimir en el decisor la conciencia de la trascendencia de sus decisiones hacia el futuro. La cultura del precedente hace consciente al decisor de su cadena decisoria y de la importancia de la racionalidad y coherencia en su actividad. En segundo lugar, la flexibilidad en el seguimiento de los precedentes obliga a elaborar un razonamiento discursivo, rico, sobre las razones que, en un momento dado pueden llevar a justificar una solución distinta de la adoptada en el pasado. La exigencia de motivación en caso de apartamiento del precedente puede llevar a una aplicación más razonada y argumentada del Derecho, que conduciría a mejores decisiones y una mejor explicación de la forma en que nacen las soluciones jurídicas. De este modo se depura el debate jurídico y se hace más transparente. La correcta aplicación de la técnica del precedente introduce, así, una interesante cultura de la argumentación y la justificación de las decisiones que puede proyectarse sobre otros ámbitos del ordenamiento jurídico.

NOTAS

1. Abreviaturas utilizadas: CE: Constitución Española de 1978; cit.: citado; FJ: Fundamento Jurídico; LRJPAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común; núm.: número; p.: página; pp.: páginas; ss.: siguientes; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

2. Aleksander PECZENIK, "The binding force of precedent", en Neil MacCormick y Robert Summers (eds.), *Interpreting precedents: a comparative study*, Ashgate, Dartmouth, 1997, pp. 461-479, p. 461.

3. Al respecto, la obra monográfica pionera en España de José ORTIZ DÍAZ, "El precedente administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 24, 1957, pp. 75-115.

4. Sobre la idea de "autovinculación de la Administración" que sustituye al concepto de precedente administrativo en estos ordenamientos, ver, *ex multis*: Maximilian WALLERATH, *Die Selbstbindung der Verwaltung. Freiheit und Gebundheit durch den Gleichheitssatz*, Duncker & Humblot, Berlín, 1968 y Piera Maria VIPIANA, *L'autolimite della pubblica amministrazione, l'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Giuffrè Editore, Milano, 1990.

5. *Vide*: Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, "La doctrina del precedente administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 98, 1982, pp. 7-46; Silvia DÍEZ SASTRE, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

6. Una definición similar del precedente judicial en Alejandro NIETO GARCÍA, "Visión doctrinal de la jurisprudencia", en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 109-128, p. 113.

7. Al respecto, en lengua castellana: Victoria ITURRALDE SESMA, *El precedente en el Common Law*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 35 ss. (para el Reino Unido) y 139 ss. (para los Estados Unidos de América).

8. Sobre esta cuestión, Alejandro NIETO GARCÍA, "El precedente judicial en la doctrina del Tribunal Constitucional", en *Estudios jurídicos en honor de José Gabaldón López*, Trivium, Madrid, 1990, pp. 229-254.

9. Al respecto, de forma extremadamente persuasiva: Marina GASCÓN ABELLÁN, "Racionalidad y (auto) precedente. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente" (inédito).

10. Neil MACCORMICK, "The significance of precedent", *Acta Jurídica*, Juta & CO, LTD, Cape Town, 1998, pp. 174-187, p. 175.

11. Sobre las técnicas de apartamiento del precedente: Raimo SILTALA, *A theory of precedent*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2000, p. 73.

12. Sobre esta ventaja de la aplicación de los precedentes, Frederick SCHAUER, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el derecho y en la vida cotidiana*, trad. por Claudina Orunesu y Jorge Luis Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 238 ss.

13. Así lo define José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, "Sistema, tópica y argumentación en la metodología del Derecho administrativo actual", en *Panorama jurídico de las Administraciones Públicas en el siglo XXI. Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca*, MAP, INAP, BOE, Madrid, 2002, pp. 1281-1308, p. 1281.

14. En *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. por Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 437 ss. (para el sistema externo o abstracto-conceptual) y 465 ss. (para el sistema interno).

15. En *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, trad. por Mariano Bacigalupo Saggese, Javier Barnes, Javier García Luengo, Ricardo García Macho, Alejandro Huergo Lora, José María Rodríguez de Santiago, Blanca Rodríguez Ruiz, Germán Valencia y Francisco Velasco Caballero, INAP, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 2-3.

16. *Tópica y jurisprudencia*, trad. por Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 2007.

17. En este sentido, José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, "Sistema, tópica...", cit., p. 1289; y Juan Antonio GARCÍA AMADO, "Retórica, argumentación y derecho", *Isegoría*, núm. 21, 1999, pp. 131-147, p. 138.

18. Chaim PERELMAN, *Justice, law and argument*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht: Holland, Boston: USA, London: England, 1980, p. 129.

19. Sobre las diferencias entre tópica y teoría de la argumentación jurídica, Juan Antonio GARCÍA AMADO, "Retórica, argumentación...", cit., pp. 139 ss.

20. En este sentido, José GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 12ª ed. Revisada, Editorial Reus, Madrid, 1952, p. 119.

21. Así lo señala de forma crítica Francisco Javier LAPORTA SAN MIGUEL en relación con el precedente judicial: "Vindicación del precedente judicial en España", en *La vinculación del juez a la Ley, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, pp. 267-278, p. 274.

22. Crítico con esta simplificación conceptual, Alejandro NIETO GARCÍA, "El precedente judicial", en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Guadalajara, 1989, pp. 613-639, p. 614.

23. *Ex multis*: STC 125/1986, de 22 de octubre, FJ 2.

24. En este sentido, Neil MACCORMICK, *Legal reasoning and legal theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 14.

25. Sobre esta evolución, Silvia DÍEZ SASTRE, *El precedente*..., cit., pp. 226-238.

26. *Ibídem*, pp. 340-343.

27. *Idem*.

28. *Ibídem*, p. 267.

29. Al respecto, ver: Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, "La doctrina...", cit., *passim*; y Silvia DÍEZ SASTRE, *El precedente*..., cit., pp. 273 ss.

30. Sobre la estructura del principio de igualdad, Antonio TORRES DEL MORAL, "¿Qué igualdad?", *Revista de Derecho Público*, núm. 44, 1998, pp. 77-102, p. 87.

31. Silvia DÍEZ SASTRE, *El precedente*..., cit., pp. 251-252.

32. José María BAÑO LEÓN, "La igualdad como derecho público subjetivo", *Revista de Administración Pública*, núm. 114, 1987, pp. 179-195, p. 183.

33. Sobre la estructura de este principio y sus consecuencias jurídicas, Luis MEDINA ALCOZ, "Confianza legítima y responsabilidad patrimonial", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 130, 2006, pp. 275-326, pp. 299 ss.

34. Uno de los más relevantes es el trabajo de Neil MACCORMICK citado anteriormente: *Legal reasoning and legal theory, passim*.

35. Sobre estas funciones argumentativas del precedente, ver el completo trabajo de Leonor MORAL SORIANO: *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 125 ss., que se nutre de los postulados de las teorías de la argumentación jurídica.

36. Al respecto, Eduardo SODERO, "Sobre el cambio de precedentes", *Isonomía*, núm. 21, 2004, pp. 217-251, pp. 227 ss.

37. Marina GASCÓN ABELLÁN, "Racionalidad y...", cit.

38. Al respecto, Eberhard SCHMIDT-AßMANN, *La teoría*..., cit., pp. 27 ss.

39. Otto NASS, *Reforma administrativa y ciencia de la Administración*, trad. por C. Fernández de la Vega, Centro de formación y perfeccionamiento de funcionarios, Madrid, 1964, p. 240.

40. Por todas, la STC 181/2000, de 29 de junio.

41. Juan Antonio GARCÍA AMADO, "Retórica, argumentación...", cit., p. 138.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, "La doctrina del precedente administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 98, 1982, pp. 7-46.
DÍEZ SASTRE, Silvia, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Retórica, argumentación y derecho", *Isegoría*, núm. 21, 1999, pp. 131-147.
GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Racionalidad y (auto) precedente. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente", en esta misma obra.
GASCÓN Y MARÍN, José, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 12ª ed. Revisada, Editorial Reus, Madrid, 1952.
NIETO GARCÍA, Alejandro, NIETO GARCÍA, "El precedente judicial", en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Guadalajara, 1989, pp. 613-639; "El precedente judicial en la doctrina del Tribunal Constitucional", en *Estudios jurídicos en honor de José Gabaldón López*, Trivium, Madrid, 1990, pp. 229-254; Visión doctrinal de la jurisprudencia", en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 109-128.
ITURRALDE SESMA, Victoria, *El precedente en el Common Law*, Civitas, Madrid, 1995.
LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier, "Vindicación del precedente judicial en España", en *La vinculación del juez a la Ley, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, pp. 267-278.
LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. por Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 2001.
MACCORMICK, Neil, *Legal reasoning and legal theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978; "The significance of precedent", *Acta Jurídica*, Juta & CO, LTD, Cape Town, 1998, pp. 174-187.
MEDINA ALCOZ, Luis, "Confianza legítima y responsabilidad patrimonial", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 130, 2006, pp. 275-326.
MORAL SORIANO, Leonor, *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
NASS, Otto, *Reforma administrativa y ciencia de la Administración*, trad. por C. Fernández de la Vega, Centro de formación y perfeccionamiento de funcionarios, Madrid, 1964.
ORTIZ DÍAZ, José, "El precedente administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 24, 1957, pp. 75-115.
PECZENIK, Aleksander, "The binding force of precedent", en Neil MacCormick y Robert Summers (eds.), *Interpreting precedents: a comparative study*, Ashgate, Dartmouth, 1997, pp. 461-479.
PERELMAN, Chaim, *Justice, law and argument*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht: Holland, Boston: USA, London: England, 1980.
RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, "Sistema, tópica y argumentación en la metodología del Derecho administrativo actual", en *Panorama jurídico de las Administraciones Públicas en el siglo XXI. Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca*, MAP, INAP, BOE, Madrid, 2002, pp. 1281-1308.
SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el derecho y en la vida cotidiana*, trad. por Claudina Orunesu y Jorge Luis Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2004.
SCHMIDT-AßMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, trad. por Mariano Bacigalupo Saggese, Javier Barnes, Javier García Luengo, Ricardo García Macho, Alejandro Huergo Lora, José María Rodríguez de Santiago, Blanca Rodríguez Ruiz, Germán Valencia y Francisco Velasco Caballero, INAP, Marcial Pons, Madrid, 2003.
SILTALA, Raimo, *A theory of precedent*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2000.
SODERO, Eduardo, "Sobre el cambio de precedentes", *Isonomía*, núm. 21, 2004, pp. 217-251.
TORRES DEL MORAL, Antonio, "¿Qué igualdad?", *Revista de Derecho Público*, núm. 44, 1998, pp. 77-102.
VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, trad. por Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 2007.
VIPIANA, Piera María, *L'autolimite della pubblica amministrazione, l'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Giuffrè Editore, Milano, 1990.
WALLERATH, Maximilian, *Die Selbstbindung der Verwaltung. Freiheit und Gebundheit durch den Gleichheitssatz*, Duncker & Humblot, Berlín, 1968.

Fecha de recepción: 16 de mayo de 2011
Fecha de aceptación: 4 de noviembre de 2011

A DIAGNOSIS OF SPANISH CRIMINAL POLICY AND SOME REMEDIES

RESUMEN

El trabajo comienza preguntándose por los factores sociales y políticos que puedan explican la insatisfactoria y volátil situación político-criminal en la que nos encontramos. A continuación pretende desenmascarar algunos lugares comunes frecuentemente utilizados para justificar decisiones político-criminales poco fundamentadas. Sigue con la exposición de varios referentes valorativos que permitirían recuperar la coherencia ideológica y pragmática en esta materia. Y finaliza atendiendo a un par de tareas que se revelan especialmente urgentes.

PALABRAS CLAVE

Agentes sociales y políticos. Inclusión social. Modernización de la justicia. Política criminal. Políticas públicas. Sistema de penas.

ABSTRACT

The work begins by asking what social and political factors might explain the unsatisfactory and volatile political-criminal situation we find ourselves in. We then expose some clichés often used to justify somewhat unsubstantiated political-criminal decisions. The work moves on to show various evaluative references that would enable us to regain an ideological and pragmatic coherence in the subject. We end by addressing a couple of tasks that reveal themselves to be particularly urgent.

KEY WORDS

Social and political actors. Social inclusion. Modernisation of Criminal Justice. Criminal policy. Public policy. Punishment or sentencing system.

UN DIAGNÓSTICO Y ALGUNOS REMEDIOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL ESPAÑOLA

José Luis Díez Ripollés
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Málaga

Sumario: 1. Introducción. 2. Los fenómenos sociales de base. 3. Las inconsistencias de la actual política criminal. 4. La recuperación de sus fundamentos. 5. Las tareas más urgentes.

1. INTRODUCCIÓN

La política criminal lleva más de dos décadas constituyendo un tema de intenso debate en la sociedad española. Ello ha originado un buen número de iniciativas políticas encaminadas a renovar la justicia penal.

Todavía no hace muchos años que el viejo código penal de 1848, tan reiteradamente remendado, fue sustituido por un nuevo código penal, el de 1995. Nunca antes, pese a las persistentes insuficiencias, la administración de justicia penal había sido sometida a un proceso de modernización como el que está experimentando desde hace al menos dos lustros. También disponemos de un sistema penitenciario que, bien regulado desde los inicios de la democracia, opera mayoritariamente en instalaciones de nueva planta, lo que le ha permitido convertirse en uno de los mejor equipados del continente europeo.

Sin embargo, todos esos esfuerzos no han logrado disipar una sensación generalizada de insatisfacción por los resultados obtenidos, con propuestas muy dispares sobre cuál deba ser el camino a seguir. En la dinámica política ello ha terminado desembocando en una febril y atolondrada actividad legislativa, que ya ha producido cerca de tres decenas de reformas del código penal en 15 años, sin contar las numerosas modificaciones normativas y organizativas en todos los sectores relacionados con la justicia penal.

En las reflexiones que siguen pretendo llamar la atención sobre un conjunto de factores sociales y políticos que pueden explicar la situación en la que nos encontramos, para luego argumentar las líneas por las que debería transitar una política criminal coherente, que hoy se echa en falta. Finalmente apunto algunas de las tareas más urgentes a desarrollar.

2. LOS FENÓMENOS SOCIALES DE BASE

Puede afirmarse con fundamento que España disfruta de una *baja tasa de criminalidad*, de las menores de Europa occidental; región, a

su vez, que presenta uno de los mejores datos a nivel mundial.

Antes de que nuestras estadísticas policiales sobre delincuencia se convirtieran lamentablemente en un instrumento inservible[1], nuestro país figuraba con una de las tasas más bajas de Europa occidental[2]. En cuanto a su evolución en la última década, se registraba una moderada tendencia al alza que parece haberse atenuado en los últimos años[3].

Una imagen semejante se obtiene de las encuestas de victimización, con España situada en el último lugar en la tasa de prevalencia o victimización de los 18 países de la Unión Europea en los que se midió esa tasa en 2004[4]. En cuanto a la evolución, podemos apreciar que la citada tasa, referida a experiencias de los últimos cinco años, muestra desde 1989 hasta 2008 un fuerte descenso, mientras que si la referencia es a experiencias en el último año tanto la tasa de prevalencia como la de incidencia o frecuencia descienden fuertemente de 1989 a 2005 y ascienden ligeramente entre esa fecha y 2008[5].

Al mismo tiempo nuestro control penal se asienta, desde mediados de los años 90 del pasado siglo, sobre un *uso desmesurado de la pena de prisión*, lo que se ha acentuado en los últimos años. El problema no reside en que condenemos mucha gente a prisión, algo que sería incoherente con nuestras bajas tasas de criminalidad, sino en que los internos pasan mucho tiempo en ella, debido a la excesiva duración de nuestras penas privativas de libertad[6] y al limitado uso que hacemos de medidas de excarcelación anticipada[7]. Ello ha hecho que hayamos alcanzado recientemente la excelencia punitiva en Europa occidental: Nuestra tasa de encarcelamiento, de 163 internos por cada 100.000 habitantes, es la mayor de todos los países del occidente europeo, y dentro de los grandes países de Europa occidental sólo guarda alguna semejanza con Inglaterra y Gales —150/100.000—, en contraste con Italia —113/100.000—, Francia —96/100.000— o Alemania —88/100.000—[8].

Los *agentes sociales* encargados de operar el control penal tienen un *crédito social* muy *diferenciado*: en clara contraposición con lo que sucedía en los últimos años de la dictadura y en los primeros de la transición a la democracia, las diversas policías gozan de un importante crédito, que las sitúa entre las instituciones más valoradas del país. En contrapartida, la administración de justicia, al igual que la administración penitenciaria, suscitan muy escasa confianza, siendo de las instituciones peor valoradas de nuestro sistema político. En una reciente encuesta sobre la confianza que merecían a nuestros ciudadanos las citadas instituciones, el 80% declaraba confiar mucho o bastante en la policía, algo menos del 40% tenía el mismo sentimiento respecto a la administración de justicia, y la administración penitenciaria no superaba el 34%[9].

La delincuencia es objeto de una continua y destacada *atención mediática*. Resulta habitual que las noticias sobre comportamientos delictivos ocupen, junto con los sucesos, las primeras planas y los titulares de todos los medios de comunicación[10]. Aunque, afortunadamente, no experimentamos un auge de los medios sensacionalistas equiparable al de otros países cercanos, en contrapartida los medios serios y de referencia están fuertemente contaminados por la tendencia a primar este tipo de informaciones. Los efectos de esta transformación de las prioridades informativas son socialmente ambivalentes: por un lado, tienen un estimable papel preventivo-integrador, puesto que fomentan la interiorización de las normas jurídico-penales entre la población. Por otro lado, sin embargo, producen importantes distorsiones cognitivas, tanto sobre la auténtica realidad delincuencial[11] como sobre el real funcionamiento de las instituciones encargadas del control penal, con directas repercusiones en la posterior adopción de decisiones político-criminales. En ocasiones, el conveniente escrutinio de las actividades de alguna de estas instituciones deriva en actitudes en exceso sesgadas y desacreditadores de su modo de operar[12].

Han surgido *grupos de presión de víctimas* con influencia real y determinante en el pro-

ceso de toma de decisiones legislativas y, más difusamente pero con efectos semejantes, en los procesos de decisión judicial y de ejecución de penas[13]. Estos grupos pueden responder a intereses muy diversos, pero en la actualidad destacan especialmente los de carácter feminista, los de víctimas del terrorismo o los ligados a la delincuencia de menores de edad. Su influencia se ha dejado sentir con nitidez en la reiterada expansión de la reacción penal contra la violencia doméstica o en la pareja, transformada en violencia de género, en la continuada ampliación de los preceptos penales relativos a terrorismo y en el endurecimiento del régimen penitenciario aplicable a los condenados por esos delitos, y en las sucesivas reformas de la ley penal del menor que casi han terminado por desnaturalizarla. Ello ha dado origen a una notable pérdida de equilibrio entre los grupos de presión habitualmente concurrentes en el diseño e implantación de la política pública penal: No sólo han desaparecido movimientos sociales que ejercían un significativo contrapeso a los intereses de las víctimas como, por ejemplo, las organizaciones de presos orientadas a velar por sus derechos, sino que los grupos de presión constituidos por expertos operadores del sistema, con la excepción de las policías, han perdido protagonismo.

Los *agentes políticos* están realizando un aprovechamiento oportunista de la visibilidad de la delincuencia en el discurso social, incorporando atolondradamente a sus agendas todo tipo de propuestas político-criminales irreflexivas. La política criminal constituye, todavía más que la política financiera, el sector de de las políticas públicas en donde las diferencias ideológicas y programáticas entre los diferentes partidos políticos más se han difuminado. En gran medida las decisiones que se adoptan se basan en análisis de la realidad social sobre la que se pretende incidir y de los efectos que se van a producir extremadamente superficiales, estando realmente condicionadas por el eco que ellas puedan tener entre los que se arrogan la representatividad de la opinión pública. En consecuencia, tienen un cariz inequívocamente populista al ser su objetivo, implícito pero predominante, la obtención de inmediatos apoyos a su desempeño político o de réditos electorales.

Un ejemplo procedente de la izquierda política mayoritaria, en donde estas actitudes resultan más sorprendentes, es la campaña de la oposición socialista entre los años 2001 a 2003, basada en alegar, con escaso fundamento pero clara intención socavadora de la credibilidad del gobierno de la derecha política, que la delincuencia se había disparado en nuestro país[14]. La campaña, con amplio eco inicial en medios afines y luego en el resto de los medios, tuvo unos nefastos resultados en las reformas del código penal que tuvieron lugar en 2003, apoyadas por ambos partidos mayoritarios.

Otro buen ejemplo es la lamentable pugna entre los dos grandes partidos, en especial entre los años 2008 y 2010, y a la que se terminaron incorporando el resto de fuerzas políticas, por capitalizar la indignación social suscitada por el llamado "caso Mari Luz", que permitió al portavoz de la familia de la víctima obtener reiteradas entrevistas y contactos al más alto nivel político, mociones parlamentarias ad hoc, y ofertas, alguna aceptada, de cargos relevantes en partidos políticos.

Sin embargo, ilustra saber que las actitudes sociales, medidas empíricamente, se resisten a colocar a la delincuencia en el primer plano de la agenda social.

Por una parte, los *sentimientos de inseguridad* de la población, calibrados mediante encuestas del CIS, no son capaces de colocarse entre los tres primeros problemas personales más importantes, salvo periodos muy pasajeros conectados a ciertas campañas políticas[15]. Y las encuestas de victimización indican que un 66% de los ciudadanos se siente seguro caminando sólo por su barrio de noche, existiendo sólo un 9% de personas que no se atreven a salir o lo hacen sintiéndose muy inseguras; asimismo, un 89% de los ciudadanos se siente seguro en casa de noche estando sólo, y solamente un 1,4% se siente muy inseguro[16].

Por otra parte, nuestros ciudadanos tienen, mayoritariamente, unas *actitudes punitivas*

muy moderadas. Eso se refleja con claridad cuando se deslinda entre sus percepciones sobre la delincuencia, influidas sin duda por el discurso que se desenvuelve primordialmente en los medios de comunicación, y sus opiniones sobre cómo debieran resolverse ciertos supuestos delictivos concretos:

Así, un 90% piensa, en contraste con la realidad, que la delincuencia ha aumentado mucho o bastante en nuestro país en los últimos años, y más de un 85% piensa que las penas en nuestro país son blandas, muy blandas o inapropiadas.

Ahora bien, cuando les confrontamos, por ejemplo, con determinado robo en una vivienda llevado a cabo por un reincidente y les preguntamos por la pena que impondrían, observamos que son notablemente menos rigurosos de lo que es ya nuestro código penal. Mientras que en la práctica jurisdiccional esa conducta se castigaría con una pena de prisión de alrededor de tres años, sólo un 21% de nuestros ciudadanos creen correcto imponer una pena de prisión por ese comportamiento, y el 87% de quienes así opinan impondría una pena inferior a tres años[17].

Los *expertos y operadores* del control penal, además de estar en su gran mayoría desacreditados socialmente[18], o precisamente por eso, han devenido *irrelevantes*. A ello ha contribuido, sin duda, el arrinconamiento y ninguneo al que los agentes políticos, los medios de comunicación y los grupos de presión no expertos les han sometido para que no entorpezcan sus intereses o modos de actuar. Pero existen algunos otros motivos: En especial, su incapacidad para insertar su pericia o experiencia dentro de las actuales condiciones del debate público y político, de modo que puedan orientar su evolución hacia metas razonables. A este respecto llama la atención la ausencia de grupos de presión con suficiente capacidad de influencia[19]. Tampoco puede ignorarse la facilidad con que expertos y operadores son atraídos a la esfera de influencia de los detentadores del poder político o mediático, hasta el punto de que son en gran medida fagocitados por ellos: En el mejor de los casos asumen posturas marcadamente posibilistas, que se conforman con matizar líneas de argumentación y actuación previamente establecidas por esos poderes; en el peor de los casos acaban convirtiéndose en mera comparsa que da lustre técnico y aparente legitimación a decisiones político criminales que no comparten pero tampoco discuten[20].

3. LAS INCONSISTENCIAS DE LA ACTUAL POLÍTICA CRIMINAL

La *correlación* convencionalmente establecida entre el *volumen* e intensidad del *control penal* y el *volumen* y gravedad de la *delincuencia* a la que controlar no corresponde a la realidad de los hechos. Sin negar que una mayor presencia de conductas delictivas necesariamente haya de intensificar la reacción de los poderes públicos encargados de enfrentarlas, lo cierto es que los rasgos fundamentales de un sistema de control penal no se explican principalmente por el número y tipo de delincuencia del que tiene que ocuparse. La configuración del control penal en un determinado país es en gran medida producto de decisiones políticas previas sobre cómo debe ejercerse, y sólo más tarde ese modelo se acomodará, limitadamente, a las necesidades reales de la lucha contra la delincuencia[21].

Esta secuencia, además de corresponder con la realidad, no ofrece problemas de legitimación a la actuación de los poderes públicos: La reducción de la delincuencia es una política pública más, que está condicionada, no sólo por la realidad a afrontar sino aun más por los principios a respetar en las intervenciones sociales y los medios socialmente asumibles de obtención de objetivos colectivos, entre otras variables. Pero lo que no es legítimo es hacer pasar determinadas prácticas o determinados resultados como consecuencia inevitable de una realidad que, sin embargo, permite otras aproximaciones a ella.

Un buen ejemplo de esa desconexión entre realidad delictiva y control penal es la situación

político criminal española: Una baja tasa de criminalidad presente, en términos comparativos con el resto de países europeos, desde hace décadas ha dado lugar en un breve espacio de tiempo a una tasa de encarcelamiento que se coloca en el primer lugar de Europa occidental. No parece convincente que la razón de ese aumento haya sido anticiparse a un previsto crecimiento de la tasa de criminalidad. Todo indica que es fruto de una opción política que ha decidido hacer girar el sistema de control penal sobre un empleo masivo de la pena de prisión.

No es cierto que los *agentes políticos* se vean *forzados a desarrollar una política criminal rigurosa* porque las demandas populares y mediáticas no les dejan otra alternativa. Muy al contrario, son los agentes políticos los auténticos conformadores de la agenda político-criminal.

Estudios solventes han mostrado la dependencia que tienen los medios de comunicación de la información, o falta de información, suministrada por fuentes oficiales, la cual constituye el grueso del material con el que luego elaboran sus productos[22]. En directa relación con la política criminal tenemos en España buenos ejemplos en ambos sentidos: Se ha convertido en una práctica habitual que policía o fiscalía, con mucha frecuencia dirigidas desde los órganos centrales, convoquen a los medios para dar cuenta de aquellas actuaciones que les interesa publicitar, incluso antes de hacer llegar a los jueces los atestados, querellas u otros documentos pertinentes. En sentido contrario, el Ministerio del Interior desde 2007, al que se ha unido luego el Departamento de Interior de Cataluña, practican una política de oscurantismo, cuando no de interesada incompetencia, a la hora de elaborar y facilitar los datos relativos a las estadísticas policiales de la delincuencia[23]. Logran así que sea imposible realizar análisis independientes de unos datos que ellos presentan con el formato, limitaciones y sesgos, y en el momento, que les parecen más convenientes a sus inmediatos intereses políticos.

Es una experiencia repetida la interesada banalización del debate público sobre la delincuencia y la reacción a ella que promueven los agentes políticos: Sabedores de la repercusión que muchos de estos asuntos tienen en las preocupaciones populares, los utilizan con frecuencia como cortina de humo que vela otros temas más comprometidos para su desempeño político. A ello añaden su adhesión a aproximaciones vulgares, que se pretenden hacer pasar como de sentido común, para el abordaje de la delincuencia, desdeñando análisis más elaborados que les colocarían ante tareas más difíciles de ejecutar. Así, construyen una agenda desproporcionadamente enfocada en problemas, reales o aparentes, en los que se puede contar fácilmente con el apoyo popular, y para cuya solución se pueden adoptar medidas de escaso rigor técnico pero abundante provecho electoral.

A la búsqueda de este último efecto coadyuva, a no dudar, el empleo de los grupos de presión de víctimas como agentes encubiertos de los grupos políticos, que las utilizan como fuerzas de choque que les allanan el camino hacia la obtención de sus objetivos electorales. Conocedores de su capacidad de arrastre y movilización de los sentimientos públicos, asumen acríticamente muchos de sus planteamientos y legitiman sus propuestas por anticipado, de forma que resulta difícil prácticamente, o costoso en términos de imagen, que otros agentes sociales cuestionen sus argumentos y presenten otras alternativas.

El protagonismo en la conformación de la agenda político criminal exige a las fuerzas políticas, además, un estricto control de los operadores del control penal, al ser éstos quienes más intuitivamente, debido a su estrecho contacto con la realidad delictiva, pueden cuestionar con argumentos de experiencia sus propuestas. Esta necesidad es uno de los motivos, entre otros, que ha llevado a los agentes políticos a aplicarse en sus esfuerzos por socavar el prestigio de la administración de justicia. A estos fines, los continuados avances en la pérdida de autonomía del poder judicial, enmarcados dentro de un movimiento de más amplio calado destinado a acabar con la división de poderes del Estado democrático[24], ha supuesto una gran ayuda; la llamada politización de los ór-

ganos del dirección del poder judicial y, como consecuencia de ello, de numerosos nombramientos relevantes en el ámbito de la jurisdicción está privando aceleradamente de credibilidad a muchas decisiones judiciales. A ello se une la incapacidad de los partidos políticos para aislar a la administración de justicia de sus contiendas, lo que origina, por un lado, un persistente descrédito de la pericia judicial, de forma que las decisiones judiciales se equiparan a las decisiones de naturaleza política. De ahí que no extrañe que una de las corrientes de fondo común a todas las reformas penales de los últimos años sea el progresivo vaciamiento de la discreción judicial[25].

La *criminalización de las políticas públicas*, esto es, la idea de que la resolución de cualquier problema o conflicto social debe conducir, tarde o temprano, a penar, o reforzar la punición, de los comportamientos que lo originan, constituye otra de las inconsistencias de la actual política criminal. Creencias semejantes ignoran los abundantes instrumentos de intervención y asistencia social que suelen estar a disposición de las sociedades desarrolladas, y reducen en último término toda política pública a una política de orden público[26]. Abundantes decisiones político criminales de los últimos años presentan rasgos claros de este enfoque, como la punición del impago de pensiones, la conversión en delito de la violencia doméstica y de pareja leve, el endurecimiento del sistema penal juvenil, o la expansión de los delitos contra la seguridad vial, entre otros supuestos.

En realidad, esta simplificación de las políticas, que algún autor ha caracterizado como el "gobierno penal"[27], no es más que una renuncia en toda regla a desarrollar el estado del bienestar, con una batería de efectos negativos entre los que me gustaría citar ahora dos de ellos:

La pretensión de resolver una buena parte de los problemas sociales mediante el uso frecuente e intensivo de los medios más rigurosos de coacción estatal desencadena o amplifica fenómenos de exclusión social de un número cada vez mayor de personas y colectivos; ello va a dificultar necesariamente los intentos por garantizar la estabilidad e integración sociales, al generar nuevos problemas más graves, cuando no a empeorar aquellos que están en el origen de esa política.

Al mismo tiempo, la sobrecarga del sistema penal a que esa estrategia política da lugar termina desnaturalizando al propio sistema, que ha de renunciar a perseguir fines hasta entonces asumidos como propios y sustituirlos por otros no siempre bien fundamentados. Al final, la paralización del sistema penal, más allá de su transformación, amenaza a la vuelta de la esquina.

4. LA RECUPERACIÓN DE SUS FUNDAMENTOS

El encauzamiento de la política criminal hacia vías mejor fundamentadas exige la recuperación de la coherencia ideológica en los agentes sociales determinantes de su configuración. Lo que supone tomar postura sobre una serie de cuestiones previas, de las que voy a citar dos de las más importantes.

La *política criminal* es *una más en el conjunto de las políticas públicas* y, en consecuencia, debe guardar correspondencia con los objetivos generales perseguidos por los pertinentes programas políticos. O dicho de otro modo, no puede funcionar como un instrumento de agitación política y social, con la misión primordial de desgastar al adversario o de originar desplazamientos masivos de votos, de forma que su contenido quede al albur de inmediatos intereses electorales.

Su inserción en programas políticos coherentes implica que se fijen con claridad los objetivos perseguidos y los medios que se van a utilizar para su consecución. Precisamos saber, en primer lugar, si la erradicación de determinados comportamientos delictivos o incluso de la delincuencia en general es un objetivo que se considera que está al alcance, o si hay que conformarse con reducir la frecuencia y/o gravedad de ciertas conductas delictivas o del

conjunto de la delincuencia, y en qué medida.

Por otra parte, asumido uno u otro de esos objetivos, surge un interrogante que marcará ineludiblemente los modos de intervención a escoger y las consecuencias que podrán generar en la estructura social: Si las intervenciones sociales político-criminales se ven como un vector de transformación social o simplemente como un instrumento de mantenimiento del *status quo*.

También resulta determinante conocer la importancia otorgada a la obtención del objetivo escogido: Si tiene prioridad, y se está dispuesto a lograrlo a casi cualquier coste, se nos ha de informar de, p.e., en qué medida su persecución se estima compatible con un estricto respeto de los vigentes principios del estado de derecho o si estos en algún grado han de ser reformulados, así como sobre los recursos económicos que se van a consignar. Si, por el contrario, este objetivo es uno más entre otros, se han de suministrar datos suficientes sobre la seriedad del compromiso asumido.

La respuesta a todas estar preguntas no puede ser retórica. La opción por una u otra de las alternativas reseñadas tiene repercusiones de relevancia en el conjunto de las políticas públicas, a las que afectará en diversa medida.

Por centrarnos en el segundo de los asuntos mencionados, la contraposición entre una política criminal vista como agente de transformación social o como mecanismo estabilizador de la actual estructura social se incardina en un debate social de mayor proyección: El grado en que la *dimensión inclusión social / exclusión social* de los integrantes de la sociedad ha de jugar un papel protagonista en la configuración de cualesquiera políticas públicas.

Aplicado al ámbito de la política criminal, esa dicotomía conlleva modos de proceder sustancialmente distintos. Si, para explicarlo de modo contundente, nos centramos en quienes ya tienen una condena sobre sus espaldas, una política criminal incluyente pretende mejorar o, al menos, no empeorar las condiciones individuales y sociales para vivir conforme a la ley del que ha estado sometido a la ley penal como consecuencia de su conducta delictiva; eso exige fomentar medidas de intervención social integradoras al igual que medidas de intervención individual resocializadoras. Si, por el contrario, se opta por un enfoque excluyente o, más frecuentemente, por uno que se desentiende de las necesidades de inclusión social, lo que se intenta asegurar es que el sujeto tras la condena se encuentre en condiciones individuales y sociales en las que le resulte más difícil delinquir o no ser descubierto; ello atrae medidas de intervención social segregadoras de ciertos colectivos, y medidas de intervención individual inocuizadoras.

A mi juicio el enfoque incluyente garantiza una reducción de la criminalidad a medio y largo plazo, mientras que el segundo fomenta la generación de ella en los mismos plazos. Por lo demás, la alternativa de inclusión social se vincula al bienestarismo social, y se enmarca, por ello, en el proyecto político de edificar un estado y sociedad del bienestar.

En cualquier caso nuestros gobernantes, y singularmente en estos momentos el socialismo en el poder, nos deben una explicación. Tenemos derecho a saber si la política criminal sigue siendo un sector de las políticas públicas, a formular en coherencia con la ideología que inspira el abordaje de los problemas sociales a las diferentes fuerzas políticas, o si se ha incorporado al acervo de maleables estrategias a utilizar, según las circunstancias, en la lucha política.

Incluso si se nos responde lo primero, muchos necesitamos saber si el socialismo gobernante, y la izquierda en general, han llegado a la conclusión de que en política criminal no caben alternativas y que, como parece que creen con otras políticas públicas, no hay opciones frente a una política criminal populista y socialmente excluyente.

5. LAS TAREAS MÁS URGENTES

Entre las labores más urgentes a emprender por un programa político-criminal coherente

con los actuales principios y necesidades sociales está una *reforma sustantiva y ejecutiva de nuestro sistema de penas.* Creo que no es exagerado afirmar que la configuración y práctica de nuestro actual sistema de penas padece de tres males básicos, que lo hacen anticuado, injusto e ineficiente[28].

Nuestro sistema de penas es *anticuado* por descansar de un modo desproporcionado en la pena de privación de libertad y no haber sido capaz de desarrollar hasta el momento, a diferencia de la mayoría de los países de nuestro entorno, un cuadro de sanciones diversas a la de prisión que funcione de forma efectiva y convincente. Probablemente hemos llegado a esta anómala situación porque las demandas de renovación de nuestro sistema de penas, a veces formalmente atendidas mediante reformas legales, han procedido siempre de sectores expertos, mientras que otros agentes sociales y políticos, deslumbrados por la poderosa imagen carcelaria, nunca las han acabado de asumir ni de legitimar.

La pena de multa, pese a contar con una regulación acertada en líneas generales, se impone y ejecuta de un modo extremadamente defectuoso y constituye, me atrevo a decir, la gran falla de nuestro sistema de penas: Las cuantías que se imponen suelen ser indiscriminadamente bajas[29], en todo caso difícilmente corresponden a un previo análisis, como exige la ley, de los ingresos económicos del culpable, y su satisfacción efectiva deja mucho que desear. Si nos preguntamos por las causas de esta situación, surge una combinación de rutinas judiciales, en las que dedicar un tiempo significativo a la correcta determinación de la pena no forma parte del quehacer del juzgador, y, en menor medida, de falta de medios personales y materiales para proceder a esa determinación y posterior ejecución. Mientras la pena de multa no se acredite prácticamente como una reacción penal seria y útil, resulta vano dedicar esfuerzos a una reforma legal imprescindible, y que habría de convertir a la pena de multa en la única prevista para un gran número de delitos, en contraste con la regulación vigente donde es frecuente que acompañe a otras penas, de forma especial e incongruente a la de prisión.

Significativas reflexiones se podrían hacer, igualmente, sobre la pena de trabajos en beneficio de la comunidad que, introducida en el código penal de 1995 casi testimonialmente dado su limitado ámbito de aplicación, ha ido ganando espacio con diversas reformas legales posteriores. Sin embargo, su ejecución ha tropezado de bruces con la penosa realidad de nuestro sistema de ejecución de penas extrapenitenciario. Resulta duro reconocer que, aparentemente, lo que mejor caracteriza a esta pena en la actualidad es su proclividad a prescribir: El incremento del número de supuestos en que se impone tras las recientes reformas, unido a la escasez de recursos personales y materiales de la administración penitenciaria[30], y la reluctancia de muy diversas instituciones a facilitar plazas que doten de contenido a esta pena han llevado a esta insatisfactoria situación.

Por otra parte, el desarrollo que, aprovechando determinados avances tecnológicos, están adquiriendo nuevas penas o penas tradicionales reconfiguradas, y cuyas prestaciones están siendo objeto de detenida consideración en otros ordenamientos jurídicos, en nuestro país se ve lastrado por el protagonismo de la pena de prisión. Ese es el caso, en primer lugar, de la pena de control electrónico: Nacido el control electrónico como un instrumento para controlar mejor el cumplimiento de medidas cautelares personales, del sistema de prueba de la suspensión de la pena, o del respeto de las exigencias del tercer grado o la libertad condicional, se está transformando cada vez más en una pena principal que ocupa un lugar ventajoso frente a la prisión en condenas de gravedad moderada. Nada de esto sucede en nuestro país, donde solo la privación de libertad parece reunir los componentes aflictivos necesarios para ese tipo de comportamientos[31].

Lo que ha ocurrido con la pena de libertad vigilada es todavía más sintomático. En lugar de estructurarse como una pena que pudiera ocupar el lugar de la pena de prisión en supuestos de gravedad escasa[32], posibilidad que

se da en otros ordenamientos, se ha decidido utilizar para reinstaurar el peligrosismo en nuestro derecho penal. La reforma de 2010 del código penal la ha transformado en una pena adicional, a cumplir una vez que el condenado ha satisfecho la pena de prisión, por un periodo que puede llegar hasta los 10 años, y cuya justificación, a juzgar por el contenido asignado a la pena, gira esencialmente en torno a la persistente peligrosidad que se atribuye de modo general a personas que cometan determinados delitos, singularmente sexuales y terroristas, y a la necesidad de asegurar su neutralización una vez puestos en libertad. Estamos ante una palmaria manifestación de la ideología de la exclusión social en el abordaje de la delincuencia que, además de emplear arquetipos y generalizaciones escasamente fundamentados sobre el futuro comportamiento de ciertos delincuentes[33], supone el paladino reconocimiento de que el sistema penitenciario no está en condiciones de lograr lo que es uno de sus principales fines constitucionales, la reeducación y reinserción social de los delincuentes. No vamos a considerar, por otro lado, los riesgos que una pena como esta tiene de expansión a supuestos cada vez más amplios y menos justificados.

Sin embargo, mientras arrastramos los pies cuando se trata de innovar en penas que reduzcan el peso de la prisión en nuestro sistema penal, tienen fácil acceso a nuestro catálogo de penas nuevas versiones de privación de libertad, como la recientemente ampliada localización permanente, ya sin tapujos transformada, dada su extensión y posible lugar de cumplimiento, en una recuperación del antiguo arresto mayor[34].

Nuestro sistema de penas es además *injusto*, porque la omnipresente pena de prisión se utiliza de una manera innecesariamente rigurosa. Frente a lo que se suele creer, no tenemos altas tasas de encarcelamiento porque condenemos a muchos ciudadanos a una pena de cárcel: el volumen de condenas producido por nuestro sistema penal resulta moderado en comparación con otros países[35]. Lo que sí hacemos es tener a las personas condenadas mucho tiempo en la cárcel.

Ello se debe, por un lado, al continuo incremento de la duración de las penas de prisión previstas para las diversas infracciones delictivas y, por otro, al incesante endurecimiento del régimen penitenciario. El código penal de 1995 supuso una significativa inflexión en ese sentido, no sólo por la supresión de beneficios penitenciarios prácticamente automáticos como la redención de penas por el trabajo, sino también por la constatable elevación de las penas de prisión en delitos de gravedad media o baja pero de frecuente comisión. La senda abierta por el nuevo código penal ha sido remachada una y otra vez por sucesivas reformas que han tenido lugar desde entonces. De especial importancia fueron las acaecidas en 2003, con un endurecimiento generalizado del régimen penitenciario de modo que se dificulta o retrasa la obtención del tercer grado y la libertad condicional aparte de otros beneficios penitenciarios[36], y con una ampliación de los supuestos en que se puede acordar la prisión provisional[37], entre otras decisiones rigurosas. Por si fuera poco, un Tribunal supremo medroso, incapaz de resistir las presiones políticas y mediáticas, introdujo en 2006 nuevos criterios de cómputo de la acumulación de penas que, aparte de constitucionalmente discutibles, tienen unos notables efectos en la prolongación de las condenas de delitos enjuiciados bajo la vigencia del código penal anterior[38].

La reforma de 2010 contiene medidas que pueden tener una clara incidencia en el acortamiento de las estancias en prisión, como la reducción de los supuestos en que no se puede aplicar el tercer grado hasta transcurrida la mitad de la condena, o la posibilidad de rebajar las penas en los delitos menos graves de drogas. Pero sigue siendo otro ejemplo de la compulsiva tendencia a elevar la duración de las penas de prisión en la delincuencia tradicional, en este caso singularmente a través de la elevación de los límites mínimos de pena de los delitos sexuales, entre otros, y del establecimiento de agravaciones generalizadas para supuestos de codelincuencia[39].

Lo cierto es que, por estos y otros motivos semejantes, la estancia media en las prisiones españolas duplica o triplica las cifras promedio europeas, la libertad condicional como última fase del cumplimiento de la pena de prisión se aplica en unos porcentajes extremadamente bajos[40], el grado de hacinamiento en la mayoría de nuestras prisiones no puede ser contrarrestado por una frenética actividad constructora de nuevos establecimientos, única en Europa occidental[41], y los renovados esfuerzos de la administración penitenciaria por expandir las ofertas de tratamiento y resocialización tropiezan una y otra vez con la testaruda realidad de un país que parece decidido a mantener a un significativo sector de su población, casi dos personas cada mil, entre rejas.

Nuestro sistema de penas es, finalmente, *ineficiente*. Parte de un obsoleto análisis de cuáles sean los bienes personales susceptibles de privación o reducción por la condena que tienen capacidad para lograr los fines pretendidos con la pena.

Dejemos fuera las metas resocializadoras, sobre las que no precisa argumentarse que el uso expansivo de la prisión tiene efectos contraindicados. Descartemos igualmente la meta de inocuizar o neutralizar a los delincuentes mediante el simple expediente de mantenerlos en prisión el mayor tiempo posible: No podemos, ni ética ni económicamente, internar de manera prolongada o prácticamente indefinida a un número cada vez mayor de nuestros ciudadanos por el mero hecho de que, habiendo cometido un delito, temamos que vuelvan a cometer otro.

Si concentramos nuestra atención en la pretensión de disuadir al delincuente, a potenciales delincuentes o a la sociedad en general de que cometan delitos, la amenaza de privar de libertad a quien delinca no es necesariamente la mejor opción. El estado social y del bienestar que, con todas sus imperfecciones y eventuales retrocesos, se ha ido afianzando en las últimas décadas en España, ha generado una sociedad de consumo y promocional en la que el catálogo de bienes ciudadanos sobre los que se puede legítimamente intervenir a efectos disuasorios del delito está lejos de limitarse a la libertad ambulatoria.

La sociedad española se encuentra en el grupo de cabeza de las sociedades más desarrolladas y ricas del planeta, lo que supone que, con todas las desigualdades que sin duda existen, una gran parte de nuestros ciudadanos acceden a bienes económicos de cierta importancia o, dicho de otro modo, tienen algo que perder si se actúa sobre su patrimonio[42]. Sin embargo, seguimos desaprovechando las potencialidades que una efectiva implementación de penas pecuniarias, con capacidad para incidir negativamente sobre el nivel de ingresos y, en último término, de vida de lo condenados ofrece en nuestra sociedad. Oros países europeos significativos han conseguido hacer bascular el énfasis de su sistema de penas desde la prisión a la multa, haciendo más eficiente su modelo punitivo sin perder un ápice de fuerza disuasoria[43].

Del mismo modo, no se entiende que una sociedad como la española, dotada de una administración pública con fuerte protagonismo en la dinamización de actividades económicas y sociales con el objetivo de facilitar del progreso personal de sus ciudadanos, no se sirva de su situación para reconfigurar el sistema de penas de un modo que esté en condiciones de incidir restrictivamente sobre las prestaciones a las que esos ciudadanos son en principio acreedores. No se trata únicamente de reformular y transformar en realmente disuasorias las penas de inhabilitación, singularmente la profesional. También hay que crear o desarrollar efectivamente penas nuevas que giren en torno a la privación o limitación de muy variadas prestaciones económicas y sociales, propias del estado intervencionista y del bienestar, y cuya ausencia no impide pero sí hace más trabajoso el desarrollo de los planes personales de vida de los ciudadanos. Dejando a salvo aquellas medidas directamente encaminadas a la asistencia social y al aseguramiento de los derechos básicos, y poniendo un especial celo en contrarrestar los posibles efectos desocializadores[44], hay una gran camino por recorrer en el campo de las ayudas económicas directas

e indirectas, subvenciones, desgravaciones o deducciones fiscales, acceso a contrataciones o actividades económicas o sociales, etc.

Ninguna de estas alternativas a nuestro sistema de penas parece estar en la cabeza de nuestros legisladores y fuerzas políticas. Ya no es que carezcamos de propuestas de largo alcance para reestructurar nuestro ineficiente catalogo punitivo. Es que en reformas penales recientes en las que una buena parte de la nuevas conductas a perseguir o a castigar más gravemente se mueven en el ámbito de la criminalidad moderada, como es el caso de la ley denominada de violencia de género de 2004, o los delitos contra la seguridad vial de 2007, la prisión ha vuelto a refulgir en todo su esplendor de pena por antonomasia.

Un coherente programa político-criminal tiene un buen número de tareas inaplazables adicionales. Me limito a citar una más, que atiende a la ineludible *modernización* de nuestra administración de justicia en general, y *de nuestra administración de justicia penal* en particular. Sin duda, esa modernización ha de tener como meta primordial cooperar a que los conflictos sociales que se han de tratar en términos jurídicos y, en ese contexto, el ejercicio del control judicial penal, se resuelvan de un modo justo y efectivo.

Pero ahora me interesa destacar que sólo una administración de justicia que muestre capacidad para abordar las tareas que se le encomiendan podrá recuperar el prestigio que le corresponde. Y únicamente tras la obtención de ese crédito y confianza sociales, hoy notablemente perturbados, podrá su pericia adquirir el status que en principio merece, y estar en condiciones de resistir los intentos de manipulación e instrumentalización por parte de agentes políticos, sociales y mediáticos. Sin caer en la ingenuidad de imaginar, ni en la inconsecuencia de desear, una administración de justicia aislada de los avatares sociales, la política criminal ganaría mucho en racionalidad si la sociedad comprobara que muchos conflictos concretos se pueden dejar confiadamente en manos de la discreción y el arbitrio judiciales.

A mi juicio, la modernización de la administración de justicia penal no es tanto un problema de escasez de recursos personales o materiales cuanto un problema de gestión de esos recursos. La plantilla judicial ya no ofrece las dramáticas carencias que tenía hace no muchos años y, en cualquier caso, las soluciones ya no pueden venir de una continua expansión de los recursos personales. Los medios económicos nunca serán suficientes pero, tras los notables incrementos producidos, el énfasis se ha de trasladar a una correcta asignación de esos recursos. Ni siquiera el difundido latiguillo retórico de que la justicia penal es lenta corresponde con la realidad[45]: Sin ignorar que hay un margen de mejora, la atención en este punto procede dirigirla a otras jurisdicciones. En suma, lo que necesitamos es introducir en la institución que nos ocupa un conjunto de buenas prácticas y técnicas gerenciales[46]. Me voy a permitir apuntar al respecto algunas ideas.

Ello implica, en primer lugar, renovar el *procedimiento de acceso* a la carrera judicial y fiscal. Ha de lograrse, ante todo, que la actividad preparatoria del acceso no exija unas condiciones económicas y sociales en el aspirante que deje fuera a significativos sectores sociales, para lo que deben habilitarse las estructuras formativas y ayudas públicas correspondientes. Objetivo prioritario ha de ser garantizar que los aspirantes acrediten un conjunto de capacidades y competencias ajustado a las verdaderas necesidades del operar jurisdiccional, cosa que no ocurre en estos momentos: Sería equivocado renegar de pruebas o prácticas que comprueban directamente el nivel de conocimientos jurídicos adquirido por el aspirante, pero deberían de ir precedidas de controles de personalidad que sólo permitieran progresar en el procedimiento a aquellas personas que mostraran, entre otros rasgos, la coherencia analítica, estabilidad emocional, empatía, y resistencia a la presión que la experiencia cotidiana revela como cualidades de un buen juez o fiscal. Además, a un buen nivel de conocimientos jurídicos deberían añadirse otras competencias, como buena capacidad discur-

siva y argumentativa referidas al caso concreto, y conocimientos e intereses más allá del derecho que posibiliten contextualizar adecuadamente las decisiones judiciales. Quizás estas nuevas demandas puedan aconsejar retrasar algo la edad en la que se pueda participar en las pruebas de acceso, de modo que los aspirantes hayan podido tener otras experiencias jurídicas y vitales tras la conclusión de sus estudios jurídicos. En cualquier caso, la caracterización del procedimiento como objetivo e imparcial es un haber que no puede ser puesto en riesgo por las imprescindibles modificaciones apuntadas[47].

Tan necesario como lo precedente es transformar el *sistema de promoción* de magistrados y jueces a los niveles medios y altos de la jurisdicción de acuerdo a criterios objetivos de mérito y capacidad. Es conocido que la situación ha llegado a niveles de clientelismo asociativo y político insostenibles[48], acompañada de un generalizado ninguneo de la mitad de los jueces, en la medida en que no están asociados. Mientras no se sea capaz de arraigar esa cultura del mérito en los órganos decisores es preferible potenciar criterios menos matizados pero objetivos, como la antigüedad en la carrera o una productividad contrastada[49]. Se trata, en último término, de salir de una dinámica perversa que está socavando de forma acelerada y justificada la credibilidad de los operadores judiciales. La atendible preocupación de que esos criterios van a promover un mayoritario sesgo ideológico conservador en la judicatura, dada la predominante extracción social de los jueces, se ha de tener en cuenta antes: Como hemos señalado, es urgente que la carrera judicial y fiscal resulte atractiva a aspirantes del cualquier estrato o clase social, para lo que es determinante que la preparación para el acceso sea realmente accesible a todos ellos.

Por otro lado, característica especialmente preocupante es la *deficiente autonomía* que padece la *carrera fiscal* frente al poder ejecutivo en sus niveles altos, y que se transmite en mayor o menor medida a lo largo de su estructura jerárquica. Mientras no se dote a la fiscalía de un estatus verdaderamente autónomo no pueden dejar de inquietar las propuestas encaminadas a asignar la instrucción a los fiscales o a recortar la acción popular. En un momento en que el derecho penal lucha por dejar de ser el derecho aplicable exclusivamente a los sectores desfavorecidos de la sociedad, y pretende extenderse a las conductas dañosas producidas en el ámbito económico, administrativo y político, reformas como las anunciadas podrían convertirse en garantía de impunidad hacia los poderosos[50].

Asimismo, la ineludible mejora en el aprovechamiento de los recursos personales y materiales exige que los órganos de gobierno judiciales sufran un significativo *desapoderamiento de sus funciones administrativas, de inspección y disciplinarias.* Puede sorprender lo que acabo de afirmar, pero si queremos que la administración de justicia tome decisiones justas y efectivas en un contexto de eficiencia es preciso introducir modificaciones importantes en el autogobierno de los jueces.

La implantación en curso de la oficina judicial es de esperar que suponga un progreso notable en la racionalización de las actuaciones de la administración de justicia[51]: En primer lugar, esa dinámica ha generado la oportuna decisión de incrementar significativamente las atribuciones de los secretarios judiciales, además de introducir otras mejoras en la regulación de los diversos procedimientos jurisdiccionales[52]. En segundo lugar, la creación en el marco de la oficina judicial de las unidades de servicios comunes procesales ofrece a la administración de justicia, en la medida en que se produzca su efectiva implantación, una magnífica oportunidad para superar el funcionamiento inefectivo y descoordinado de numerosos órganos judiciales.

Sin embargo, la configuración de la nueva oficina judicial no ha abordado la reforma gerencial u organizativa que demanda un eficiente servicio público de justicia. No parece razonable exigir a los secretarios judiciales que asuman funciones netamente gerenciales del funcionamiento de la administración de justicia, y menos dentro del limitado ámbito de la oficina judicial. Todo apunta a que, dentro

del complejo reparto de competencias entre el poder judicial por un lado, y el ministerio de justicia y los correspondientes órganos de las comunidades autónomas por otro, las tareas gerenciales, situadas más allá de los ámbitos jurisdiccional y procesal, se piensa que han de ser asumidas por estos últimos. Una prueba de ello son las unidades administrativas previstas en la LOPJ[53], que se han de ocupar de la jefatura, ordenación y gestión de la mayoría de los recursos humanos así como del conjunto de medios materiales de las oficinas judiciales, encomendadas al ministerio de Justicia u órganos de comunidades autónomas con competencias de justicia transferidas. Pero la asunción de esas competencias gerenciales se ve lastrada por la imposibilidad de adoptar decisiones de gobierno, de ejercer funciones de inspección de los órganos jurisdiccionales o de participar en el control disciplinario.

Pienso que sería en extremo conveniente la creación de un *cuerpo gerencial de carácter no judicial* que asumiera, no sólo las funciones administrativas actualmente atribuidas al ministerio de justicia o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas, sino asimismo una buena parte de las competencias de gestión de las salas de gobierno, presidencias, decanatos, juntas de jueces y jueces mismos. Dicho cuerpo, que tendría una dependencia funcional mixta, sea del Consejo general del Poder judicial sea del ministerio de Justicia o comunidades autónomas, en función de las competencias funcionales ejercidas, y cuya dependencia orgánica podría discutirse, estaría constituido por funcionarios con conocimientos acreditados en técnicas organizacionales. Además de asumir las funciones antedichas, tendría a su cargo las labores de inspección así como la instrucción y propuesta de resolución de los expedientes disciplinarios. Un cuerpo gerencial como el propuesto creo que estaría en condiciones de introducir las imprescindibles buenas prácticas de gestión, tan necesarias en el manejo de un servicio público tan intrincado como es el de la administración de justicia, y que hoy se reparten entre administraciones diversas, en muchos casos sin que conste la capacitación de las personas para los menesteres encomendados. Naturalmente, una propuesta como la aquí presentada exige, entre otras muchas cosas, una previa selección de las funciones de gobierno con directa implicación jurisdiccional, que quedarían fuera de la actividad de ese cuerpo de gestión, y una cierta acomodación de su estructura organizativa a la propia de los órganos jurisdiccionales que tiene que gestionar, garantizando, al mismo tiempo, su autonomía frente a ellos.

NOTAS

1. Lo que puede situarse en torno a 2007. Véase Aebi/ Linde. "El misterioso caso de la desaparición de las estadísticas policiales españolas". *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*. 2010. passim, y el artículo colectivo firmado por responsables de instituciones académicas y de investigación en Criminología, Díez Ripollés/ A. Giménez-Salinas. "La opacidad de las cifras del crimen", en el diario Público. 19 de marzo de 2010.

2. Estando en 2006 sólo por encima de Portugal e Italia. Véase *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*. 4th edition. 2010. WODC, p. 37.

3. Aunque los datos a partir de 2007 deben tomarse con mucha cautela, por lo ya indicado. Véase los datos recogidos en García España / Díez Ripollés / Pérez Jiménez / Benítez Jiménez/ Cerezo Domínguez. "Evolución de la delincuencia en España: Análisis longitudinal con encuestas de victimización". *Revista española de investigación criminológica* (REIC). Nº 8. 2010. www.criminologia.net, p. 3.

4. Véase v. Dyk/ Manchin/ v. Kesteren/ Nevala/ Hideg. *The Burden of Crime in the EU. A Comparative Analysis of the European Survey of Crime and Safety (EU ICS)*. 2005, pp. 19-20.

5. Véase Díez Ripollés / García España dirs. *Encuesta a víctimas en España*. Instituto andaluz interuniversitario de Criminología / Fundación Cajasol. 2009, pp. 39, 41.

6. La duración de la estancia media en prisión ha pasado de 9,7 meses en 1996 a 18 meses en 2007. En ese año 2007 nuestra cifra de estancia media en prisión duplicaba holgadamente las cifras de Inglaterra y Gales, Alemania y Francia, y triplicaba la de Italia; en realidad sólo Rumania y Portugal tenían en la Unión Europea cifras de estancia media más altas. Véase Aebi/ Delgrande. *Annual Penal Statistics. Space I. Survey 2008*. Council of Europe. 2010, pp. 87-89; Cid / Larrauri. *Bericht Spanien*, en Dünkel, Lappi-Seppäla, Morgenstern, v. Zyl Smit eds. *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangenenraten in europäischen Vergleich*. Band 2. Forum Verlag Godesberg. 2010, p. 784.

7. Se estima que en 2006 sólo el 29% de los condenados a penas de prisión en España —en Cataluña el porcentaje se reduce al 22%— finalizaban su condena en libertad condicional.. Véase Cid Moliné. "El incremento de la población reclusa en España entre 1996-2006: Diagnóstico y remedios". *Revista española de investigación criminológica* (REIC). http://www.criminologia.net 2008. n. 2, pp. 17-20. Datos comparativos con Europa sobre el porcentaje de internos que extinguen la pena de prisión en libertad condicional, en Tébar Vilches. *El modelo de libertad condicional en España*. Aranzadi. 2006, pp. 216-217.

8. Cifras de 2010 —salvo las de Francia, que son de 2008— del International Centre for Prison Studies. King's College. London. http://www.kcl.ac.uk/schools/law/research/icps.

9. Véase Díez Ripollés / García España dirs. "Encuesta a víctimas en España". *op. cit.* pp. 152-155. Otros resultados en línea semejante en Díez Ripollés. "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana". *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* (RECPC). http://criminet.ugr.es/recpc, p. 11.

10. El hecho es bien conocido. Véanse análisis ilustrativos en Soto Navarro. "La delincuencia en la agenda mediática". *Revista española de investigaciones sociológicas* (REIS). 2005. nº 112, pp. 75-130; García Arán / Botella Corral dirs. *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*. Tirant. 2008. passim; Landrove Díaz. *El nuevo derecho penal*. Tirant. 2009, pp. 63-67.

11. Véase *Infra.*

12. Los informes sobre la actividad de los tribunales de periodistas del diario *El País* como Yoldi o Martínez Lázaro son, a veces, un buen ejemplo dentro de uno de los medios más influyentes.

13. Véase un análisis específico de este fenómeno en Cerezo Domínguez. *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*. Tirant. 2010. passim; también, entre otros, Landrove Díaz. op. cit. pp. 60-62, 147-148.

14. En realidad se produjo un pequeño repunte de la criminalidad en 2001 y 2002, que acabó en 2003. García España / Pérez Jiménez. *Seguridad ciudadana y actividades policiales. Informe ODA 2005*. IAIC-Fundación El Monte. 2005, p. 25.
Véase un análisis de la campaña a través del diario *El País*, y su repercusión en las percepciones sociales sobre la delincuencia, en Soto Navarro. "La delincuencia en la agenda mediática". op. cit. pp. 84-122, 125-127. Asimismo Díez Ripollés. "El aumento de la criminalidad y la izquierda". Diario *El País*. 9 de mayo de 2002.

15. Véanse los Barómetros de opinión del CIS en los últimos años, en http://www.cis.es. En 2003, tras la aludida campaña socialista a través de medios afines y luego generalizada, sobre el aparente crecimiento de la inseguridad ciudadana, los sentimientos de inseguridad consiguieron auparse, por un breve periodo de tiempo, al tercer e incluso segundo puesto de los problemas personales más relevantes. Véanse referencias en Díez Ripollés. *El nuevo modelo penal...*, op. cit. p. 8 nota 10.

16. Véase Díez Ripollés / García España dirs. *Encuesta a víctimas en España*, op. cit. pp. 46-50.

17. Véanse Díez Ripollés / García España dirs. *Encuesta a víctimas en España*, op. cit. pp. 155-160.
Estos resultados, que se repiten en otros tipos de delitos frecuentes —véase Varona Gómez. "Ciudadanos y actitudes punitivas". Revista española de investigación criminológica (REIC). www.criminologia.net nº 6. 2008, pp. 14-17—, no pueden hacernos ignorar crecientes indicios sobre la progresiva intolerancia hacia la violencia física que se registra en nuestra sociedad, lo que genera actitudes más rigurosas en cuanto en el comportamiento delictivo concurre violencia.

18. Véase supra.

19. Los ligados a asociaciones judiciales o fiscales, cuando no se ocupan de intereses corporativos, con frecuencia se anulan mutuamente debido a sus respectivas, y en ocasiones férreas, vinculaciones partidarias. Un grupo transversal, académico y judicial, el Grupo de estudios de Política criminal www.gepc.es, está lejos de haber alcanzado todas sus potencialidades.

20. Un análisis de los expertos externos, procedentes en su mayoría de la academia, que han participado en algunas reformas penales daría probablemente ciertos ejemplos ilustrativos.

21. Esta es una opinión predominante en la criminología actual. Véanse por todos, Tonry. *Thinking about Crime*. Oxford University Press. 2004. p. 14: Lappi-Seppäla. "Trust, Welfare and Political Culture: Explanining Differences in National Penal Policies", en Tonry ed. *Crime and Justice*. Vol. 37. The University of Chicago. 2008, pp. 332-342.

22. Entre los primeros autores que pusieron de manifiesto esta realidad, véase Beckett. *Making Crime Pay*. Oxford Universiy Pres. 1997, pp. 62-78: Beckett/ Sasson. *The Politics of Injustice*. Sage Publications, 2000, pp. 73-79.

23. Véanse *supra* las referencias de nota 1.

24. Algo que ya ha sido prácticamente logrado respecto a un poder legislativo férreamente controlado por el poder ejecutivo o las planas mayores de los partidos políticos.

25. Véase, respecto a las reformas de 2003, Díez Ripollés. *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*. op. cit. p. 12; respecto a la reforma de 2010 a partir del proyecto de 2009, Díez Ripollés. "Una reforma penal para abandonar". *Boletín Jueces para la democracia*. nº 51. julio 2009, p. 4.

26. Véase Díez Ripollés. "La criminalización de las políticas públicas". Diario El País. 3 de julio de 2008.

27. La expresión inglesa es "governing through crime", y ha sido popularizada por Simon en su obra *Governing through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. Oxford University Press. 2007.

28. Véase Díez Ripollés. "La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003". *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* (RECPC). http://criminet.ugr.es/recpc 08-07. 2006, pp. 23-25; del mismo. "La reforma del sistema de penas". Diario *El País*. 26 de noviembre de 2005.

29. Lo que va referido al número de cuotas impuesto pero, sobre todo, a la cuantía de la cuota.

30. Pese a los significativos avances logrados en muchos lugares mediante la expansión y modernización de los Centros de inserción social —CIS—.

31. Uno de los países más decididos en el uso del control electrónico como pena sustitutiva de las penas cortas de prisión ha sido Suecia. Véanse referencias, por ejemplo, en Cavadino/ Dignan. *Penal Systems. A Comparative Approach*. Sage Publications. 2006, pp. 158-159. El Grupo de estudios de Política Criminal en su volumen *Alternativas al sistema de sanciones penales: Nuevas penas y medidas restrictivas de derechos*. 2011. En prensa, propone un uso más amplio de la vigilancia electrónica en el marco de la nueva pena alternativa a la prisión que propone de libertad vigilada.

32. Véase la propuesta acabada de mencionar supra.

33. Para contrarrestar erróneas asunciones sobre la reincidencia de los delincuentes sexuales, véanse Soler Iglesias / García Díez. *Delincuencia sexual y reincidencia. Un estudio en las prisiones de Cataluña*, en Centro de estudios jurídicos y formación especializada. *Delitos sexuales y reincidencia*. 2009, pp. 120-121; Redondo / Navarro / Martínez / Luque / Andrés. "Evaluación del tratamiento psicológico de los agresores sexuales en la prisión de Can Brians". *Boletín criminológico.* nº 79. 2005. passim. Reflexiones generales a partir de esos y otros datos, en Díez Ripollés. "Una reforma penal a abandonar". *op. cit.* p. 4.; Cid/ Tébar. "Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo". *Revista española de investigación criminológica* (REIC). www.criminologia.net nº 8. 2010, p. 18.

34. Véase arts. 33.3.l y 37 del código penal, tras reforma por LO. 5/2010.

35. Véanse referencias estadísticas en Tamarit Sumalla. "Sistema de sanciones y política criminal. Un estudio de derecho comparado europeo". *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* (RECPC). http://criminet.ugr.es/recpc 09-06. 2007, p. 17; Cid Moliné. "El incremento de la población reclusa...". *op. cit.* pp. 4-5, 9.

36. Véanse Díez Ripollés. "La evolución del sistema de penas...". *op. cit.* pp. 20-21; Cid Moliné. "El incremento...". op. cit. pp. 17-22; Cid/ Larrauri. "Bericht Spanien". op. cit. pp. 791-794.
No obstante, se ha de señalar que a partir de 2004, en coincidencia con el paso de un gobierno del Partido popular a otro del Partido socialista obrero español, se registra un cambio de tendencia en virtud del cual se están de nuevo incrementando los porcentajes de internos en tercer grado especialmente y, en menor medida, en libertad condicional. Ello es fruto de una política penitenciaria, que no legislativa penal, distinta. Véanse Gallego / Cabrera / Ríos / Segovia. *Andar 1 km en línea recta. La cárcel del siglo XXI que vive el preso*. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas. 2010, pp. 27-29, 45-46; Cid / Tebar. "Spain", en Padfield/ van Zyl Smit/ Dünkel. *Release from Prison. European Policy and Practice*. Willan Publishing. 2010, pp. 380-383.

37. Véase la reforma de la regulación de la prisión preventiva que tuvo lugar por la LO. 13/2003 de 24 de octubre. Cifras sobre el continuado incremento en términos absolutos y relativos del uso de la prisión preventiva, iniciado en 2001 pero acelerado en términos relativos desde 2004 se encuentran en Díez Ripollés / Guerra Pérez. *Pre-trial Detention in Spain. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. vol. 18. issue 4. 2010, pp. 388-390; Gallego / Cabrera / Ríos / Segovia. op. cit. pp. 33-34.

38. Véase STS. 28-2-2006, que formula la conocida como doctrina Parot.

39. Esto último a través del expansivo concepto de "grupo organizado".

40. Véanse supra los datos ya suministrados.

41. En claro contraste con ello, en algunos países nórdicos ha regido durante bastante tiempo una política de no crear más establecimientos penitenciarios para fomentar las alternativas a la prisión. Véase, entre otros, Pratt. "Scandinavian Exceptionalism in an Era of Penal Excess. Part. I". *British Journal of Criminology*. 48. 2008, p. 135.

42. Se puede replicar que la mayoría de los delincuentes no tienen bienes. Pero ello supone partir de dos presupuestos que hacen surgir inmediatamente otras dos cuestiones, al menos, que deben responderse antes de seguir adelante con ese argumento. El primero presupone que los delitos se cometen especialmente por los sectores económicamente desfavorecidos de la sociedad, y la pregunta que surge es si, siendo eso cierto, resulta procedente ética y políticamente reaccionar a la delincuencia de ese colectivo primando las reacciones punitivas carcelarias. El segundo presupone que los comportamientos sociales especialmente dañosos, que son aquellos de los que se ocupa el derecho penal, se identifican con aquellos que realizan personas sin recursos económicos o con recursos, digamos, inestables, y la pregunta a contestar es si resulta realista en una sociedad desarrollada como la española considerar que los comportamientos potencialmente más lesivos para la convivencia social y en los que se ha de concentrar la reacción punitiva son los propios de la delincuencia tradicional, callejera, de la marginación social, o como se quiera llamar.

43. Véanse referencias a Alemania, entre otros países, en Tamarit Sumalla. op. cit. pp. 31-38.

44. Sobre el enorme potencial desintegrador social de las privaciones de derechos ligadas al cumplimiento de la pena, véanse ejemplos de Estados Unidos en Uggen/ Manza/ Thompson. "Citizenship, Democracy and the Civic Reintegration of Criminal Offenders". *Annals of the American Academy of Political and Social Science*. 650, May, 2006. passim; Harris/ Beckett/ Evans. "Drawing Blood from Stones: Legal Debt and Social Inequality in the Contemporary United States". *American Journal of Sociology*. Vol. 115. Nº 6. 2010, pp. 1753 y ss.

45. Véanse los datos sobre duración media estimada de asuntos de las diversas jurisdicciones, en Consejo general del Poder judicial. *La justicia dato a dato. Año 2009*, pp. 81 y ss.; asimismo, los datos obtenidos, en un estudio empírico financiado por el Consejo general del Poder judicial, sobre la duración de los procesos relacionados con drogas hasta que se obtiene la sentencia firme, en Muñoz Sánchez / Díez Ripollés dirs. *Las drogas en la delincuencia*. 2004. Tirant, pp. 150, 224-225.

46. De entre las reflexiones formuladas por quienes viven el problema desde dentro, merecen destacarse las realizadas por Carmena Castrillo. *Crónica de un desorden. Notas para reinventar la justicia*. Alianza editorial. 1997. passim.

47. Véase una reciente recopilación de diferentes sistemas nacionales de acceso a la carrera judicial, en Rodríguez Ruiz. "Los sistemas de selección de jueces en Europa: un estudio comparado". *Jueces para la democracia*. nº 69. 2010. Passim.

48. Véase lo dicho *supra*.

49. Esto es, matizada, p.e., con los resultados obtenidos por sus decisiones judiciales en apelaciones ante órganos jurisdiccionales superiores.

50. Véase una detenida argumentación contra la atribución a la fiscalía de la instrucción, en las condiciones actuales de funcionamiento de aquella, en Gómez Colomer. *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un estado de derecho*. Universitat Jaume I / Instituto nacional de ciencias penales. 2008, pp. 116-133, 224-225, 230; del mismo. "La instrucción del proceso penal por el ministerio fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado", en Gómez Colomer/ González Cussac coords. *La reforma de la justicia penal. Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*. Ed. Universitat Jaume I. 1997, pp. 459 y ss., y, más recientemente.

51. También cabe esperar una importante mejora de la gestión con la generalización del expediente digital, que ha de de eliminar en gran medida la utilización del papel en los procesos. A comienzos de 2011 se están concluyendo los trabajos de digitalización de la Audiencia nacional, primer órgano jurisdiccional en el que se está implantando. Véase diario *El País* 8 de enero de 2011.

52. Por más que, como el propio legislador reconoce, la obsolescencia de la actual Ley de Enjuiciamiento criminal ha limitado esa racionalización en el orden penal. Véase Preámbulo. IV in fine de Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

53. Véase art. 439 de la LOPJ, en el que se prevén oficinas comunes de apoyo a varias oficinas judiciales.

Fecha de recepción: 20 de marzo de 2011
Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2011

ENTROPY AS LEGAL OWNERSHIP AND ITS RELATIONSHIP TO THE REAL ESTATE REGISTRY INFORMATION SYSTEM

RESUMEN

Es bien conocido que la relación entre las leyes de la naturaleza y las normas sociales constituye una de las materias más complejas en el campo de las ciencias. Lo mismo ocurre con la entropía cuando el mismo término puede revestir diferentes significaciones atendiendo al campo de la ciencia en que es usado. Aunque el término *entropía* fue acuñado por la Física, el concepto ha sido empleado también por las Ciencias Económicas y por el Derecho. El trabajo examina los efectos que la entropía produce en el funcionamiento de los sistemas de información registral inmobiliaria, dedicando especial atención a las cuestiones relativas al control de acceso de la información y a la escala de estos sistemas. Desde un punto de vista estructural, el trabajo está dividido en tres partes. En la primera se estudia la posibilidad de utilización del concepto de entropía en la ciencias jurídicas. La segunda describe la implementación de los sistemas de información registral inmobiliaria. Finalmente, la tercera parte analiza algunas cuestiones acerca de los mecanismos de control de acceso de la información asimismo como otras derivadas del problema de la escala en dichos sistemas.

PALABRAS CLAVE

Entropía, sistema de información registral inmobiliaria, leyes de la naturaleza, normas sociales, control de acceso de la información, la escala en los sistemas de información registral inmobiliaria

ABSTRACT

It is well known that the relationship between the laws of nature and social laws appears to be one of the most complex issues in the field of science. The same can be said with regard to entropy. Even identical words may have different meanings depending on which field they are used in. Although entropy, as a word, was coined with regard to Physics, this concept is used in fields such as Economics and Law as well. The paper examines the effects that entropy exerts on land information systems, paying special attention to the related question of access control and scale of these systems. Structurally, the paper unfolds in three parts. Part I refers to entropy as a concept able to be used in Law. Part II depicts the implementation of Land Information Systems. Finally, Part III discusses some questions about access control and scale in land information systems.

KEY WORDS

Entropy, Land Information Systems, laws of nature, social laws, control access, scale of Land Information Systems

LA ENTROPÍA COMO PROPIEDAD JURÍDICA Y SU RELACIÓN CON LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN REGISTRAL INMOBILIARIA

Antonio J. Jiménez Clar
Notario
Profesor asociado de Derecho civil de la Universidad de Alicante

Sumario: 1. Las leyes de la naturaleza y las normas sociales. A) Las relaciones entre las leyes de la naturaleza. B) El concepto de entropía y sus efectos en los sistemas. C) Las relaciones entre coste y entropía. 2. Los sistemas de información registral inmobiliaria y su posición dentro del ordenamiento jurídico. A) Concepto de sistema jurídico. B) Los sistemas de información jurídica. C) Los sistemas de información registral inmobiliaria. D) La seguridad jurídica y la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario. E) El sistema de registros y la información territorial. F) La fragmentación de la información territorial. G) La determinación del uso de los inmuebles y la revisión de la función social del Derecho. H) La movilización del valor en cambio de los bienes inmuebles y sus efectos en la información territorial. 3. La entropía en los sistemas de información territorial. A) Los efectos del control de acceso en los sistemas de información registral inmobiliaria. B) El ajuste de la información a la realidad. C) El sistema de *numerus clausus* como intento de ajustar la realidad a la información. D) El control de acceso de la información a la información registral inmobiliaria. E) La relevancia jurídica del factor tiempo. F) La cuestión de la escala en los sistemas de información registral inmobiliaria. G) la generación de subsistemas cerrados como respuesta a la necesidad de concentración de la información. H) La centralización de la información territorial. 4. Conclusiones.

"*...In the second place, and more important, nobody knows what entropy really is, so, in a debate you will always advantage*" (John Von Neumann)

1. LAS LEYES DE LA NATURALEZA Y LAS NORMAS SOCIALES

A) LAS RELACIONES ENTRE LAS LEYES DE LA NATURALEZA

Las leyes naturales, esto es, las leyes físicas que gobiernan la naturaleza, y las leyes sociales, que rigen la dinámica de las comunidades sociales tienen una relación entre sí ciertamente compleja. A primera vista su diferente origen, las leyes naturales independientes de la voluntad del hombre (aquí uno puede darles el origen que prefiera), y las leyes sociales creadas por éste dotan a las primeras de una aparente superioridad sobre las segundas derivada de su carácter al mismo tiempo inexorable y altamente imprevisible. Se estudian las fuerzas de la naturaleza y a imitación de éstas se im-

plementan las normas sociales, como reglas del deber-ser creadas por el hombre, con vocación para modelar la comunidad. Sin embargo su jerarquía y estructura están basadas en unas relaciones tan complejas como son las relaciones del hombre con la naturaleza. Las normas sociales no dependen únicamente de la voluntad humana, individualmente considerada, como durante siglos han pretendido tanto economistas como juristas. Sus movimientos, efectos y contramareas se rigen por normas que en muchos de sus aspectos son independientes de las reglas que pretenden contenerlas. Como afirmaba el principito de Saint Exupéry, se puede ordenar al sol que se ponga, pero solo obedecerá a las siete de la tarde. Muchos de los principios en que se basan las leyes que rigen el mundo físico son también utilizables para la organización de las sociedades humanas en la medida en que naturaleza y sociedad están estrechamente entrelazadas y cada una tiene su reflejo en la otra. La propia complejidad del entramado de las relaciones sociales, jurídicas y económicas, y la permanente interacción de los elementos que las componen dotan a este campo de una imprevisibilidad e inevitabilidad muy semejantes a las que caracterizan a las leyes de la naturaleza.

Por esta razón, cuando se pretende emplear en un campo determinado un término acuñado en una rama distinta del conocimiento se hace preciso fijar, con carácter previo, el significado y el alcance que se le va atribuir en su nueva residencia. Dos riesgos inmediatos implica tal procedimiento. El primero es el recelo con el que el mundo científico contempla los movimientos transversales o *transdisciplinares*. En este sentido, el conocimiento está aparentemente contenido en envases estancos reservados a la rama del saber para la que oficialmente ha sido etiquetado. El segundo deriva de la propia metodología empleada en su desarrollo teórico, que, en muchos casos, se lleva a cabo mediante la mera aplicación mecánica de los principios sobre los que se fundamentan. Si en nuestro propio campo de estudio de las ciencias jurídicas procedemos de tal manera, es inevitable que cualquier intento, por tímido que sea, de utilizar o de importar ideas de otros campos adolezca de las limitaciones consustanciales a una metodología mecánica de desarrollo de la ciencia. Intentar que las leyes por las que se rigen las ciencias jurídicas sean un remedo de las leyes que gobiernan el mundo exterior (entendida no solo en su sentido físico sino también como entramado de relaciones económico-sociales) puede ser tan arriesgado como ignorar el hecho de que cualquier ciencia social tiene, al mismo tiempo, su origen y su fin, en el mundo de la realidad. No se trata, por tanto, de utilizar dichas leyes en un sentido figurado sino de entender, en la medida en que pertenecen al mundo de la realidad, en qué grado influyen en el modelo teórico de relaciones jurídico-sociales que se quieren implementar.

Ciertamente las leyes físicas y las normas de la naturaleza son de naturaleza muy diferente, tanto en su origen como en sus efectos. De ahí que la construcción del Derecho como una ciencia, a semejanza de la ciencias naturales, adolezca de ciertas carencias de carácter conceptual y estructural.

Pero la aproximación entre el Derecho, en cuanto conjunto de normas sociales, y las leyes de la naturaleza pueda intentarse desde una perspectiva diferente. Hay que partir de la base de que tanto las normas sociales como las leyes naturales manejan un ingente número de variables que hacen muy difícil en ocasiones la obtención de unos niveles razonables de predictibilidad. Quizá no sea tan descabellado y sí muy gráfico, a la vista del estado actual del mundo, comparar la similitud de los resultados que ofrecen los sismólogos y los economistas, en términos de predictibilidad.

Para entender mejor esta situación es conveniente hacer una precisión. Tal vez no hay que hablar de leyes de la naturaleza sino de las leyes que el hombre implementa para entender la naturaleza (y, si es posible, para dominarla). Lo mismo se puede predicar de las normas sociales. La sociedad humana, compuesta de miríadas de voluntades independientes que actúan permanentemente unas sobre otras, pretende ser modelada tanto jurídica como

económicamente sobre la base de unas normas y unos principios que demuestran una y otra vez su ineficacia en mayor o menor medida. Una larga lista de revoluciones sociales y crisis económicas así nos lo demuestran.

De ahí que en muchos casos normas inicialmente enunciadas para entender fenómenos naturales puedan ser, *mutatis mutandis*, utilizables para analizar determinados comportamientos sociales y económicos. Los efectos materiales son evidentemente distintos, pero el aparejo de una ley que explica las consecuencias de un determinado fenómeno natural puede ser útil a la hora de comprender los efectos, en ocasiones involuntarios o indeseados, que ocasionan sistemas jurídico-económicos considerados eficientes en la medida en que aparentemente cumplen los fines para los que han sido concebidos. Conceptos como el de *toxicidad*, con residencia habitual en las ciencias, se utilizan cotidianamente para describir los efectos (o las causas) de determinadas disfunciones económicas. Lo mismo ocurre con la entropía. No se trata de que las ciencias sociales imiten a las ciencias de la naturaleza —la utilización del término *ciencia* ya es de por sí una petición de principio— lo cual no deja de ser una falacia sino de utilizar instrumentos conceptuales, creados por el hombre para entender fenómenos externos al mismo, a campos del conocimiento en el que se producen situaciones similares.

B) EL CONCEPTO DE ENTROPÍA Y SUS EFECTOS EN LOS SISTEMAS

Todo esto ocurre con el concepto de entropía. Fue empleado por vez primera por el físico CLAUSIUS en la formulación de la segunda ley de la termodinámica y más tarde CLAUDE SHANNON lo utilizó en su desarrollo de la teoría de la información. Es un concepto también usado en las ciencias económicas, fundamentalmente a partir de las contribuciones de GEORGESCU-ROEGE[1] y adoptado del mismo modo por la ciencia jurídica tal como resulta de los trabajos de HELLER[2] y de PARISI[3] en relación con el problema de la fragmentación de la propiedad y los derechos reales.

Bajo el amplio espectro en el que el término entropía es utilizado, subyace una misma idea básica: la pérdida de energía, que tiene lugar durante el funcionamiento de un determinado sistema.

Desde este punto de vista, la entropía puede ser analizada desde dos perspectivas distintas. Por un lado la entropía supone un coste de funcionamiento del propio sistema. Pero la entropía también puede producir efectos en el funcionamiento de sistemas diferentes del que la origina.

Se puede intentar una primera aproximación al concepto de entropía definiéndola como la cantidad de energía perdida derivada del normal funcionamiento de un sistema determinado. No se refiere, por tanto, a la ineficiencia de un sistema entendida como su incapacidad para cumplir los objetivos para los que fue diseñado sino de la pérdida, en ocasiones irrecuperable, de la energía derrochada por consecuencia de su normal funcionamiento. Por pérdida de energía no se ha de entender únicamente una magnitud cuantificable en términos meramente económicos, sino también el desgaste social que puede producir el normal funcionamiento de un sistema jurídico.

Al no tratarse de supuestos de ineficacia directa de un sistema (puesto que éste cumple los objetivos previstos) la cuestión permanece oculta a cualquier análisis o valoración que pretenda llevarse a cabo en términos meramente económicos de costes de producción.

Dado por supuesto que la entropía implica una pérdida de energía acaecida durante el normal funcionamiento de un sistema, la siguiente cuestión pasa por determinar los efectos que dicha pérdida puede producir en el funcionamiento de otros sistemas.

En este sentido no hay que limitarse a considerar la entropía como un defecto que afecta al funcionamiento de un sistema determinado sino que también hay que tener en cuenta los efectos negativos que la energía desperdiciada

puede tener sobre otros sistemas del mismo ordenamiento jurídico.

No resulta inapropiada la utilización del término *contaminación jurídica* para describir los efectos que la entropía generada durante el funcionamiento de un determinado sistema produce en el ordenamiento jurídico, entendido éste como el *medio ambiente* en el que opera el citado sistema. En este sentido se puede afirmar que la entropía generada por el funcionamiento de un sistema determinado puede contaminar el ordenamiento jurídico en la medida en que, o bien impide o distorsiona la aplicabilidad de las reglas fundamentales (principios generales del Derecho y normas de rango constitucional) sobre las que se estructura dicho ordenamiento, o bien altera el funcionamiento de otros sistemas o instituciones dentro del mismo ordenamiento.

C) LAS RELACIONES ENTRE COSTE Y ENTROPÍA

Al llegar a este punto se hace preciso detenerse para examinar brevemente el concepto de coste tal como ha sido utilizado en la ciencia jurídica. Ciertamente el contenido semántico de este término (coste) no se agota en su sentido meramente económico; esto es, de algo previamente cuantificable en magnitudes monetarias. Así, se suele hablar del *coste humano* o del *coste moral* cuando el valor de algo no puede ser calculado directamente en términos económicos.

La utilización de este concepto, el de coste económico, como instrumento de análisis de la eficiencia de las instituciones jurídicas se debe fundamentalmente a la aportación de la teoría del análisis económico del Derecho. A partir de la obra de POSNER[4], la cuantificación económica del ejercicio de los derechos, como elemento relevante de dicho ejercicio, se incorpora como una nueva herramienta para el estudio metodológico de la ciencia jurídica. Aunque esta perspectiva proporciona una importante herramienta para el análisis de las estructuras jurídicas, sobre todo desde una perspectiva económica, no agota sus métodos de estudio en la medida en que el Derecho no puede quedar reducido al mero análisis de cual sea la mejor opción económica para el ejercicio de un derecho subjetivo. El *id quod interest* es una herramienta que permite la valuación económica de los efectos de un incumplimiento pero en ningún caso puede aceptarse como el sustitutivo *in natura* del propio incumplimiento. De ser así, muchos de los valores que constituyen la base de los sistemas jurídicos quedarían reducidos a meros apuntes contables. Pero esto no implica desechar los instrumentos de análisis que han aportado estas construcciones teóricas al desarrollo de la ciencia jurídica. Al contrario, han de estar presentes cuando se analiza la eficacia de un determinado sistema jurídico aunque la resolución del conflicto requiera la utilización de criterios que impidan la reducción inicial de cualquier derecho a su mero equivalente económico.

La entropía, desde un punto de vista jurídico, no puede permanecer al margen de estas consideraciones. En la medida en que supone de una u otra manera un coste en el funcionamiento de un sistema, la entropía no puede ser aceptada de antemano como un coste inevitable que ha de asumir un determinado sistema jurídico ya que supondría sacrificar en aras de la eficacia del sistema la existencia de valores irrenunciables para el ser humano. Por otro lado, no hay que olvidar que la entropía puede suponer un coste no sólo para el propio sistema sino también para otros sistemas que, dentro del ordenamiento jurídico, puedan resultar afectados o contaminados por aquella.

2. LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN REGISTRAL INMOBILIARIA Y SU POSICIÓN DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

A) CONCEPTO DE SISTEMA JURÍDICO

Los sistemas jurídicos no son ajenos a estas consideraciones. De acuerdo con Rapoport[5],

se puede definir un sistema como algo que se compone de un conjunto finito o infinito de entidades entre las que se dan una serie de relaciones específicas, por lo que es posible deducir unas relaciones de otras, o de las relaciones entre las entidades, el comportamiento o la historia del sistema. Como en otros campos del conocimiento, el concepto de sistema también es aplicable al mundo del Derecho.

Ya dentro del ámbito jurídico, se puede intentar un primer esbozo conceptual de sistema jurídico, dentro de este contexto, definiéndolo como un conjunto organizado de elementos que un ordenamiento jurídico estructura para la consecución de finalidades determinadas. Conviene diferenciar el concepto de sistema tal como se está utilizando aquí, de otros conceptos que a primera vista pueden parecer idénticos o coincidentes. Uno de ellos es el de ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico, aunque participa de las cualidades de organización y estructura del sistema, tiene un contenido cuantitativa y cualitativamente más amplio, puesto que incorpora en su seno no sólo los modelos de sistemas y subsistemas que el propio ordenamiento utiliza, sino también los principios de programación —los códigos fuente jurídicos— que modalizan y jerarquizan los sistemas entre sí y en relación con el mismo ordenamiento. En este sentido, el ordenamiento jurídico contiene los principios por los cuales se va a regir, la organización y funcionamiento de los sistemas, en cuanto mecanismos de aplicación de dicho programa.

También conviene deslindar conceptualmente el concepto de sistema del de institución jurídica, aunque en ocasiones se utiliza en términos prácticamente coincidentes. El concepto de institución tiene una naturaleza más estática y supone la cristalización en aspectos concretos de necesidad social del programa general que contiene el ordenamiento jurídico. A diferencia de la institución, el sistema tiene, por el contrario, un carácter dinámico. Un sistema jurídico constituye un mecanismo, integrado por diversas piezas y elementos, entre los cuales pueden encontrarse instituciones, que a través de su funcionamiento constante persigue finalidades determinadas previamente aceptadas por el ordenamiento jurídico.

B) LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Dentro del conjunto de los sistemas jurídicos ocupan un lugar propio y diferenciado los sistemas de información jurídica. La necesidad del conocimiento general de las normas, como presupuesto de eficacia de un ordenamiento jurídico, hace preciso implementar dentro del mismo determinados sistemas, de mayor o menor complejidad, que permitan transformar el requerimiento ineludible de omnisciencia, exigido por el ordenamiento para la aplicabilidad de las normas, en algo asequible para el ciudadano de a pie. Los mecanismos o sistemas de información jurídica se pueden encontrar diseminados por todo el ordenamiento jurídico cumpliendo funciones básicas para la eficacia de las instituciones en la medida en que hacen posible, con mayor o menor eficacia, el intercambio de información, requisito que a su vez es necesario para la operatividad de las normas de diverso rango que integran el ordenamiento.

De esta forma, para asegurar que la información emitida por el ordenamiento jurídico sea recibida por sus destinatarios, se construye el concepto jurídico de publicidad, cuya eficacia se va a medir por la utilización del propio sistema con independencia de los resultados que se puedan conseguir en relación con la efectiva recepción del mensaje por el destinatario final. A determinados niveles, el procedimiento de equiparar la eficacia del envío del mensaje (posibilidad de conocimiento) a su recepción (conocimiento efectivo) resulta del todo necesario para la operatividad de un ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, no se puede hacer depender la eficacia de una norma de que se haya realmente leído en el diario oficial donde ésta ha sido publicada. Por ello una de las directrices del ordenamiento establece que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. Éste es, en un sentido puro, el concepto de publicidad jurídica.

Sin embargo en el ámbito del Derecho privado, el concepto de publicidad jurídica no puede operar, en todo caso, del mismo modo puesto que es en este campo donde la autorregulación de los intereses privados se ordena fundamentalmente mediante la institución jurídica del contrato. El propio ámbito del contrato delimita su eficacia y por ende su necesidad de conocimiento. La posibilidad de conocimiento no puede equipararse de forma automática al efectivo conocimiento de una situación en la medida en que no se trata de intereses generales sino de la autocomposición de intereses privados que, en principio, solo afectan a los contratantes. El conocimiento derivado de la información queda conceptualmente unido al consentimiento, de manera indisoluble, y las disfunciones entre información y consentimiento se reparan a través de la construcción teórica de la figura del error como vicio del consentimiento.

C) LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN REGISTRAL INMOBILIARIA

Pero existe un campo específico dentro del Derecho privado en que es preciso ir mas allá en la medida en que cabe la posibilidad de que una determinada situación jurídica puede afectar a alguien que no ha prestado su consentimiento a la misma. Cuando el ordenamiento jurídico organiza patrimonialmente la explotación de los recursos económicos, a través de la figura del derecho real, necesita al mismo tiempo implementar los mecanismos adecuados con el fin de asegurar la tranquila explotación de dichos recursos, protegiéndolos de injerencias externas. No es ni más ni menos que la institución de la propiedad privada como fundamento del sistema jurídico-patrimonial. Para ello se requiere aceptar la posibilidad de que determinados derechos, normalmente nacidos de un contrato, tengan transcendencia real —eficacia *erga omnes*— de tal manera que su ejercicio quede protegido de pretensiones que, aplicando únicamente el principio del consentimiento, no serían derrotables. Pero al ordenamiento le sigue repugnando la idea de que alguien que observa una conducta diligente pueda ser perjudicado por una situación que no ha podido conocer de una forma razonable.

El remedio que utiliza el ordenamiento jurídico para paliar de alguna forma los efectos sociales derivados de este tipo de escenarios discurre por una doble vía. En primer lugar, la construcción teórica del principio de la buena fe amortigua el excesivo rigor del juego de la eficacia *erga omnes* de los derechos reales. Por otra parte, la información se convierte de nuevo en publicidad. Del mismo modo que ocurre respecto de la norma que tutela los intereses generales, la posibilidad de conocimiento se equipara al conocimiento mismo.

Sin embargo la posibilidad de que la mera puesta a disposición de la información acerca de una determinada situación equivalga al conocimiento efectivo de la misma implica necesariamente la creación de un sistema organizado de información que permita amparar normativamente la eficacia jurídica que necesariamente se va a derivar del mismo. Esta idea constituye el germen de uno de los subsistemas relacionados con la información territorial —los registros de derechos—, cuya finalidad será la de dar a conocer situaciones con transcendencia jurídico-real y establecer la preferencia entre las mismas. Es decir, la puesta en conocimiento de la información. Para justificar su utilidad añadida se acude al recurso de la presunción, puesto que si bien el sistema no puede alterar la realidad sí puede en cambio modificar el procedimiento y el alcance de su prueba.

La principal consecuencia de la utilización de un sistema de información al que se le atribuya una específica eficacia jurídica adicional —la conversión de la posibilidad de conocer en conocimiento efectivo— va a consistir en la introducción sistemática, dentro del intercambio de bienes, de un método de aplicación de la norma basado en la utilización de la apariencia como elemento justificador del conocimiento.

Si la apariencia no es sino al fin y al cabo una especie de realidad virtual —en este caso jurídica— el riesgo de transmutar la realidad en ficción se hace evidente. No hay que olvidar que, en última instancia, el Derecho es un instrumento para organizar una serie de hechos y actos que tienen lugar en el mundo de la realidad y que se dirige a establecer unos modelos determinados de conducta, pero que carece de capacidad efectiva para cambiar la realidad objetiva de las cosas en la medida en que quiere el creador de la norma.

D) LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO JURÍDICO INMOBILIARIO

Hay que pensar, por otra parte, que resulta mucho más fácil y menos costoso —y más cómodo también— intentar ajustar la realidad a la norma y no al contrario. Esto no quiere decir que haya que abandonar o renunciar a la finalidad ordenadora que persigue todo sistema normativo, sino tener en cuenta que la vara por la que se mide la eficacia de un ordenamiento es al fin y al cabo la realidad y todo cuanto ocurre en ella.

Esta será la primera cuestión que tendrá que resolver la construcción de un sistema de información relativo a los derechos reales, habida cuenta de la necesidad de su eficacia *erga omnes* para alcanzar la operatividad prevista por el sistema jurídico-económico. Para entender mejor la cuestión que subyace bajo este problema hay que tener presente la acción de dos factores de tensión que influyen de forma permanente en el diseño de la eficacia de un sistema de información. De un lado, la denominada seguridad jurídica exige, sobre la base del principio del consentimiento, que todo desplazamiento patrimonial cuente con la aquiescencia de su respectivo titular. Este requerimiento supone la defensa del titular real —en el plano de la realidad jurídica— del derecho frente a cualquier agresión que éste pudiera sufrir. Es en definitiva la defensa del derecho de propiedad como modelo básico de derecho real.

Por otro lado, la seguridad del tráfico jurídico hace necesario que el intercambio de bienes se desarrolle en términos de razonabilidad, entendida ésta como el desarrollo de una conducta socialmente aceptable y económicamente asumible en orden a la obtención de la información precisa para llevar a cabo dicha transacción en los términos previstos por los contratantes, especialmente por la parte adquirente. De esta forma la dialéctica titular-adquirente incide de forma determinante a la hora de establecer los efectos de un sistema de información.

Bajo esta tensión subyace en definitiva un problema de información. Si la información de que dispone el adquirente es eficaz, esto es, veraz, siempre adquirirá del verdadero titular y no habrá cuestión en la medida en que el principio del consentimiento se observa y el tráfico jurídico discurre por los cauces previstos. Estamos en un escenario en que la información coincide con la realidad; esto es, la información es exacta. Pero, cuando la realidad e información se separan, es preciso determinar el alcance de esta situación en el tráfico jurídico. La cuestión se resuelve de distinta forma atendiendo a si se trata de bienes muebles o de bienes inmuebles. Respecto de los primeros, su valor económico suele coincidir con su valor de uso, de tal forma que, normalmente mediante el expediente de la posesión, la tenencia material se puede identificar con la titularidad real sin mayor dificultad. En cambio, en materia de bienes inmuebles, se hace necesario acudir a otros mecanismos de información y de publicidad habida cuenta de las especiales características de esta clase de bienes, que influyen de forma significativa en la forma de la estructuración y administración de la información relativa a dichos bienes.

E) EL SISTEMA DE REGISTROS Y LA INFORMACIÓN TERRITORIAL

La profunda reforma económico-jurídica impulsada por la revolución liberal que se lleva a cabo en la mayor parte de Europa durante los siglos XVIII y XIX que supuso la separación

permanente y definitiva del poder político de la propiedad de la tierra, pone en circulación en los mercados el valor en cambio de los bienes inmuebles como un bien apto para su intercambio en el tráfico jurídico.

Desde entonces, una de las principales características de los bienes inmuebles radica en la posibilidad de diferenciar claramente dentro de los mismos entre un valor de uso y un valor en cambio. Mientras que en el caso de bienes muebles, por lo general, el valor se agota con el uso, no ocurre lo mismo respecto de los bienes inmuebles. Su carácter de bien escaso les dota de un valor en cambio que permite obtener utilidades económicas diferentes de las derivadas de su utilización material. Se trata de bienes que tienen una vida muy larga, cualidad que les confiere una doble naturaleza como bien de consumo, derivado de su uso material, y como bien de inversión en cuanto activo patrimonial[6]. En este sentido, *mutatis mutandis,* la clásica distinción entre dominio eminente y dominio útil, que sirvió de patrón económico al modelo de sociedad del antiguo régimen, puede ser útil para entender las relaciones entre el valor en cambio y el valor de uso de los bienes inmuebles. Sin embargo, la respuesta institucional a esta carencia se produce, como veremos, de forma incompleta y por tanto insuficiente.

La necesidad de dar publicidad a los derechos reales que se van a constituir a partir de entonces sobre el valor en cambio de los bienes inmuebles —fundamentalmente la hipoteca— da lugar a la creación de un nuevo sistema de información jurídica, el Registro de la Propiedad, con la finalidad de regular la publicidad —y su eficacia jurídica— respecto de esta clase de derechos.

Pero algunas circunstancias, a su vez notas características de los bienes inmuebles y de su regulación jurídica, siguen ejerciendo su influencia en la configuración tanto del tráfico como de los sistemas de información jurídica relativos a los derechos reales sobre bienes inmuebles. De un lado esta clase de bienes se caracterizan por su ubicación espacial permanente en la medida en que forman parte integrante e inseparable del territorio. Por esta causa su circulación en el mercado es materialmente imposible. Es el adquirente el que se traslada hasta el bien y no al revés. Cuando se trata del valor de uso, esta norma se cumple inexorablemente, puesto que si se quiere usar un bien inmueble hay que desplazarse hasta el lugar donde éste se halla. Sin embargo esta regla quiebra cuando se trata del valor en cambio que no requiere el uso material del bien en cuestión. No hay que olvidar, sin embargo, como ya se ha indicado, que al final cualquier intento de regulación jurídica del estatuto de los bienes inmuebles ha de tener necesariamente presente su valor económico, que, en su mayor parte, depende de su uso posible y de su localización. Esta es una condición que un sistema de información registral inmobiliaria no puede eludir.

Otra de las situaciones que pone en evidencia la creciente circulación separada del valor de uso y del valor en cambio de los bienes inmuebles deriva de las estrechas relaciones que históricamente han vinculado al territorio con la soberanía del estado al que pertenece. La norma *lex rei sitae* gobierna intensamente estas relaciones de tal forma que la ley del lugar delimita y configura los modelos jurídico-económicos de explotación de los bienes inmuebles, esto es, los derechos reales.

La confluencia de estos dos factores —la localización espacial permanente de los bienes inmuebles y la utilización exclusiva de la *lex rei sitae* para su regulación jurídica— trae como consecuencia el que sistemas de información registral inmobiliaria permanezcan virtualmente varados en el territorio que delimita su competencia.

F) LA FRAGMENTACIÓN DE LA INFORMACIÓN TERRITORIAL

A su vez, a semejanza de lo que ocurre con los derechos reales, estos sistemas de información se ocupan de la gestión de la información relativa a una parte del territorio de forma exclusiva y excluyente. Esta circunstancia, inicialmente concebida para evitar la duplicidad

de la información (es decir, que la misma información respecto a un mismo bien inmueble pueda estar contenida en dos bases de datos diferentes) y para racionalizar el coste de la carga de la información en las bases de datos (acercando el sistema al territorio sobre el que opera) puede ser susceptible, a medio y largo plazo, de producir efectos negativos.

Mientras, no obstante su dispersión por el territorio, las bases de datos mantengan una única dirección de gestión (se observan de manera efectiva las mismas reglas para cargar la información relativa a dos inmuebles diferentes), se puede seguir hablando de un sistema único de información territorio si bien descentralizado. Pero, si la descentralización supone atribuir la gestión independiente en el tratamiento de la información a cada base de datos diseminada por el territorio, en la medida en que aumenta la posibilidad de que unos mismos datos reciban un tratamiento distinto, según la base de datos en la que pretendan ser cargados, el panorama varía de forma radical. El sistema único pasa a estar integrado por tantos subsistemas como bases de datos existan que a su vez tenderán a perpetuarse como sistemas propios, no obstante la apariencia formal de integrar un único sistema con los mismos criterios organizativos. La aparición de estos *cuellos de botella* en la gestión de la información territorial van a producir unos escenarios muy similares a los que en téminos económicos se describen como monopolio.

Mientras la ubicación fija de los inmuebles, por un lado, y la aplicación de la *lex rei sitae*, por el otro, fijan los mercados al territorio, los efectos monopolísticos antes descritos se consideran como una condición inevitable de la configuración localista de los mercados inmobiliarios y del tráfico jurídico derivado de la misma. Sobre este escenario se desarrollan los modelos de sistemas de información registral inmobiliaria en el que coexisten diferentes subsistemas, derivados de las diversas finalidades que persiguen cada uno de ellos.

De un lado, la necesidad de asegurar el crédito territorial da lugar al perfeccionamiento de los registros de hipotecas, que evolucionan hacia los llamados registros de derechos o registros de la propiedad. Por el otro, la gestión de los impuestos basados en la riqueza territorial da lugar a los registros de tipo catastral, dirigidos a inventariar la riqueza inmobiliaria de un país. Ambos tipos de registros son, en realidad, subsistemas de información atendiendo a los objetivos específicos para los que fueron implementados; esto es, la información sobre aspectos parciales (derechos y valoración) del territorio. Su propia estructuración hace inviable una gestión conjunta o la coordinación entre la información administrada por sus respectivas bases de datos[7].

Su plácida existencia va a ser puesta en cuestión por una serie de circunstancias que reflejan la evolución de los sistemas económicos y legales y que gradualmente se van a convertir en una serie de requerimientos insoslayables para dichos sistemas. Estas circunstancias, por otro lado, comienzan a incidir de forma significativa en el nivel de entropía generado por el normal funcionamiento de los mismos.

G) LA DETERMINACIÓN DEL USO DE LOS INMUEBLES Y LA REVISIÓN DE LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO

Una de las circunstancias que influyen de manera determinante sobre la distinción entre el valor de uso y el valor en cambio en los bienes inmuebles tiene su origen en la revisión que la ciencia jurídica lleva a cabo en relación de la función social del derecho. Uno de los campos más afectados por esta revisión teórica del derecho subjetivo como instrumento básico para las relaciones humanas es el derecho de propiedad —el paradigma del derecho real— cuyo contenido se revisa profundamente desde la perspectiva de su función social. Del contenido virtualmente ilimitado que el derecho de propiedad atribuía al uso de un inmueble se pasa a un concepto de uso estrechamente diseñado y monitorizado por los sistemas de ordenación del territorio. De esta forma entra en juego un nuevo concepto en la dinámica del tráfico inmobiliario, que se puede describir

como la producción de inmuebles, y en especial la producción de suelo, en la medida en que la utilidad de un inmueble, y por ende su valor económico, vienen *ab initio* determinados por el planeamiento urbanístico.

Aunque el concepto de fabricación, entendido como la utilización de diversas cosas y servicios para la creación de un producto nuevo, puede ser entendida más fácilmente en los procesos de urbanización y edificación, donde el producto final es claramente diferenciable, de forma material, de los elementos empleados en su producción, este concepto resulta cuanto menos llamativo cuando se refiere a la producción de suelo. En este último caso, y desde un punto de vista meramente material, el producto final no difiere gran cosa del producto inicial: una porción más o menos extensa de territorio. Es el uso asignado a dicha porción de territorio el que lo define como un producto nuevo dentro del mercado inmobiliario, que a su vez delimita el contenido del derecho de propiedad y de sus derechos derivados en los que a dichos inmuebles se refiere. La posibilidad de utilización económica del suelo vendrá determinada por el uso previsto para el mismo y por tanto su valor económico, tanto para el productor como para el usuario, quedará establecido por dicho uso. Sin embargo, a pesar de su cada vez mayor relevancia, el valor de uso de un inmueble sigue residenciado en gran parte dentro de lo que ha venido en llamarse el lado material o de hecho de los derechos reales, cuya información se atribuye en gran medida a la figura de la posesión, en cuanto mecanismo empírico de información territorial.

Sin embargo, el uso material de un inmueble, o lo que es lo mismo, su posesión, no es suficiente para proporcionar la información relativa al uso para el que ha sido programado, puesto que puede ser un uso meramente proyectado y como tal, no perceptible por los sentidos, pero con capacidad para influir en la consideración de la actuación de un tercero como ajustada a las normas de la buena fe.

Todo ello debido a que el uso, que no solo determina la titularidad sino también el contenido del derecho, tiene unos límites en muchos casos intangibles para los sentidos, sobre los que se articula básicamente el concepto de posesión. Una de las principales consecuencias derivadas de esta situación es la de que la posesión pierde parte de su utilidad, como dato, para establecer cual es la real titularidad de un bien inmueble en la medida en que su tenencia material —valor en uso— no abarca ni mucho menos toda la información sobre el contenido del los derechos reales sobre bienes inmuebles.

Por otra parte el carácter materialmente intangible del valor en cambio impide la utilización de la posesión como herramienta exclusiva de información sobre los derechos reales sobre bienes inmuebles. Por ello la necesidad de un mecanismo de información que tenga por objeto los datos relativos al valor en cambio de los bienes inmuebles se constituye en una exigencia permanente para la seguridad de los mercados sobre todo desde que dicho valor en cambio dejó de estar vinculado al poder político —amortizado— y entró de forma permanente en los mercados. Una vez que el valor en cambio de los bienes inmuebles se incorpora al mercado como activo financiero, se hace preciso implementar un sistema de que proporcione información no solo sobre el uso material de los bienes inmuebles sino también sobre los datos relativos a su utilización como activo patrimonial.

En este contexto se produce además una disfunción entre la información sobre el uso de los inmuebles en la medida en que no se da una especial relevancia al uso efectivo al que ha sido destinado un inmueble determinado.

Dentro de cada uso genérico dentro del que un inmueble es catalogado cuando se pone en circulación dentro de los mercados inmobiliarios —el tráfico jurídico inmobiliario— existen una serie de posibilidades de utilización específica de dicho inmueble que pueden revestir una especial importancia.

Pongamos, por ejemplo, el supuesto de un inmueble de carácter residencial. El hecho de que dicho inmueble sea apto para cumplir las necesidades de vivienda de una unidad fami-

liar no implica que efectivamente esté desarrollando esta función (Piénsese, por ejemplo, en una segunda residencia con finalidad vacacional). El uso de un inmueble como primera vivienda, circunstancia sobre la que normalmente carecen de datos los actuales sistemas de información registral inmobiliaria puede ser determinante a la hora de la resolución de conflictos producidos en el seno del tráfico jurídico inmobiliario, en especial cuando se pone en cuestión la aplicabilidad del conjunto de normas implementadas para garantizar la seguridad de dicho tráfico, normas concebidas históricamente para la tranquilidad del acreedor territorial.

No es lo mismo cuando la tensión se produce entre una situación que involucra el derecho de todo ser humano a una vivienda digna (inmueble cuyo uso efectivo es el de primera vivienda), situación en la que pueden quebrar las normas básicas establecidas para la seguridad del tráfico, que cuando el conflicto se refiere a un inmueble que cumple una función secundaria respecto de aquel derecho fundamental (inmueble utilizado como segunda vivienda).

H) LA MOVILIZACIÓN DEL VALOR EN CAMBIO DE LOS BIENES INMUEBLES Y SUS EFECTOS EN LA INFORMACIÓN TERRITORIAL

Otro de los factores que hacen necesaria una revisión de la eficiencia de los actuales modelos de información territorial está relacionado con la circulación de su valor en cambio, propiedad o valor de este tipo de bienes que, como ya se ha visto, no impiden su uso material.

El concepto de valor en cambio de los bienes inmuebles se va configurando gradualmente como un eficaz instrumento financiero a la vista de su comprobada utilidad como instrumento de garantía. Mientras que los modelos jurídicos en que se cristalizaba jurídicamente el valor en uso de los bienes inmuebles, los denominados por la literatura jurídica derechos reales de uso y de goce, eran autónomos en el sentido de que su propia regulación agotaba su función y contenido, no sucedía lo mismo con los derechos reales de garantía, en los que su naturaleza accesoria —la seguridad de una relación jurídica sin eficacia *erga omnes*— daba lugar a una permanente interactuación entre la garantía —el derecho real— y la obligación asegurada, esta última cada vez más empleada como instrumento de garantía en los sistemas financieros.

Esta situación, derivada del rápido desarrollo de la utilización de la hipoteca como instrumento de garantía inmobiliaria, va a originar una profunda tensión en la concepción estructural de los sistemas de información registral inmobiliaria. El desarrollo jurídico-económico de la hipoteca, que constituye históricamente en muchos casos la causa del nacimiento de los subsistemas de información territorial del tipo de registros de derechos como es el caso de nuestro Registro de la Propiedad, va a ser paradójicamente el origen de factores de tensión que a la larga ocasionarán una profunda brecha en el modelo de información utilizado por dichos registros.

Uno de estos factores está relacionado con la estrecha interconexión existente entre la obligación asegurada —normalmente una relación de naturaleza obligatoria sin eficacia frente a terceros— y la garantía que subyace como seguridad de aquella —un derecho real con eficacia *erga omnes*—. La concepción originaria de la hipoteca como instrumento de garantía apto para asegurar cualquier tipo de obligación, garantía con un contenido amplio y adaptable a la exigencias del tráfico jurídico, comienza a estrecharse por causa de su frecuente asociación con determinados modelos de estructuras crediticias, por razón de los movimientos del mercado. La frecuencia con que la hipoteca es utilizada para garantizar la seguridad de una determinada estructura obligacional (su utilización como garantía del precio de adquisición de un bien inmueble) da lugar a que, gradualmente y por razón de su casi exclusiva utilización con dicha finalidad, la especie se convierta en el género. Las características definitorias de la hipoteca como garantía de la adquisición de un inmueble —la

especie— pasan a fundamentar las reglas sobre las que se estructura el modelo general de hipoteca —el género—. De esta forma se llega a la conclusión de que todos los cisnes son blancos. El riesgo implícito que conlleva este proceso conceptual es el bloqueo del sistema de información cuando la utilización de una nueva especie de garantía basada en la hipoteca, haga evidente que el sistema está utilizando como género lo que en realidad es una especie. Cuando la remodelación de los mercados inmobiliarios y financieros hacen resurgir la utilización de la hipoteca en garantía de otros tipos de relaciones obligatorias (la hipoteca flotante, la hipoteca recargable o la hipoteca inversa), la realidad nos vuelve a recordar que también existen cisnes negros.

Otro de los puntos de tensión generados sobre los sistemas de información registral inmobiliaria por la evolución de las formas de utilización del valor en cambio de los bienes inmuebles, y que sin duda ha incrementado su nivel de entropía, tiene su origen también en una de las cualidades que dieron lugar a la consagración de la hipoteca como el derecho de garantía inmobiliario por antonomasia; esto es, su potencial aptitud como instrumento para la movilización de la propiedad inmueble[8].

La movilización de la propiedad inmueble a través de los derechos reales de garantía como la hipoteca, trae como consecuencia la flexibilización de las ataduras que inexorablemente han de vincular el derecho real con su objeto material, un bien inmueble. La operatividad de la hipoteca, posible sin necesidad de la tenencia material del inmueble mientras ésta desarrolla su función de garantía, no permite en cambio la desconexión de la obligación con la garantía si se llega a la fase de ejecución de esta última, en la que la *reposesión* del inmueble para la realización de su valor por el acreedor es del todo punto necesaria.

Sin embargo esta situación —la falta de posesión—, que sólo se produce durante una fase del proceso de aseguramiento, se intenta integrar en el modelo jurídico-económico que para el derecho real de hipoteca ha previsto el ordenamiento; de tal forma que su conexión con los sistemas de información inmobiliaria haga que la información, por incompleta que pueda ser en relación con el uso material del inmueble, sustituya el conocimiento efectivo de dicha situación, equiparando la utilización de la información contenida en el registro con el cumplimiento del requisito de la buena fe. Sobre sus relaciones con la buena fe como elemento corrector de la eficacia de la información ya se ha tratado en otro lugar[9].

De esta forma empieza a definirse un umbral de indefensión, no sólo desde el punto de vista del adquirente-usuario (aquí puede leerse *el usuario de una vivienda*) al que se exige una buena fe superior a la exigida al adquirente-acreedor, sino también respecto de aquellos titulares de derechos cuya posición jurídica trae causa de la movilización del crédito hipotecario en los mercados secundarios. La información relativa a las condiciones materiales del inmueble hipotecado, determinantes en gran medida de su valor como garantía, *se congela* en el momento de constitución de la hipoteca y permanece invariable a lo largo de su, normalmente larga, vida jurídica.

Pero lo cierto es que la función de garantía no se agota en las facultades de ejecución del acreedor sino que también, durante la vida de la hipoteca, refuerza la calidad del crédito y de su circulación en el tráfico jurídico inmobiliario; por lo que, a la vista del nivel de información que suelen proporcionar los registros de derechos, en lo relativo a las condiciones físicas y materiales del inmueble, hay que preguntarse si el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca habría de entenderse solamente como una cualidad relativa a su eficacia frente a otras garantías pero no respecto del objeto material de la hipoteca, esto es, el inmueble hipotecado.

Esta carencia se hace más evidente cuando el proceso de movilización de la propiedad inmueble alcanza el mercado secundario y, especialmente a través de la titulización, el valor en cambio se independiza del inmueble al que se refiere el título hipotecario que incorpora dicho valor, alejándose definitivamente de su soporte material y transformándose en una categoría conceptual autónoma.

Por otra parte, la progresiva uniformización de los sistemas financieros, uno de cuyos orígenes es el fenómeno de la globalización, conduce a la estandardización de los modelos jurídicos y económicos y a la necesidad de sobrevolar las barreras que las fronteras jurídicas de los estados —su soberanía— suponían para la circulación de los derechos reales sobre los bienes inmuebles.

La internacionalización de la circulación de los valores hipotecarios va a exigir unas condiciones de uniformidad en su regulación las que, por un lado, la todavía influyente *lex rei sitae* y, del otro, el cada vez mayor contacto entre dos sistemas económico-legales —el sistema anglosajón y el sistema continental—, de características diferentes, oponen resistencia. Por lo que la salida de este punto muerto consistirá en la independización conceptual del valor en cambio. El precio que se ha de pagar por esta opción es el progresivo estiramiento —y debilitamiento— del cordón umbilical que necesariamente debe unir los valores hipotecarios con las garantías que aseguran los préstamos y créditos respaldados por aquellos.

En nuestro sistema legal este estiramiento acaba por convertirse en abierta ruptura cuando la reforma operada por la Ley 41/2007 aleja definitivamente del Registro de la Propiedad la información relativa a los títulos hipotecarios mediante la implementación de un tipo, potencialmente peligroso, de sistema de información basado en el *autoregistro* (el sistema es administrado por el propio interesado) que debilita significativamente la garantía que para la exactitud de la información supone el mecanismo del control de acceso de los datos al registro. Otra consecuencia añadida es la división del subsistema en nuevos sistemas secundarios creando nuevos flujos de circulación, que aumentan el nivel de entropía en el manejo de la información.

De este modo, la inicial fragmentación en subsistemas desde la que se desarrollan los sistemas de información registral inmobiliaria, creados en su momento para la solución de necesidades concretas, se mantiene como caldo de cultivo en el que se desarrolla la circulación de la información inmobiliaria.

Junto a los dos grandes grupos de subsistemas, los sistemas catastrales, de finalidades censales y recaudatorias y en los que prima la identificación espacial del inmueble, en la medida en que éste determina su valor y los registros hipotecarios cuya finalidad es la de proporcionar seguridad a la movilización del valor en garantía de los bienes inmuebles y en los que la información relativa a los datos materiales del inmueble, aunque de ellos a la postre dependa su valor objetivo como garantía, ocupa un lugar secundario, surgen nuevos subsistemas de información, amparados en las oportunidades que ofrece la circulación electrónica de la información. Un supuesto muy ilustrativo de los resultados a que puede conducir la aparición de estas nuevas modalidades de intercambio de información, muchas veces en manos de la iniciativa privada, es el caso del *Mortgage Electronic Registration Systems Inc. (MERS)*[10].

Como consecuencia de todo lo anterior, se acentúa el carácter fragmentario de la información que proporcionan, tanto en un sentido transversal (cada sistema tiene asignado con carácter exclusivo una determinada parte del territorio) como en un sentido vertical (la información que proporcionan sólo se refiere a determinados aspectos de los derechos reales sobre bienes inmuebles) generando zonas oscuras donde se pierde la conexión entre el inmueble y los derechos sobre el mismo.

3. LA ENTROPÍA EN LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN REGISTRAL INMOBILIARIA

A) LOS EFECTOS DEL CONTROL DE ACCESO EN LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN REGISTRAL INMOBILIARIA

Sobre el escenario descrito desarrollan sus funciones los sistemas de información registral

inmobiliaria, especialmente los subsistemas que tienen por objeto la publicidad de los derechos reales sobre bienes inmuebles. El objeto de este trabajo es intentar una aproximación al estudio de los efectos que la entropía que genera durante su funcionamiento tal y como están concebidos dichos sistemas por el ordenamiento jurídico.

Ya se ha advertido más arriba que en el ámbito del Derecho, los costes no se agotan en el mismo significado que le atribuyen las ciencias económicas, en la medida en que existen derechos cuya valuación monetaria anticipada no es admisible puesto que representan aspectos inalienables del ser humano. Por esta causa los ordenamientos jurídicos han de establecer unos mecanismos especiales de protección de este tipo de intereses que van más allá de su mero cálculo económico e incluso de la posibilidad de negociación entre los afectados. En este sentido hay que prestar una especial atención cuando estos derechos y valores fundamentales resultan contaminados por la entropía que genera el funcionamiento de los sistemas de información registral inmobiliaria.

Un supuesto paradigmático que puede servir de ejemplo en esta materia es el derecho a la vivienda, cuyo tratamiento jurídico se realiza en buena parte dentro del estudio de los derechos reales sobre bienes inmuebles. El derecho a una vivienda, en cuanto necesidad básica e inmediata del ser humano de un refugio que le proteja de las inclemencias del mundo exterior, requiere que las obligaciones derivadas de la adquisición de la misma sean siempre cumplidas *in natura* y no mediante mecanismos sustitutorios que impidan o aplacen la satisfacción efectiva e inmediata de esta necesidad básica. En la medida en que el funcionamiento de un sistema de información registral inmobiliaria afecte a la viabilidad de este derecho nos hallaremos ante una agresión oculta a un valor reconocido constitucionalmente.

En este sentido se hace necesario entrar en el análisis de dos puntos relacionados con esta materia: los sistemas de control de acceso de la información y el problema de la escala en los sistemas de información registral inmobiliaria.

B) EL AJUSTE DE LA INFORMACIÓN A LA REALIDAD

La delimitación conceptual de este tema requiere un previo análisis de la función que desempeñan los sistemas de información registral inmobiliaria dentro del ordenamiento jurídico considerado como un conjunto. Para ello hay que partir del carácter accesorio que tiene el concepto de información. Si la información no es más que el transporte de determinados datos (mensaje) desde un punto (fuente de la información) a otro diferente (destino de la información), en nuestro caso a través de un sistema, es evidente que la primera característica que ha de cumplir la información es la de su neutralidad, de tal forma que el sentido del mensaje no se altere durante su transporte desde la fuente al destino. El corolario de esta proposición, aplicable a los sistemas de información registral inmobiliaria, es que un sistema de información no puede alterar el contenido de la información que administra. En caso contrario, el sistema de información se convertiría en fuente de información, suplendo la voluntad del emisor del mensaje.

Esta condición teórica es de muy difícil cumplimiento efectivo en la práctica como ya se puso de evidencia por MCLUHAN en la medida en que inevitablemente el medio de transporte influye en el contenido del mensaje (es un ejemplo ampliamente conocido el que describe la distorsión que se produce en el contenido de una orden a medida que va atravesando los diversos eslabones de la cadena de mando. Aunque su contenido acaba siendo inexplicable para su destinatario final, el propio formato del mensaje —es una orden y hay que cumplirla— produce unos efectos completamente distintos de los previstos por su emisor inicial).

Para evitar los efectos distorsionadores que respecto del contenido del mensaje puede producir la utilización de un sistema de información, es preciso recurrir a la utilización de un

lenguaje común, esto es, su codificación de tal forma que los elementos empleados para describir la información sean entendidos del mismo modo tanto por el emisor como por el destinatario. Para ello el sistema de información ha de cumplir una propiedad denominada *diferenciación discreta*; esto es, que se definan de forma clara y que tengan bien trazados sus límites respecto al resto de elementos sin superponerse a elementos de significado diferente[11]. El cumplimiento de este requerimiento exige ineludiblemente la atribución inicial a cada elemento de un significado determinado que deberá estar basado en el lenguaje empleado en el campo a que se refiere el mensaje.

C) EL SISTEMA DEL *NUMERUS CLAUSUS* COMO INTENTO DE AJUSTAR LA REALIDAD A LA INFORMACIÓN

Esta cuestión está estrechamente relacionada con la elección del criterio del *numerus clausus* como instrumento para delimitar material y formalmente el contenido de la información que ha de gestionar el sistema de información registral inmobiliaria.

Partiendo de la hipótesis de que la implementación de un sistema de información territorial se fundamenta en la necesidad de corregir los efectos extremos que puede originar la eficacia *erga omnes* de los derechos reales, bajo el epígrafe del *numerus clausus* se hallan latentes una serie de cuestiones estrechamente relacionadas con el problema de la entropía como efecto derivado del funcionamiento de los sistemas de información registral inmobiliaria.

Para ello hay que tener presente la relación de dependencia del sistema de información respecto del campo al que sirve instrumentalmente. Desde este punto de vista, se puede hablar de un sistema material o principal, que es el sistema que contiene la información que va a ser gestionada, y de un sistema formal o subordinado —el sistema de información—, que es el que tiene por finalidad el intercambio de la información generada por el sistema material. En el campo de la información territorial el sistema material será la parte del ordenamiento que regula el régimen y tráfico jurídico de los derechos reales sobre bienes inmuebles, que está compuesto en gran medida por el Derecho civil material, y el sistema formal será el propio sistema de información registral inmobiliaria, que normalmente se viene configurando como un registro de derechos. El registro informa a eventuales terceros y a cualquier interesado acerca de las mutaciones jurídicas que con eficacia *erga omnes* se producen sobre la titularidad y contenido de los derechos reales sobre bienes inmuebles.

Aunque por lo general la cuestión del criterio del *numerus clausus* se ha estudiado en relación al contenido posible de un derecho real, esto es, al catálogo, abierto o cerrado, de situaciones con trascendencia jurídico-real. también tras la opción del *numerus clausus* subyace una cuestión relativa al intercambio de información. Si la eficacia *erga omnes* ha de ser operativa, se requiere la utilización de un lenguaje, esto es, un sistema de comunicación aceptado por emisor y posibles destinatarios, que permita su inteligibilidad frente a los terceros que puedan resultar afectados por dichas situaciones. Por esta razón la solución que se dé al *numerus clausus* va a influir tanto en el contenido de la información como en el formato que se va a emplear para su intercambio. Pero esta cuestión ya ha sido analizada con mas detenimiento en otro lugar al que me remito[12].

D) EL CONTROL DE ACCESO DE LA INFORMACIÓN AL SISTEMA DE INFORMACIÓN REGISTRAL INMOBILIARIA

Pero, en todo caso, el sistema de información, debido a su carácter formal, ha de disponer, en cuanto sistema, de un mecanismo que permita verificar que la codificación de la información se ha llevado a cabo con arreglo a las reglas del sistema principal o material. En otras palabras, la base de datos que contiene la información sobre el territorio, en este caso la relativa a los derechos reales sobre bienes inmuebles, ha de comprobar que la información

cumple los requisitos establecidos por el sistema en cuanto a su forma y contenido.

Mediante el mecanismo de control de acceso de la información, el sistema identifica los datos y se asegura que usan el formato que emplea el sistema para transmitir la información, evitándose de esta forma la carga de información incoherente o contradictoria. En este sentido, el procedimiento de control de acceso de los datos al sistema que tiene la función de filtrar la mayor parte del *ruido* que pueda contener el mensaje. En el campo concreto de los sistemas de información registral inmobiliaria, el control de acceso del sistema hace posible que, cuando tenga lugar una transacción inmobiliaria, la información originada por la misma sea cargada en los términos de la mayor exactitud posible.

La estructura del mecanismo de control de acceso pivota sobre dos ejes básicos. En primer lugar el contenido de la información se ha de adecuar, desde un punto de vista formal, a las normas del sistema material, en cuanto sistema principal; es decir, que la información utilice el formato de intercambio previsto por el sistema material. De otro lado, el control de acceso ha de verificar que el contenido de la información sea coherente la información ya almacenada por el sistema, impidiendo el acceso al mismo de datos contradictorios o coherentes.

El primer punto que hay que examinar en materia de control de datos se refiere a los límites del control de acceso de los datos al sistema de información registral inmobiliaria. Estos límites están estrechamente vinculados a la propia función atribuida al mecanismo de control de datos. En la medida en que la actuación de este mecanismo interfiera en el sistema material, distorsionando sus reglas de funcionamiento, el sistema de información generará un nivel de entropía que podrá llegar a ser insostenible para la coherencia estructural del sistema material. Esto no es sino el clásico problema de los efectos que los sistemas de intercambio de información ejercen sobre su contenido y que suele estar asociado a los escenarios de naturaleza monopolística que pueden surgir de la necesidad de concentración de la información en una única base de datos para un mayor nivel de eficiencia, como se verá más adelante. Pongamos un ejemplo. Un cartero, o una oficina de correos, han de comprobar que la carta que se quiere remitir cumple los requisitos de tamaño, peso, franqueo e identificación de remitente y destinatario que establece la legislación postal. E incluso pasarla por mecanismos de detección de sustancias prohibidas o peligrosas. Pero lo que no pueden hacer en ningún caso es abrir el correo para determinar, por el contenido de la carta, si ésta puede o no puede ser enviada. Se entraría en la cuestión de la inviolabilidad de la correspondencia cuya tutela no corresponde a los empleados postales. Lo mismo puede ocurrir durante el funcionamiento de los sistemas de información registral inmobiliaria. Si el mecanismo de control de acceso actúa sobre aquellos aspectos de la información cuyo control y tutela está constitucionalmente atribuido a otras instituciones del ordenamiento, como son, por ejemplo, los supuestos de aplicación del principio de la tutela judicial efectiva, es indudable que el propio sistema de información generará contaminación institucional que afectará a la protección de valores consagrados como fundamentales por el propio ordenamiento jurídico, en la medida en que materias constitucionalmente reservadas al orden jurisdiccional, con su sistema de garantías, puedan ser juzgadas por órganos o funcionarios que carecen de competencia legal en tal sentido, so pretexto del examen de su posible aptitud para acceder a una base de datos. Habida cuenta además que en muchos casos los derechos reales inmobiliarios pueden recaer sobre materias estrechamente ligadas, cuando no incluidas, en estos ámbitos reservados de protección (el más representativo es el derecho que todo ser humano tiene a una vivienda), hay que contemplar la posibilidad de que, de forma directa o indirecta, los mecanismos de control de acceso de los sistemas de información registral inmobiliaria injieran en estos espacios jurídicos especialmente protegidos. En estos casos el alto nivel de contaminación jurídica que genera la entropía puede incluso llegar a cuestio-

nar la eficacia y sostenibilidad del sistema de información.

No hay que olvidar el papel que cada sistema tiene institucionalmente atribuida dentro del ordenamiento jurídico. Los sistemas de información registral inmobiliaria, como se ha visto más arriba, tienen encomendada la función de dar posibilidad de conocimiento, esto es, publicidad, a las situaciones jurídicas con vocación para afectar a personas ajenas a las mismas: la especie conocida como *terceros*. De esta forma, las transacciones inmobiliarias —las mutaciones jurídico-reales de los bienes inmuebles— se podrán apoyar en una información confiable. Este es el fundamento de la información territorial. Si se puede contrastar la calidad de la información, puede resultar razonable para el ordenamiento jurídico la atribución a dicha información de efectos jurídicos autónomos y de carácter especial o privilegiado atendidas las reglas generales del sistema legal. De aquí nace la llamada distinción entre registros de carácter administrativo —su eficacia se agota en la propia información— y registros de carácter jurídico, en los que la información, por su contrastada calidad, tiene atribuido un valor jurídico adicional (como, por ejemplo, la inversión de la carga de la prueba mediante el juego de las presunciones *iuris tantum* de exactitud de la información).

Pero en la medida en que dicha información adquiere sustantividad jurídica se configura como un valor autónomo añadido que, independientemente de su catalogación jurídica (sea considerado un derecho subjetivo o únicamente una facultad integrada en un derecho), ha de quedar protegida también por las normas generales de tutela judicial en caso de conflicto o de contestación. El problema se plantea cuando la denegación del ejercicio de esa facultad procede, no del titular de otro derecho, sino del propio sistema de información que niega el acceso a la base de datos de información, condición necesaria para que ésta adquiera la especial eficacia atribuida por el ordenamiento jurídico. De ahí la necesidad de establecer una delimitación lo suficientemente precisa para reducir, en el mayor grado posible, estos efectos perversos derivados del normal funcionamiento del sistema de información.

En el fondo, el problema que subyace bajo esta cuestión no es sino de entropía. La energía empleada por el sistema de información para el control de acceso de los datos se desperdicia (ya que no es ésta la función que le asigna el ordenamiento jurídico) y además contamina el ordenamiento jurídico puesto que interfiere en el sistema de garantías de los derechos subjetivos atribuido por el ordenamiento jurídico a otras instituciones o sistemas.

E) LA RELEVANCIA JURÍDICA DEL FACTOR *TIEMPO*

Otra de las cuestiones estrechamente vinculadas al mecanismo de control de acceso de los datos a la base de información se refiere al factor *tiempo*. Éste supone sin duda un coste del funcionamiento del sistema, de carácter irrecuperable (por lo menos hasta la fecha y sin minusvalorar los posibles avances de la ciencia en esta materia) y que puede ejercer una destacada influencia en la configuración del mercado con el que trabaja el sistema de información. Si el acceso de la información al sistema implica un coste determinado, éste será indudablemente tenido en cuenta por los sujetos que intervienen en una transacción.

Para comprender mejor la cuestión planteada, se puede utilizar como ejemplo un supuesto relativamente frecuente en el tráfico jurídico inmobiliario, como es el de la adquisición por compraventa de un inmueble cuyo precio se satisface mediante un préstamo con garantía hipotecaria concedido por una entidad bancaria. En este supuesto confluye además una circunstancia adicional derivada de la diferente eficacia que el ordenamiento jurídico atribuye a cada una de las transacciones (Hay que advertir que cuando se utiliza en este contexto el término *eficacia* se refiere a los efectos que el acceso a la base de datos —la inscripción en el registro— tiene respecto de la validez de la transacción en cuestión). En la compraventa la eficacia de la inscripción es declarativa, es decir, no constituye *per se* un requisito para la validez

y eficacia de la misma. Por el contrario, en la hipoteca la situación es diferente puesto que la eficacia de la inscripción tiene valor constitutivo ya que es necesaria para que el derecho real de hipoteca despliegue todos sus efectos.

No resulta aventurado afirmar, desde este punto de vista, que los sujetos intervinientes en la segunda transacción (la hipoteca) valorarán de forma determinante las posibilidades de acceso (inscripción) de la primera transacción (la compraventa) a la base de datos del sistema de información (el registro), puesto que la falta de inscripción de la primera puede comprometer gravemente la viabilidad de la segunda.

Para dotar de mayor contundencia al supuesto práctico que se está empleando, se le va a añadir un factor adicional. Supongamos que la parte transmitente de la primera transacción, el vendedor, tiene la necesidad por motivos urgentes de salud, y una vez cobrado el precio, de trasladar su residencia permanente a un país lejano donde va a ser imposible localizarle en lo sucesivo.

Este factor adicional aumenta el riesgo de la segunda transacción (la hipoteca) en la medida en que, si se deniega el acceso al sistema de información de los datos relativos a la primera transacción y se requiere de nuevo la intervención del vendedor, será muy posible que el acceso de la segunda transacción (la hipoteca) al sistema de información quede permanentemente bloqueado. No hay que olvidar que ambas transacciones, aunque sucesivas (la segunda no es posible sin la primera) son interdependientes. Es decir, sin hipoteca no hay compraventa y sin compraventa no hay hipoteca.

La primera consideración que hay que hacer, para comenzar el análisis del problema, es ponderar las vías alternativas disponibles para la resolución del conflicto en el caso en que éste llegara a producirse. En otras palabras ¿cuál sería el plan B?

Habida cuenta de que uno de los fundamentos del tráfico jurídico inmobiliario está constituido por el llamado principio del consentimiento, que en caso de conflicto queda amparado por la norma, de rango constitucional, de la tutela judicial efectiva, resulta evidente que, siguiendo con el supuesto práctico planteado, la denegación de la inscripción de la primera transacción puede implicar la exigencia de un nuevo consentimiento del vendedor; y si esto no es posible, habrá de ser suplido por la vía judicial. De una vía relativamente más rápida, las transacciones basadas en el consentimiento de las partes, se ha pasado a una vía de circulación mucho más lenta y con una mayor dosis de impredictibilidad. La consecuencia inmediata de todo ello es un aumento significativo de los costes de transacción: no solo los costes económicos propiamente dichos, sino también los costes derivados del factor tiempo, de naturaleza irreversible. La causa del cambio de vía —el guardagujas— ha sido el sistema de control de acceso de la información a la base de datos.

Estas circunstancias se reflejarán en la forma en que se van a plantear las nuevas transacciones y sin duda permiten establecer una conclusión: la gestión de un sistema de información, que por definición habría de ser neutral, influye de forma significativa en la configuración del mercado inmobiliario. Y no resulta aventurado añadir que, cuanto más imprecisos sean los límites entre los que discurra el control de acceso de la información a la base de datos, mayor será la influencia que ejerza el sistema de información en el comportamiento del mercado, en la medida en que aumenta los costes de transacción inicialmente previstos por las partes contratantes.

F) LA CUESTIÓN DE LA ESCALA EN LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN REGISTRAL INMOBILIARIA

Otra de las cuestiones relevantes en el análisis de los efectos generados por la entropía derivada del funcionamiento de los sistemas de información registral inmobiliaria está relacionado con la cuestión de la *escala*. Dado que muchas estructuras inertes y todos los seres vivos deben tener un tamaño *óptimo* para que

sean viables y tengan un funcionamiento normal, está claro que los proceso que den como resultado esas estructuras o seres vivos *no son indiferentes a la escala*[13]. Esta observación puede ser trasladada, en sus adecuadas proporciones, a los sistemas de información registral inmobiliaria. Tradicionalmente, por razones históricas, de operatividad y de recursos disponibles, la estructura de estos sistemas descansaba, desde el punto de vista territorial, sobre criterios de exclusividad en cuanto a la función y al ámbito territorial de la información gestionada. Cada modelo de sistema —en realidad subsistemas—, una vez establecidas sus funciones específicas, dividía el territorio en un número de sectores, normalmente coincidentes con algún tipo de división político-administrativa, en cada uno de los cuales se ubicaba una base de datos independiente, a la que se atribuía con carácter exclusivo y excluyente la gestión de la información sobre el territorio asignado. De este modo no se puede hablar de un único subsistema sino de una pluralidad de subsistemas, cada uno con su propia dirección y gestión, que seguían un mismo modelo funcional. Esta escala venía determinada de un lado por el estado y posibilidades técnicas de los medios de almacenamiento e intercambio de información y del otro por la propia configuración institucional del derecho real en la que el derecho se confundía con su objeto y que materialmente enraizaba los derechos en el territorio a través de una intensa aplicación de la *lex fori*.

Sin embargo, del mismo modo que el tamaño óptimo de los seres vivos y muchas estructuras inertes varía de acuerdo con los cambios que se producen en su entorno, los sistemas de información registral inmobiliaria han de adaptar su escala atendiendo a las modificaciones sobrevenidas en el medio en que operan. El desarrollo tecnológico de los sistemas de almacenamiento e intercambio de información se ha acelerado de forma vertiginosa a partir del último cuarto del siglo XX y del mismo modo se ha producido un crecimiento exponencial de la movilización de la propiedad inmueble a través del uso de su valor de cambio, especialmente como garantía hipotecaria a través de mecanismos financieros conocidos como procesos de titulización. A través de estos mecanismos se han creado unos modelos de transacción que aunque formalmente son compatibles con los sistemas legales en que se desenvuelven, las normas que cada sistema, en muchos casos muy diferentes, ha establecido para la resolución de los conflictos derivados de la utilización de dichos modelos pone de manifiesto, bajo una apariencia formal de compatibilidad, la existencia de unas divergencias estructurales que tensionan los mercados de forma significativa. Baste como botón de muestra la problemática derivada de la intervención de las agencias de calificación crediticia en los mercados financieros[14].

Para analizar la cuestión de la escala referida a los sistemas de información registral inmobiliaria, hay que partir de una premisa básica: para que un sistema de información sea eficiente, todos los datos relativos a la misma unidad de información han de estar unificados bajo una misma referencia básica; de tal modo que sea posible manejar la información relativa a dicha unidad de forma integral. Esta regla, denominada *unidad funcional*, permite concentrar la información relativa a un mismo objeto, pero para ello se hace necesario establecer el punto de conexión que permita identificar la información con su objeto. Este punto de conexión, al que denominaremos e*lemento estructural básico (cornerstone)*, sobre el que jerárquicamente se estructura el resto de la información, es el que va a ser utilizado por cada sistema de información para diseñar su estructura, de tal forma que el elemento estructural básico constituye el *objeto formal* del sistema.

G) LA GENERACIÓN DE SUBSISTEMAS CERRADOS COMO RESPUESTA A LA NECESIDAD DE CONCENTRACIÓN DE LA INFORMACIÓN

El elemento estructural básico desempeña la doble función de determinar la cantidad mínima de información sobre un objeto que es ne-

cesaria para que dicha información pueda acceder al sistema y de establecer la forma en que la información ha de ser actualizada. Aunque nos alejemos momentáneamente de lo estrictamente jurídico, pongamos el ejemplo de una base de datos que tiene por objeto gestionar la información sobre el parque de motocicletas en una determinada localidad. El elemento estructural básico será el concepto *motocicleta* que constituye asimismo el objeto formal del sistema de información. Ello significa que en primer lugar el sistema no puede contener, de forma aislada, información inferior a la necesaria (por ejemplo, sólo la información relativa al motor de la motocicleta) puesto que, si se aceptara esta información, el objeto del sistema no serían las motocicletas sino fragmentos de las mismas. Si se permitiera el acceso al sistema de archivo de unidades de información inferiores a la básica, cada fragmento de motocicleta necesitaría a su vez su propio elemento estructural básico (en este caso el número de serie del motor) y tendería a configurarse como sistema operativo autónomo (base de datos de motores de motocicletas). Esta base de datos constituiría un *subsistema de información* respecto del sistema de información que tiene por objeto las motocicletas consideradas en su conjunto. Hay que tener en cuenta que nos estamos refiriendo al elemento estructural básico del sistema y no a los datos que integran la información sobre dichos elementos estructurales. En ambas bases de datos el número del motor sería un dato pero la cantidad de información que podríamos obtener a través de él es distinta. La base de datos de motores nos proporcionaría información sobre el motor únicamente; en cambio la base de datos de motocicletas nos daría información sobre la motocicleta completa. Lo mismo se podría decir de las bases de datos que tuvieran por objeto los bastidores de las motocicletas o sus depósitos de gasolina. Es evidente que, reuniendo los datos relativos a cada fragmento de la motocicleta, podríamos recomponer la información referente a una motocicleta determinada pero la entropía generada sería claramente superior a la que produciría la utilización de una base de datos cuyo objeto fueran las motocicletas como objetos enteros.

Si sustituimos las motocicletas por los bienes inmuebles podemos hacernos una idea aproximada del funcionamiento actual de los subsistemas de información territorial.

Los registros de derechos utilizan como *cornerstone* la figura del derecho real que a su vez está compuesta de tres elementos estructurales: el sujeto o titular del derecho, el objeto del derecho y el contenido del derecho. Si falta uno de estos tres elementos, no se cumple el requisito de la información inicial mínima y ésta no puede acceder al registro. Esta configuración estructural, consecuencia en muchas ocasiones de su propio origen histórico —la ordenación de las hipotecas— limita la eficacia de la base de datos en la medida que impide el manejo adecuado de una serie de datos de carácter básico para la eficiencia del mismo sistema.

El tratamiento que del territorio hace este tipo de subsistemas es representativo de esta carencia. Si el territorio —la superficie terrestre— tiene a su vez carácter continuo —cada parcela termina donde empiezan las colindantes— y limitado —la superficie total de la corteza terrestre—, cualquier tipo de gestión de la información que no tenga presente estos condicionamientos será defectuosa. Un ejemplo los constituyen los llamados *excesos de cabida*. Desde el punto de vista de los derechos reales, esta situación se refiere a una parte de la información básica —el objeto del derecho— y puede ser utilizado aisladamente; es decir, sin tener en cuenta los inmuebles colindantes siempre que forme parte del derecho real correspondiente.

Pero, si tenemos en cuentas las características antes mencionadas —carácter continuo y limitado— del territorio, toda modificación de la superficie de una parcela que no tenga en cuenta las colindantes generará información incierta —si la superficie total es limitada, un exceso de cabida ha de traer como consecuencia necesariamente un defecto de cabida en otra parte del territorio— que puede dar lugar a situaciones similares en su configuración a las

que en Derecho de contratos se conoce como *overbooking*. Se acabarán manejando unos datos —en este caso la extensión territorial— de los inmuebles sin comprobar si *caben* dentro del territorio, ya que éste no se utiliza como referencia. Esta situación conducirá inexorablemente a una *deslocalización* de los bienes inmuebles y un aumento en la inexactitud de la información relativa a los mismos.

Si esta disfunción tiene su origen en la propia configuración estructural del sistema de información —la utilización como *cornerstone* del derecho real en lugar del inmueble— la posibilidad de coordinación con otros subsistemas de información territorial que utilicen como *cornerstone* el bien inmueble, la coordinación de la información aumenta considerablemente la entropía del sistema, que tenderá a cerrarse bajo la apariencia de una coordinación formal, que realmente será inexistente o muy costosa, puesto que la coordinación requiere adaptación de los datos y no meramente su coexistencia.

Esto ocurre así porque la integridad de un sistema queda delimitada por su objeto. Si el sistema es apto para manejar por sí sólo la información que constituye su campo, aunque éste sea parcial en relación con un objeto determinado, el sistema en cuanto tal es autónomo —un subsistema— y deja de ser parte del sistema general. A su vez, los datos que el subsistema no abarque, ya dentro de su campo, darán lugar a la creación de nuevos subsistemas y así sucesivamente. Cada sistema, para su funcionamiento, necesita tener carácter selectivo, es decir, que solo admitirá la información relativa a su objeto que se remita en el formato requerido por la configuración del propio sistema. El carácter formalmente cerrado del sistema tiende a la creación de escenarios endogámicos en la medida que el lenguaje de cada subsistema va adaptándose a las condiciones en que se desenvuelve y utiliza como medio de respuesta las soluciones que le proporciona el propio subsistema. Es decir, el susbsistema se alimenta por sí mismo. Del mismo modo que el aislamiento entre sí de grupos de población que hablan un mismo lenguaje da lugar a la aparición de dialectos propios que con el tiempo acaban transformándose en nuevos lenguajes, la fragmentación de la información territorial produce un escenario muy parecido. Una de las consecuencias que conlleva aparejada esta situación es la de que gradualmente el formato de la información tiende a deformar el objeto de la información creando una realidad virtual, que es necesaria para justificar la existencia del subsistema.

Si, por ejemplo, las especialidades en Medicina relativas al cuerpo humano, no partieran de éste como el objeto básico de sus estudios y cada una de ellas independizara sus estudios sin tener en cuenta el resto del cuerpo, sería muy curioso el resultado que nos daría la reconstrucción del cuerpo humano basándonos en las descripciones que cada una de ellas hace de la parte del cuerpo que constituye el exclusivo objeto de sus estudios.

Dicho de otro modo, la utilización de subsistemas de información en lugar de un único sistema aumenta significativamente la entropía durante el transporte de la información en la medida en que se repiten los procesos de carga de los datos. La consideración de esta circunstancia conjuntamente con la variable que supone que cada subsistema está dotado de un sistema autónomo de control de acceso de datos, podría dar lugar a que unos mismos datos relativos a un mismo objeto fueran aceptados por un subsistema y rechazados por otro.

Esta situación es parecida a la que se produce en la actualidad en el campo de los sistemas de información registral inmobiliaria. Aunque parece claro que su información ha de referirse al territorio como un único objeto, lo cierto es que cada sistema utiliza un elemento estructural básico diferente —un lenguaje propio— que impide abarcar el territorio de forma integral, tanto desde un punto de vista espacial (referido a la totalidad del territorio) como funcional (referido a todos los posibles usos del territorio).

Examinando los actuales modelos se puede apreciar de forma bastante clara esta circunstancia. Si, como ya se ha expuesto más

arriba, el sistema de información registral inmobiliaria utiliza como elemento estructural básico el derecho real (sistemas de registro de títulos o de derechos) sobre el bien inmueble (un derecho real está compuesto básicamente de tres elementos: el sujeto o titular, el objeto o inmueble sobre el que recae y el contenido o facultades que atribuye el derecho al titular sobre el inmueble), la regla de unidad funcional requiere que la información se agrupe en torno al derecho real. Como consecuencia de ello, si falla alguno de los datos que integran el concepto de derecho real, la información no reúne los requisitos mínimos que permiten su almacenamiento en el sistema. Si no se conoce, por ejemplo, el titular de un derecho real (el propietario de una parcela), la información no puede acceder a la base de datos y subsiguientemente una parte del territorio queda fuera del sistema. Puesto que la información sobre el territorio ha de recibir un tratamiento contextual, el subsistema de información genera entropía en la medida en que la incertidumbre generada puede ser superior a la información suministrada.

H) LA CENTRALIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN TERRITORIAL

Hay que tener además en cuenta otra circunstancia que potencialmente puede aumentar el coste de la información de forma oculta, derivada del grado de centralización que tenga la gestión de información. Por centralización se entiende la utilización de una única base de datos que contenga la totalidad de la información.

Merced al rápido desarrollo de los medios electrónicos de comunicación, el coste asociado a la centralización de la información derivado de la necesidad del desplazamiento del usuario hacia la base de datos ha disminuido significativamente, gracias a la posibilidad de acceso electrónico; y es perfectamente asumible por el sistema como coste normal del funcionamiento del mismo.

Si partimos de la hipótesis de que más completa será la información cuanto más datos dispongamos acerca de algo, el almacenamiento de los datos en una única base de datos dota de más eficiencia al sistema en comparación con la utilización de bases de datos parciales. Como se ha visto *supra* el transporte de la información genera un determinado nivel de entropía, esto es, de energía irrecuperable. Cuantos más movimientos de transporte de información sean necesarios para la generación y obtención de la información final, más aumentará el nivel de entropía del sistema y de los riesgos reales de contaminación de un ordenamiento jurídico

La utilización de subsistemas de información descentralizados, como es el caso de algunos sistemas en la actualidad, implica necesariamente la fragmentación de la información en diversas bases de datos. Cada base de datos contiene una parte de la información relativa a un determinado territorio. Es decir el subsistema se divide en una serie de sub-bases de datos repartidas por el territorio y cada una de ellas con un ámbito espacial —competencia territorial— exclusiva y excluyente. Esta situación puede dar lugar a la aparición de nuevos subsistemas —normalmente configurados como oficinas de registro— dentro del subsistema inicial debido a la confluencia de dos factores específicos, la competencia territorial exclusiva y el sistema de control de acceso de los datos, cuya sinergia influye de forma significativa en la circulación de la información y en el nivel de entropía del sistema, considerado en términos totales.

Si el tratamiento de la información, especialmente el control de acceso de la misma a la base de datos, se hiciera de forma exactamente igual en cada sub-base de datos, de tal forma que la información que afectara a más de una de estas sub-bases fuera tratada exactamente igual, en este aspecto podría considerarse equivalente la eficacia del conjunto de sub-bases a la de una única base centralizada, si éstas estuvieran perfectamente conectadas entre sí.

Si a cada sub-base se le atribuye un determinado nivel de autonomía en el tratamiento de los datos, es altamente probable que se vaya produciendo, por lo anteriormente expuesto, una paulatina diferenciación en los criterios de gestión entre las distintas sub-bases que

conducirá inevitablemente a un escenario en el que los mismos datos reciban una diferente respuesta del sistema atendiendo a la sub-base en la que pretenden ser cargados. A su vez cada sub-base generará los correspondientes fundamentos teórico-jurídicos sobre que justificar la diferencia de criterio tales como la independencia del órgano gestor o argumentos similares. Pero el hecho real es que se produce una nueva fragmentación en el tratamiento de la información en el seno de lo que formalmente aparece como un único sub-sistema.

4. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto hasta este momento pueden obtenerse algunas conclusiones.

La primera de ellas es la de la influencia, muchas veces oculta, que los sistemas de información registral inmobiliaria ejercen sobre el tráfico jurídico inmobiliario. En muchas ocasiones la entropía generada no sólo disminuye la eficiencia del sistema de información registral inmobiliaria, sino que influye también en el funcionamiento de sistemas distintos, distorsionando incluso la correcta aplicación de los principios generales sobre los que descansa el ordenamiento jurídico. Esta contaminación jurídica derivada de la entropía puede además afectar de forma oculta o indirecta a valores protegidos constitucionalmente. Entre otras, las causas de estas disfunciones pueden tener su origen en la parcial obsolescencia de los modelos de algunos sistemas de información registral inmobiliaria, nacidos históricamente para atender a necesidades concretas y que, sin una adecuada revisión de su estructura, gestionan la información territorial sobre criterios estructurales muy diferentes bajo la apariencia de una coordinación formal.

La segunda conclusión a la que se puede llegar es la de que la fragmentación, en diferentes subsistemas, de la información territorial puesta en evidencia por el avance de las técnicas de intercambio de información, en especial por la comunicación electrónica, es una asignatura pendiente que no puede ser resuelta mediante el expediente de una coordinación meramente formal de los sistemas de información, cuando los modelos que utiliza cada subsistema de información territorial están estructurados sobre bases muy diferentes. La mera coexistencia de los datos en una base sin un tratamiento organizado de los mismos no se puede calificar como coordinación sino únicamente como amontonamiento de la información. Esta situación no se produce únicamente en relación con los subsistemas que administran diferentes aspectos de la información relativa al territorial (fragmentación vertical) sino también de aquellos subsistemas que a su vez se hallan divididos en una serie de bases de datos, cada una de ellas con una competencia exclusiva sobre una parte del territorio (fragmentación horizontal).

Por último es conveniente hacer hincapié en la influencia específica que los modelos de control de acceso de la información tienen en la configuración del mercado inmobiliario, basado en el libre intercambio de bienes y derechos. La diversificación de criterios en materia del control de acceso, debida a la fragmentación territorial, influye de forma relevante en la necesaria predictibilidad de las decisiones económico-jurídicas que adoptan los agentes en el mercado, en la medida en que a la incertidumbre generada se añade un considerable coste temporal —de naturaleza irreversible— en la solución de los conflictos que, en muchas ocasiones, afectan a derechos y valores fundamentales del ser humano.

NOTAS

1. GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas: *The Entropy Law and the Economic Proccess.* Cambridge, 1971.

2. HELLER, Michael: *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets.* Harvard Law Review, Volume 11, 1997.

3. PARISI, Francesco: *Freedom of contract and the Laws of Entropye.* Supreme Court Economic Review. 2002.

4. POSNER, Richard A.: *El análisis económico del derecho.* México, 1998.

5. RAPOPORT, Anatol: *Teoría general de los sistemas.* Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales (Volumen 9). Madrid, 1978.

6. NÚÑEZ TABALES, Julia M., CARIDAD Y OCERIN, José María y CEULAR VILLAMANDOS, Nuria: *Propuestas metodológicas para valoración de inmuebles urbanos.* Granada, 2009.

7. Para una información más detallada sobre este tema vid. JIMÉNEZ CLAR, Antonio: "La información territorial: ¿es posible la unificación del Catastro y del Registro?" en la revista *El Notario del Siglo XXI, julio-agosto 2010*, número 32.

8. Para un completo y riguroso análisis de esta materia vid. RUBIO GARRIDO, Tomás: *La propiedad inmueble y el mercado hipotecario* (Madrid, 1994)

9. JIMÉNEZ CLAR, Antonio: *"El principio de la buena fe y su relación con la información territorial". Teoría y Derecho*. Julio 2010. Número 7.

10. Un interesante análisis de esta materia en PETERSON, Christopher L.: *Foreclosure,* "Subprime Mortgage Lending and the Mortage Electronic Registration System". *University of Cincinnati Law Review*, 2010, Volumen 78, nº 4. Págs. 1359 y ss.

11. CARPINTERO, Óscar: *La bioeconomía de Georgescu-Roegen*. Madrid, 2006.

12. JIMÉNEZ CLAR, Antonio: "Algunas consideraciones sobre el sistema del numerus clausus como instrumento de intercambio de información territorial" en la obra colectiva *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma* (coordinada por Sánchez González, José Carlos, Gardeazábal Del Río, Francisco Javier y Garrido Chamorro, Pedro José) Navarra, 2010 (págs 499-518)

13. CARPINTERO, Óscar: *La bioeconomía de Georgescu-Roegen*. Madrid, 2006

14. Vid. MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio: "La incorporación de las calificaciones de créditos a la regulación de los mercados financieros". *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* nº 119. Julio-Septiembre 2010

Fecha de recepción: 26 de mayo de 2011
Fecha de aceptación: 4 de noviembre de 2011

LEGAL INTEREST AS CRITERIA FOR LEGITIMATION IN CIVIL PROCESS

RESUMEN

La legitimación en el proceso civil no se limita a los titulares de los derechos litigiosos. Esta posibilidad, cada vez mayor en las sociedades modernas, por ejemplo a través de la defensa de intereses colectivos, permite que el estudio de la legitimación procesal civil se enfoque desde una perspectiva distinta a la tradicional, en la cual el elemento básico de su estudio ya no es la titularidad de un derecho subjetivo, sino la titularidad de un interés jurídico.

Se analiza el fundamento de ese enfoque, se establecen los diversos criterios de clasificación del llamado interés *legitimante*, así como se pone de manifiesto la deficiente distinción que doctrinal y jurisprudencialmente se hace entre el interés *legitimante* y las reglas de legitimación.

Se concluye que la legitimación procesal es un elemento del proceso altamente sujeto a consideraciones de política legislativa y no tanto a exigencias jurídico-materiales.

PALABRAS CLAVE

Proceso civil, reglas de legitimación, interés jurídico, interés legítimo, interés litigioso, interés legitimante, intereses colectivos, tratamiento procesal, sustitución procesal, acción subrogatoria, SGAE

ABSTRACT

Legitimation in civil proceedings is not limited to the holders of disputed rights. This possibility, ever more common in modern societies —for example through the defence of collective interests— opens up the study of civil procedural legitimation from a new perspective, one in which the basic issue is no longer the holding of an individual right, but the ownership of a legal interest.

The paper discusses the rationale for this approach, establishing the various criteria for classifying *legitimating* interest. It also highlights the poor doctrinal and jurisprudential distinction made between a *legitimating* interest and the rules of legitimation.

We conclude that procedural legitimation is more highly subject to legislative policy considerations than to substantive legal requirements.

KEY WORDS

Civil procedure, rules of legitimation, legal interest, legitimate interest, litigious issue, legitimating interest, collective interest, procedural treatment, subrogatory action.

EL INTERÉS JURÍDICO COMO CRITERIO DE LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO CIVIL

Ricardo Juan Sánchez
Profesor de Derecho Procesal
Universitat de València

Sumario: 1. Introducción. 2. El interés jurídico como base de las reglas de legitimación. A) Los derechos subjetivos como referencia para la legitimación: su problemática. B) El "interés legítimo" como base de la legitimación procesal. C) El interés litigioso y el interés legitimante (propio y compartido). D) El interés legitimante y los hechos constitutivos de la pretensión. 3. La distinción entre el interés legitimante y las reglas de legitimación. A) Algunos casos de ausencia de interés legitimante tratados como falta de legitimación. B) Verdaderos casos de ausencia de reglas de legitimación. 4. La caracterización del interés legitimante en nuestro sistema procesal. A) Que se trate de un interés directo. B) Que se trate de un interés actual. 6. Conclusión: nuestra definición de la legitimación procesal.

1. INTRODUCCIÓN

La legitimación procesal se define por referencia a dos elementos consustanciales a todo proceso y además por este orden: sobre qué se va discutir en el juicio y por quién. Es una cuestión objetivo-subjetiva, si bien se sitúa en el plano de la constitución subjetiva de la relación jurídico-procesal. Por eso es habitual que se defina como la "condición" o "cualidad" que reúnen ciertos sujetos para el ejercicio de una pretensión procesal concreta[1].

Desde este posicionamiento, en las concepciones tradicionales se partía de la idea de que «activamente legitimado está aquél que» afirma soportar «el daño jurídico que la declaración de certeza repara» y que «legitimado pasivamente es aquél respecto el cual» se afirma que «la sentencia debe hacer cosa juzgada, para que el efecto esperado de la declaración de certeza se produzca»[2]. Esta manera de plantear la cuestión está actualmente sujeta a un número tan considerable de matizaciones que cabe cuestionar su vigencia. Igualmente es cierta sólo circunstancialmente la afirmación de que la legitimación "es identificable con la titularidad de los derechos subjetivos que se hacen valer en el proceso"[3]/[4].

En cambio, nuestro ordenamiento procesal contempla diversos supuestos en los que la legitimación activa y pasiva no se otorga en función de los criterios expuestos por tan reputados autores como los citados. Los arts. 10.II y 11 LEC/2000 son un ejemplo de desvinculación de la legitimación de la titularidad de los "derechos" deducidos en juicio. Pero esto no representa en puridad una novedad, pues históricamente el ordenamiento jurídico —el nuestro y los extranjeros— ha contemplado situaciones procesales similares, de lo cual no resulta difícil encontrar citas clásicas que traten de definir la legitimación en atención de dicha circunstancia. Es el caso de CARNELUTTI, para quien la "la teoría de la legitimación se esfuerza, precisamente, por aclarar los principios en que se funda la convergencia o divergencia

entre la acción y el interés" y desde esta perspectiva define la legitimación como "la idoneidad de una persona para actuar en el proceso, debida a su posición, y más exactamente, a su interés o a su oficio"[5].

A partir de esta constatación, el presente artículo tiene por objeto analizar, en primer lugar, la posible desvinculación entre la legitimación procesal y los derechos subjetivos, y, en segundo lugar, exponer cómo, aunque aparentemente las diversas reglas de legitimación obedecen a consideraciones distintas (por ejemplo la titularidad de un derecho subjetivo del art. 10.I LEC y la titularidad de un interés legítimo del art. 74 CC), todas ellas tienen un elemento común que las define: se establecen a partir de la existencia de un interés jurídico, que se convierte en un elemento suficiente para el estudio y determinación de la legitimación procesal en los procesos concretos.

Con tal planteamiento se aportan criterios válidos para una teoría general de la legitimación en cualquier orden jurisdiccional; de modo que, por ejemplo, muchos aspectos del proceso contencioso-administrativo sirven, bien contextualizados, para analizar la legitimación civil.

Ahora bien, como se dirá, la existencia de un interés no otorga por sí misma legitimación, siendo imprescindible que una norma procesal habilite para ello. Sólo por ser titular de un interés jurídico no concurre legitimación procesal, necesitándose una norma que expresamente así lo establezca. Puede entenderse que es un paso innecesario, pero la distinción entre el interés y las reglas de legitimación para su ejercicio contribuyen a clarificar el tratamiento procesal de estas últimas.

El interés jurídico, en cuanto concepto general del Derecho, por sí sólo no puede determinar la legitimación procesal, necesitando de normas de esta última naturaleza para ello. Pero al mismo tiempo, como se va a tratar de comprobar en este artículo, la legitimación procesal descansa esencialmente sobre la existencia básica de ese interés jurídico y de su titularidad —aunque sea meramente afirmada—.

A partir de esta idea del interés como elemento suficiente sobre el que establecer una regla de legitimación debe procederse también al análisis del propio concepto del interés jurídico, estableciendo, de ser así, sus diversas categorías, a la vez que puedan aportarse criterios para su mejor configuración para los fines que se persiguen; esto es, definir mejor el concepto de la legitimación procesal. A estas cuestiones se dedican las siguientes páginas.

Pero para ello, como punto de partida de nuestro análisis, queremos reproducir las siguientes palabras de GUTIÉRREZ DE CABIEDES que estimamos esenciales en todo lo que se va a exponer: "debe señalarse,..., que la legitimación no *es* una posición —como afirman algunos autores—, sino que hace referencia, existe —*se reconoce*— *en virtud* de una posición en la que se encuentra el sujeto con respecto a un determinado objeto. La posición o situación del sujeto (la relación de éste con el objeto) constituye el fundamento de la legitimación, pero no la legitimación misma" —cursiva del autor—[6].

2. EL INTERÉS JURÍDICO COMO BASE DE LAS REGLAS DE LEGITIMACIÓN

Como se ha avanzado y se va a exponer más detenidamente de aquí en adelante, la legitimación descansa esencialmente sobre la existencia de normas procesales que estatuyen las diversas reglas de legitimación. Pero, para la determinación de dichas reglas, el legislador tiene presente un elemento previo a las mismas cual es el interés jurídico, de modo que no cabe confundirlo con las propias reglas de legitimación, pues aquél no es sino la realidad jurídica a la que atienden éstas.

El concepto de interés jurídico no es propio del Derecho procesal[7], y menos aún del instituto de la legitimación, aunque tiene especial relevancia en esta materia. Se trata de un concepto general del Derecho, de lo que dan muestra los múltiples trabajos y autores

que desde diversas ramas jurídicas han tratado este concepto[8].

Aquí sólo debemos analizarlo en la medida que nos aporta criterios suficientes para entender las diversas reglas de legitimación, y como ya se ha dicho no cabe confundir esas reglas con el tipo de interés a cuyo servicio se definen[9]. En este sentido, se han formulado algunas consideraciones generales sobre el interés jurídico que deben tenerse presentes en orden al tema que nos ocupa. De una parte, son muy apropiadas las palabras de SÁNCHEZ MORÓN al afirmar que el interés determina "las posibilidades de acción jurídica de un sujeto, es decir, las modalidades de consideración de dicho sujeto por el Derecho"[10] y, de otra, desde un punto de vista más filosófico, que el interés plantea el problema de la "justificación y los límites de un poder"[11].

Pasemos a exponer la razones para sostener que la legitimación procesal es una institución que se puede articular a partir del único concepto del interés jurídico.

A) LOS DERECHOS SUBJETIVOS COMO REFERENCIA PARA LA LEGITIMACIÓN: SU PROBLEMÁTICA

Entrando en el análisis del interés desde el estricto punto de vista de la legitimación, debe hacerse una consideración previa. La doctrina española, cuando ha afrontado el estudio de la legitimación, lo ha hecho mayoritariamente con referencia a los derechos subjetivos, al "interés legítimo" o a otras situaciones jurídicas residuales[12]; si bien otros enfoques atienden a una mayor complejidad de fenómenos jurídicos[13].

Este trabajo quiere, en cambio, poner de manifiesto que el elemento de referencia para el estudio de las diversas reglas de legitimación —también en el proceso civil— ha de ser el interés jurídico, sin ningún otro apelativo.

La relevancia que el interés ha tenido en la conformación y estudio de la legitimación en el proceso contencioso-administrativo y no en el proceso civil se explica a partir de consideraciones puramente contextuales, pero no de estricta técnica jurídica. El interés jurídico como elemento legitimante no se "comporta" de manera distinta en el proceso civil y en el proceso contencioso-administrativo. Pero tradicionalmente la escasa existencia de derechos subjetivos en el Derecho administrativo[14], contrariamente a su predominio en el Derecho civil, ha determinado que, respectivamente, los conceptos de interés jurídico y derecho subjetivo se hayan convertido en la referencia básica para el estudio de la legitimación en cada uno de esos dos órdenes jurisdiccionales. Pero esa realidad histórica no debe impedir que se ponga de manifiesto que detrás de todo derecho subjetivo actuado en el proceso civil existe un interés —si bien dotado de la más perfecta de las tutelas jurídicas—; es decir, que bajo la existencia de los derechos subjetivos hay presentes otros elementos jurídicos más básicos que permiten afirmar, como en el proceso contencioso-administrativo, que "la legitimación por interés, que es hoy la normal, de modo que absorbe a la anterior", en referencia a la legitimación por invocación de un derecho subjetivo[15].

No se trata de que el Derecho civil esté mutando en su particular "contextura", ni de preconizar una "publicitación" del proceso civil[16], sino simplemente de reconocer que la introducción del interés jurídico como técnica de estudio del fenómeno de la legitimación procesal civil aporta interesantes reflexiones.

La sola referencia al interés como elemento de análisis de las diversas situaciones legitimantes —sin negar la existencia e incidencia de los derechos subjetivos—, como se verá, no es fruto de una evolución en la materia, sino simplemente de un cambio de planteamiento, de enfoque o reorientación. El interés reconocido por el ordenamiento jurídico siempre ha constituido la base de las reglas de legitimación, pero dado que en el ámbito del Derecho privado ese interés generalmente ha revestido la forma de derecho subjetivo, históricamente en él se ha centrado el estudio de la legitimación —fenómeno que no se ha dado en el resto de

órdenes jurisdiccionales—. Es esencialmente a partir de la evolución experimentada por los intereses supraindividuales durante la segunda mitad del siglo XX, cuando los derechos subjetivos pasan a compartir con otras situaciones jurídicas la base de los estudios sobre la legitimación civil.

Pero históricamente la titularidad de un derecho subjetivo no ha sido el único supuesto de legitimación en nuestro ordenamiento jurídico-civil, sin que las modernas referencias a los "intereses legítimos" y a los intereses supraindividuales hayan supuesto un cambio cualitativo en este orden —pero sí cuantitativo—. Baste citar ejemplos como la incorrectamente llamada "acción subrogatoria" o previsiones como la contenida en el art. 74.1 CC para instar la nulidad matrimonial, por referirse a dos situaciones legitimantes en las que el derecho subjetivo no tiene ninguna relevancia.

En cambio, el análisis inicial de la legitimación a partir de los derechos subjetivos presenta ciertos obstáculos que son más fácilmente salvables con la referencia exclusiva al interés jurídico.

Cuando a efectos expositivos se utiliza la referencia al derecho subjetivo como primer hito de la legitimación civil, esa referencia obliga reiteradamente a matizar que suelen existir otros supuestos de legitimación que no descansan sobre su existencia. Así por ejemplo puede comprobarse en el tratamiento de esta materia por parte de DE LA OLIVA SANTOS, que, para referirse a las pretensiones en materia de filiación, incapacitación, etc., justifica la legitimación en que los sujetos legitimados se "encuentren en una determinada situación, que, innegablemente genera en ellos un interés legítimo en obtener tutela jurisdiccional"; situación que poco antes ha calificado como "situaciones jurídicas concretas"[17].

El tratamiento de la legitimación procesal debiera partir precisamente de la constatación y análisis de esas "situaciones jurídicas concretas" que generan un "interés legítimo", con independencia de la técnica jurídica que el ordenamiento utilice para su reconocimiento y protección, siendo de entre ellas la más perfecta, sin ningún género de dudas, la del derecho subjetivo[18]. Estas situaciones jurídicas (o mero interés jurídico) constituyen el punto de partida para mejor comprender las reglas de legitimación, pues esta debe partir de la consideración de todo poder, facultad o manifestación jurídicamente reconocida.

La referencia al interés como punto de partida explica todas las situaciones jurídicas legitimantes que contempla nuestro ordenamiento: a) las que legitiman a quien afirme la titularidad de un derecho subjetivo; b) las que legitiman a pesar de no existir un derecho subjetivo cuya titularidad pudiera afirmarse; y, por último, c) las que legitiman para el ejercicio de un derecho subjetivo por un sujeto distinto a su titular. En cambio, la referencia a los derechos subjetivos explican el fenómeno de la legitimación sólo de forma ocasional.

La referencia al interés permite, a su vez, una ordenación de las reglas de legitimación sin necesidad de acudir a su clasificación como ordinarias o extraordinarias —todas son ordinarias para el ejercicio del interés al que coadyuvan—, o como directas o representativas, sino simplemente como reglas de legitimación apropiadas —o no, si se las quiere discutir— al tipo de interés al servicio del cual se estatuyen.

B) EL "INTERÉS LEGÍTIMO" COMO BASE DE LA LEGITIMACIÓN PROCESAL: SU AMBIVALENCIA

Centrando el análisis de la legitimación en el estudio del interés (jurídico), debe hacerse una segunda consideración, esta relativa al uso de la expresión "interés legítimo", pues el ordenamiento jurídico español la utiliza para referirse a situaciones jurídicas distintas, lo que aconseja que se prescinda de la misma para el análisis de la legitimación y este se centre en el mero concepto de interés (jurídico).

Veamos cuáles son las principales acepciones del "interés legítimo" en nuestro ordenamiento.

1) Primera acepción. Cuando el Derecho tiene en consideración un interés para tutelarlo, ya sea económico o no, ya sea material o procesal, dicho interés es por naturaleza "legítimo"; es decir, jurídico o legalmente reconocido por el Derecho[19]. En consecuencia el uso de la fórmula "interés legítimo" como fundamento de ciertas reglas de legitimación no es más que un pleonasmo si dicha expresión no tiene otro alcance que el apuntado.

El ordenamiento jurídico español, sin ningún planteamiento crítico al respecto, utiliza de forma profusa dicha expresión tanto en artículos de aplicación en todo orden jurisdiccional, como el art. 24.1 CE ("*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*") y el art. 7.3 LOPJ ("*Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión*"), como de aplicación particular en el proceso civil: así el art. 74.1 CC ("*La acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella salvo lo dispuesto en los artículos siguientes*") o el art. 131-I CC ("*Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado*") y otras disposiciones contenidas en la Ley de Sociedades de Capital o en la Ley Orgánica del Derecho de Asociación —en cambio la LECiv, como se verá, no establece ninguna regla de legitimación con base en dicho concepto, sí en cambio la intervención procesal—.

Por lo que se dirá más adelante, dicha expresión no puede significar lo mismo en todos ellos, si bien en todos tiene como común denominador que se trata de intereses jurídicos, es decir, reconocidos legalmente.

En los arts. 24.1 CE y 7.3 LOPJ la referencia a los "intereses legítimos" a la vez que a los derechos subjetivos, ha de tener necesariamente un alcance general y amplio, en virtud del cual ante los tribunales se pueda plantear cualquier interés *jurídicamente relevante*. Es decir, en estos artículos es más evidente el uso pleonástico de la expresión analizada y su uso sólo puede justificarse para rechazar peticiones carentes de toda consideración, expresa o tácita, por el Derecho. Así, en el primer caso, cuando se niega efectos vinculantes a la promesa a contraer matrimonio (art. 42 CC); o en el segundo, como pudiera ser una petición de divorcio puramente consensual[20]. La inexistencia de un interés legalmente reconocido con el que poder fundamentar una demanda no es un problema de legitimación, pues el ordenamiento rechaza su acceso a los tribunales cualquiera que sea la persona que lo intente. El interés, así considerado, se convierte en una condición objetiva de accionabilidad o de acceso a la justicia, para el que habrá que establecer su correspondiente exigencia subjetiva o legitimación.

Este sentido reiterativo del "interés legítimo" es destacado por la doctrina francesa con respecto a lo dispuesto en el art. 31 del *Code de Procedure Civil*: "*l'action est ouverte à tous ceux que ont un intêret légitime*". GUINCHARD/ FERRAND/ CHANAIS ponen el acento en que la exigencia de un interés, "à lui seul", es suficiente para permitir un control de admisibilidad de la acción, sin necesidad de adelantar el examen de su "legitimité"[21], aspecto que debe reservarse para la sentencia[22].

La doctrina francesa, a pesar de lo que dispone el art. 31 CPC antes reproducido, generalmente rechaza la exigencia de legitimidad del interés como condición de acceso a la jurisdicción bajo el planteamiento de que dicha exigencia comporta que se pase "insensiblemente" del examen de la admisibilidad de la acción al de fondo de la pretensión[23] y se critica abiertamente que el legislador francés incurriera mediante esa referencia en la confusión entre el derecho de acción y el derecho sustantivo a tutelar[24] atribuyéndose como origen de dicha confusión el concepto de derecho subjetivo empleado por Ihering: "*un interés legítimo jurídicamente protegido*"[25].

Compartimos la idea de la doctrina francesa de que la invocación de un interés (jurídico) es suficiente como elemento objetivo de acciona-

bilidad[26], pero en el análisis de admisibilidad de la acción no cabe descartar que se realice, de forma *abstracta*[27] y anticipada, un juicio de legalidad del interés invocado.

Pudiera aducirse a continuación que, como apunta MANDRIOLI[28], ésta no deja de ser una cuestión de alcance teórico, o que sólo en demandas absurdas el Derecho pudiera arriesgarse a denegar el acceso a la jurisdicción[29]. Sin embargo el aspecto que analizamos no deja de tener su transcendencia práctica, aplicable a supuestos de apariencia más normal. Es el caso de los supuestos que hemos analizado en otro trabajo[30], en los que hemos concluido que en el caso de una pretensión de nulidad del testamento concedido por persona incapacitada, la misma no puede ejercitarse por ningún sujeto —tampoco por su tutor— mientras aquella persona esté en vida, como tampoco puede presentarse demanda por la que se pretenda que el asegurador de personas pueda repetir contra terceros por los gastos soportados cuando ha sido el propio asegurado quien ha provocado los daños reparados. En ambas situaciones no concurren circunstancias objetivas de accionabilidad, el ordenamiento no reconoce, para ningún sujeto, una situación jurídica *legitimante* como la expuesta por las partes procesales. Básicamente estamos ante dos casos en los que no se puede afirmar un interés reconocido legalmente. En definitiva, falta el "interés legítimo" que invoca el art. 24.1 CE.

2) Segunda acepción. Como ya se ha avanzado, el sintagma "interés legítimo" en el art. 24.1 CE no tiene el mismo alcance que, por ejemplo, en los arts. 13 LECiv y 131-I CC; conclusión que se extrae del siguiente análisis.

Por razones de sistema, el "interés legítimo" es un concepto más utilizado en el proceso contencioso-administrativo, pero el ordenamiento procesal civil también hace un uso relativamente relevante de dicho concepto y, como se dirá, coincidente con el alcance que tiene en aquel otro orden jurisdiccional; por lo que son útiles los estudios que al respecto se han realizado[31].

En el ámbito del proceso civil, en una primera aproximación al significado de ese concepto en preceptos como los arts. 74, 131 y 140.I CC y 206.1 LSC[32], entre otros, ORTELLS RAMOS confirma esa afirmación: "La cláusula del interés legítimo —o la similar, en versión negativa, de resultar perjudicado—, es un concepto jurídico indeterminado con cuya aplicación en el caso concreto el juez puede individualizar la persona investida del poder de instar la tutela. Debe tratarse de alguien para el que, aunque no tenga reconocido por el Derecho un poder de exigir algo de otro, la actuación del Derecho en el caso concreto reporte una ventaja o la evitación de un inconveniente. La cláusula del interés presenta,..., diferentes grados de indeterminación: en ocasiones la norma se limita a establecer que podrán accionar los que tengan interés o resulten perjudicados; en otras acota con diversa precisión el círculo de interesados"[33]. Como se verá más adelante ese es el alcance que el TC ha dado al "interés legítimo" para el art. 19.1.a) LJCA.

El "interés legítimo" al que se refieren estas normas, es un interés jurídico reconocido legalmente, consistente o bien en evitar un empeoramiento de la situación jurídica actual (así el hijo que impugna las segundas nupcias de su padre), o bien en lograr un mejoría de la misma. ¿Qué aportan, pues, estos artículos respecto de una previsión como la contenida en el art. 24.1 CE?

Para interpretar el verdadero significado del concepto "interés legítimo" que utilizan los artículos citados no es suficiente con atender a su alcance, sino que es preciso analizar su origen. En estos casos puede afirmarse que en todos ellos la legitimación por "interés legítimo" es consecuencia de una legitimación por interés derivado de situaciones jurídicas interpuestas[34], y además distintas de la deducida en juicio.

En este punto debe constatarse una realidad que debe ser una constante en el análisis de todo fenómeno de legitimación procesal: la distinción entre la situación jurídica *legitimante* (el interés *legitimante*[35]) y la situación jurídica litigiosa (el interés *litigioso*)[36].

En el proceso civil lo normal será que ambos intereses coincidan —esencialmente cuando se trata del ejercicio de intereses elevados a la categoría de derechos subjetivos—, pero, como se analizará detenidamente más adelante, existen otros muchos supuestos en que el interés que sirve de fundamento para la promoción de un proceso no es el mismo, ni objetivamente ni subjetivamente, que el interés que identifica el objeto del proceso y sobre el que se tiene que pronunciar la sentencia. Así ocurre en el caso de cualesquiera de las normas que se están comentando, por ejemplo con el citado art. 206.1 LSC.

MONTERO AROCA detecta el problema al concluir "que la legitimación por afirmación de titularidad de derecho subjetivo y la legitimación por interés legítimo tienen que ser diferentes"[37], pero no termina de definirlo. Efectivamente la legitimación es distinta, pues en el primer caso descansa sobre la misma situación jurídica que fundamenta la pretensión procesal —véase más abajo el análisis sobre la incidencia de los hechos identificadores de la pretensión en la legitimación—, mientras que en el segundo la legitimación descansa sobre una situación jurídica distinta y autónoma a aquella. Esta es la razón esencial de la existencia de estas reglas de legitimación: permitir el acceso a la justicia con fundamento en situaciones jurídicas interpuestas. Pero en ambos casos tienen un punto en común: se definen a partir de la existencia de un interés reconocido por el Derecho.

No obstante, no debe considerarse suficiente cualquier nexo para la aplicación de estas normas. Son útiles a este respecto las reflexiones que realiza LÓPEZ FRAGOSO, con ocasión de la intervención procesal regulada en el art. 13.1 LECiv, para tratar de fijar el alcance del nexo que permite una intervención procesal sobrevenida. Dice dicho autor que no cabe considerar como un "interés jurídico en el resultado de un proceso" aquella situación de mero interés de hecho, considerando por tal la del tercero a quien le interesa que su acreedor amplíe su patrimonio en virtud de los procesos que este último ha promovido. Según dicho autor, debe existir una relación de subordinación entre las dos situaciones jurídicas para que sea admisible aquella intervención; y ésta, a salvo los casos de cotitularidad del derecho litigioso, sólo se dará en quienes sean "titulares de una relación jurídica material cuya existencia o contenido depende de la controvertida en un proceso ajeno". Dicha exigencia debiera ser plenamente aplicable a la conexión que debe existir entre la que aquí se denomina situación jurídica *legitimante* y la situación jurídica litigiosa[38].

La interpretación del "interés legítimo" en las normas de legitimación procesales civiles —como lo es también en el proceso contencioso-administrativo— debe descansar, pues, sobre la distinción entre la ventaja y utilidad inmediata o directa y la ventaja y utilidad mediata o indirecta. Una y otra se distinguen por la ausencia de situaciones jurídicas interpuestas, en el caso de las primeras, o por su presencia, en el caso de las segundas. Para el ejercicio de la primera categoría de situaciones jurídicas legitimantes bastará con aplicar el primer apartado del art. 10 LECiv ("*Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso*"); en cambio para las segundas habrá que estar a lo dispuesto en el segundo de sus apartados ("*Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular*"); de ahí la conveniencia de normas como el art. 74.1 CC, por ejemplo. En el caso de las situaciones legitimantes indirectas, la sentencia de fondo no contendrá ningún pronunciamiento sobre la misma, de donde se deduce que el alcance de esas normas es puramente instrumental para la posterior y ulterior satisfacción de otros intereses directos de los que también es titular el sujeto legitimado[39].

El "interés legítimo" de estos artículos no tiene otra relevancia que la puramente procesal; no es más que una situación jurídica legitimante sin ningún otro valor jurídico fuera del proceso. Si se observa que el tipo de pretensión procesal cuyo ejercicio permiten —acciones constitutivas de nulidad—, se convendrá en que se trata de un poder jurídico-procesal

sin ninguna transcendencia en el ámbito de las relaciones jurídico-materiales.

Varias ideas se extraen de lo expuesto hasta ahora: a) cuando una norma de derecho privado se refiere al "interés legítimo" como elemento de legitimación, esencialmente, y así puede comprobarse para cada uno de los artículos citados, lo que hace es recoger supuestos de situaciones jurídicas legitimantes indirectas; es decir, en atención a un interés *legitimante indirecto*[40], en el sentido expuesto; b) la legitimación basada en un interés (*legitimante*) *indirecto* se limita al ejercicio de pretensiones constitutivas —lo que comporta una delimitación de los poderes jurídicos vinculados al mismo—; c) las situaciones jurídicas que nacen de los intereses *indirectos* en ningún caso comportan ejercicio de derechos subjetivos.

Una última reflexión a tenor de todo lo expuesto. Dado que los intereses jurídicos indirectos aquí descritos no tienen ningún reconocimiento en el ámbito jurídico-material, el legislador ordinario podría suprimir estas reglas de legitimación sin violentar el art. 24.1 CE, o bien otorgarles un alcance procesal distinto a la iniciación de un proceso, limitando a los titulares de los mismos a una mera intervención procesal del tipo del art. 13 LECiv[41] o incluso limitada a una posición de mero coadyuvante procesal del titular del interés jurídico litigioso.

Se podrá aducir que lo expuesto coincide en esencia, en particular el carácter indirecto o reflejo, con las características que se predican de los supuestos que doctrinalmente se conocen como de "sustitución procesal", para los cuales la ley no menciona el "interés legítimo". En efecto: el fundamento de estos casos también descansa sobre los beneficios a obtener, o los perjuicios a postergar, en el ámbito jurídico propio del sujeto legitimado, derivados de otras situaciones jurídicas interpuestas de la que no se es titular. La diferencia reside básicamente en que en estos casos la ley sí permite el ejercicio de pretensiones de condena, es decir, concede mayores facultades procesales a los titulares de este interés jurídico. En definitiva, en ambos casos estamos en presencia de un "interés legítimo", para lo que sin embargo el Derecho otorga un diferente régimen; lo que constituye otra razón adicional para preferir la alusión al interés jurídico, sin apelativos adicionales.

Como se podrá comprobar más adelante al tratar de la configuración del interés en nuestro ordenamiento procesal, lo expuesto coincide esencialmente con la realidad jurídica del "interés legítimo" en el ámbito del proceso contencioso-administrativo: 1) la jurisprudencia reconduce ese concepto a la afectación de la esfera jurídica de los particulares —y en su caso, de sujetos de Derecho público— por la actuación de una Administración pública; 2) el mismo sólo legitima para interponer pretensiones constitutivas (art. 31.1 LJCA); 3) siempre se tratará de un interés *indirecto*, esto es, con fundamento en una situación jurídica distinta a la deducida en juicio[42]/[43].

Finalmente: en algunos casos, como el art. 74.1 CC, se exige además que el "interés legitimo" sea directo. Como se dirá más adelante, se trata de la atribución subjetiva del interés, sobre la que descansa realmente la legitimación procesal que se concede para su ejercicio.

3) Tercera acepción. La LECiv (arts. 22, 413.2, 414.3, 442.1 y 702.2) y la jurisprudencia[44] también utilizan esta expresión para referirse al interés en accionar. También lo hacen autores como DE LA OLIVA SANTOS[45] y CALDERÓN CUADRADO[46], que sigue al primero, y en lógica con la afirmación de que "el interés legítimo no es en el proceso civil un elemento que sea dado considerar para la admisibilidad de las pretensiones"; se concluye que "hablar de la exigencia de un interés legítimo en obtener la declaración jurisdiccional es tanto como hablar de la *necesidad actual* de la tutela jurisdiccional"[47] —cursiva del autor—.

Desde este planteamiento, se priva al "interés legítimo" de toda virtualidad en orden a la legitimación procesal civil, y por esa razón esa concepción del "interés legítimo" no interesa al objetivo fijado en este trabajo, sin perjuicio de algunas matizaciones.

Como se verá más adelante con el análisis de diversas situaciones jurídicas legitimantes, de una parte el reconocimiento por el ordenamiento de un interés jurídico, y de otra el "interés" o necesidad de tutela ante situaciones de desconocimiento, violación o amenaza del mismo, tienen una diferente incidencia procesal, y sólo el primero está relacionado con la legitimación, afectando el segundo al por qué del proceso y a la clase del tutela judicial a prestar[48]. Así se puede comprobar a partir de la consideración de una hipotética sentencia desestimatoria de la demanda, en cuyo caso se puede afirmar que ese hecho jurídico será la prueba de la inexistencia del desconocimiento, violación o amenaza del interés jurídico legalmente reconocido, sin que ello necesariamente signifique que el promotor del proceso carecía de legitimación para ello ni que el ordenamiento jurídico desconozca el interés jurídico alegado. En cambio, sin la debida legitimación la necesidad de tutela judicial no será satisfecha.

El uso de la expresión "interés legítimo" para referirse a la necesidad de tutela judicial provoca confusión terminológica, y es muy dudoso que ese sea el alcance que dicho sintagma tiene en artículos como el 24.1 CE o 74 CC. Por lo tanto, y si no es dado negar una necesidad de actuar como requisito adicional de toda acción, no es conveniente identificarla de este modo[49].

Si como se ha dicho no cabe confundir legitimación y necesidad de actuar, a continuación hay que añadir que ambas cuestiones tampoco están completamente desligadas. Sólo quien afirme ser el titular del interés jurídico necesitado de tutela jurisdiccional estará activamente legitimado; no obstante esta afirmación no aporta nada adicional a la teoría de la legitimación; por lo que no parece que el concepto de necesidad de actuar deba ser especialmente considerado en su formulación. Además se trata de conceptos que inciden en planos distintos de la explicación del fenómeno procesal, pues aunque ambos son condiciones de la acción, el primero atiende a consideraciones político-jurídicas y el segundo a consideraciones estrictamente fácticas.

Concluyendo. En el ordenamiento español se hace uso de la expresión "interés legítimo" con al menos cuatro alcances distintos: a) equivalente al de mero interés reconocido por el ordenamiento jurídico (art. 24.1 CE, art. 7.1 LOPJ, art. 727.2ª LECiv); b) como sinónimo de legitimación por perjuicio indirecto (art. 7.4 CC y art. 19.1.a) LJCA; c) como equivalente a necesidad de tutela (art. 258.1, 414.3 y 4, 442.I y 702.2 LECiv) o a su ausencia por satisfacción extraprocesal (arts. 22.1 y 413 LECiv); d) como criterio técnico-jurídico de puntual incidencia procesal (art. 13.1 ó 491 LECiv[50]) que no puede ser objeto de análisis en este momento.

Por todo ello, en adelante no se va a hacer referencia al "interés legítimo" como situación jurídica *legitimante*, sino al puro y simple *interés* (jurídico).

C) EL INTERÉS LITIGIOSO Y EL INTERÉS LEGITIMANTE (PROPIO Y COMPARTIDO)

El interés jurídico deducido en juicio se puede clasificar en atención a numerosos criterios. Se habla de un interés privado y de un interés público, pero este criterio es poco fecundo en la explicación de las diversas reglas de legitimación pues, de una forma sintética, se puede decir que en el proceso civil el interés público es aquel cuya tutela debe ser promovida por el Ministerio Fiscal (art. 124.1 CE: "*El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social*")[51], y privado todo el resto.

El interés también se puede definir desde un criterio subjetivo, en atención a que pertenezca a un solo individuo, al conjunto de los individuos que conforman una sociedad o a un grupo más o menos definido de ellos; de este modo, puede hablarse de intereses individua-

les, generales o públicos y supraindividuales o sociales, sean estos colectivos o difusos, según una clasificación que ya puede considerarse consolidada en la legislación, jurisprudencia y doctrina. Esta clasificación, si bien incide en la determinación de las reglas de legitimación, en ningún caso alcanza a definirlas, pues sólo en el supuesto de los intereses individuales sus titulares están legitimados por ley para su ejercicio ante los tribunales; en los casos de intereses generales y supraindividuales, su ejercicio no es una atribución exclusiva de sus titulares[52]. Así pues, la titularidad del interés no es el criterio determinante para definir la legitimación para su ejercicio jurisdiccional, pues el ordenamiento jurídico no establece una regla tan sencilla en virtud de la cual está legitimado el titular del correspondiente interés, y sólo él lo está. Una regla de este tipo sería suficiente si el ordenamiento sólo contemplara intereses individuales, pero ni en ese hipotético supuesto el criterio de la titularidad del interés sería suficiente para explicar por ejemplo el fenómeno de la legitimación por sustitución procesal.

Si ni la naturaleza ni la titularidad del interés deducido en juicio son criterios suficientes para explicar todo el fenómeno de la legitimación, debe buscarse otro criterio más adecuado para ello, y este puede ser el de la distinción entre el interés *litigioso* y el interés *legitimante*.

Como se remarcará más adelante, las reglas de legitimación de las que se dota un ordenamiento jurídico atienden a la diferente posición que ocupan los sujetos respecto de cada una de las categorías de intereses jurídicos deducidos en juicio, esto es, los intereses *ligitiosos*. Es precisamente esa posición la que da lugar a un interés jurídico diferente del deducido en juicio y que denominaremos interés *legitimante*, respecto del cual las reglas de legitimación pueden exigir (art. 10.I LECiv), o no (art. 10.II LECiv), que coincida con aquél.

Esa diferente posición frente a los intereses jurídicos es la que tiene presente el legislador para establecer —con mayor o menor discrecionalidad— diferentes cánones de legitimación y que, aunque no pueden ser objeto de exposición en este artículo, sí es conveniente exponer algún ejemplo para una mejor comprensión de lo dicho.

Piénsese en un interés individual clásico, como el que se deriva del reconocimiento del crédito como fuente de obligaciones, elevado además a la categoría de derecho subjetivo. Del mismo puede afirmarse que el legislador hubiera podido optar exclusivamente por un canon de legitimación según el cual sólo los titulares de los intereses *litigiosos* pueden ejercitarlos en juicio. Sin embargo, como se ha visto, nuestro ordenamiento también permite en algunos supuestos exigir judicialmente el cumplimiento del derecho de crédito mediante un canon de legitimación que faculta a terceros no titulares del "derecho" a instar su tutela judicial.

Respecto de un interés supraindividual contemporáneo como el de la tutela del consumidor, el legislador difícilmente puede utilizar el canon de la legitimación por el titular del interés *litigioso*, tanto por razones jurídicas como prácticas, al carecer este interés de una subjetivización definida. Por ello el legislador opta por el canon de la legitimación por terceros en todo caso, si bien estos terceros deben reunir ciertas características, y debe avanzarse ya que estos terceros en ningún caso actúan en concepto de representantes, pues difícilmente encaja ese concepto en una situación en la que la legitimación corresponde en grado de concurrencia a las distintas asociaciones de consumidores que puedan constituirse[53].

Es de insistir en que afirmaciones como la acabada de realizar sólo pueden hacerse contemplado la heterogeneidad de intereses que reconocen los ordenamientos actuales, y que por lo tanto pueden resultar incomprensibles si sólo se atiende a los intereses individuales normalmente identificados con los derechos subjetivos (la propiedad, la propia imagen, el crédito,...)[54], por lo que de nuevo queremos resaltar la mayor versatilidad del concepto de interés jurídico como referencia esencial para el tratamiento del instituto de la legitimación.

No obstante, limitado ese valor al interés *legitimante* y no tanto al interés *litigioso*, la coincidencia de ambos intereses sobre una misma situación jurídica está en función de una

subcategoría de los primeros cual puede ser la de distinguir entre intereses *propios* e intereses *compartidos*[55]. Dicha distinción reside en el monopolio que su titular tiene para el ejercicio del mismo; de modo que se tratará de un interés *legitimante propio* cuando la ley atribuya el ejercicio de las acciones judiciales personal y exclusivamente al titular del interés *litigioso*; y en cambio se tratará de un interés *legitimante compartido* cuando no se trate de un interés ni personal ni exclusivo, por lo que otros sujetos distintos al titular del interés *litigioso* puede solicitar su tutela judicial. Como se verá más adelante, estos criterios, conjuntamente con los ya expuestos más arriba sobre el interés directo e indirecto, aportan una considerable ayuda para el análisis singular de las situaciones jurídico-procesales sobre la materia.

Otra nota caracterizadora de esas categorías del interés *legitimante* es la distinta incidencia que tiene en ellas de la autonomía de la voluntad; mientras en los primeros concurrirá un absoluto predominio de la autonomía de la voluntad, en los segundos no se niega su vigencia, pero ésta encuentra diferentes correcciones según los casos.

La distinción entre un interés *propio* y un interés *compartido* está en la base no sólo de las modernas reglas de legitimación para la tutela de los intereses supraindividuales, sino que es una distinción ínsita en las tradicionales reglas de legitimación por sustitución procesal, como ya se ha apuntado, o en reglas de legitimación como la contenida en el art. 74 CC.

El fenómeno de los intereses jurídicos compartidos —ni mucho menos un fenómeno reciente— es complejo. En sus manifestaciones más clásicas, como la legitimación por sustitución procesal, se ha caracterizado por la presencia de un elemento de ajenidad existente entre quien formula la pretensión y el "derecho" hecho valer en juicio. Por eso, es frecuente que se hable en estos casos de ejercicio de "derechos ajenos" o "situaciones jurídicas ajenas"[56]. Pero en tales expresiones se está poniendo el acento en el interés *litigioso* y no el interés *legitimante*, cuya titularidad no puede negarse al tercero que promueve un juicio para la defensa de aquel. La conclusión que se alcanza es que, ya se trate de solicitar la tutela judicial para un interés *litigioso* por su titular o por un tercero, ambos deberán afirmar una titularidad respecto del interés *legitimante* que les permite promover la acción judicial.

Para esto último, mientras al titular del interés *litigioso* le bastará con afirmar dicha condición, los terceros necesitarán afirmar una hipotética afectación de los efectos del proceso en su propia esfera jurídica. Así pues, el interés jurídico *compartido* como fundamento de una legitimación procesal ayuda a poner de manifiesto que la base de toda norma de legitimación es la afectación, por la sentencia que se dicte, de la esfera jurídica de los individuos personados en juicio. Esta es la idea de fondo que se puede encontrar en los pronunciamientos jurisprudenciales, tanto del TS, cuando reiteradamente recurren, para analizar la existencia de legitimación, a expresiones como "una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito", "la relación existente entre una persona determinada y la situación jurídica en litigio", "la cualidad de un sujeto en relación con la afirmación deducida en un determinado proceso", "adecuación entre la titularidad jurídica que se afirma y el objeto jurídico que se pretende", etc.[57]; como del TC cuando utiliza como canon interpretativo para estimar la legitimación de un sujeto la "ausencia de neutralidad" (STC 218/2009, de 21 de diciembre), o cuando ORTELLS RAMOS, para definir la legitimación, se refiere a una "cierta vinculación" de los sujetos legitimados con el objeto procesal[58], y que también está presente en otras definiciones doctrinales sobre la legitimación[59].

La afectación de la esfera jurídica de los sujetos que pretenden actuar como partes es evidente en el caso de los intereses *propios*, pero debe serlo igualmente en el de los *compartidos*, sean estos individuales o colectivos.

Esta pudiera ser una representación gráfica de lo expuesto y en la que se pueden observar otros elementos de especial relevancia en el análisis de la legitimación, pero sin llegar a su determinación:

Alcanzado este punto, otra cuestión que cabe abordar es la relativa a cómo y cuándo cabe justificar la afectación de la esfera jurídica por parte del sujeto que se dice legitimado. A estas cuestiones se va a tratar de contestar en los epígrafes siguientes.

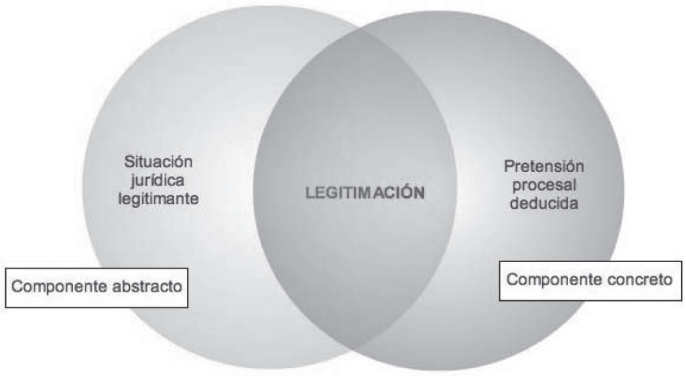
D) EL INTERÉS LEGITIMANTE Y LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA PRETENSIÓN

Como quiera que se configure la legitimación —bien como cuestión de fondo o bien como cuestión procesal—, existe unanimidad en la doctrina española respecto de que la misma constituye una cualidad o condición de las partes en relación con el objeto procesal. ORTELLS RAMOS lo expresa de una forma muy precisa al afirmar que "La legitimación es un requisito subjetivo, pero no sólo eso. Su existencia depende de *una cierta vinculación de las personas que se presentan como parte con la situación jurídica material a la que se refiere la pretensión procesal*"[60] —cursiva nuestra—. También DE LA OLIVA SANTOS vincula la legitimación "con los concretos objetos de unos procesos"[61] y este es el sentido del art. 10.I LECiv cuando establece que "Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de *la relación jurídica u objeto litigioso*" —cursiva nuestra—.

Pero, dado que la ley establece esa vinculación en unos casos con referencia a la titularidad de la situación jurídica material (v. gr. art. 10.I LECiv), y en otros con referencia a otras posiciones jurídicas respecto de la misma (v. gr. art. 74 CC), cabe plantearse si existe un denominador común en ambos planteamientos; a lo que debe contestarse que, en términos generales, ha de consistir en la ocupación de una situación jurídica afectada por la resolución que se dicte, o dicho de otra manera, en la existencia de un interés jurídico *legitimante* relacionado con la pretensión procesal.

Se deduce así que el interés *legitimante* sobre el que singularmente ha de basarse la legitimación para cada caso concreto se identifica en función del objeto procesal, esto es, con referencia al interés *litigioso* deducido. Es lo que, sintetizando muy acertadamente el sentir doctrinal y jurisprudencial sobre esta cuestión, afirma ORTELLS RAMOS al respecto de que "La legitimación no puede ser apreciada si no es en consideración *de la concreta pretensión procesal interpuesta en un proceso*"[62] —cursiva nuestra—.

De nuevo podemos sintetizar de forma gráfica estas ideas y avanzar otras consideraciones sobre la legitimación con la siguiente figura:



Ahora bien, en nuestro planteamiento la concreta pretensión procesal no es tanto la rectora de la legitimación propiamente dicha sino del interés *legitimante* sobre la que se ha de justificar aquélla; afirmación que tratamos de justificar a continuación.

De existir una vinculación entre legitimación y objeto procesal, necesariamente debería serlo respecto de los elementos objetivos de la pretensión, principalmente de sus hechos identificadores, en los que se integrará la situación jurídico-material deducida.

A estos efectos, los hechos identificadores de la pretensión deducida en juicio deben considerarse desde una doble perspectiva: de una parte, en cuanto determinantes de la materia litigiosa y la clase de interés deducido en juicio; de otra, en lo relativo a la participación de la parte procesal en los mismos. Respecto de la primera de estas consideraciones, los hechos constitutivos siempre condicionarán la legitimación de las partes procesales, de modo que el acreedor extracontractual del demandando está legitimado para exigir el pago derivado de los hechos causantes del daño, pero no respecto de las deudas pendientes de ese mismo demandando con un tercero arrendador, por poner un caso; igualmente los hechos constitutivos determinarán que una asociación de consumidores esté legitimada para demandar a una entidad bancaria que aplica a todos sus clientes un interés contrario a la ley, por tratase de intereses sociales, como excluirán su legitimación en el caso de versar sobre una reclamación económica por un cargo indebido practicado a un cliente de esa misma entidad bancaria.

En cambio, la segunda consideración de los hechos identificadores no incide por igual en todos los supuestos de legitimación. Ya se ha avanzado que existen dos parámetros para definir la legitimación; primero aquel en virtud del cual se exige una identidad entre ambos intereses —intereses *propios*—, y el segundo según el cual dicha identidad no es exigible —intereses *compartidos*—. La participación de la parte en los hechos constitutivos de la pretensión procesal sólo condiciona su legitimación en el caso de un interés *legitimante propio* y *directo* —según se han definido anteriormente—; no así en el resto de posiciones jurídicas vinculadas con la situación jurídica material a la que se refiere la pretensión procesal, en los cuales la vinculación de la parte procesal con los hechos constitutivos es otra que no la participación en los mismos. Por lo tanto la pretensión procesal no es el elemento clave en la determinación de la legitimación en todo supuesto, sino que pueden formularse las siguientes situaciones:

a) Casos en los que la legitimación exigirá una participación de las partes procesales en los hechos constitutivos de la pretensiones: serán aquellos casos en los que el interés *legitimante* sea *propio* y *directo* (v.gr. el cumplimiento de una obligación contractual distinta al pago de una cantidad).

b) Supuestos en los que la legitimación se fundamentará en un perjuicio personal para

la parte procesal, aunque no haya participado en los hechos constitutivos: son aquellos casos de legitimación tendentes a permitir el ejercicio de un interés *legitimante propio* e *indirecto* (v.gr. la petición, por "interés legítimo", de la nulidad de un matrimonio).

c) Finalmente, los casos de legitimación en los que la parte legitimada alega una incidencia de los hechos constitutivos en su ámbito jurídico de actuación extraprocesal: son los casos de un interés *legitimante compartido* (v.gr., la "acción subrogatoria"), en los cuales tampoco es exigible una participación de las partes procesales en los hechos constitutivos.

En consecuencia, tanto en el caso de un interés *legitimante propio* e *indirecto*, como de un interés *legitimante compartido*, la estimación de la pretensión procesal no está condicionada por que la parte procesal sea titular de la situación jurídica material deducida ni, en consecuencia, por su participación en los hechos constitutivos de aquella pretensión; de lo que cabe concluir que la admisibilidad de un pronunciamiento de fondo sobre esa pretensión, amén de otras condiciones sobre la válida constitución de la relación jurídico-procesal, depende también de la existencia de un poder de conducción del proceso basado en otras consideraciones que no aquéllas; esto es, se trata de un poder puramente procesal reconocido legalmente en razón de la afirmación previa de la existencia de un interés jurídico en aquella conducción, necesariamente vinculado con los hechos constitutivos. La legitimación, pues, no condiciona la estimación de la pretensión, ni viceversa.

La explicación técnica de esta realidad jurídica no puede hallarse sino a partir de consideraciones de pura política legislativa, es decir, con base en criterios de discrecionalidad legislativa. Así se ha comprobado al analizar el criterio del "interés legítimo" como elemento legitimador, conviniéndose que confiere puras facultades procesales, sin reflejo en el ámbito material, y que, salvo por la lectura expansiva del art. 24.1 CE, podrían consistir no en la conducción del proceso, sino en la colaboración con otro sujeto que hiciera la vez de principal conductor de dicho proceso.

Pero también en los supuestos de un interés *legitimante propio* y *directo* su explicación tiene fundamento en la política legislativa (constitucional, en nuestro caso). En estos supuestos, la limitación del poder de conducción de un proceso al titular de la situación jurídica material deducida en juicio es una consideración jurídico-política establecida por el legislador (art. 10.I LECiv) para preservar plenamente la autonomía de la voluntad de aquellos titulares, y todos los principios derivados de la misma[63]. Consecuentemente la legitimación en estos casos también es una condición de admisibilidad del pronunciamiento de fondo sobre la pretensión procesal, pero no de su estimación.

En estos casos de legitimación fundamentada en la afirmación de un interés *propio* y *directo*, la desvinculación entre la legitimación —no del interés *legitimante*— y la estimación de la pretensión se puede comprobar analizando las diversas causas de absolución en la sentencia.

La legitimación carece de toda repercusión en el caso de la sentencia desestimatoria, bien por la concurrencia de hechos impeditivos o bien extintivos de la pretensión. En tales casos, la sentencia de fondo está condicionada por la constatación en dicha sede de la ausencia de un verdadero "interés en actuar" por parte del demandante, cuya necesidad de tutela hasta ese momento había sido afirmada en cuanto hipotética. La titularidad de la situación jurídica deducida en juicio no habrá incidido en el resultado final del proceso.

Por otra parte, si los motivos de la desestimación descansan sobre la apreciación de hechos excluyentes, el problema residirá en las condiciones temporales del ejercicio de la acción, no en la falta de correspondencia entre la legitimación afirmada y la titularidad del objeto litigioso.

El verdadero banco de prueba se planea en aquellos casos en los que la desestimación de la demanda descansa en la inexistencia de los hechos constitutivos. En estos, la incidencia

de los hechos constitutivos en la legitimación afirmada se reduce a la negación de la participación de la parte procesal en los mismos, pero no al resto de hechos. Es por ello que, como afirma GARBERÍ LLOBEGRAT, "resulta perfectamente posible que una sentencia reconozca plena legitimación a la parte demandante y, sin embargo, desestime su pretensión (por no encontrar esta última acomodo en el ordenamiento) *(v. gr.* STS 1ª de 20 de febrero de 2006)"[64].

Se desprende así que en caso de vincular la estimación de la pretensión a la legitimación, esta tiene una escasa relevancia, circunscrita exclusivamente a los casos en los que la parte demandada niegue en la contestación a la demanda la titularidad jurídico-material activa del demandante, lo que debiera ser objeto de prueba, o bien que se trate de pretensiones procesales de expresa declaración o negación de la condición de titular de la situación jurídica litigiosa pues, en otro caso, la titularidad afirmada no será objeto de enjuiciamiento para la estimación de la demanda, que se centrará en la prueba del resto de hechos discutidos por las partes.

Si se analiza la jurisprudencia dictada sobre esta cuestión, se pone de manifiesto que raramente esta circunstancia es la que está detrás del reconocimiento de una falta de legitimación. Resultará extraño el caso de un sujeto que reconociendo que el interés *legitimante* ha de ser *propio* y *directo*, a continuación anuncie que no es el titular de ese interés.

Pero además, del análisis de dicha jurisprudencia se constata que muchos casos resueltos bajo la perspectiva de un defecto en la legitimación de las partes procesales, en realidad presentaban un problema previo a la misma, cual es el de la inexistencia de un interés jurídico sobre el que fundamentar la pretensión procesal deducida, de modo que el resultado final de la sentencia dictada en realidad es ajeno al tema de la legitimación, como se pondrá de manifiesto más adelante al analizar alguno de estos casos[65]. El verdadero problema de legitimación está vinculado con la titularidad del interés *legitimante*, presupuesta la existencia del mismo.

Si se examina el caso que sirve a DE LA OLIVA SANTOS para afirmar la falta de legitimación por la razón de que "yo demande a un tercero para que se le condene a entregar a mi pariente una cantidad que a éste le adeuda el demandado"[66], se pueden formular diversas observaciones:

1) El canon de legitimación en materia de crédito no exige una identidad de titularidad en las situaciones jurídicas *legitimante* y litigiosa, pues cabe la sustitución procesal; pero sí exige la afirmación de un interés *legitimante propio, directo* o *indirecto*[67]. La existencia o no del interés *directo* se desprenderá con relativa facilidad de los hechos constitutivos de la pretensión procesal expuestos en la demanda, lo que permitiría un fácil control de esta situación y pondrá de manifiesto el defecto de titularidad respecto del interés *legitimante*. En su caso, la concurrencia de un interés *indirecto* —por ejemplo, que además de familiar, pero independientemente de dicha circunstancia, también soy acreedor de mi pariente— deberá ponerse de manifiesto expresamente por el actor procesal como elemento necesario para afirmar la titularidad del interés *legitimante*.

En cualquiera de esos dos casos el ordenamiento jurídico podría arbitrar mecanismos de control previo, de modo que el proceso pudiera archivarse sin entrar al examen de la pretensión de fondo, no ya porque se trate de situaciones maximalistas que difícilmente se darán en la práctica, sino también por lo que se indica a continuación.

2) Que la negación de la condición de acreedor respecto de la pretensión deducida se haga en la demanda no debe implicar negación de legitimación, ni ineficacia del proceso[68], sino la necesidad de justificar la titularidad el interés *legitimante* en otras circunstancias personales de las que claramente se deduzca una conexión, nexo o ámbito de afectación con el resultado del proceso. El tribunal, una vez constatada la válida constitución de la relación jurídico-procesal a partir de la afirmación de titularidad del

correspondiente interés *legitimante*, cualquiera que sea su naturaleza, debiera proceder a dictar sentencia de fondo con abstracción hecha de quiénes son los sujetos legitimados.

3) El ejemplo expuesto sirve además para destacar cómo el tratamiento procesal de la existencia del interés *legitimante* —no de la legitimación— puede hacerse de forma previa y abstracta al examen de la pretensión procesal —pero no al margen de ella—, pues bastará con formular un análisis jurídico que concluya que ningún familiar —no sólo el de ese proceso concreto— dispone de interés, por esa sola condición, de hacer valer los derechos de crédito de sus parientes. La cuestión, como se verá, reside en que nuestro sistema procesal no articula un momento procesal oportuno para ello.

Por último podría concluirse que en la desvinculación entre legitimación y hechos constitutivos puede contribuir a explicar la pregunta que indirectamente se formula ORTELLS RAMOS al respecto de por qué la legitimación ha de merecer un tratamiento procesal distinto que para el resto de elementos de los que depende la estimación de la pretensión procesal[69].

3. LA DISTINCIÓN ENTRE EL INTERÉS *LEGITIMANTE* Y LAS REGLAS DE LEGITIMACIÓN

De lo expuesto hasta ahora debiera concluirse que el interés jurídico es el auténtico, y único, elemento a tener en cuenta para analizar la legitimación en cada proceso; pero además es preciso formular otra consideración general, ya mínimamente avanzada: el interés, se califique como individual, general y/o colectivo, directo o indirecto, público o privado, no es el elemento que atribuye la facultad de conducir un proceso a unos u otros sujetos, es decir, no es el elemento *legitimador*. Esta atribución le corresponde esencialmente a las reglas de legitimación, en virtud de las cuales se designa el sujeto habilitado legalmente para promover la defensa judicial de un interés determinado, sea o no el titular del interés promovido en juicio —que puede no coincidir con el interés constitutivo del "objeto litigioso"—. El interés jurídico es un elemento necesario pero no suficiente[70]; pues en muchos casos un sujeto puede tener interés pero no estar legitimado, por no existir regla que lo habilite para defenderlo ante los tribunales —por ejemplo, por no tratarse del único titular del mismo—.

Esta consideración debe hacer que se prescinda del uso de expresiones como legitimación por "interés" o por "interés legítimo", pues toda legitimación tiene como base o fundamento la existencia de un interés jurídico, que sólo cabrá calificar como directo o indirecto, individual, general o colectivo[71].

Convenimos con GUTIÉRREZ DE CABIEDES —quien a su vez sigue a GUASP DELGADO— en que deben distinguirse las reglas de legitimación de la situación que las provoca o fundamenta —que por otra parte tienen una gran dosis de discrecionalidad legislativa—. Este autor lo expresa del siguiente modo, como ya hemos avanzado en la introducción a este trabajo: "Debe señalarse,..., que la legitimación no *es* una posición —como afirman algunos autores—, sino que hace referencia, existe —*se reconoce*— *en virtud* de una posición en la que se encuentra el sujeto con respecto a un determinado objeto. La posición o situación del sujeto (la relación de éste con el objeto) constituye el fundamento de la legitimación, pero no la legitimación misma"[72]/[73] —cursiva del autor—. A nuestro entender, esa situación o posición es precisamente la existencia de un interés jurídico; es decir, reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico, en virtud de cuyas características se establecen unas u otras reglas de legitimación procesal para el supuesto de que sea necesaria su tutela judicial.

Es de reconocer que la literalidad del art. 24.1 CE (recuérdese: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos") y la interpretación que del mismo ha hecho el TC mediante el

uso de expresiones como que "la apreciación de cuándo concurre un interés legítimo, *y por ende* la legitimación activa para recurrir" —cursiva nuestra— (STC 40/2009, de 9 de febrero), o de que el art. 24.1 CE reconoce "el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas *que son titulares* de derechos e intereses legítimos" —cursiva nuestra— (STC 218/2009, de 21 de diciembre), así como la influencia expansiva que ha tenido el concepto del "interés legítimo" manejado —esencialmente por la jurisprudencia— en el proceso contencioso-administrativo, no contribuyen a establecer esta distinción, dando a entender que la mera existencia del "interés legítimo" es suficiente criterio legitimador.

Con los antecedentes constitucionales apuntados, difícilmente puede concluirse otra cosa que afirmar que todo titular de un interés está legitimado para su defensa judicial. Pero dicha conclusión no debe ser un obstáculo para constatar que, aunque suelen coincidir normativamente, una cosa es el reconocimiento legal de un interés y otra la atribución de una regla de legitimación para su ejercicio judicial. El art. 24.1 CE se encarga estrictamente de esto segundo[74].

En el proceso civil no es necesaria una regla que expresamente reconozca legitimación a "quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso" (art. 10.I LECiv), como tampoco lo es en el proceso contencioso administrativo aquella regla que atribuye legitimación a las "personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho" (art. 19.1.a LJCA). De lo contrario se atentaría contra el art. 24.1 CE.

Ambas reglas de legitimación obedecen a un mismo canon de legitimación consistente en la coincidencia de las situaciones jurídicas legitimante y la situación jurídica deducida en juicio (legitimación por interés directo)[75]. Como se verá más adelante, en los casos en los que se cuestiona la legitimación afirmada con fundamento en uno de estos preceptos, lo que realmente se está cuestionando es el reconocimiento legal de la relación jurídica u objeto litigioso, de modo que mediante el expediente de la falta de legitimación se trata de resolver una cuestión que incide más en el fondo del proceso, que no en la válida constitución subjetiva del mismo. Esto es, en los casos de legitimación afirmada con base en un interés directo, si se cuestiona la misma en realidad se introduce, como podrá comprobarse en los ejemplos analizados más adelante, un debate distinto al de si las partes procesales están singularmente habilitadas para actuar en ese concreto proceso, pues el resultado será, en caso de prosperar esa denuncia, que ningún sujeto podría haber accionado, ni en ese ni en ningún otro proceso.

En cambio, sí son necesarias las reglas de legitimación "a persona distinta del titular" (art. 10.II LECiv) —del objeto litigioso, cabe entender—, como la del art. 74 CC, o su equivalente en el proceso contencioso-administrativo, como es la legitimación de "las personas físicas o jurídicas que ostenten... un interés legítimo" (art. 19.1.a LJCA). Pero en nuestro ordenamiento jurídico esa necesidad es más aparente que real, pues es suficiente con que el ordenamiento jurídico reconozca el interés (jurídico) —en estos casos, un interés indirecto— para que en aplicación de la regla *legitimante* general que contiene el art. 24.1 CE sus titulares puedan actuar en juicio.

Reglas como las contenidas en los arts. 11.bis LECiv, 74 CC, 206.1 LSC, etc., no son reglas necesarias, sino reglas útiles para los operadores jurídicos, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en el caso de la acción de nulidad de los contratos basada en los arts. 1301 y 1302 CC, de los que se deduce un interés indirecto, pero que no contienen una regla expresa de legitimación —que ha tenido que ser apreciada por la jurisprudencia—.

En el ámbito del proceso civil el reconocimiento legal de un interés no se deduce, por ejemplo, de normas como las de los artículos 74 CC (la acción de nulidad puede pedirse por "cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella"); 131 CC ("Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado"); 206.1 LSC ("Para

la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo"), etc., pues las mismas contienen exclusiva y directamente reglas de legitimación y en ningún caso llegan a identificar el interés *legitimante*, que cabe presumir que está legalmente reconocidos por otras normas.

Por eso, como condición previa a la aplicación del art. 24.1 CE, y las reglas ordinarias de legitimación que lo desarrollan, habrá que constatar la existencia del interés jurídico, que es lo que hacen los tribunales en una buena parte de los casos, aunque aparentemente traten de resolver un tema de estricta legitimación.

El art. 24.1 CE no contiene una regla de legitimación cerrada, sino de configuración por el legislador ordinario. En este punto, el margen que tiene el legislador ordinario es realmente limitado pues, sin negar al titular de un interés su ejercicio en sede judicial, en algunos casos sólo puede condicionarlo a que se haga a través ciertos sujetos representativos —así para los intereses colectivos—.

Efectivamente, sin el reconocimiento del verdadero interés por otra norma, sería nulo el valor instrumental que cabe reconocer a los preceptos citados. Así, cuando una acción de nulidad de un acuerdo societario se ejercita por un socio, es porque la ley que regula la vida de la sociedad en cuestión le reconoce interés en la gestión y administración de la misma (por seguir con el ejemplo, arts. 93 y ss. LSC); igualmente el tercero que ejercita dicha acción tendrá que alegar un interés legalmente reconocido y sostener que se ve afectado por el acuerdo societario que impugna (así, por ejemplo, el tercero acreedor de una sociedad que acuerda su disolución y liquidación y en cuyo pasivo no se incluye el crédito de aquél: SAP Lleida, de 17 de marzo de 2000, AC 2000/1021). La diferencia está en que para el primero la nulidad afecta de forma directa a las situaciones jurídicas de las que es titular como socio; en cambio para el segundo su situación jurídica se resiente de forma refleja o indirecta, es decir, como consecuencia de la existencia de una situación jurídica interpuesta. Ambos tienen interés, bien por ser parte de la situación jurídica deducida en juicio, bien por ser parte de otra situación jurídica afectada por aquella otra situación. La regla básica de legitimación del art. 10.I LECiv sólo atiende a los titulares de la situación jurídica deducida en juicio, siendo por ello útil que de forma expresa una norma reconozca la legitimación a los titulares de un *interés indirecto reconocido por la leyes* —derivado de situaciones jurídicas conexas con aquella—.

A) ALGUNOS CASOS DE AUSENCIA DE INTERÉS LEGITIMANTE TRATADOS COMO FALTA DE LEGITIMACIÓN

La distinción entre el interés reconocido legalmente y la regla de legitimación para su ejercicio procesal se manifiesta muy útil para el tratamiento procesal de estos dos elementos de toda acción judicial. Sin embargo en la práctica, con cierta frecuencia, como se puede comprobar con los ejemplos que se van a tratar, se confunden ambas exigencias[76].

Es común a los casos que se van a exponer que en todos ellos los tribunales acaban por realizar como paso previo un análisis abstracto de la situación jurídica planteada, de modo que su solución es una solución abierta y generalizada para los casos concretamente deducidos y para futuros procesos en los que se plantee idéntica situación jurídica.

En el caso de la STC 210/2009, de 26 de noviembre, se recurren en amparo las resoluciones judiciales de los tribunales del orden administrativo que habían negado legitimación a un concejal para impugnar el resultado final de un concurso de empleo público en el que había participado como miembro de la comisión evaluadora. La falta de legitimación se determinó con base en lo dispuesto en el art. 20.1.a) LJCA[77] (en el orden civil también se ha negado la legitimación a los concejales[78]).

En el caso comentado, el TC se plantea en primer lugar, y en términos generales, la existencia o no de un interés de los representantes

locales elegidos democráticamente en exigir el funcionamiento ajustado a la legalidad de la corporación local a la que pertenecen; de modo que pueden impugnar judicialmente aquellas decisiones que consideren contrarias al Derecho y hayan sido adoptadas por el órgano administrativo en el que se integran. La respuesta que en este caso alcanza el TC es afirmativa (siguiendo lo ya dicho en las SSTC 173/2004, de 18 de octubre y 108/2006, de 3 de abril[79]) de modo que acaba por afirmar que existe una "*legitimación ex lege, que corresponde concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el ordenamiento jurídico. No se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan, en cuanto ahora importa, los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto —inclusive puede hablarse de una obligación— de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los municipios el art. 25.1 de la mencionada Ley reguladora de las bases del régimen local*".

Sin discutir el resultado que alcanza el TC, es evidente que solapa los dos conceptos, el del interés y el de la legitimación, y que afirmado el primero se puede afirmar la segunda con base en el art. 24.1 CE. Pero es excesivo afirmar que se trata de una "legitimación *ex lege*", máxime cuando lo que hace el TC es establecer una regla de legitimación (jurisprudencial) que supone una excepción al art. 20.1.a) LJCA. En este proceso el TC no resuelve solamente quién puede impugnar el resultado de un concurso de acceso a la función pública, sino que previamente a dicha cuestión constata la existencia de un interés jurídico determinado, titularidad de ciertos sujetos, en virtud del cual esos sujetos *también* están legitimados para su impugnación conjuntamente con los titulares de otros intereses afectados por la situación jurídica dada.

En el proceso laboral puede verse la STC 12/2009, de 12 de enero de 2009, en la que abiertamente, como paso previo a la legitimación para un procedimiento de conflicto colectivo, se aborda la existencia misma del interés colectivo.

En el orden civil es de comentar la STS de 5 de diciembre de 2008 (RJ 2008/6974), mediante la que se resuelve un recurso de casación contra las sentencias anteriores que habían negado legitimación al contador partidor de una herencia para impugnar la partición llevada a cabo de común acuerdo por los herederos. El TS confirma dicha falta de legitimación; pero obsérvese que lo que realmente hace es negar la existencia en nuestro ordenamiento de un interés que permita fundamentar dicha legitimación. La argumentación es la siguiente: "*Esta Sala ha declarado que la aprobación por los interesados de las operaciones particionales pone término a las labores de los albaceas contadores partidores, 'sin que les sea lícito practicar nuevas operaciones que modifiquen o sustituyan a las ya aprobadas aunque hayan incurrido en éstas en errores de valoración, omisión de bienes o adjudicación indebida, cuya enmienda, como el ejercicio de las acciones que de ella se deriven corresponde a los herederos' (sentencia de 14 de febrero de 1952). En la misma línea, también ha negado legitimación pasiva al contador partidor una vez efectuada la partición, pues se extingue el 'interés legítimo' que le vinculaba a la misma (sentencias de 15 de julio de 1988 y 28 de mayo de 2004). Si todo ello se dice respecto del contador partidor que ha desarrollado sus funciones como tal hasta la partición, con mayor lógica se ha de aplicar a un caso como el litigioso en que la figura del contador partidor se ha limitado a 'intervenir' en una partición acordada y llevada a la práctica por los herederos, en modo alguno a partir, y son estos los que pueden distribuirse la herencia como estimen conveniente, por lo que no hay obstáculo legal para que, de común acuerdo, no computen como bienes de la misma las donaciones que les hizo el causante... En estas circunstancias, no es difícil caracterizar a la figura como*

una institución modal, que puede incardinarse en el art. 797 del Cód. civ., como institución modal de los herederos. Todo lo que no sea una acción para exigir a los mismos el cumplimiento del modo testamentario está fuera del ámbito de actuación de los albaceas, y desde luego, lo está una acción dirigida a la nulidad de la partición por error en el inventario".

La sentencia comentada viene a concluir que ningún contador partidor podrá afirmar un interés en la impugnación de ciertos actos de los herederos, lo que en ningún caso constituye un problema relativo a la correcta constitución subjetiva del proceso, sino a la ausencia de interés jurídico y consecuentemente de necesidad de su tutela —controlado en este caso con carácter previo al estudio del objeto litigioso, y de oficio—.

Es significativa la confusión entre ambas cuestiones en el caso de la STS de 24 de enero de 1998 (RJ 1998/152) en la que se afirma que "*doña Lidia M. V. carecía de legitimación activa ad causam para promover el proceso de que este recurso dimana, ya que ningún hijo, con el único y exclusivo objeto, al parecer, de defender sus posibles y futuros derechos legitimarios, está facultado para impugnar, en vida de sus padres, los actos dispositivos que éstos, en uso de sus plenos e indiscutibles derechos, hayan realizado de sus bienes*". Es evidente que en este caso lo que está en juego no es la legitimación de un hijo X para impugnar los actos de su padre Z, sino la inexistencia de un interés jurídico para cualquier hijo de impugnar los actos de sus padres con base en sus futuros intereses hereditarios; sencillamente se afirma que el ordenamiento no lo reconoce y es patente cómo ese análisis no puede sino hacerse de forma abstracta —que en el caso concreto también se hizo de oficio— y que, además, negar la legitimación a doña Lidia no puede significar reconocérsela, por poner un nombre, a don Julián. En el caso comentado la acción también presentaba un problema objetivo, no subjetivo.

Pero es sobre todo en el caso tratado en la STC 196/2009, de 28 de septiembre, sobre la legitimación de la SGAE para intervenir como parte en un proceso emprendido por un particular frente a un comerciante, para reclamarle a este último la devolución del denominado canon por copia privada, donde se revela útil y necesaria la distinción entre el interés y la legitimación para su ejercicio.

En esta sentencia, aunque todo el esfuerzo argumentativo que se hace gire aparentemente en torno a la existencia o no de legitimación de esa entidad, en realidad el debate que subyace en la misma es el de determinar si la pretensión formulada afecta o no al interés colectivo cuya gestión jurídica está legalmente asignada a esas entidades (art. 150 LPI); sólo resolviendo previamente esa cuestión se pueden tener elementos suficientes para asignar o no legitimación a la SGAE.

Ante los tribunales ordinarios se había planteado un proceso entre comprador y vendedor particulares, en el que el primero pretendía, tras la compra de unos discos compactos grabables, que se condenara al segundo a la devolución de aquella parte del precio satisfecho la correspondiente compensación equitativa por copia privada (el conocido comúnmente como canon por copia privada) pues no estaba acreditado que los discos fuesen a almacenar contenidos protegidos por la Ley de Propiedad Intelectual. Tras la sentencia condenatoria de la primera instancia, la SGAE tiene conocimiento de dicho proceso y solicita su nulidad por no haber sido emplazada a comparecer en el mismo. Los tribunales niegan legitimación a la SGAE para intervenir en dicho proceso, a pesar de que sí le reconocían un "interés legítimo general" para la gestión patrimonial de los derechos de autor, pero sostienen que no es de aplicación en este caso —y así lo comparte también el voto particular de la STC 196/2009— al entender que no estaba en juego la facultad de dichas entidades a reclamar el canon a los vendedores —lo que establece el art. 25 LPI—, sino que el objeto del pleito se atenía exclusivamente al interés de los compradores y vendedores y a las relaciones entre estos, llegando a afirmar que el vendedor incluso puede asumir el coste del canon fijado legalmente si decide no repercutirlo en el comprador[80]. Es decir, el debate no es sobre

la titularidad del interés en juego, sino sobre el tipo de interés deducido en juicio.

La lectura del voto particular a dicha sentencia[81] nos ilustra sobre este particular de una forma sintética: "*En el presente caso la Audiencia Provincial de Málaga consideró que debe diferenciarse la relación jurídica material que nace entre la entidad gestora de los derechos de propiedad intelectual y el vendedor de los equipos, aparatos o soportes materiales de reproducción, de aquella otra relación que surge entre el vendedor y el cliente-consumidor que los adquiere. A partir de tal distinción el órgano judicial aprecia que la legitimación que el art. 150 del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual atribuye a las entidades de gestión se circunscribe a la primera de las indicadas relaciones.*

(...) Atribuir legitimación a la Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) para intervenir de modo universal en todo proceso en el que se discuta el destino de un concreto soporte audiovisual sería tanto como sostener, salvando las distancias, que la Administración tributaria debiera ser llamada a toda clase de procesos civiles en que se litigue sobre la validez de actos, negocios jurídicos o contratos privados cuya realización genere la obligación de tributar por algún concepto[82].

El art. 150 LPI establece la presunción legal de que las entidades gestoras de los derechos de propiedad intelectual debidamente autorizadas actúan en defensa de los derechos confiados a su gestión, sin necesidad por tanto de acreditar la representación de cada uno de los autores o editores. A pesar, por tanto, de que no haya duda de que la SGAE está plenamente legitimada para iniciar toda clase de procedimientos administrativos y judiciales en defensa de los derechos que colectivamente gestiona, habrá de entenderse esta cualidad a que se refiere el art. 150 LPI como legitimación ad processum en el sentido procesal de "capacidad" de ser parte, lo que nada impide que pueda negarse su legitimación ad causam para intervenir en un concreto proceso, máxime por motivos ajenos a la indicada presunción de representación[83]".

En resumen, lo que se está diciendo es que este proceso no afectaba a los intereses de la recurrente en amparo, sino exclusivamente a los intereses del vendedor y del comprador, y a partir de esa consideración se establece la legitimación correspondiente. Como se comentará más adelante, el TC descarta este planteamiento.

El expuesto no es un razonamiento despreciable y pudiera considerarse razonable y por lo tanto dentro del canon constitucional que el TC aplica a la argumentación de los tribunales ordinarios, si no fuera porque crea artificialmente una desconexión del interés de la situación jurídica de la que es parte la SGAE con el interés deducido en juicio y que afecta *prima facie* a vendedores y compradores. Es decir, ¿cómo podrá posteriormente la SGAE exigir al vendedor el pago de un canon, cuya existencia ha sido negada por sentencia judicial? ¿No tiene la SGAE un interés directo e inmediato en la manera que los tribunales aplican e interpretan el art. 25 LPI? ¿Acaso la piedra angular sobre la que descasó la argumentación de los tribunales ordinarios —el hecho de que el vendedor pueda asumir el coste del canon y no aplicarlo al precio de venta— no se ve afectada directamente si los tribunales declaran que no existe el deber de devengar el canon?

La STC 196/2009 lo expone del siguiente modo: "*Resulta evidente la existencia de un interés legítimo, en cuanto entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual. Y ello porque, más allá de la reclamación al vendedor de la cuantía del canon correspondiente a una concreta operación de compraventa, se cuestionaba en el mismo el contenido y alcance de la remuneración compensatoria o canon por copia privada previsto en el art. 25 LPI, así como el papel atribuido por la ley a las sociedades de gestión de los derechos contra la propiedad intelectual, solicitando incluso el demandante el planteamiento por el órgano judicial de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 25 LPI, entre otras razones, por la inconstitucionalidad de los sujetos gestores del derecho: las entidades de gestión, como las únicas encargadas de la exigencia, recaudación, control y gestión del canon*".

Se deduce de esta sentencia, una vez más, que a través del expediente de la falta o no de legitimación lo que se hace no es más que determinar, con carácter general, la existencia y/o concurrencia de un interés jurídico afectado por la sentencia que se dicte y ello no puede sino hacerse con carácter abstracto a partir de los hechos afirmados y se resuelve generalmente mediante una cuestión puramente jurídica.

En el proceso civil el análisis previo de la existencia del interés es poco frecuente, al estar el ordenamiento jurídico privado integrado básicamente de intereses jurídicos recogidos bajo la técnica de los derechos subjetivos. Pero los casos expuestos ponen de manifiesto cómo en un plano lógico-jurídico ese es el punto de partida para la posterior constatación de la correcta legitimación para su ejercicio, y cómo en no pocos casos se confunde el uno con la otra. En el ámbito del Derecho civil, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho administrativo, el interés subjetivo generalmente se establece expresa y directamente por la Ley, de modo que su constatación resulta relativamente sencilla, de modo que cuando las situaciones jurídicas se articulan a partir de un interés directamente reconocido en la Ley —así por ejemplo, el derecho al cobro del crédito— los tribunales no tienen que analizar la existencia en abstracto de dicho interés, siendo suficiente para sostener la legitimación conforme al art. 10 LECiv afirmar la titularidad del mismo. Sólo en la sentencia se examinará la existencia concreta del interés afirmado.

B) VERDADEROS CASOS DE AUSENCIA DE REGLAS DE LEGITIMACIÓN

La cuestión es distinta cuando los tribunales no tienen que constatar la existencia en abstracto de un interés jurídicamente reconocido, sino determinar si el sujeto que lo actúa es o no su titular y la existencia de una norma de legitimación a su favor.

Salvando este último aspecto que, en virtud del art. 24.1 CE, queda fácilmente resuelto, el problema es la concreción subjetiva del *interés legitimante*; lo que en el momento inicial del proceso no puede hacerse de otra forma que a partir de la afirmación de su titularidad integrada, con mayor o menor intensidad, según ya se ha visto, con los hechos constitutivos de la pretensión procesal.

También en estos casos el análisis se hace con cierto grado de abstracción o de pura hipótesis, como se comprueba en los siguientes ejemplos.

En el caso de la STC 40/2009, de 9 de febrero, se recurren dos sentencias previas que habían negado legitimación a los actores para impugnar unos acuerdos de reducción y posterior ampliación de capital adoptados en junta de una sociedad anónima a la que no habían sido convocados; lo que determinó que no pudieran realizar una nueva suscripción de acciones perdiendo por ello la condición de socios. Los tribunales ordinarios, en aplicación del entonces art. 117.1 LSA, niegan su legitimación con base precisamente en la falta de su condición de accionistas en el momento de interponer la demanda.

En este caso, a diferencia de los expuestos anteriormente, el TC no tiene que plantearse si el ordenamiento jurídico reconoce o no a los socios interés en impugnar los acuerdos societarios; no tiene que resolver una cuestión general, sino una cuestión singular del caso, cual es la de integrar la norma de legitimación en la situación jurídica expuesta. Por eso razona del siguiente modo: "*ese acuerdo de reducción y simultáneamente ampliación del capital de la compañía Braun y Gallardo, S.A. (que en la demanda de amparo y en las propias Sentencias recurridas en amparo gráficamente se denomina como "operación acordeón"), es justamente uno de los dos acuerdos que los demandantes de amparo pretendían impugnar en el proceso a quo, con fundamento en que, pese a tener la condición de socios accionistas de dicha sociedad, no fueron convocados a la junta en la que se aprobó el referido acuerdo (ni a la anterior junta celebrada el 17 de septiembre de 2002, cuyos acuerdos también pretendían impugnar), lo que les impidió suscribir ninguna de las acciones objeto de la citada operación de ampliación de capital (previa*

reducción del capital inicial a cero), resultando por ello, a juicio de los demandantes, ilegítimamente despojados de sus derechos como socios. Las Sentencias recurridas en amparo incurren así en una quiebra lógica de juicio, porque, prejuzgando el fondo del asunto, al atribuir indirectamente validez a un acuerdo societario que era precisamente objeto de impugnación en el proceso por parte de los demandantes, niegan a éstos legitimación ad causam para impugnar en concepto de socios (art. 117.1 LSA) ese acuerdo, que les desposeyó de su condición de socios accionistas de la compañía". Concluye que otra solución supondría una "*interpretación rigorista y desproporcionada de la norma aplicable*".

El TC se refiere a una "quiebra lógica de juicio", pero lo cierto es que el resultado tenía que ser ese teniendo como criterio la sola pregunta de si ¿sería otra la situación jurídica actual de los demandantes de prosperar la demanda?, esto es, ¿volverían a ser accionistas? —afectación o no neutralidad de la decisión—. Esa pregunta pone de manifiesto que no resulta infundada la afirmación de un interés personal y actual al momento de la interposición de la demanda a pesar de que formalmente no tienen la condición de accionistas, cuyo recobro es el verdadero interés *legitimante*[84].

En el caso tratado en la STC 218/2009, de 21 de diciembre, se resuelve la legitimación para la impugnación del Real Decreto 370/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobaba el estatuto del personal de la sociedad estatal Correos y Telégrafos, por parte de la asociación "Agrupación de Trabajadores Discriminados (ATADOS)". Los tribunales ordinarios habían rechazado la legitimación de dicha asociación con el pretexto de que, a pesar de estar integrada por trabajadores de Correos, estatutariamente también estaba abierta a terceras personas "que tengan interés en el desarrollo de los fines de la asociación".

El recurso administrativo se fundaba en la posible producción de situaciones de discriminación al establecer el RD 270/2004, entre otras cosas, que sólo los sindicatos que negociaron el nuevo estatuto del personal de correos podían participar en las negociaciones para su desarrollo, o la introducción de una doble escala retributiva contraria a la igualdad de trato. El TC en ningún momento se cuestiona la existencia de un interés jurídico como fundamento de la acción ejercitada —que sería el principio de igualdad, art. 14 CE—, ni si en el proceso en cuestión se trata de un interés colectivo y en tal caso existe una norma específica cual es la del art. 19.1.b) LJCA por la que se legitima a las asociaciones para su defensa, sino tan sólo si concretamente la asociación recurrente puede considerarse interesada a la vista de lo que dicen sus estatutos internos.

Para esto último, el TC tiene que analizar someramente los estatutos de la asociación recurrente, para alcanzar la conclusión de que "*a la vista de cuanto ha quedado expuesto, es notoria, como señala acertadamente el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, la concordancia de los fines estatutarios de la asociación recurrente con el objeto del litigio*" y de ese modo el TC establece una directa relación entre el objeto del pleito y el sujeto legitimado. Además este es el dato determinante de la legitimación de la asociación, pues aunque "*cabe añadir que si bien es cierto, como se destaca en la Sentencia impugnada, que los estatutos de la asociación recurrente permiten incorporarse a la misma a todas las personas físicas o jurídicas que lo deseen (y no solo, por tanto, a quienes ostenten la condición de funcionarios de Correos y Telégrafos), no lo es menos que para ello se exige que "tengan interés en el desarrollo de los fines de la asociación" (art. 6)*", el haber hecho depender la legitimación de este último elemento, el TC lo refuta como "*una restricción rigorista y desproporcionada del acceso a la jurisdicción*". Aunque no lo haga expresamente, lo que hace el TC es un ejercicio de integración del citado art. 19.1.b) LJCA con relación a los hechos deducidos en juicio, de donde se desprende la lectura de que lo relevante en estos casos para estar legitimado no es la composición de la asociación, sino sus objetivos estatutariamente fijados.

Concluir que la asociación recurrente sí posee interés en impugnar por discriminatorio el citado real decreto no comporta ninguna valoración sobre el resultado final del proceso

y la efectividad de la discriminación denunciada, sin perjuicio de que el TC haya tenido que realizar un ejercicio de hipótesis consistente en concluir que de ser cierta la discriminación denunciada los intereses de la asociación recurrente se ven afectados, ejercicio que es posible realizar con carácter previo al examen del objeto litigioso. Reconocer esa legitimación tampoco significa que sólo dicha asociación pueda impugnar la citada disposición general[85].

Esta sentencia no sólo sirve de ejemplo de un verdadero caso de integración de normas de legitimación[86] sino que, además, pone de manifiesto que en algunos casos la afirmación de titularidad del interés tiene que venir contrastada mediante un principio de prueba que sirve de referencia en el análisis abstracto que realiza el órgano jurisdiccional sobre la titularidad del interés *legitimante*.

4. LA CARACTERIZACIÓN DEL INTERÉS *LEGITIMANTE* EN NUESTRO SISTEMA PROCESAL.

Es habitual que del interés se prediquen una serie de notas de las que se hace depender en última instancia la legitimación. Así la jurisprudencia suele exigir para justificar cierta legitimación que la misma se fundamente en interés jurídico "directo" —no en el sentido analizado anteriormente— y "actual". Conviene por lo tanto realizar algunas observaciones al respecto de estas notas del interés jurídico.

A) QUE SE TRATE DE UN INTERÉS DIRECTO

La jurisprudencia remarca que la afirmación de un "interés legítimo" ha de ir acompañada de una potencial incidencia del resultado del proceso en los derechos o expectativas legítimas del sujeto que promueve el juicio[87]. Esta doctrina, aunque creada en el seno del proceso contencioso-administrativo es plenamente aplicable en el proceso civil; en particular en el caso de los supuestos de legitimación por "interés legítimo", aunque adicionalmente no se exija que también será "directo", tal y como hace el art. 74 CC.

Cuando la jurisprudencia exige que el interés, además de "legítimo" sea "directo" o "propio", con ello no se está indicando otra cosa que se trate de un interés que afecte a la propia esfera jurídica del sujeto legitimado, ya sea este un sujeto particular, por ejemplo el tercero que insta la nulidad de un matrimonio, ya se trate de una asociación que promueve la defensa de intereses colectivos.

Téngase presente que cuando la jurisprudencia analiza la concurrencia de un interés desde el punto de vista de la legitimación, se está haciendo referencia al interés *legitimante*, que, conviene insistir una vez más no tiene por qué coincidir con el interés que constituye e identifica el objeto litigioso. Es decir, desde el punto de vista de la legitimación, que el interés sea directo ha de significar que la decisión final no ha de ser neutral (jurídicamente) para el sujeto que promueve el juicio, coincida o no este sujeto con el que es parte en la situación jurídica constitutiva del objeto del proceso.

Por lo tanto, la exigencia de que el interés sea "directo", en el sentido apuntado, no es más que la concreción de la propia norma de legitimación pues, aunque exista un interés jurídico, no podrá ejercitarlo quien no afirme ser su titular. Esto es, mediante esta exigencia se está haciendo un control apriorístico de la afirmación de la titularidad del interés *legitimante* desde el punto de vista de su *posibilidad jurídica* o hipotética *acogibilidad* —a este respecto véanse las sentencias que se citan más adelante—.

Esta exigencia, que se deriva esencialmente del proceso contencioso-administrativo[88], se explica desde la necesidad de introducir elementos de subjetivización de la regla general que contiene el art. 24.1 CE con respecto a los "intereses legítimos"[89], de modo que, que el interés sea "directo", es la forma que ha encontrado la jurisprudencia —y también el legislador, puntualmente— para descartar como criterio

legitimante el mero interés por el respecto de la legalidad. Eso explica su mayor constatación en el proceso contencioso-administrativo[90], pero también que lo exija por ejemplo el art. 74 CC.

En el proceso civil, ya se trate de una situación jurídica basada en un derecho subjetivo, ya de una situación de interés por perjuicio, la nota del interés "directo" es necesaria en todo supuesto, pues todo legitimado tendrá que afirmar que la resolución final del proceso afecta a su situación jurídica personal y actual. De nuevo el hecho de que en el proceso civil los intereses jurídicos aparezcan bajo la forma de derechos subjetivos ha hecho irrelevante el criterio que ahora se analiza, lo no que significa que no esté presente.

Cabe descartar que el apelativo *directo* pueda entenderse como contrapuesto al interés *indirecto* o *reflejo*, es decir, a aquel que no nace exclusivamente de la situación jurídica deducida en juicio, sino como consecuencia de otras situaciones jurídicas conexas con aquella, según se ha expuesto anteriormente.

Varios ejemplos pueden servir para contrastar lo dicho, que aunque mayoritariamente surgidos en procesos administrativos, también son aplicables en el proceso civil en los términos expuestos en este apartado cuando se trate de la legitimación otorgada a personas jurídicas o entidades constituidas para defender ciertos intereses sociales o colectivos. En estos casos debe tenerse presente la doctrina que el TC ha establecido respecto de las personas jurídicas, en cuanto para las mismas "*no es neutral o indiferente*" para "*sus fines estatutarios*" la existencia de una norma —sustantiva—, su aplicación y los pronunciamientos judiciales que puedan hacerse sobre la misma (SSTC 282/2006, de 9 de octubre, FJ 3, y 28/2009, de 26 de enero, FJ 4; STC 218/2009).

La STC 218/2009, de 21 de diciembre, recuerda que "*con relación al orden contencioso-administrativo, …el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta (entre otras, SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 73/2006, de 13 de marzo, FJ 4; 52/2007, de 12 de marzo, FJ 3; y 28/2009, de 26 de enero, FJ 2)*" —subrayado nuestro— y "*En consecuencia, existiendo una relación directa entre los fines de la asociación y los concretos motivos en que se fundamentaba la impugnación del Real Decreto 370/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el estatuto del personal de la sociedad estatal Correos y Telégrafos, sociedad anónima, "no cabe negar que para la asociación recurrente, en atención a sus fines estatutarios, no es neutral o indiferente el mantenimiento de la norma recurrida" (SSTC 282/2006, de 9 de octubre, FJ 3, y 28/2009, de 26 de enero, FJ 4)*".

En este mismo sentido la STC 220/2001, de 31 de octubre: "para que exista interés legítimo en la jurisdicción contencioso-administrativa, la resolución impugnada (o la inactividad denunciada) debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso".

Ya en el orden civil, la STC 196/2009 sobre la intervención la SGAE en los procesos entre particulares sobre el canon de compensación también es un buen ejemplo de lo expuesto cuando expone que "*como recordábamos en la STC 196/1997, de 13 de noviembre, FJ 6, las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual se crean como un cauce especialmente establecido por el legislador para la gestión colectiva de los mencionados derechos de contenido patrimonial, entre los que se encuentra el relativo a la remuneración por copia privada del art. 25 LPI, que en su apartado séptimo (en la redacción vigente en el momento de los hechos y aplicable al caso) establecía que "el derecho de remuneración a que se refiere el apartado 1 del presente artículo se hará efectivo a través de las entidades de gestión*

de los derechos de propiedad intelectual". Tras la modificación efectuada por la Ley 23/2006, de 7 de julio, entre otros, del art. 25 LPI, el contenido del apartado 7 pasa, en términos sustancialmente idénticos, al apartado 8 del mismo precepto, cuyo tenor literal es el siguiente: "La compensación equitativa y única a que se refiere el apartado 1 se hará efectiva a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual". Por otra parte, conviene recordar que el art. 150 LPI establece, con carácter general, que las entidades de gestión "una vez autorizadas, estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales"".

Finalmente, la STC 12/2009, de 12 de enero, en un asunto del orden laboral, al respecto de la exigencia de un interés directo hace la siguiente distinción: "*el hecho de que una Sentencia pueda llegar a tener efectos reflejos en intereses individuales no otorga, por defecto y sin excepción, legitimación para ser parte en ese procedimiento... que la sentencia firme de conflicto colectivo produzca efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse y que versen sobre idéntico objeto (art. 158.3 LPL), únicamente significa que en los procesos individuales no podrá desconocerse lo resuelto en el proceso colectivo, sin que quepa entonces replantear lo ya juzgado, pero no supone —y no podría implicarlo por las garantías que aquí sí comprometen el derecho de defensa— una limitación para que en un potencial proceso ordinario se resuelvan pretensiones individuales, que en ningún caso han sido abordadas ni resueltas, directamente, por aquella resolución precedente*".

Por último, apuntar que en algunos casos el TC se refiere a este requisito como interés "concreto". Así STC 210/2009, de 26 de noviembre: "*No se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan, en cuanto ahora importa, los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto —inclusive puede hablarse de una obligación— de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los municipios el art. 25.1 de la mencionada Ley reguladora de las bases del régimen local*".

B) QUE SE TRATE DE UN INTERÉS ACTUAL

La STC 166/2008, de 15 de diciembre, en un caso de falta de emplazamiento en un proceso contencioso-administrativo, siguiendo lo que ya había establecido en la STC 207/2005, de 18 de julio, sostiene que la producción de una posible indefensión dependerá de "*Que el demandante de amparo sea, en primer lugar, titular de un derecho o de un interés legítimo y propio, susceptible de afección en el proceso contencioso-administrativo en cuestión, lo que determina su condición material de demandado en aquel proceso. La situación de interés legítimo resulta identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida. En todo caso hay que destacar que la titularidad del derecho o interés legítimo debe darse al tiempo de la iniciación del proceso contencioso-administrativo (SSTC 53/2003, de 24 de marzo, FJ 3; y 102/2003, de 2 de junio, FJ 2)*".

Como se ve, la jurisprudencia también exige que el interés sea "actual". Sin embargo, esta nota no añade nada al análisis que se ha hecho del interés *legitimante* pues, por una parte, el reconocimiento del interés en la ley es una manifestación suficiente de su actualidad o vigencia y ningún sujeto podrá hacer uso del mismo si ha sido expulsado del ordenamiento y, de otra, cuando se exige que "*En todo caso hay que destacar que la titularidad del derecho o interés legítimo debe darse al tiempo de la iniciación del proceso contencioso-administrativo (SSTC 53/2003, de 24 de marzo, FJ 3; y 102/2003, de 2 de junio, FJ 2)*" (STC 166/2008, de 15 de diciembre)[91], en realidad se está haciendo referencia a la necesidad de jurisdicción o interés en actuar[92], elemento que no debe incidir en la legitimación, como ya se ha dicho, si bien es

cierto que, dado que el ordenamiento procesal no prevé ningún expediente para su control, al menos en el proceso contencioso-administrativo, el tratamiento procesal de la legitimación en aquel orden jurisdiccional brinda una oportunidad para su constatación y, en caso negativo, cerrar sobrevenidamente el proceso iniciado.

Desde un punto de vista de las condiciones del ejercicio del derecho de acción, el interés "actual" también puede venir referido a que la acción se ejercite en plazo. Tampoco este aspecto incide en la legitimación, debiendo denunciarse el ejercicio extemporáneo de una acción a través de la correspondiente excepción de prescripción o caducidad.

5. CONCLUSIÓN: NUESTRA DEFINICIÓN DE LA LEGITIMACIÓN PROCESAL

A partir de todo lo expuesto, pensamos que el interés jurídico es un concepto jurídico suficiente para explicar el fenómeno de la legitimación procesal en todos los órdenes jurisdiccionales, y que tal concepto, debidamente analizado y delimitado, no requiere de otros apelativos para dar soporte a las reglas de legitimación, sino que, contrariamente, esos apelativos (esencialmente: "legítimo", "directo" y "actual") en poco contribuyen a clarificar el tema de la institución procesal que nos preocupa.

Igualmente, el análisis realizado en las páginas anteriores nos permite aventurar la siguiente idea de la legitimación como aquel presupuesto procesal consistente en una consideración o determinación jurídico-política en virtud de la cual, dentro del marco constitucional, el legislador define qué situaciones jurídicas vinculadas con una pretensión procesal concreta conceden el poder de conducción del proceso en que se ha deducido.

Esas consideraciones jurídico-políticas atienden, de una parte, a la naturaleza de los intereses tutelados y, de otra, a puras consideraciones de servicio público.

Respecto de los primeros, en el proceso civil, en el que predominan los intereses privados, el principal criterio *legitimante* es el de la autonomía de la voluntad de los titulares de las situaciones o relaciones jurídicas deducidas en juicio, sin que este criterio se imponga de una forma absoluta, cediendo en el caso que el legislador considera justificado limitar aquella autonomía ante otras situaciones jurídicas igualmente reconocidas por el Derecho.

Respecto de lo segundo, la consideración a los recursos materiales y personales de la Administración de Justicia determinará que el legislador limite los supuestos de legitimación a situaciones jurídicas social y políticamente justificadas, y en la mayoría de ellas a sujetos representativos de las mismas.

NOTAS

1. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., "A vueltas con la legitimación: en busca de una construcción estable", en *Poder Judicial*, nº 54, 1999, p. 224. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil: el proceso de declaración* (con Díez-Picazo Giménez), Madrid, 2004, p. 152. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil* (con otros), Pamplona, 2010, p. 145.
También la jurisprudencia se expresa en términos similares, así, entre las más recientes, la STS de 14 de octubre de 2010 (RJ 2010/7460): "La legitimación *ad causam* [para el proceso] consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte, se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar. La legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada y el objeto jurídico pretendido". O la STS de 4 de marzo de 2003 (RJ 2003/2733), que para el proceso contencioso-administrativo sostiene que la legitimación es "la interrelación existente entre el interés legítimo invocado y el objeto de la pretensión".
En el Derecho francés no se emplea el término "legitimación" para referirse a esta cuestión, sino el de "qualité".

2. CHIOVENDA, G., *La acción en el sistema de los derechos*, Santa Fe de Bogotá, 1986, p. 131.

3. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, II (con FERNÁNDEZ, T. R.), Madrid, 2008, p. 631.

4. Máxime en el proceso contencioso-administrativo, cuyo objeto (*interés tutelado)* versa principalmente sobre el sometimiento de las Administraciones públicas al ordenamiento jurídico (art. 106.1 CE), del cual ningún particular puede afirmar su titularidad. Este sólo puede afirmar interés indirecto afectado por el incumplimiento de aquella exigencia constitucional (*interés legitimante*).

5. CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho procesal civil*, II, Buenos Aires, 1940, p. 30.

6. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., "A vueltas...", *op. cit.,* p. 223.

7. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., "A vueltas...", *op. cit.,* p. 263. También en el Derecho francés se deja constancia de ello: CAYROL, N., "Action en justicie", en *Répertoire Procédure civil Dalloz*, 2003, n. 219.

8. A título de ejemplo: CARDONA LLORENS, J., "Interés, interés jurídico y derecho subjetivo en Derecho Internacional público", en *Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro*, vol. 1, 1989, pp. 231-248; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado", en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 89, 1996, pp. 69-89; SAINZ MORENO, F., "Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 8, 1976, pp. 63-94; SILVA SÁNCHEZ, A., "Orígenes y fundamentación de la relevancia jurídico-social del interés", en *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Extremadura), núm. 21, pp. 467-502.

9. Para esta finalidad es suficiente la consideración que del interés jurídico hace MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, Barcelona, 2007, p. 203, como "una suerte de relación ideal existente entre una persona (o grupo) que siente una necesidad y un bien de vida apto para satisfacer esa necesidad. Desde esa perspectiva un interés se convierte en jurídico cuando el mismo es contemplado por el Derecho...".

10. SÁNCHEZ MORÓN, M., *La participación del ciudadano en la administración pública*, Madrid, 1980, p. 112.

11. DOCKES, E., *Valeurs de la democrátie. Huit notions fondamentales*, Paris, 2005, p. 157.

12. Así MONTERO AROCA, J., *De la legitimación*..., op. cit., p. 196, lo dice del siguiente modo tratando de resaltar el avance —supuestamente— experimentado en este punto: "Hasta no hace mucho la manera normal de referirse a la legitimación lo era con referencia, bien a la afirmación de titularidad de derechos subjetivos (y en la parte pasiva la imputación de la titularidad de la obligación), bien en la existencia de situaciones jurídicas en las que no cabía hablar ni de derecho subjetivo ni de obligación; a esos supuestos nos hemos referido antes, pero ahora es necesario atender a la legitimación por el interés legítimo". Por su parte, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Capacidad, postulación y legitimación de las partes en el proceso civil*, Barcelona, 2009, pp. 70 a 76, se refiere, además de los "títulos de legitimación" por derecho subjetivo o "interés legítimo" a la legitimación "ope legis". A su vez DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil*..., op. cit., p. 154, se refiere, sin precisarlas, a otras "situaciones jurídicas concretas" distintas de los derechos subjetivos. GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal civil*, Madrid, 2007, p. 141, aisladamente se refiere también a "intereses de las personas", "intereses jurídicos" o "bienes jurídicos", pero los derechos subjetivos y los "intereses legítimos" constituyen el cuerpo de su exposición.

13. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil*, op. cit., pp. 147 a 154, cita entre otras posiciones legitimantes las siguientes: derechos subjetivos, "poderes jurídicos", "interés legítimo" e "intereses sociales".

14. La "especial contextura del Derecho Administrativo... no obedece más que parcialmente a un principio conmutativo de justicia y que por ello sólo en estrechos márgenes relacionales directos para permitir descomponer la legalidad administrativa en derechos subjetivos típicos de los ciudadanos", GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso*..., op. cit., p. 632.

15. Ibídem, p. 633.

16. Salvo que se confunda el mero interés jurídico con el interés público o general, la introducción de esa técnica jurídica como criterio de análisis del proceso civil no ha de hacer perder de vista que en este se tutelan mayoritariamente intereses privados, sin perjuicio de la tutela excepcional de ciertos interés públicos.

17. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil,* op. cit., pp. 154 y 155.

18. Referirse exclusivamente al interés jurídico no comporta pues negar la existencia del derecho subjetivo. Vid. MONTERO AROCA, J., *De la legitimación*..., op. cit., p. 204.

19. Nos resultan muy útiles para transmitir esta idea las siguientes palabras de DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil,* op. cit., p. 164: "Uno de los presupuestos de toda acción es la existencia de *interés legítimo*. Con estos términos se quiere hacer referencia, si bien se mira, a la existencia de *interés*, dando por sentado que será legítimo, este decir, que el Derecho amparará al demandante (o al demando reconviniente)" —cursiva del autor—. Debe tenerse en cuenta que el citado autor es partidario de una concepción concreta de la acción, de ahí la referencia al demandante o demandado reconviniente, pero si se parafrasea al mismo sin distorsionar su mensaje, podemos decir que el interés que se dará por sentado que es legítimo en cuanto estará amparado por el Derecho.

20. MANDRIOLI, C., *Diritto processuales civile*, Torino, 2006, p. 52, cita además, para el derecho italiano, pero plenamente aplicables en nuestro ordenamiento, los ejemplos de una demanda que pretenda la resolución de un contrato porque ya no se repute más conveniente, o quien, fuera de los supuestos de responsabilidad objetiva, solicita el resarcimiento del daño sufrido al tiempo que se reconoce que haber actuado de forma culpable. En el Derecho francés es muy recurrente en la doctrina referirse a los tiempos en los que la jurisprudencia no admitía a trámite las peticiones formuladas por la concubina solicitando la indemnizaciones derivadas del accidente causante de la muerte de su compañero. Por todos CADIET, L., y JEULAND, E., *Droit judiciare privé*, Paris, 2006, p. 221.

21. Da la impresión de que en este punto está el origen mismo del término "legitimación" en ordenamientos como el español y el italiano, y que en cambio no se ha consolidado en el Derecho francés ni el alemán. Ello habría contribuido, además, a dificultar su identificación respecto de otras figuras y su tratamiento procesal. Sobre la incidencia de la confusión entre el derecho subjetivo y la acción en el origen de la legitimación vid. MONTERO AROCA, J., *De la legitimación*..., op. cit., pp. 46 a 50.

22. GINCHARD, S., FERRAND, F. Y CHAINAIS, C., *Procédure civile,* op. cit., p. 156. Además dichos autores remarcan que históricamente el concepto "legítimo" ha tenido más contenido moral que jurídico y ha servido para un posicionamiento de los jueces ante ciertos usos de la justicia por los ciudadanos.

23. GINCHARD, S., FERRAND, F. Y CHAINAIS, C., *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, Paris, 2008, pp. 128: "en exigeant que cet intérêt soit legitime on passe insensiblemente de l'examen de la recevabilité de l'actión à celui du bien-fondé de la prétention".

24. CADIET, L., y JEULAND, E., *Droit judiciare privé*, op. cit., pp. 221-2; GINCHARD, S., FERRAND, F. Y CHAINAIS, C., *Procédure civile,* op. cit., pp. 154-7. Coinciden dichos autores en señalar también que la jurisprudencia francesa paulatinamente ha ido reduciendo el alcance del término "legítimo".
. En la doctrina clásica también se ha relativizado el uso del adjetivo "legítimo". Así CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1940, pp. 200-1, para quien un interés legítimo consistía en "un estado contrario a derecho".

25. IHERING, I., *El espíritu del Derecho romano*, IV, Buenos Aires, 1947, p. 326. La doctrina francesa achaca a esta definición la confusión entre la afirmación de un interés —condición de admisibilidad de la demanda— y el efectivo amparo legal de ese interés afirmado, es decir, la legitimidad de la pretensión formulada —condición de éxito de la acción—. CADIET, L., y JEULAND, E., *Droit judiciare privé*, op. cit., pp. 221-2.

26. Es de remarcar que en la doctrina francesa la "legitimité" se examina respecto del "interés en actuar".

27. Téngase en cuenta que se trata de valorar criterios de admisibilidad de la demanda formulada, no de la estimación de la misma. Por lo tanto, todo este debate debe contextualizarse convenientemente en una comprensión, a su vez, de la acción en sentido abstracto.

28. MANDRIOLI, C., *Diritto processuales civile*, Torino, 2006, p. 52: "Naturalmente, questa 'possibilità giuridica' è una condicione-limite e, come tale, ha una portata prevalentemente teorica".

29. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil,* op. cit., p. 162.

30. JUAN SÁNCHEZ, R., "La legitimación procesal civil en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: algunos ejemplos para contribuir a un debate no cerrado", *Diario La Ley*, núm. 7550, p. 9 a 13.

31. A este respecto puede verse CARRASCO DURÁN, M., "Examen jurisprudencial del concepto interés legítimo, aplicado a la defensa de los derechos fundamentales en el proceso contencioso-administrativo", en *Justicia: Revista de derecho procesal*, núms. 1-2, 2004, pp. 231 a 270 (artículo consultado en versión electrónica vLex-295524).

32. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. El artículo citado es el correspondiente al antiguo 117 de la Ley de Sociedades Anónimas, derogada por este RD Legislativo.

33. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 152.

34. Este elemento puede comprobarse en la definición de MONTERO AROCA, J., *De la legitimación*..., op. cit., p. 204, sobre el "interés legítimo": "ese interés responde necesariamente a la afirmación de titularidad de una relación o situación jurídica que se tiene respecto de otra relación jurídica o situación jurídica de un o de unos terceros".

35. Es conveniente también hacer una observación terminológica. Tanto doctrina como jurisprudencia utilizan en muchos casos la expresión "interés legitimador". Como se verá el interés no legitima, sino que es la referencia para una posterior regla de legitimación, así pues el adjetivo correcto debería ser el de "legitimante". Así GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., "A vueltas...", *op. cit.,* p... se refiere a "situaciones jurídicas legitimantes" y ORTELLS RAMOS, M., Derecho procesal civil, *op. cit.,* p. a "posiciones legitimantes"; por su parte GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Capacidad, postulación y legitimación*..., *op. cit.,* p. 70, se refiere a "títulos de legitimación".

36. Esta distinción está en la base de la distinción que a su vez ya establecía CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho...*, II, p. 30, al contrastar el "interés litigioso" o "interés en conflicto" con el "interés en la composición del litigio".

37. MONTERO AROCA, J., *De la legitimación*..., op. cit., p. 206.

38. LÓPEZ FRAGOSO, T., *Proceso civil práctico* (dir. GIMENO SENDRA), Madrid, 2010, t. I, pp. 254 y 256.

39. La utilidad instrumental de un concepto como el "interés legítimo" ya es clásica en la doctrina administrativa italiana, ALESSI, R., *Instituciones de derecho administrativo*, Barcelona, 1970, pp. 444 y ss. En España la idea de un beneficio "siquiera sea instrumental o de efecto indirecto" (STS de 15 de septiembre de 1997, RJ 1997/6592) también está presente en la construcción de la doctrina constitucional sobre el art. 24. 1 CE, como después se verá.

40. Con base en este criterio podemos compartir la opinión de MONTERO AROCA, J., *De la legitimación*..., op. cit., pp. 202-3, de que el art. 19.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, no recoge un supuesto de legitimación por "interés legítimo", y sí por mero interés jurídico, siendo innecesario que como afirma el citado autor "el actor debe hacer la afirmación de violación de un interés determinado muy próximo, aunque distinto, del derecho subjetivo". El sujeto legitimado en virtud de esa norma será parte de la que más adelante denominaremos segunda situación jurídica expuesta en juicio, y que es la que se identifica con el objeto del proceso, circunstancia que no pasa en el resto de casos de legitimación "por interés legítimo".

41. Si bien estas situaciones caben en el supuesto de hecho del art. 13.1 LECiv, este no se limita a las mismas.

42. Esencialmente en el caso de la impugnación de normas y disposiciones generales, pero también mediante la impugnación de actos singulares cuando a través de las mismas se exige que la Administración actúe de conformidad con el ordenamiento jurídico. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., "A vueltas...", pp. 266 a 274. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso*..., op. cit., p. 634, a raíz de la doctrina del TC sobre el art. 24.1 CE afirma que dicho artículo "comprende y ampara también los intereses indirectos, de modo que todo interés individual y social tutelado por el Derecho indirectamente con motivo de la protección del interés general puede calificarse como interés legítimo".

43. Sigue siendo válido a esto respecto lo dicho por ORTELLS RAMOS, M., *El proceso contencioso-administrativo* (con MASCARELL NAVARRO, CÁMARA RUIZ y JUAN SÁNCHEZ), Comares, 1997, pp. 73 a 76.

44. Entre otros pronunciamientos la SAP de Pontevedra de 20 de enero de 2003 (JUR 2003/109173) y otros que se citan en la obra de CALDERÓN CUADRADO referida más adelante.

45. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil*, op. cit., pp. 164 a 167.

46. CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Tutela civil declarativa*, Valencia, 2010, p. 205-6, y mucha de la jurisprudencia que cita. Esta autora define la necesidad de actuar como "la necesidad de protección judicial, el llamado interés en accionar. Interés que radica no tanto en conseguir el bien garantizado por la ley, como en conseguirlo por obra de los tribunales y, más en concreto, en conseguirlo a través de la específica actuación jurisdiccional solicitada. Por supuesto, su ausencia significará igualmente la desestimación de la demanda, lo cual no excluirá que extraordinariamente se disponga un distinto tratamiento, aunque en este momento la «normalidad» conduce a su enjuiciamiento en la sentencia, también aquí de fondo. Y es que no hay otra opción. «Si no existe interés», que habrá de ser legítimo, «no hay derecho a obtener tutela jurídica y no debe concederse dicha tutela: aunque el demandante fuera titular de un derecho subjetivo y el demandado un deudor correlativo de la prestación correspondiente a ese derecho (...), la Jurisdicción no puede ser legítimamente movilizada o no tiene por qué desplegar todo su quehacer (...) si no es legítimo, de principio a fin del proceso, el interés que mueve la pretensión»".

47. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil*, op. cit., p. 165.

48. Así se conviene también por CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Tutela civil declarativa*, op. cit., p. 230, precisamente en orden a la modalidad de tutela judicial a prestar.

49. CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Tutela civil declarativa*, op. cit., pp. 236 a 246, afirma expresamente que el interés en actuar no puede confundirse con la legitimación por "interés legítimo" y para ello cita diversos ejemplos. Sin embargo no llega a determinar dónde reside la diferencia entre uno y otro concepto, pues con la cita que hace de Proto Pisani, emplea la misma expresión para referirse a una y otra realidad jurídica.

50. Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil*, op. cit., p. 167.

51. El Ministerio Fiscal no sólo ejercita intereses públicos, como se deduce del artículo reproducido y se puede constatar, por ejemplo, con la nueva redacción del art. 15.1-II LECiv. Por eso no debe descartarse el uso del término "público" para referirse al interés deducido en todos aquellos casos en los que la legitimación no corresponde en exclusiva a un titular privado. No así CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Tutela civil declarativa*, op. cit., p. 37: "Creo en la existencia de un derecho de acción en sentido concreto, distinto del derecho al proceso y de base no constitucional, es evidente, que se proyecta sobre un amplio sector del que se denomina orden jurídico-privado: derecho a la sentencia favorable, a la tutela jurisdiccional de contenido determinado... La aparición, todavía exigua pero creciente, de ciertos intereses públicos en este ámbito hace, sin embargo, que resulte difícil generalizar aquella explicación; piénsese en la ampliación de la legitimación más allá del titular del derecho o interés legítimo protegido: ciertas asociaciones, ministerio fiscal...".

52. Al respecto no parece existir discusión. Para DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil*, op. cit., p. 158, al tratar la "legitimación representativa" se refiere a "tutelas jurisdiccionales basadas en derechos ajenos y, además, con gran frecuencia, en interés de los titulares de esos derechos" o bien "la asociación o grupo no actúa en interés propio, sino en interés de esos 'afectados'".

53. Así, los intereses supraindividuales corresponden por igual a todos y cada uno de los integrantes de un grupo, pero ninguno de ellos puede actuar jurídicamente como titular de un interés de dicha naturaleza, ni siquiera el grupo. No debe confundirse lo que ahora se plantea con la legitimación para ejercitar pretensiones procesales que no tienen como base un derecho subjetivo (por ejemplo las pretensiones constitutivas extintivas basadas en el art. 73 CC), pues si bien es posible que se ejerciten pretensiones en las que no subyace un derecho subjetivo, no se puede decir lo mismo respecto de la existencia de un interés en todo tipo de pretensión procesal.

54. Desde esta perspectiva además resulta evidente que deben superarse apreciaciones como la que en su día formulara CHIOVENDA, G., *Instituciones...*, I, op. cit., pp. 70 a 74 y 193 a 201: "Para que el juez estime la demanda, no basta que considere existente el derecho, sino que es necesario que considere que éste corresponde" precisamente "a aquel que lo hace valer y contra aquel contra quien es hecho valer", afirmación que le sirve a CALDERÓN CUADRADO, M.

P., *Tutela civil declarativa*, op. cit., p. 202, para concluir que es perfectamente razonable que "en la mayoría de los casos este presupuesto se confunde con la cuestión de la realidad del propio derecho".

55. Es el criterio que subyace en la clasificación de las acciones en el Derecho francés, cuando se distinguen entre aquellas que se ejercitan "à titre personnel" o para la defensa de un "intérêt personnel" de aquellas que se ejercitan "à une autre titre" o que no tienen por objeto la defensa de un "intérêt personnel". CADIET, L. y JEULAND, E., *Droit judicaire privé*, op. cit., pp. 224 a 240.

56. En el Derecho francés para referirse a las mismas es de uso muy común la expresión de "intérêt d'autrui".

57. Aunque sea en el ámbito del proceso contencioso-administrativo, donde este planteamiento puede ser más fácilmente visualizado, está más en línea con lo expuesto lo que afirma la STS de 4 de marzo de 2003 (RJ 2003/2733) cuando afirma que la legitimación comporta la "necesidad de constatar la interrelación existente entre el interés legítimo invocado y el objeto de la pretensión".

58. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil*, op. cit., p. 145.

59. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Capacidad, postulación y legitimación...,* op. cit., p. 66, define la legitimación como "la relación jurídica en la que se encuentran un sujeto, o una pluralidad de ellos, con respecto al objeto litigioso de un determinado proceso". GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal civil*, op. cit., p. 141, condiciona la estimación de la pretensión a que "las partes se encuentren en una determinada relación material con ella".

60. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil*, op. cit., p. 145.

61. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil*..., op. cit., p. 152, quien luego lo reitera con referencia a que la legitimación consiste en una "cualidad de un sujeto inherente a una posición determinada de ese sujeto dentro de una situación jurídica" (p. 154).

62. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil*, op. cit., p. 146.

63. GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal civil*, op. cit., pp. 141-2, vincula la legitimación a una cuestión de Derecho material "toda vez que, en un proceso civil, regido por el principio dispositivo, sólo los titulares de tales derechos e intereses pueden ejercitar su defensa ante los tribunales", pero precisamente dicha afirmación da pie a un enfoque procesal de la legitimación, máxime cuando después se apunta que "el fundamento de la legitimación hay que encontrarlo en las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva y en la prohibición de indefensión que efectúa el art. 24 CE. Y ello, porque, si se permitiera que actuara en un proceso sólo quien afirma la titularidad de un derecho subjetivo, sin serlo efectivamente, se produciría una condena en ausencia de la auténtica parte material, a la que se le habría privado de su derecho a la tutela judicial efectiva" y además, como ser verá, se está a favor de un tratamiento procesal más acorde con los presupuestos procesales.

64. GARBERÍ LLOBREGAT, J., "La falta de legitimación...", op. cit., p. 3. Además este autor vincula a la falta de legitimación "al menos, el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material (impidiendo que quien ha sido declarado falto de legitimación activa o pasiva pueda intervenir de nuevo en otro proceso con el mismo objeto y entre las mismas partes)". Dicha afirmación, sin embargo, necesita de diversas matizaciones. Si efectivamente la sentencia constata una "falta de legitimación", la pretensión procesal deducida habrá quedado imprejuzgada, con lo que es difícil atribuirle dicha eficacia; pero por otra parte, si se considera que ese defecto no ha impedido que se dicte sentencia de fondo, por ejemplo afirmando que quien se presentaba como el acreedor en realidad no lo es, con independencia de que sí exista el crédito, y ese es el verdadero alcance de la cosa juzgada, se tendrá que convenir que el proceso ha sido plenamente eficaz —aun en sentido negativo— a pesar de haber sido conducido por un sujeto que no era el titular de la relación jurídico-material deducida. Es decir, en nada le ha afectado a su legitimación la realidad de los hechos constitutivos de la pretensión salvo en la desestimación de la misma.

65. Y otros que ya hemos examinado en nuestro citado artículo "La legitimación procesal civil en la jurisprudencia del Tribunal Supremo..." (vid. nota 30).

66. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil*, op. cit., p. 162.

67. Salvo los supuestos de pretensiones de condena dineraria ejercitadas por asociaciones con fundamento en artículos como por ejemplo el 11. 2 LECiv.

68. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Capacidad, postulación y legitimación...,* op. cit., pp. 65-6, distingue entre validez del proceso —cuando se plantea entre partes capaces y asistidas convenientemente de abogado y procurador— y eficacia del proceso —cuando se plantea entre partes además legitimadas—, de modo que sin la legitimación el proceso "puede no ser *eficaz* para resolver el conflicto de fondo que en el mismo se haya planteado" —cursiva del autor—. Pero dicha distinción es artificial, pues bastan esas palabras reproducidas, y el ejemplo que cita dicho autor, para poner de manifiesto que si la sentencia afirma que el actor no es *el acreedor* o el demandado *el deudor*, la sentencia habrá resuelto definitivamente el conflicto de fondo planteado por las partes y no impedirá que ese crédito se discuta entre otros sujetos. Es decir, a pesar de la "falta de legitimación", se habrá dictado sentencia de fondo.
. Artificial también resulta el modo en que tradicionalmente ha operado el TS para el tratamiento de la legitimación y al que parece adherirse este mismo autor en su otro trabajo citado en este artículo ("La falta de legitimación..."*,* pp. 2-3) en el que reprocha al TS que en sus últimas resoluciones se haya apartado del mismo. Dice así GARBERÍ: "Ocurre, sin embargo, que desde siempre la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado a la legitimación como una cuestión de fondo (no adjetiva, no procesal), pero no como la cuestión de fondo. Para explicarlo con toda claridad podría decirse que, en un proceso donde se reclama el pago de un derecho de crédito, la legitimación es una cuestión de fondo (es decir, lo es el determinar si quien demanda como actor es, efectivamente, el acreedor y no un tercero no titular del crédito, y si la persona frente a la que se dirige la demanda es, efectivamente, el deudor y no un tercero ajeno a la obligación de pago correlativa a aquel derecho de crédito), pero no es la cuestión de fondo (la cual, estrictamente, es la de determinar si existe o no en realidad dicho derecho de crédito, y si el mismo es debido o no por el demandado)... Por expresarlo de otro modo, para la jurisprudencia del Tribunal Supremo *en todo proceso hay dos cuestiones de fondo*... —cursiva del autor—".

69. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil*, op. cit., p. 146.

70. En la doctrina francesa también se destaca este aspecto. CAYROL, N., "Action...", *op. cit.,* p. 38: "la plupart des ouvrages de procédure traitent les conditions de recevabilité de l'action en étudiant distinctement l'intérêt puis la qualité pour agir. L'adage «Pas d'intérêt, pas d'action» n'est donc exact qu'occasionnellement: parfois, les prétentions de celui qui n'a pas d'intérêt personnel à agir seront recevables en vertu de la loi; d'autres fois, au contraire, le juge ne se prononcera pas sur la prétention d'un plaideur bien que celui-ci puisse justifier d'un intérêt, la loi réservant le droit d'agir à d'autres que lui".

71. Por esta razón también valoramos como acertada la idea de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, "A vueltas...", *op. cit.,* p. 226, de que la clasificación de las reglas de legitimación como ordinarias o extraordinarias no pueden descansar en una supuesta "legitimación por derecho subjetivo" y en una "legitimación por interés", respectivamente. Esa clasificación sólo puede sostenerse a partir del criterio de que, en todo caso previa afirmación de la titularidad de la facultad de actuar, se afirme o no la titularidad de la situación jurídica deducida en juicio. Es decir, descansa sobre un elemento ciertamente extraño a la propias reglas de legitimación.

72. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., "A vueltas...", *op. cit.,* p. 223.

73. Este punto de partida también se comparte por DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil*, op. cit., p. 154, quien sin embargo después se aparta bastante de las consideraciones que realizamos en este trabajo. Dice así: "Se apreciará, en consecuencia, la mayor exactitud y omnicomprensión que represente definir la legitimación como cualidad de un sujeto inherente a una posición determinada de ese sujeto dentro de una situación jurídica".

74. El art. 24.1 CE en este orden de cuestiones, y tras la doctrina del TC en materia de acceso a la jurisdicción, se convierte así en una norma de legitimación equivalente a la que en el ordenamiento jurídico francés es el art. 31 NCPC: "L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé".

75. Sin embargo la redacción de ambas difiere: mientras la LJCA legitima a quien "ostenta" un derecho, aspecto que no será posible determinar sino en la sentencia; la LECiv legitima a quien "actúe en juicio como" titular del derecho, es decir, hace descansar la legitimación en la afirmación de esa titularidad.

76. También en la doctrina francesa se denuncia esta confusión. GINCHARD, S., FERRAND, F. Y CHAINAIS, C., *Procédure civile,* op. cit., p. 151: "Intérêt et qualité sont deux notions voisins que les décisions jurisprudentielles ne distinguent pas toujours avec la netteté désirable".

77. Art. 20 LJCA: "No pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública: a) Los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente".

78. STS de 24 de mayo de 2002, RJ 2002/6424.

79. Para este supuesto de legitimación puede verse el trabajo ya citado de CARRASCO DURÁN, M., "*Examen jurisprudencial*...", op. cit., pp. 8 a 11 de la versión electrónica.

80. Un comentario sobre esta sentencia en: TORRES-DULCE LIFANTE, E., "Legitimación de la SGAE para ser parte en un proceso civil en el que se debatía el canon por copia privada", en *La Ley,* núm. 7284, de 16 de noviembre de 2009, pp. 10 a 14.

81. Firmado por el magistrado Rodríguez-Zapata.

82. Podríamos decir que sí si la decisión va a descarnar en la aplicación e interpretación de normas fiscales.

83. Realmente este párrafo del voto particular es toda una muestra de poco dominio de estos conceptos.

84. Esa es la verdadera singularidad del caso frente a otros supuestos en los que la jurisprudencia ha rechazado con mejor criterio la legitimación para impugnar acuerdos societarios de quienes no son accionistas en el momento de presentar la demanda. Este ejemplo sirve a su vez para resaltar la relevancia que tienen los hechos constitutivos en los procesos por intereses personales y directos.

85. CARRASCO DURÁN, M., "Examen jurisprudencial...", op. cit., pp. 19 y 20, sobre la impugnación de las disposiciones generales.

86. Otro puede verse en la STC 25/2008, de 11 de febrero.

87. La condición de militar profesional no es suficiente base jurídica para poder impugnar una resolución administrativa relativa al envío de unidades militares al extranjero si no se está entre los afectados (ATS de 8 de enero de 2004, RJ 2004/16422).

88. La directa relación entre la ventaja o utilidad jurídica y la situación jurídica del legitimado puede verse en el estudio que sobre el "interés legítimo" realiza CARRASCO DURÁN, M., "Examen jurisprudencial...", *op. cit.,* pp. 4 y ss.

89. En el estado actual de la doctrina jurisprudencial sobre el art. 24.1 CE en materia de acceso a la jurisdicción, no es que el "interés legítimo" tenga un alcance superior al "interés directo", sino que se trata de aspectos complementarios de observar una misma realizar: el primero se refiere a la existencia objetiva de un interés jurídico, el segundo a su atribución personal.

90. Históricamente la jurisprudencia administrativa ha reconducido la acción popular a los supuestos legalmente previstos. Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., "A vueltas...", *op. cit.,* p. 268.

91. Para un interés "futuro pero cierto" vid. CARRASCO DURÁN, M., "Examen jurisprudencial...", *op. cit.,* pp. 7 y 8.

92. Por ejemplo DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil*, p. 165, alude a este requisito como "*necesidad actual* de la tutela jurisdiccional".

Fecha de recepción: 17 de junio de 2011
Fecha de aceptación: 4 de noviembre de 2011

CRITICAL LEGAL STUDIES IN A NUTSHELL

RESUMEN

Este trabajo es una breve presentación general del movimiento norteamericano "Critical Legal Studies" (CLS). En la primera parte se presenta la historia de CLS en cuanto movimiento: el perfil de quienes lo formaron, el sentido de su proyecto político-académico, su expansión y declive y, especialmente, sus ideas en cuanto proyecto reformador de la enseñanza del Derecho. En la segunda parte se ofrecen algunas claves de CLS en cuanto orientación o corriente de pensamiento jurídico: su concepción de la tarea misma de teorizar; su proyecto intelectual y la secuencia que ha experimentado enmarcándola en la evolución del pensamiento jurídico norteamericano contemporáneo; las principales influencias teóricas de las que se nutre CLS (realismo jurídico, Teoría Crítica neomarxista, corrientes postmodernas); y algunas de sus principales ideas o líneas de pensamiento: indeterminación jurídica, conexión entre Derecho y política, concepción de la argumentación jurídica, crítica de la sociología jurídica cientificista, función social "constitutiva" del Derecho y visión de su papel ideológico "cognitivo".

PALABRAS CLAVE

Critical Legal Studies, teorías críticas del Derecho, indeterminación jurídica, realismo jurídico norteamericano, enseñanza del Derecho, sociología jurídica crítica.

ABSTRACT

This paper is a brief general introduction to the American "Critical Legal Studies" movement (CLS). The first part of the paper presents the history of CLS as a movement: the founders' profile, the meaning of its political-academic project, its growth and decline and, especially, its ideas as a project to reform legal education. The second part offers some keys to CLS as a trend of legal thought: its conception of the very task of theorising, its intellectual project and its evolution in the framework of contemporary American legal thought, the main theroretical influences on CLS (legal realism, neomarxist Critical Theory, and postmodern trends), and some of its basic tenets or lines of thought: legal indeterminacy, connection between law and politics, views on legal reasoning, critique of empiricist legal sociology, "constitutive" role of law in society and its "cognitive" ideological role.

KEY WORDS

Critical Legal Studies, critical legal theory, legal indeterminacy, American legal realism, legal education, critical legal sociology.

"CRITICAL LEGAL STUDIES" EN POCAS PALABRAS

Juan Antonio Pérez Lledó
Universidad de Alicante

Sumario: 1. CLS en cuanto movimiento (historia social o política de CLS). A) Heterogeneidad intelectual. B) Cohesión política y sociocultural. C) Actitudes y activismo político. D) Espíritu de "los sesenta". E) Proyecto político-académico. F) Gestación del movimiento. G) Expansión, consolidación y declive. H) Proyección internacional. I) Interés por la enseñanza del Derecho. J) Ideas sobre la enseñanza del Derecho. 2. CLS como corriente en el pensamiento jurídico (historia "intelectual" de CLS). A) Dogmática jurídica interdisciplinar. B) Eclecticismo teórico. C) Concepción de la teoría: defensa de la teoría "local". D) Secuencia intelectual. E) Influencia del realismo jurídico: la tesis de la indeterminación del Derecho. F) Visión de la relación entre Derecho y política. G) Influencia del neomarxismo crítico. H) Crítica al empirismo positivista de la sociología jurídica estándar. I) Crítica al "instrumentalismo" de la teoría social estándar: la teoría constitutiva del Derecho en la sociedad. J) Crítica ideológica del Derecho: la teoría cognitiva de la legitimación. 3. Bibliografía.

Para caracterizar a la corriente norteamericana denominada "Critical Legal Studies" (en adelante, CLS) conviene partir de la distinción entre dos sentidos de esa expresión, por más que ambos estén estrechamente conectados. Por un lado, CLS es (o mejor dicho, fue) un "movimiento" relativamente organizado (a través de la "Conference on Critical Legal Studies") de profesores (y estudiantes) "de izquierdas" en las facultades de Derecho de Estados Unidos; el movimiento pretendió articular como grupo a un buen número de académicos con cierto perfil semejante, ampliar el grupo a otros colectivos y generaciones emergentes, darle voz y presencia social y, sobre todo, reformar las facultades de Derecho como instituciones y especialmente los contenidos y métodos de su enseñanza. Por otro lado, CLS es una corriente de pensamiento jurídico, un enfoque jurídico "crítico" que combina la tradición antiformalista norteamericana (realismo jurídico) con la Teoría Crítica europea "postmarxista" y con corrientes "postmodernas" contemporáneas de raíz estructuralista y postestructuralista. Como movimiento, surgido a finales de los años setenta, desapareció al cabo de unos quince años; pero como orientación teórica, aunque minoritaria, continúa existiendo y desarrollándose en nuestros días.

1. CLS EN CUANTO MOVIMIENTO (HISTORIA SOCIAL O POLÍTICA DE CLS)

A) HETEROGENEIDAD INTELECTUAL

CLS fue un movimiento académico norteamericano formado por un conjunto enormemente heterogéneo de autores, que utilizaron y utilizan soportes teóricos y metodologías muy diversas, que se ocupan de una serie variadísima de problemas pertenecientes a múltiples campos de estudio, y que ofrecen soluciones o sostienen posturas a menudo dispares e incluso contradictorias entre sí. Tanto es así que cabe discutir hasta qué punto, y en qué sentido, puede aludirse a este colectivo en términos de un "movimiento".

B) COHESIÓN POLÍTICA Y SOCIO-CULTURAL

Para dar cuenta de la sorprendente convivencia en un grupo tan heterogéneo, la explicación "política" y "sociocultural" tiene claramente prioridad sobre la "intelectual-sustantiva": CLS fue ante todo (y así la consideraron sus miembros, abiertamente) una "plataforma política" para la izquierda en las facultades de Derecho norteamericanas. Inseparablemente de sus afinidades políticas, esta cohesión debe entenderse también en términos profesionales, generacionales, y culturales: se trataba de una red de comunicación, de relaciones personales y profesionales, y de apoyo mutuo en el ámbito jurídico-académico.

C) ACTITUDES Y ACTIVISMO POLÍTICO

La cohesión política antes aludida debe entenderse situada o bien en un nivel muy general de "valores" o "actitudes" vagamente expresados ("igualitarismo", espíritu "solidario", "comunitario" o "antiindividualista", un compromiso a favor de "los más desfavorecidos" y en contra de las "jerarquías ilegítimas" de clase, raza o sexo, la defensa del pluralismo y de una mayor y más genuina participación en lo público y en lo privado frente a las exclusiones políticas y sociales, etc...), o bien en un nivel muy concreto de "activismo" en disputas específicas de la vida política cotidiana dentro y fuera de la universidad. Pero en ambos casos esas coincidencias no se corresponden con un único credo político teóricamente elaborado: no hay una adhesión común a una teoría o doctrina política "intelectualmente desarrollada", a una filosofía o ideología política tal y como solemos entenderlas (conservadurismo, liberalismo, socialismo, etc.).

D) ESPÍRITU DE "LOS SESENTA"

En cuanto a la cohesión "personal", "generacional", o "sociocultural", este colectivo (al menos su núcleo original y más conocido) compartía un trasfondo común de educación recibida y de experiencias sociales, políticas y culturales que marcaron la impronta de su estilo, de sus actitudes y de sus formas de comportamiento en el mundo académico: la del "radicalismo" cultural y político de la generación de los sesenta. La heterodoxa "Nueva Izquierda" estadounidense y su radicalismo cultural (no el marxismo ortodoxo) configuraron su identidad colectiva y su estilo iconoclasta. Incluido el provocador aire irreverente, respondón y antiacademicista heredado de las sentadas en Berkeley, algo que hizo de CLS un movimiento especialmente conflictivo y para muchos irritante.

E) PROYECTO POLÍTICO-ACADÉMICO

Recuperando ese espíritu sesentayochesco en plena "revolución conservadora" de los ochenta (era Reagan), CLS se plantea cuál puede y debe ser el papel y la actividad práctica de los intelectuales de izquierdas para hacer avanzar sus ideales políticos y morales. Su respuesta parte de un diagnóstico de la realidad social y cultural norteamericana (Kennedy, 1988) que trasciende el análisis tradicional de la izquierda en términos económicos y de clase (así como la mitología nacional del "*melting pot*" y el "sueño americano"), para enfatizar también el peculiar carácter desintegrado y políticamente desmovilizado, filisteo, de la sociedad estadounidense como "sociedad post-imperial", producto histórico de una sociedad esclavista y de un "mercado de inmigrantes". Esa heterogeneidad racial y étnica, tanto o más que el superior desarrollo (o degeneración) del capitalismo, explicaría la impotencia de la *intelligentsia* norteamericana (su falta de "autoridad" tradicional y carismática) ante una clase obrera y unas minorías "decapitadas" de sus élites intelectuales (al llegar dejaron las propias, y no se identifican con las que encontraron); lo cual a su vez daría cuenta del individualismo, materialismo y filisteísmo cultural en Estados Unidos, la desideologización de la política, la desmovilización de la clase obrera, el consu-

mismo, la competitividad, etc. (la "alienación" del "hombre unidimensional" norteamericano, o Homer Simpson). De manera que, en este contexto y ante la ausencia de una cultura "nacional" común, los intelectuales de izquierdas en Estados Unidos deben —según CLS— renunciar al viejo "sueño europeo" de liderar a las masas suministrándoles "la teoría correcta" para alcanzar la transformación social global a través del Estado. Tras esta renuncia a "salvar el mundo", cruzarse de brazos y encerrarse en una actividad puramente intelectual carente de compromiso político no es la única alternativa. El proyecto político de CLS, en cuanto movimiento de académicos, sugiere emprender la tarea mucho más modesta de actuar *ya* al menos en su propia casa, organizando a la izquierda en el centro de trabajo, donde —sostienen ellos— se pueden llevar a cabo múltiples acciones concretas de "política disidente" orientadas a "la transformación detallada de situaciones de la vida diaria" y a la "humanización" del ambiente autoritario y jerarquizado en dicho ámbito ("lo pequeño es bello", "lo personal es político"...). Actuando en el centro de trabajo se podría construir un nuevo tipo de intelectualidad de izquierdas que en una fase ulterior pudiera colaborar, para más ambiciosas metas, con otros grupos organizados que sí están conectados con movimientos sociales (feministas, minorías raciales, activistas pro derechos humanos, abogados progresistas...).

F) GESTACIÓN DEL MOVIMIENTO

En ejecución de ese proyecto, CLS nace en 1977 como producto de la confluencia de un variopinto grupo de jóvenes profesores de Derecho. Muchos de ellos, discípulos vinculados al "ala izquierda" del movimiento *Law & Society* (el grupo de Yale y Wisconsin), se mostraban profundamente críticos con el "*policy analysis*" (heredero del realismo jurídico) dominante en los estudios dogmático-jurídicos, pero también estaban política e intelectualmente desencantados con el reformismo y el cientificismo aséptico y ateórico de la sociología jurídica behaviorista dominante en dicho movimiento, y dirigieron su interés hacia la teoría social. Otros (el grupo de Harvard), compartiendo esas críticas, enfatizaban aún más la importancia del Derecho positivo, tomándose mucho más en serio su estructura interna, donde destacaban la potencial indeterminación derivada de sus contradicciones y el carácter ideológico de sus estabilizaciones. No sin tensiones, ambas tendencias (si se quiere, sociólogos del Derecho críticos, antipositivistas, y dogmáticos del Derecho críticos, antiformalistas) han seguido coexistiendo y complementándose mutuamente en CLS, aunque el desarrollo de la segunda ha predominado. Más allá de estos dos enfoques, demasiado vagos para clasificar internamente a los autores de CLS, este movimiento reunió desde sus orígenes a un heterogéneo grupo de académicos con un difuso perfil: gente políticamente de izquierdas herederos de la *New Left*, críticos tanto hacia el marxismo ortodoxo como hacia el centro-izquierda "liberal" (dicho en sentido estadounidense: léase "social-demócrata", o "social-liberal"), culturalmente radicales, insatisfechos con el ambiente en las facultades de Derecho y con los modos y contenidos de su enseñanza...

G) EXPANSIÓN, CONSOLIDACIÓN Y DECLIVE DEL MOVIMIENTO

En pocos años CLS conoció un crecimiento espectacular, tanto en número de adeptos como en el abrumador volumen de su producción científica, y en la atención despertada, llegando a ser calificado como "el movimiento de los ochenta" en Estados Unidos. Aunque muchos de sus miembros más relevantes se concentraban en facultades de Derecho de élite (Harvard, Stanford, Wisconsin, UCLA, Georgetown...) lo cierto es que CLS estaba implantado por todo el país. Su vocación de "plataforma política" explica que este crecimiento fuera intelectualmente indiscriminado: un desordenado proceso hacia la complejidad y la diversificación incorporando nuevas tendencias sin abandonar las anteriores, influyéndose estas entre sí y variando continuamente el centro de gravedad y los contornos entre sus corrientes

internas. Como movimiento, su composición y su actividad también evolucionaron rápidamente, incorporando nuevas generaciones y adaptando sus estrategias y alianzas político-académicas.

Las razones de este fuerte crecimiento pueden buscarse en la existencia (semioculta después de los sesenta) de un importante "mercado potencial" de juristas críticos que CLS logró sacar a la luz y darles voz articulándolo mínimamente. La inicial tolerancia del "*establishment* conservador" ante un pequeño grupo que no representaba una seria amenaza también facilitó el crecimiento, pero cuando este alcanzó mayores proporciones se produjo una fuerte reacción (sonados conflictos en Harvard y en otras facultades, con varios despidos de miembros de CLS). En parte por el desenlace de esas batallas, y en parte porque CLS ya había llegado prácticamente a todo aquel a quien podía llegar, desde finales de los ochenta se llegó a un cierto estancamiento. Ello también significó una situación de estabilidad, de consolidación de un espacio relativamente aceptado en la academia. A esa más pacífica aceptación contribuyó la propia fuerza adquirida por CLS; su alianza con (o incorporación de) sectores feministas y de minorías raciales; y la compleja relación amor-odio entre CLS y el centro liberal mayoritario. Más que al tramontano conservadurismo estadounidense, es a ese centro al que CLS le interesaba dirigir sus críticas más elaboradas y donde también buscaba apoyo e incluso adeptos, para romper su "blando consenso" —decían ellos— atrayendo a su ala más progresista y agitar así a una academia políticamente adormecida. El éxito de CLS en la conquista de adeptos desde el centro fue muy limitado, pero ese centro liberal sí jugó un papel decisivo en la aceptación de un espacio para CLS, por nostálgica simpatía o simplemente por compromiso con los valores de la tolerancia, el pluralismo político y la diversidad académica.

Desde comienzos de los años noventa CLS inició un rápido declive en cuanto movimiento organizado, que pronto le llevó a su desaparición como tal (si bien, como orientación teórica, aunque minoritaria, continúa existiendo y desarrollándose en nuestros días a través de la producción individual de un cierto número —al menos medio centenar— de académicos que siguen cultivando el enfoque de CLS y haciendo avanzar su proyecto intelectual). No puede señalarse un solo motivo que explique la desaparición del movimiento, sino más bien una pluralidad de razones, casi todas relativas a la propia dinámica interna del grupo: tensiones intergeneracionales, debilidad de liderazgo y, sobre todo, la *desintegración* del grupo debida a la división y dispersión de los muy diversos colectivos que lo formaban. Parte del grupo originario se sintió desbordado por el creciente peso de los adeptos a sofisticadas y radicales orientaciones "post-modernas" (rechazadas por muchos de los antiguos miembros, algunos de los cuales prefirieron sumarse —o regresar— a las filas de la "cultura jurídica liberal dominante" en sus versiones más igualitaristas o progresistas). Paralelamente, y solapándose con lo anterior, el peso adquirido por los representantes de las "voces diferentes" (feministas radicales, teorías críticas de la raza, de la orientación sexual, del "postcolonialismo" y multiculturalismo, etc.) supuso una pléyade de fuerzas centrífugas que acabó con la débil estructura del movimiento. CLS acabó siendo más bien una "red de redes" (de "fem-crits", "race-crits", "lat-crits", homosexuales y lesbianas, multiculturalistas en la red de enfoques críticos del Derecho internacional, etc.), antes de desaparecer incluso como tal. Hoy quedan, a menudo muy activos, esos otros grupos o redes, que pueden verse en buena medida como herederos de CLS o como el resultado de la metamorfosis que CLS experimentó en cuanto movimiento.

H) PROYECCIÓN INTERNACIONAL

CLS fue un movimiento muy estadounidense, muy ligado al contexto social, político, jurídico y académico de ese país, y por tanto difícilmente exportable. No obstante, tuvo una cierta "proyección internacional", desigual según países pero en general bastante limita-

da. Más que pretender exportar su producto intelectual (salvo quizá alguna excepción) o abrir sucursales de su movimiento en el exterior, CLS intentó darse a conocer y estableció algunos contactos con otros grupos de juristas críticos vagamente afines, que constituyen movimientos claramente diferenciados (organizativa y sustantivamente) del CLS norteamericano, aunque en algunos países se conozcan con etiquetas idénticas o parecidas: el CLS británico de la "Critical Legal Conference", la "European Conference on Critical Legal Studies", "Critique du Droit" en Francia, "Recht en Kritiek" en Holanda, "Rechtskritik" en Alemania, la "Associaçao Portuguesa de Estudios sobre Directo e Sociedade" fundada por Boaventura de Sousa Santos, muy vinculado a los CLS de Wisconsin... En general, la reacción en Europa no fue muy favorable ni desde luego masiva, aunque en algunos casos (por ejemplo, Alemania) al menos se entablaron interesantes debates, y bastantes contactos individuales con académicos europeos incluso subsisten hasta nuestros días. Podría decirse que en Europa CLS consiguió más ser "conocido" (e incorporado al catálogo de corrientes jurídicas contemporáneas) que verdaderamente "leído", y menos aún "seguido". Sí suscitó CLS bastante más interés y hasta aceptación, sin embargo, en ciertos círculos (minoritarios pero relevantes) de juristas "críticos" latinoamericanos, especialmente en aquellos países (como Colombia, Brasil o Argentina) donde ya existían corrientes críticas más o menos organizadas, aunque su orientación, siendo "crítica", difiriera mucho (pero no en todo) de las de los CLS estadounidenses.

I) INTERÉS POR LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

CLS se toma enormemente en serio las cuestiones relativas a la enseñanza del Derecho, hasta el punto de que este movimiento puede entenderse globalmente (en su actuación práctica y en sus escritos sustantivos) como una orientación, crítica y constructiva, sobre la enseñanza del Derecho. Su obsesión por la enseñanza se debe no solo a su propio proyecto político en cuanto plataforma activista en el centro de trabajo, sino también a sus presupuestos epistemológicos o metateóricos de carácter antipositivista y pragmatista, según los cuales se difumina la frontera entre teoría y práctica, entre conocimiento y política, y se enfatiza el valor transformador de la actividad teórica al "descongelar" en nuestra conciencia la "falsa necesidad" de la vigente construcción social de la realidad y posibilitar así construcciones alternativas del mundo social que abran oportunidades para su transformación real (como veremos después, esa construcción o conciencia social está "juridificada", y en ello la enseñanza del Derecho juega un papel decisivo). Ello les lleva a relativizar la separación entre investigación y docencia, y a considerar a esta no como una mera actividad técnica y secundaria de transmisión de "verdades establecidas" sino como una creativa actividad intelectual y política de primer orden. Se entiende así mejor la inseparabilidad de fondo entre las dimensiones política e intelectual de CLS.

J) IDEAS SOBRE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

En este terreno de la enseñanza del Derecho, CLS dirige una abundante batería de críticas específicas contra la situación en Estados Unidos. En cuanto a sus aspectos institucionales ellos critican, entre otras cosas: 1) la orientación profesional de las facultades de Derecho como fábrica de abogados para los grandes despachos vinculados al mundo empresarial y financiero, frente a salidas alternativas más acordes con una actividad profesional altruista y/o políticamente de izquierdas (abogados de barrio, de asociaciones defensoras de causas políticas o de interés público, asistencia jurídica a los necesitados, etc.); 2) la función "socializadora" de esas facultades para la inserción y sometimiento de sus graduados en la estructura fuertemente jerarquizada de la profesión jurídica, jerarquía que reproducen y a la que sirven; 3) la discutible justicia y eficiencia de los criterios meritocráticos y supuestamente

neutrales para la admisión y evaluación de estudiantes y para la contratación y promoción de profesores; 4) la timidez en el diseño y aplicación de políticas de "acción afirmativa" en favor de las mujeres y las minorías raciales; 5) el frío ambiente deshumanizado, jerarquizado, competitivo y distante que se respira en la vida de la facultad...

Y en cuanto a los aspectos sustantivos (contenidos y métodos de la enseñanza), CLS critica la marginación y sobre todo el aislamiento en el plan de estudios de las materias más "políticas" o críticas (las que abordan más abiertamente las "grandes cuestiones" político-morales) frente a la centralidad de las que reproducen y legitiman el modelo existente en Estados Unidos, que además se enseñan (método) como un apolítico discurso técnico-jurídico, o en todo caso de ingeniería social ("*policy analysis*"), pero silenciando esas cuestiones valorativas en sentido fuerte. CLS pretende transformar el plan de estudios introduciendo más cursos de carácter filosófico, político, histórico, socioteórico, etc., y fortaleciendo simultáneamente la formación en prácticas ("enseñanza clínica"), ya que el contacto con el Derecho en acción también suscita, y de manera acuciante, esas "preguntas fundamentales". Pero, más que aumentar el número de créditos para tales materias, a CLS le interesa sobre todo combatir el estrecho "nivel intermedio" en que se mueve la enseñanza, que ni forma buenos técnicos para el ejercicio ni buenos juristas con una sólida formación teórica. De lo que se trata es de *integrar* esos tres niveles ("técnico-jurídico", "policy", y "político-moral"), de manera que este último no quede aislado sino que impregne la enseñanza de los otros dos: el objetivo es denunciar la falsa autonomía del razonamiento jurídico, el falso apoliticismo tecnocrático de la concepción dominante sobre lo que es "pensar como un jurista" (y también el "neoformalismo" disfrazado de argumentos de *policy* estandarizados y acríticamente asumidos), que oculta la raíz político-moral del discurso jurídico.

2. CLS COMO CORRIENTE EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO (HISTORIA "INTELECTUAL" DE CLS)

A) DOGMÁTICA JURÍDICA INTERDISCIPLINAR

En cuanto a los contenidos de su producción científica, CLS no es solo, ni siquiera principalmente, un movimiento de filosofía o teoría del Derecho: la parte cuantitativamente mayor —y quizá cualitativamente de superior calidad e interés— de esa producción consiste en un vastísimo conjunto de estudios "jurídicos" muy específicos sobre normas e instituciones de las más diversas ramas del Derecho positivo (Derecho civil, penal, laboral...). Aunque a menudo practican la teoría del Derecho "como tal", generalmente los miembros de CLS no son especialistas profesionales de la filosofía del Derecho, sino dogmáticos del Derecho positivo (en la medida en que quepa hablar de "dogmática jurídica" en el mundo anglosajón, especialmente en Estados Unidos) interesados en practicar un análisis fuertemente interdisciplinar, introduciendo en sus estudios jurídico-positivos instrumentos tomados de la teoría del Derecho, la filosofía, la teoría social, la ciencia política (y también la economía, la sociología, la crítica literaria, la psicología, la antropología, la historiografía, y un largo etcétera). Su enfoque consiste precisamente en romper la autonomía de las cuestiones estrictamente técnico-jurídicas, tradicionalmente abordadas desde un supuesto "método jurídico" formal, independizado de la teoría social y del discurso sustantivo de carácter filosófico, moral, y político. Su práctica de una teoría del Derecho "aplicada" al Derecho positivo (o de una filosofía *en* el Derecho más que una filosofía *del* Derecho) puede que adolezca de ciertas carencias (o ligerezas) teóricas, pero pretende servir mejor a su proyecto político: el auditorio al que ellos quieren llegar, criticar y persuadir es sobre todo el de los dogmáticos y los profesionales del Derecho, el de quienes de forma más directa contribuyen a configurar la conciencia jurídica dominante y las mentes

de cada nueva promoción de licenciados que pasarán a protagonizar el funcionamiento del Derecho en el mundo real.

B) ECLECTICISMO TEÓRICO

Además de interdisciplinar, el trabajo de CLS es fuertemente ecléctico, en el sentido de que se inspira en un variadísimo bagaje de elementos y tradiciones teóricas. Quizá las principales sean el realismo jurídico norteamericano, el neomarxismo (especialmente, aunque no solo, en la versión de la Escuela de Frankfurt), y el llamado "postestructuralismo" (en especial, la deconstrucción). Pero también incorporan corrientes tales como el existencialismo, la fenomenología, la teoría social clásica (Marx, Durkheim, Weber), el pragmatismo, el estructuralismo, el psicoanálisis, el comunitarismo, el feminismo, Hegel, Nietzsche, Gramsci, Foucault, Habermas... De manera que, en cuanto a contenidos, en CLS solo cabe hablar de homogeneidad en un sentido bastante débil. Hay desde luego cierto "parecido de familia", y adhesión común a algunos "slogans" o banderas muy ambiguas, del tipo "el Derecho es indeterminado", "el Derecho es política", "el discurso jurídico es ideológico" o "la realidad es un fenómeno socialmente construido". Pero, detrás o no de esas banderas, hay también ciertos temas básicos comunes (como los que veremos después) abordados y llevados, aunque a menudo desde orientaciones y con herramientas teóricas diversas, hacia direcciones similares.

C) CONCEPCIÓN DE LA TEORÍA: CRÍTICA A LA "GRAN TEORÍA" Y DEFENSA DE LA "TEORÍA LOCAL"

El eclecticismo de CLS debe entenderse desde su particular concepción de lo que es la actividad teórica. Los miembros de CLS participan de la actual crítica "post-ilustrada" a la "gran teoría" (la del estilo de Hegel, Comte, Marx, las "filosofías de la historia"..., por evocar las versiones más fuertes de esta actitud teórica). Para los CLS, esa aspiración a proporcionar explicaciones del mundo social a modo de leyes (o cuasi-leyes), y a identificar un catálogo finito de tipos de organización social coexistiendo o sucediéndose bajo poderosas tendencias evolutivas, traiciona la idea de la contingencia social y "congela" las posibilidades para imaginar órdenes alternativos. De manera que los "CLSers" no solo no se adhieren a un único "sistema" teórico, sino que tampoco pretenden construir una nueva "gran teoría-síntesis" que pretenda compatibilizar tan rico bagaje. Ello no significa necesariamente que abracen de modo contradictorio diversas teorías incompatibles entre sí, porque no pretenden adoptarlas y aplicarlas cada una como un todo, sino más bien practicar una especie de "bricolaje intelectual", extrayendo de cada sistema teórico disponible aquellos elementos que puedan ser útiles para su proyecto intelectual, transformándolos en ese proceso en relación con la finalidad para la que habían sido originalmente diseñados. Frente al paradigma de la gran teoría, los CLSers suelen defender prácticas teóricas a pequeña escala ("teoría local") y, en sus momentos más radicales, algunos de ellos muestran un fuerte escepticismo frente a prácticamente toda conceptualización abstracta.

D) SECUENCIA INTELECTUAL

Es posible dar cuenta de algunas de las orientaciones teóricas de CLS mostrándolas como el "precipitado" de una determinada secuencia intelectual. El punto de partida sería el realismo jurídico norteamericano de los años veinte y treinta. En esta corriente cabe distinguir dos grandes temas o "proyectos": el primero, de carácter negativo, consistió en una demoledora crítica contra el formalismo jurídico clásico (contra la ilusión de certeza, predecibilidad y aplicabilidad mecánica del Derecho), enfatizando en cambio la indeterminación del lenguaje jurídico y la discrecionalidad del intérprete; el segundo proyecto, de carácter constructivo, aspiraba a llenar el vacío dejado por la anterior crítica recurriendo a la reformulación del Derecho en términos "funcionales" más que "formales", buscando en los

intereses sociales subyacentes la nueva fuente de certeza (interpretación finalista, valores sociales compartidos, balanceo de intereses...), e invocando para ello la ayuda de la ciencia social empírica. Según CLS, el "post-realismo" de los años 50 y 60 trivializó la mordiente crítica del primer proyecto realista (simplemente se reconocen y rechazan los excesos del formalismo decimonónico) y potenció el freno (que los propios realistas habían introducido) a la idea de la indeterminación jurídica, desarrollando el proyecto constructivo del "policy analysis" (*Law as Policy Science* de Lasswell y McDougall). A mediados de los sesenta, los movimientos *Law & Society* (sociología del Derecho) y *Law and Economics* (análisis económico del Derecho), entre otros, proporcionaron el "suelo" empírico del que carecían los análisis dogmáticos en base a "*policies*". Pero seguía faltando el "techo" valorativo o político-moral: ambos movimientos, herederos de la vertiente cientificista de los realistas (los "*Scientists*" de Yale, en cierto modo opuestos a los "*Prudents*" de Columbia), seguían concibiendo los estudios jurídicos (o sociológico-jurídicos) en los términos despolitizados de una racionalidad técnica o instrumental que apelaba a supuestos consensos sociales no cuestionados y a implacables tendencias de desarrollo, perdiéndose la intuición que los realistas más críticos tuvieron (pero cuyo alcance no desarrollaron) de que las cuestiones suscitadas eran las grandes cuestiones controvertidas acerca de la moral y la política. En un clima de agudo contraste entre, por un lado, el complaciente reformismo tecnocrático que no afrontaba esas cuestiones ni cuestionaba los cimientos del orden existente y, por el otro, la agitada realidad de los sesenta, se gestará CLS, que volvió la mirada a las raíces del realismo jurídico y las encontró mucho más radicales que lo que la lectura "(post-) New Deal" había hecho de ellas. El programa de CLS representa pues una recuperación del primer proyecto realista (la tesis de la indeterminación del Derecho) para usarlo en la crítica del segundo proyecto. Si el post-realismo ocultaba la verdadera dimensión política y conflictiva del Derecho, para dar cuenta de ella CLS tuvo que acudir allí donde esa dimensión se abordaba directamente: la filosofía o teoría social. En un primer momento, acudieron a la teoría social clásica (liberal-funcionalista o marxista), pero pronto comenzaron a criticar su determinismo y el papel subordinado o instrumental asignado por ellas al Derecho en relación con la realidad "dura" de la "acción social" y económica (o de la "infraestructura material"), difíciles de conciliar con la toma de conciencia sobre la contingencia social y su carácter "construido". Así, el primitivo tema realista de la indeterminación comenzó a aplicarse también (no sin fuertes debates internos entre los llamados "racionalistas" e "irracionalistas" de CLS) a la crítica de la teoría social, inspirándose esta vez en corrientes contemporáneas mucho más flexibles (fenomenología, existencialismo, estructuralismo y, sobre todo, la Teoría Crítica de la Escuela de Frankfurt). El mayor antideterminismo y el giro hacia cuestiones de legitimación e ideología que la adopción de estas corrientes conlleva desembocará en al menos dos desarrollos de CLS: la sustitución de la teorización global por la "teoría local", a la que ya me he referido, y la vuelta a la "crítica interna" centrada en el propio Derecho positivo, abandonando la discusión acerca de las conexiones causales entre Derecho y sociedad: el Derecho se ve como un sistema de creencias con el que nosotros mismos "construimos" la realidad social ("teoría constitutiva" del Derecho en la sociedad), de manera que se da atención prioritaria a la crítica de las contradicciones del Derecho. Estos dos desarrollos (unidos a los del anticientificismo, la negación de estructuras determinantes, el énfasis en la contingencia y en el carácter construido de la realidad, la crítica a la razón ilustrada, la celebración de la subjetividad, la crítica del lenguaje jurídico, etc.) son llevados por algunos hasta sus últimas consecuencias, dando así paso a la irrupción en CLS de corrientes "postmodernas" centradas en los textos, que utilizan técnicas que se estaban empleando en la crítica literaria (la deconstrucción de Derrida) para aplicarlas al Derecho (si se quiere, una última vuelta de tuerca sobre —o, curiosamente, un regreso a— el tema realista de la indeterminación lingüística del Derecho). Por último, de

la mano de ese relativizador espíritu postmoderno de exaltación de "la diferencia", "la subjetividad", "lo pequeño" o "lo local" —frente al universalismo ilustrado abstracto, objetivo, totalizador, "logocéntrico", "eurocéntrico", etc.— llegará el desplazamiento de la vitalidad y creatividad de CLS hacia un nuevo centro de gravedad: el de la intersección del CLS "originario" con otras "voces diferentes", principalmente las del feminismo y las teorías críticas sobre la raza.

E) INFLUENCIA DEL REALISMO JURÍDICO. CRÍTICA INTERNA DE LA RAZÓN JURÍDICA: LA TESIS DE LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO

La tesis de CLS acerca de la indeterminación del Derecho reproduce los conocidos argumentos de los realistas sobre la textura abierta del lenguaje jurídico (indeterminación lingüística), y sobre las inconsistencias entre reglas, su "hábito de salir a cazar por parejas" (indeterminación sistemática). Pero, en algunas de sus versiones, la tesis de la indeterminación de CLS va más lejos: extiende ese segundo tipo de argumentos (el de los "pares de opuestos") mostrando cómo los conflictos no solo aparecen en el sistema formal de reglas, sino también en el sistema de "*policies*" y principios en los que aquellas se inspiran (y a los que, según los propios realistas y la jurisprudencia posterior a ellos, había que acudir para recuperar la certeza). CLS enfatiza el carácter político-moral de fondo que subyace a esos conflictos entre *policies* y principios, y la imposibilidad de resolverlos racionalmente acudiendo al "balancing method" o a una teoría integradora dworkiniana: la invocación de los principios solo sirve para empujar hacia otro nivel el punto por el cual se introduce la indeterminación y tiene lugar la elección judicial. Filosófica, moral y políticamente, el Derecho contemporáneo está simultáneamente comprometido con polos opuestos de presupuestos e ideales irreconciliables. Esas oposiciones no son otras que las "contradicciones" que según CLS atraviesan al pensamiento liberal, y que ellos analizan detalladamente (individualismo / altruismo; razón / deseo; deontologismo / consecuencialismo; subjetivismo / objetivismo; reglas / valores; justicia formal / justicia sustantiva; intencionalismo / determinismo; la llamada "contradicción fundamental" entre el yo y los otros; etc.). Ocurre que, en la práctica, los polos "conservadores" de esas dicotomías están ideológicamente privilegiados, y sus opuestos reprimidos, y ello permite un cierto grado, a menudo bastante elevado, de predecibilidad empírica respecto de las decisiones jurídicas adoptadas a la luz de aquellos presupuestos o valores. Pero la indeterminación de la que habla CLS se predica de los fundamentos argumentativos que cabe aducir para *justificar* esas decisiones. A las indeterminaciones "lingüística" y "sistemática" que denunciaron los realistas, centrados en el "contexto de descubrimiento", CLS añade el énfasis en un tercer tipo de indeterminación, una potencial indeterminación "justificativa". Las convenciones de la comunidad jurídica que estabilizan al Derecho son demasiado frágiles, los términos reprimidos siguen reconociéndose como informadores del sistema, y por eso "desde dentro" un buen jurista-argumentador puede justificar plausiblemente, apelando a ellos, soluciones "no convencionales" (algo parecido al "uso alternativo del Derecho", aunque la fundamentación sea distinta).

F) VISIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y POLÍTICA

La imposibilidad de una reconstrucción racional y coherente de la estructura justificatoria del Derecho radica para CLS, entre otras cosas, en su visión de la relación entre Derecho y política. El Derecho positivo vigente es el resultado "provisional" de un difícil compromiso entre aspiraciones políticas e intereses sociales en constante conflicto, aunque el pensamiento dominante, al distinguir tajantemente entre Derecho y política, pretenda "congelar" ante nuestras conciencias como "necesario" lo que no es más que una "foto fija" de un momen-

to determinado en ese proceso dinámico. Pero según CLS resulta cuanto menos altamente implausible que cualquier sistema de normas generado a través de semejante proceso de lucha y compromiso pueda ser susceptible de una reconstrucción coherente. La lucha política no solo está en el origen causal del sistema jurídico, sino que continúa presente en su funcionamiento ordinario. La "lucha por el Derecho" está presente no solo en el momento legislativo, abiertamente político (acceder al poder político para producir Derecho de uno u otro tipo), sino también en el momento jurídico interpretativo/argumentativo y aplicativo (lucha por hacerse con los significados del Derecho, por poner en boca del Derecho según qué interpretaciones y decisiones), cuyo carácter político suele quedar mucho más oculto. "El Derecho es política", entre otras cosas porque en las discusiones jurídicas se reproduce prácticamente el mismo espectro de ideologías y argumentos que juegan un papel significativo en el debate público sobre cuestiones políticas. Los límites dentro de los que se mueve el discurso político "admisible" no son significativamente más amplios que los límites en los que se mueve la argumentación jurídica al menos potencialmente plausible. Dada la potencial indeterminación del Derecho (que hace inescapable la toma de opciones valorativas), el razonamiento jurídico, aunque tecnificado, no es en el fondo cualitativamente distinto (mucho más racional, determinado, neutral...) del razonamiento práctico o político-moral general. CLS ve el razonamiento jurídico como una tarea con un propósito sustantivo, que ha de perseguirse dentro de las limitaciones impuestas por el "medio" jurídico en el que ha de desenvolverse (la idea de que cualquier norma puede ser interpretada de cualquier manera, y que el Derecho no limita al intérprete, no es más que una caricatura de los CLS inventada por sus críticos). Pero esa restricción no puede conocerse ni cuantificarse a priori (no hay casos "fáciles" o "difíciles" *a priori*), pues no viene "ya dada" por los textos jurídicos "en sí mismos", sino que es relativa a: 1) el propósito (moral, político, social) elegido; 2) la forma (más o menos "compacta" o "maleable") en que nosotros percibamos *prima facie* los materiales jurídicos; y, sobre todo, 3) nuestra capacidad (habilidad, tiempo, intensidad de trabajo...) para construir y reconstruir argumentativamente el material jurídico del que disponemos.

G) INFLUENCIA DEL NEOMARXISMO CRÍTICO (LA ESCUELA DE FRANKFURT)

La inspiración marxista del trabajo de CLS, cuando existe, procede sobre todo de la tradición del llamado "marxismo crítico" occidental, desde el que se despliega la crítica contra el "marxismo científico" (o clásico, vulgar, economicista, mecanicista, etc). En especial, CLS acude a la Escuela de Frankfurt, interesándose por desarrollos tales como: 1) la crítica epistemológica y política al positivismo en las ciencias sociales (a la distinción radical entre hechos y valores, conocimiento y política, sujeto y objeto de conocimiento); 2) la sustitución de esa estrecha ciencia social empírica por la filosofía social crítica y especulativa; 3) la concepción de la teoría como inseparable de la praxis; 4) el carácter permanentemente "autorreflexivo", autocrítico y abierto de esa "teoría crítica" propuesta, con su resistencia a describir articuladamente el ideal político de emancipación individual y social que no obstante se defiende; 4) el carácter interdisciplinar y ecléctico de dicha teoría crítica (la búsqueda hegeliana de "totalidad" en la crítica, frente a la parcelación de las disciplinas sociales tradicionales, y especialmente la superación de las fronteras entre filosofía y ciencias); 5) la crítica al concepto estrecho de razón como "razón instrumental" (frente a la búsqueda de una concepción más amplia de "razón crítica"), y el diagnóstico negativo de la "dialéctica de la ilustración" como el progresivo dominio de esa "racionalidad de los medios" (plasmada en el dominio tecnológico y burocrático en la sociedad postindustrial) frente a la vieja "racionalidad de los fines" ahora destruida; 6) la atención primordial a los aspectos ideológicos, culturales y psicológicos frente a la crítica de la economía política del

materialismo histórico marxista clásico; 7) la recuperación del papel central del individuo activo frente al determinismo dictado por abstractas estructuras socioeconómicas "objetivas".

H) CRÍTICA AL EMPIRISMO POSITIVISTA DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA ESTÁNDAR

Lo que hace CLS es trasladar muchas de estas ideas al campo del Derecho. Así, la crítica frankfurtiana al positivismo/empirismo de las ciencias sociales se traduce, en manos de CLS, en la crítica a la sociología jurídica y también al análisis económico del Derecho en Estados Unidos (*Law & Society* y *Law & Economics*). De estas escuelas CLS rechaza, entre otras cosas, el determinismo de su comprensión del mundo social, su epistemología positivista ultracientificista, y el "estatalismo" reformista políticamente conservador del papel jugado por la investigación jurídico-social empírica en Estados Unidos.

I) CRÍTICA AL "INSTRUMENTALISMO" DE LA TEORÍA SOCIAL ESTÁNDAR: CLS Y LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO (LA "TEORÍA CONSTITUTIVA" DEL DERECHO EN LA SOCIEDAD)

La crítica frankfurtiana de las teorías instrumentalistas, economicistas y deterministas de la sociedad interesa a CLS como marco para su visión de la función social del Derecho. Aquí CLS rechaza el papel subordinado que tanto las teorías liberales funcionalistas como las marxistas clásicas asignan al Derecho en relación con la realidad social: para ambas el Derecho se ve como instrumentalmente orientado hacia la satisfacción de demandas originadas en la sociedad (en intereses sociales globales según el funcionalismo más ingenuo; en intereses plurales que el Derecho y el mercado pueden y deben equilibrar o hacer coexistir, según el pseudoconflictualismo liberal; o en los intereses de la clase dominante, según el conflictualismo marxista ortodoxo). En un primer momento, CLS reproduce y amplía la crítica estándar contra ese instrumentalismo: 1) cuestiona las visiones evolucionistas del desarrollo histórico (conservadoras, liberales y marxistas);2) cuestiona (analizando contraejemplos concretos) la creencia exagerada en que determinadas regulaciones o respuestas jurídicas y no otras están necesariamente ligadas a la consecución de ciertos intereses; 3) cuestiona el énfasis liberal en el equilibrio frente al conflicto; 4) e insiste, frente al marxismo vulgar, en el fuerte grado de "autonomía relativa" del sistema jurídico frente a la base socioeconómica. Pero en un segundo momento, CLS aspira a replantear los términos mismos de la discusión sobre la función social del Derecho. Todas las posturas anteriores parten de una definición del Derecho y de la sociedad como esferas distintas, y discuten sobre la dirección y la intensidad de sus mutuas relaciones causales: explicaciones materialistas, idealistas, o mixtas como la de la "autonomía relativa". Frente a ellas, algunos CLSers defienden la llamada "teoría constitutiva" del Derecho en la realidad social, a la que antes ya he aludido: el Derecho participa en la definición de los términos constitutivos de las relaciones sociales, por básicas y privadas que estas sean (igual que una sociedad esclavista está definida por las reglas sobre la esclavitud). La relación entre ambos no es causal, sino constitutiva, y difícilmente cabe hablar con utilidad de crudos intereses y relaciones materiales estrictamente "prejurídicas".

J) CRÍTICA IDEOLÓGICA DEL DERECHO (LA "TEORÍA COGNITIVA" DE LA LEGITIMACIÓN)

Por último, la crítica ideológica o cultural desarrollada por la Escuela de Frankfurt inspira también buena parte del análisis ideológico del Derecho practicado por CLS. No se enfatiza tanto la importancia instrumental del Derecho como factor causal directo de la transformación o mantenimiento de la estruc-

tura social, sino su función ideológica. Pero esa función ideológica poco a poco dejará de verse como una forma más de dominación todavía demasiado directa (al modo de la crítica ideológica clásica, también "instrumentalista" según CLS): el Derecho pasa a verse como elemento constitutivo de la *conciencia* sobre lo que es y puede ser la sociedad, y su función legitimadora es por tanto mucho más sutil. Se trata de una función ideológica más bien "cognitiva" (o "hegemónica", dicho en términos gramscianos) que directamente "persuasiva", pues actúa no tanto "convenciéndonos" de que el sistema social existente es "justo", sino "enseñándonos" que es, en lo básico, "inmutable", y que las alternativas, más que "perversas", son "imposibles" (pensamiento único, fin de la historia...). Esta idea está directamente conectada con las señaladas en los dos puntos anteriores. La conciencia forma parte de la constitución (construcción) de la realidad social (ya que esta no puede entenderse como un conjunto de hechos brutos, como simples comportamientos físicos directamente accesibles, sino que incorpora la conciencia de sus actores, su percepción o visión que le da "sentido") (elemento antipositivista). El Derecho (o mejor, el pensamiento jurídico, la cultura o "conciencia jurídica") constituye a la sociedad (teoría constitutiva del Derecho), y lo hace sobre todo al formar parte de esa visión o conciencia social, que es una conciencia "juridificada", incluso para quien no ha abierto jamás un libro de Derecho. La crítica ideológica del Derecho perseguida por CLS consistirá pues en examinar cómo opera la conciencia jurídica en la creación de una visión del mundo que se presenta como verdadera y necesaria, y en mostrar cómo esa visión puede por tanto ser transformada mediante la crítica interna y detallada de las incoherencias del pensamiento jurídico plasmadas en miles de normas e instituciones jurídicas concretas, descongelando así la "falsa necesariedad" de esa visión y abriendo el camino a la propuesta y persecución de mundos sociales alternativos.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ALTMAN, Andrew (1990), *Critical Legal Studies. A Liberal Critique*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey.

BALKIN, Jack (1987), "Deconstructive Practice and Legal Theory": *Yale Law Journal* 96, 743-786.

BERMAN, Nathaniel (1987), "Modernism, Nationalism, and the Rhetoric of Reconstruction": *Yale Journal of Law and Humanities*, 1987351ss.

BINDER, Guyora (1987), "On Critical Legal Studies as Guerrilla Warfare": *Georgetown Law Journal* 76, 1-36.

BOYLE, James (1985): "The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought": *University of Pennsylvania Law Review* 133, 685-780.

BOYLE, James (ed.) (1992), *Critical Legal Studies*, Dartmouth, Aldershot.

CARRINO, Agostino (1992), "Solidaridad y Derecho. La sociología jurídica de los 'Critical Legal Studies'", *Doxa*, nº 12, 1992/2.

CRENSHAW, Kimberle (1989), "Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law", en Joerges, Christian, y Trubek, David M. (eds.) *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Nomos, Baden-Baden, 1989, pp. 139ss.

DALTON, Clare (1985), "An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine": *Yale Law Journal* 94, 997-1114.

FREEMAN, Alan (1987), "Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical review of Supreme Court Doctrine": *Minnesota Law Review* 62, 1049ss.

FRUG, Gerald (1984), "The Ideology of Bureaucracy in American Law": Harvard Law Review 97, 1276ss.

FRUG, Mary Joe (1992), *Postmodern Legal Feminism*, Routledge, New York.

GABEL, Peter (1984), "The Phenomenology of Rigths-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves": *Texas Law Review* 62, 1563-1599.

GORDON, Robert (1982), "New Developments in Legal Theory", en Kairys, David (ed.), *The Politics of Law. A Progressive Critique*, 2ª ed., Pantheon Books, New York, pp. 413-425.

GORDON, Robert (1984), "Critical Legal Histories": *Stanford Law Review* 36, 57-125.

GORDON, Robert (1987), "Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law": *Florida State Law Review* 15, 195ss.

GORDON, Robert (1989), "Critical Legal Studies as a Teaching Method, Against the Background of the Intellectual Politics of Modern Legal Education in the United States": *Legal Education Review* 1, 59-83.
HARVARD Law Review Association (ed.) (1986), *CLS. Essays on Critical Legal Studies Selected from the Pages of the Harvard Law Review*, Cambridge, Mass.
HORWITZ, Morton J. (1977), *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
HORWITZ, Morton J. (1992), *The Transformation of American Law, 1870-1960*, Oxford University Press, New York.
HUTCHINSON, Allan C. (ed.) (1989), *Critical Legal Studies*, Rowman and Littlefield, Totowa, New Jersey.
JOERGES, Christian, y TRUBEK, David M. (eds.) (1989), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Nomos, Baden-Baden.
KAIRYS, David (ed.) (1998), *The Politics of Law. A Progressive Critique*, 3ª ed., Basic Books, New York (1ª ed., Pantheon Books, New York, 1982).
KELMAN, Mark (1984), "Trashing": *Stanford Law Review* 36, 293-348.
KELMAN, Mark (1987), *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
KENNEDY, Duncan (1976), "Form and Substance in Private Law Adjudication": *Harvard Law Review* 89, 1685-1778.
KENNEDY, Duncan (1979), "The Structure of Blackstone's *Commentaries*": *Buffalo Law Review* 28, 205-382.
KENNEDY, Duncan (1983), *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy*, Afar, Cambridge, Mass.
KENNEDY, Duncan (1986), "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology": *Journal of Legal Education* 36, 518-562.
KENNEDY, Duncan (1988), "Radical Intellectuals in American Culture and Politics, or My Talk at the Gramsci Institute", *Rethinking Marxism*, Vol. 1, Nº 3.
KENNEDY, Duncan (1991), "A Semiotics of Legal Argument": *Syracuse Law Review* 42, 75-115.
KENNEDY, Duncan (1992), "Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos": *Doxa*, nº 11, 1992/1, 283-293.
KENNEDY, Duncan (1997), *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
KENNEDY, Duncan (2008), *Legal Reasoning. Collected Essays*, The Davies Group, Aurora, Colorado.
KENNEDY, David (1985), "Spring Break": *Texas Law Review* 63, 1377ss.
KENNEDY, David (1986), "Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship": *New England Law Review* 21, 209-289.
KLARE, Karl (1978), "Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941": *Minnesota Law Review* 62, 265ss.
KLARE, Karl (1979), "Law Making as Praxis": *Telos* 40, 123ss.
MINDA, Gary (1995), *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York.
MINOW, Martha (1987), "Interpretring Rights: An Essay for Robert Cover": *Yale Law Journal* 96, 1860ss.
MINOW, Martha (1990), *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion and American Law*, Cornell University Press, Ithaca, NY.
OLSEN, Frances (1983), "The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform": *Harvard Law Review* 96, 1497ss.
OLSEN, Frances (1984), "Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis": *Texas Law Review* 63, 387-432.
OLSEN, Frances (1990), "Feminism and Critical Legal Theory: An American Perspective": *International Journal of the Sociology of Law* 18, 199ss.
PELLER, Gary (1985), "The Metaphysics of American Law": *California Law Review* 73, 1151ss.
PELLER, Gary (1990), "Race Consciousness": *Duke Law Journal* 1990, 201ss.
PÉREZ LLEDÓ, Juan A. (1996), *El movimiento "Critical Legal Studies"*, Tecnos, Madrid.
SCHLEGEL, John (1984), "Notes Toward an Intimate, Opinionated and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies": *Stanford Law Review* 36, 391ss.
SINGER, Joseph (1982), "The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld": *Wisconsin Law Review* 1982, 975ss.
–. *Stanford Law Review* 1-2/36 (1984): *Critical Legal Studies Symposium*.
TORRES, Gerald (1988), "Local Knowledge, Local Clor: Critical Legal Studies and the Law of Race Relations": *University of San Diego Law Review* 25, 1043ss.
TRUBEK, David (1984), "Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism": *Stanford Law Review* 36, 575ss.
TRUBEK, David (1990), "Back to the Future: The Short, Happy Life of the Law and Society Movement": *Florida State University Law Review* 18, 1-55.
TUSHNET, Mark (1984), "An Essay on Rights": *Texas Law Review* 62, 1363ss.

TUSHNET, Mark (1988), *Red, White and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
TUSHNET, Mark (1991), "Critical Legal Studies: A Political History": *Yale Law Journal* 100, 1515-1544.
UNGER, Roberto M. (1975), *Knowledge and Politics*, The Free Press, New York; v.e. *Conocimiento y política*, L. Rodríguez Ozán (trad.), Fondo de Cultura Económica, México, 1985.
UNGER, Roberto M. (1976), *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, The Free Press, New York.
UNGER, Roberto M. (1983), "The Critical Legal Studies Movement": *Harvard Law Review* 96, 563-675.
WEST, Robin (1988), "Jurisprudence and Gender": *University of Chicago Law Review* 55, 1-72.

Fecha de recepción: 25 de octubre de 2011
Fecha de aceptación: 4 de noviembre de 2011

UNDERSTANDING COPYRIGHT

RESUMEN

Este artículo pretende combatir algunos tópicos muy extendidos relativos al pretendido obstáculo que los derechos de propiedad intelectual, tal y como están legalmente configurados, representan para el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Frente a la frecuente crítica dirigida contra el *lobby* de los titulares de derechos de propiedad intelectual, acusándole de estar anclado en unos métodos de comercialización procedentes de la era analógica, y de intentar perpetuar sus privilegios a costa de frenar la circulación de la cultura por la red, se contrapone que: (i) no es cierto que las industrias culturales no estén adaptándose a las explotaciones en Internet; (ii) el fomento del acceso a la cultura no equivale al suministro gratuito de bienes intelectuales por el Estado o por los propios titulares; (iii) muchas de las utilizaciones de contenidos protegidos que tienen lugar en la red bajo el falso pretexto del favorecimiento del acceso a la cultura son sencillamente infracciones de derechos de propiedad intelectual. Frente a la alternativa de instaurar un modelo de creación y producción intelectual subvencionada por el Estado, el artículo defiende que la asignación a los autores de un derecho de propiedad en exclusiva, por un periodo determinado y sometido a límites, permite lograr un mejor equilibrio entre los intereses particulares de los creadores sobre sus obras y el interés general de la sociedad en el acceso a la cultura, y que este sistema es igual de válido en la era digital como lo ha sido en la era analógica. El artículo también reflexiona sobre el falso conflicto entre los intereses de las industrias culturales y los de las industrias de las TIC, y concluye que no hay razones para que unos prevalezcan sobre los otros, ya que ambas industrias persiguen intereses igual de egoístas y particulares. El artículo se presenta a modo de una reseña y comentario de una secuencia de tres artículos publicados en un periódico de tirada nacional durante el mes de enero de 2010, dos a cargo de un conocido ex político (Juan Carlos Rodríguez Ibarra) y uno a cargo de un célebre novelista (Antonio Muñoz Molina). Sobre la base de los argumentos que uno y otro emplean, y de la crítica a los mismos, se va tejiendo un ejercicio didáctico en torno a aspectos básicos de los derechos de autor: su razón de ser, su finalidad y el modo en que está articulada su protección jurídica.

PALABRAS CLAVE

Derecho de autor, propiedad intelectual, Internet, sociedad de la información, acceso a la cultura, financiación estatal de la creación y la producción cultural, equilibrio entre intereses generales y particulares, modelos de comercialización de bienes intelectuales.

ABSTRACT

This article tries to combat some common topics related to the supposed obstacle that copyright and related rights, as they are currently designed by the law, represent for the development of the information and communications technology (ICT). As regards the frequent criticism on copyright owners' lobby, accusing it of trying to maintain marketing methods coming from the analogical era, and to perpetuate their privileges, and so causing the slowing down of cultural contents spread in the Internet, it is stated that: (i) cultural industries do have made an adaptation to the new forms of exploitation in the digital environment; (ii) the promotion of access to culture does not mean that intellectual assets must be freely supplied by the State or by the copyright owners; (iii) many of the utilizations of copyright protected contents that take place in the Internet on the false pretext of favouring the access to culture, are in fact mere copyright infringements. Regarding the proposal of establishing a model of intellectual creation and production subsidized by State, the article defends that the assignment to the authors of an exclusive property right, subjected to limits and for a determined period of time, permits a better balance between authors' private interests in their works and society's general interest in access to culture, as well as this system is as valid in the digital environment as it has been in the analogical one. The article also poses the false conflict between cultural industries' interests and ICT industries' ones, and it concludes that there are no reasons for the former to prevail over the latter or vice versa, since both of those industries pursue the same class of selfish and private interests. The article is written as a sort of review and comment on a series of three articles published in a national newspaper in January 2010, two of them by a very well-known ex politician (Juan Carlos Rodríguez Ibarra) and the other one by a famous novelist (Antonio Muñoz Molina). On the basis of the arguments given by them, and the criticism on those arguments, a didactic exercise is made around basic aspects of copyright and related rights: their reason for being, their aim, and the way in which their legal protection is articulated.

KEY WORDS

Copyright, intellectual property, Internet, information society, access to culture, State financing of cultural creation and production, balance between general and private interests, marketing models for intellectual assets.

ENTENDER EL DERECHO DE AUTOR*

Rafael Sánchez Aristi
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos Madrid

Sumario: 1. Planteamiento. 2. El artículo I: "fregonas y maletas de ruedas", de Juan C. Rodríguez Ibarra. A) La creación no surge en el vacío: los ejemplos de la fregona y la maleta de ruedas. B) La propiedad intelectual de las creaciones musicales y audiovisuales *versus* la propiedad intelectual de las obras plásticas y arquitectónicas. C) La comercialización de las obras intelectuales en ciertos sectores: formatos de producción *versus* formatos de consumo. D) Conclusión: una propuesta para que los autores no se mueran de hambre o la panacea del estado subvencionador. 3. El artículo II: "parábola de Rodríguez Ibarra y las naranjas", de Antonio Muñoz Molina. 4. El artículo III: "derechos de autor, antes y ahora", de Juan C. Rodríguez Ibarra. A) Intereses particulares *versus* intereses generales. B) Los derechos de autor: conquista reciente. C) El adalid del *software* libre. D) Otra vez el estado. E) Superando la explotación basada en el soporte físico. F) Superando la explotación mediante intermediarios. G) Industrias culturales *versus* industrias de las TIC. H) Epílogo.

1. PLANTEAMIENTO

En diversos días del mes de enero de 2010 las páginas de un periódico de tirada nacional sirvieron de escenario a una polémica entre dos conocidos personajes, un ex político y un literato, a propósito de los derechos de autor: de su razón de ser, de su finalidad, del modo en que está articulada su protección jurídica. Aunque tanto en la prensa escrita como en otros medios de comunicación existe un amplio debate público en torno a dicho tópico, este duelo dialéctico presentaba un interés especial, no sólo por la identidad de quienes lo protagonizaron, sino también porque la disputa se planteaba en unos términos que permitían ofrecer una relativamente fácil respuesta o contrapunto a los argumentos utilizados, favoreciendo así la realización de un ejercicio didáctico alrededor de la regulación jurídica de estos derechos, los cuales vienen siendo objeto de una muy extendida incomprensión, probablemente porque en primer lugar vienen siendo objeto de una insuficiente explicación, tanto a nivel divulgativo como desde el punto de vista de la enseñanza técnica que se imparte en las facultades de Derecho. Ese ejercicio didáctico se hace más pertinente cuando personas que gozan de celebridad en otros campos y que difunden su opinión desde tribunas privilegiadas, realizan juicios sobre la legislación de derechos de autor sin emplear el rigor que sería deseable.

Por otro lado, la realidad nos muestra día a día que la pedagogía en torno al derecho de autor ha de descender a niveles francamente elementales. Parece necesario convencer de as-

* El presente estudio se publica nuevamente en las páginas de este volumen de la revista, pues a causa de un error por parte de la coordinación de la misma, apareció reproducido en el número anterior sin las notas que el texto llevaba incorporadas. (Nota del Editor).

pectos tan básicos como que la existencia de este tipo de propiedad no es más cuestionable que la de la propiedad en general, que por tanto merece ser igualmente respetada conforme a las prescripciones legales, las cuales captan —mejor o peor es otra cuestión— el equilibrio entre el interés particular del autor en obtener protección sobre sus creaciones y el interés de la sociedad en acceder al disfrute de los bienes intelectuales de la manera más libre y menos onerosa posible. Curiosamente, la sociedad no parece necesitar ser convencida o ilustrada acerca de que es correcto que exista la propiedad sobre los inmuebles, las alhajas, los caudales depositados en los bancos o los vehículos a motor. Tampoco parece difícil de conseguir que el gran público asuma que la apropiación, sin permiso de su dueño, de un objeto material ajeno constituye una acción ilícita, con toda probabilidad perseguible penalmente, mientras que resulta poco menos que imposible persuadir a una gran parte de la ciudadanía de que la apropiación sin permiso de su dueño de un bien inmaterial también es ilícita y que debe ser igualmente reprimida, al menos a través de acciones civiles.

La razón principal de esta ineptitud para comprender los derechos de autor probablemente deba conectarse con el ejercicio de abstracción que es necesario realizar para aprehender la existencia de un bien inmaterial —una obra literaria, una composición musical, una obra plástica—, por encima o más allá de los objetos materiales —libro, disco, cuadro— en los que dicha obra se manifiesta o exterioriza en el mundo de los sentidos, así como el desdoblamiento que consiguientemente se produce entre la titularidad de la propiedad intelectual sobre la obra y la de la propiedad ordinaria sobre su soporte. Se halla preocupantemente extendida la convicción de que el adquirente del ejemplar de una obra está facultado para compartir con otros sujetos —todos los usuarios de la red, si se piensa en la virtualidad de determinadas aplicaciones de Internet— el ejemplar que ha adquirido, en el entendimiento de que esa facultad constituye un rasgo inherente a su condición de propietario. Sin embargo, ello supone ignorar que el título de adquisición del ejemplar no comporta la adquisición de los derechos de autor sobre la obra[1], y que, puesto que sólo se puede compartir aquello que se tiene, únicamente al autor —propietario intelectual— incumbe decidir si su obra será objeto o no de esa clase de diseminación altruista[2].

La protección jurídica de las obras intelectuales está adaptada a su singular naturaleza, y consiste básicamente en la asignación al titular de los derechos —en origen el autor, con posterioridad normalmente un cesionario de éste— de la facultad de sacar provecho de las mismas en exclusiva mediante su explotación en actividades con terceros, de forma que quien desee reproducir, distribuir, comunicar públicamente o transformar esa obra deberá proveerse del permiso del titular o de la entidad a quien éste haya encomendado la gestión de sus derechos[3]. Es decir, a diferencia de la propiedad ordinaria, la propiedad intelectual no está basada en el valor de uso del bien objeto del derecho, sino en su valor de explotación. De ahí que no quepa hacer simplistas traslaciones de los esquemas de la propiedad sobre los bienes materiales a la de los bienes inmateriales. Esa protección de los derechos de propiedad intelectual sobre las obras se asegura durante un cierto periodo de tiempo (como regla, toda la vida del autor y hasta setenta años después de su muerte), aunque la ley contempla algunos límites o excepciones que permiten que, incluso durante ese periodo, se puedan realizar ciertas utilizaciones o explotaciones de la obra sin necesidad de obtener permiso del titular. Ambos aspectos —duración y límites— son un claro reflejo de la función social que cumple esta clase de propiedad, lo que constituye un rasgo inherente a toda propiedad por mandato del artículo 33.2 de la Constitución española (CE).

El hecho indudable —convertido en fácil alegato por parte de los que abogan por un recorte, o incluso por la desaparición, de los derechos de autor— de que detrás de las obras hay cultura y que el acceso a ésta debe ser favorecido por los poderes públicos (artículo 44 CE),

no faculta a los ciudadanos para procurarse los bienes intelectuales al margen de los permisos legales y canales de comercialización por los que legítimamente hayan optado los titulares[4]. Se tiende a confundir la promoción del acceso a la cultura con la gratuidad del acceso a todos los bienes intelectuales, aunque éstos tengan dueño. Los poderes públicos también deben favorecer el acceso a la vivienda (artículo 47 CE), pero eso no significa que el Estado esté obligado a proporcionar una vivienda gratuita a cada ciudadano. Esa clase de favorecimiento tiene más que ver con la creación de las condiciones adecuadas dirigidas a hacer efectivo el disfrute de los bienes en cuestión por el mayor número posible de ciudadanos, que con un suministro directo de esos *inputs*. En el caso de la cultura, el mandato constitucional se traduciría en medidas tales como el establecimiento de ventajas fiscales a favor de los sujetos que comercializan o consumen bienes culturales, la subvención de determinados proyectos o iniciativas culturales, o la creación de bibliotecas, museos, auditorios, teatros y centros culturales para aproximar la cultura al ciudadano. Por lo demás, el mandato de promoción del acceso a la cultura —como el de la vivienda— se dirige a los poderes públicos y no a los particulares, quienes no tienen por qué suministrar gratis a otros particulares un bien de su propiedad. El autor ya contribuye suficientemente a garantizar el acceso a la cultura cuando decide divulgar su obra al público[5].

Al igual que la propiedad intelectual no está reñida con el favorecimiento del acceso a la cultura, tampoco representa un obstáculo a la libre circulación de las ideas y la información, ya que lo protegido por el derecho de autor no son éstas como tal, sino la original forma en la que han sido expresadas o conformadas por un determinado autor. Es únicamente la forma expresiva de la obra la que no puede ser explotada sin el permiso del autor, mientras que las ideas e informaciones subyacentes —en tanto elementos pertenecientes al común— pueden volver a ser empleadas por otros autores, y en general ser utilizadas libremente por cualquiera[6].

El presente trabajo se configura como una suerte de reseña y comentario de los tres artículos que sucesivamente se publicaron dando cuerpo a la polémica a la que me he referido. El primero, de Juan Carlos Rodríguez Ibarra, titulado "Fregonas y maletas de ruedas" fue publicado por El País de 5 de enero de 2010; el segundo, de Antonio Muñoz Molina, apareció en El País de 7 de enero de 2010 bajo el título "Parábola de Rodríguez Ibarra y las naranjas"; y el tercero, de nuevo de Rodríguez Ibarra, se titulaba "Derechos de autor, antes y ahora" y se publicó en El País de 27 de enero de 2010. Me referiré a ellos como el artículo I, el artículo II y el artículo III, y a sus autores mediante las iniciales respectivas: JCRI y AMM.

2. EL ARTÍCULO I: "FREGONAS Y MALETAS DE RUEDAS", DE JUAN C. RODRÍGUEZ IBARRA

Los temas abordados en este artículo son básicamente tres, todos ellos en tono crítico con los derechos de autor o con el modo de comercializarlos, o dirigidos a poner de manifiesto las contradicciones internas del sistema. Estos tres grandes argumentos se ven complementados con una suerte de colofón en forma de propuesta para que los autores, cuya propiedad intelectual es tachada de "discutible" e incluso susceptible de ser negada desde una concepción de izquierdas, puedan al menos recibir "algún tipo de remuneración", parece que más a título de concesión graciosa que de auténtico derecho subjetivo. Veamos cuáles son los tres argumentos principales del artículo, para después desgranar la propuesta que sirve de cierre al mismo.

A) LA CREACIÓN NO SURGE EN EL VACÍO: LOS EJEMPLOS DE LA FREGONA Y LA MALETA DE RUEDAS

Recurre JCRI a la técnica del ejemplo para ilustrar su primer argumento, y en concreto

lo hace tomando como referencia dos objetos: la fregona y la maleta de dos ruedas. Sobre la base de que, para inventar ambas, hubieron de existir primero otros inventos que las precedieran (tales como el palo, el trapo, la rueda y la maleta sin ruedas), intenta persuadir al lector de que no puede haber creaciones surgidas de la nada, porque todas habrán de apoyarse siempre en otras ya existentes, lo que le lleva a interrogarse sobre si "le corresponde algún tipo de propiedad intelectual al inventor de la fregona y al inventor de la maleta de ruedas". Como aclaración preliminar, se hace necesario decir que los dos objetos a los que se refiere el ejemplo puesto por JCRI no son obras intelectuales sino inventos, siendo así que su artículo versa sobre las primeras y no sobre los segundos. Los inventos son objeto de un derecho de patente (lo que en el sistema jurídico español constituye un derecho de *propiedad industrial*, regulado en la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes), mientras que las obras intelectuales son objeto de un derecho de autor (que en nuestro ordenamiento constituye un derecho de *propiedad intelectual*, regulado en la Ley del mismo nombre de 1987, refundida por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril). Inventos y obras ni son lo mismo, ni se sujetan a los mismos requisitos de protección, ni confieren los mismos derechos a inventores y autores respectivamente. Sea como fuere, concediendo —a favor de JCRI— que inventos y obras intelectuales presentan suficientes similitudes a los efectos que se pretende, pues no en vano ambos pertenecen a la gran familia de los bienes inmateriales, podemos pasar por alto la mezcolanza de conceptos y adentrarnos en su razonamiento.

En sustancia, lo que trata de demostrar JCRI es que todo proceso humano de creación es reducible a un mismo esquema: la unión o combinación de elementos anteriores, previamente creados o inventados por otras personas. Los ejemplos aludidos le sirven para apuntalar su argumentación, pues al fin y al cabo ambos se limitarían a ser la combinación de otros dos inventos que ya existían por separado. ¿Cómo pretender la asignación de un derecho de propiedad a partir de estas premisas?, se pregunta JCRI. Este interrogante admite respuestas a distintos niveles.

En un nivel muy básico se hace imprescindible corregir la simplista descripción que JCRI hace de la fregona y de la maleta con ruedas, puesto que ella le sirve como apoyatura sobre la cual formular su pregunta. La fregona —que se patentó bajo el nombre "mejoras en los sistemas escurridores por compresión" tal y como consta en el título de concesión a su inventor, el 17 de abril de 1964— no es, por rudimentario que este invento pueda parecer, *la simple unión de un palo y un trapo*. Desafío al lector a que tome en su mano izquierda un trapo y en su mano derecha un palo y a continuación los una: el resultado no es una fregona. Lo que JCRI llama el "trapo" no es tanto un mero pedazo de tejido susceptible de ser utilizado para la limpieza, como la suma de muchas tiras de algodón sujetas a poca distancia unas de otras, conformando una tupida estructura que da a la fregona su utilidad característica. Por otro lado, el nexo de unión entre el "trapo" y el "palo" debe ser lo suficientemente sofisticado como para garantizar que el primero se mantenga sujeto al segundo aun cuando éste se desplace por rincones y lugares de difícil acceso. En fin, la fregona no sería lo que es si no fuera por el cubo que, dotado de un escurridor, permite impregnar y aclarar alternativamente las tiras de algodón a medida que se desarrolla la operación de fregado. Pero, más que cualquier descripción meliorativa que podamos hacer en este instante de ese invento, lo que demuestra que la fregona es algo más que la simple unión de un palo y un trapo es que, a pesar de que el palo y el trapo formaban parte de la colección de útiles domésticos que la humanidad llevaba empleando desde hacía siglos, hasta que D. Manuel Jalón Corominas no tuvo la "ocurrencia" —JCRI *dixit*— de conjugar ambos elementos de esa forma peculiar, nadie antes que él lo había hecho. Si se tratara de un simple producto consecuencia mecánica de lo ya habido, de la mera unión de dos cosas hartamente conocidas, ¿cómo se explica que sucesivas generaciones de hombres y

mujeres no hubieran caído en la cuenta de que se podía lograr un utensilio como ése a partir de un palo y de un trapo? Si, como da a entender JCRI, el recorrido que va desde el trapo y el palo hasta la fregona es tan insignificante, lo lógico es que su invención se hubiera producido en el siglo II a. C. y no en el año 1964[7].

Algo similar cabe decir de la maleta con ruedas: ni la descripción que JCRI hace de este invento hace justicia a la complejidad que encierra y a las múltiples variantes que de él se pueden encontrar, ni resulta apropiado describirlo como la mera suma o yuxtaposición de dos inventos anteriores. Es evidente que todo invento puede ser reducido a sus componentes básicos (v. gr. un helicóptero podría ser descrito como un automóvil con una hélice instalada en el techo), la clave radica en cómo están diseñados y combinados esos componentes, por ejemplo —volviendo a la maleta con ruedas— en cómo lograr que el sistema de ruedas y manija retráctil no incremente excesivamente el peso de la maleta, disminuya lo menos posible su capacidad de carga y no dificulte su almacenamiento y transporte en los juegos de maletas en los que éstas se introducen unas dentro de otras. Como puede verse, son muchos los factores a tener en cuenta en estos "simples" inventos que JCRI califica como meras *ocurrencias* que fácilmente se vienen a la mente de cualquiera toda vez que se conocen los elementos que los integran.

En un segundo nivel de respuesta habría que precisar que los objetos protegidos por la Ley de Patentes pertenecen a dos categorías: los inventos propiamente dichos y los modelos de utilidad. Los primeros son patentables cuando consistan en "invenciones nuevas", "impliquen actividad inventiva" y "sean susceptibles de aplicación industrial", aclarando la Ley que una invención: (a) es nueva si no está comprendida en el estado de la técnica (b) implica actividad inventiva si no resulta del estado de la técnica de una manera evidente para un experto en la materia; y (c) es susceptible de aplicación industrial cuando su objeto puede ser fabricado o utilizado en cualquier clase de industria, incluida la agrícola. Frente a ellos, los modelos de utilidad vendrían a ser inventos de segundo grado, en el sentido de que suponen dar una nueva configuración, estructura o constitución a un objeto ya existente, a fin de lograr alguna ventaja apreciable para su uso o fabricación[8]. Aunque también se exige que el modelo de utilidad reúna novedad y actividad inventiva, éstas se definen de una manera menos exigente que en el caso de los inventos. Consecuentemente, mientras que la patente tiene una duración de veinte años improrrogables contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de concesión, la protección del modelo de utilidad se extiende únicamente por espacio de diez años. Esto significa que, ciertamente, algunas invenciones industriales pueden constituir variantes o derivaciones a partir de otras anteriores, y que el ordenamiento jurídico tiene en cuenta esa característica (la menor carga de novedad, la menor actividad inventiva, su carácter dependiente de un invento anterior en definitiva) para concederles una protección de menor intensidad. La intuición de JCRI por tanto sólo es correcta en parte, ya que no se trata de que ese tipo de invenciones estén legalmente desprotegidas, sino de que gozan de un nivel de protección inferior al de los inventos propiamente dichos. En el ámbito de las obras intelectuales ni siquiera existe esa menor intensidad en la protección: las obras derivadas —obras que proceden de otras obras preexistentes, tales como las traducciones, los arreglos musicales o las adaptaciones—, toda vez que han sido autorizadas, se protegen a favor de su autor con la misma extensión y durante el mismo plazo de tiempo que cualquier otra obra.

Pero aún cabría un tercer nivel de respuesta ya que, aunque todas las invenciones o creaciones fueran de la especie descrita por JCRI —meras uniones o combinaciones a partir de las invenciones o creaciones ya existentes— habría las mismas razones para proteger unas y otras por el derecho de patente y el derecho de autor, ya que sencillamente ése sería todo el nivel inventivo o creativo que le ha sido dado al hombre. El interrogante que formula JCRI revela una suerte de asombro ante la constata-

ción de la insignificancia del hacer intelectivo humano. Observar que la invención y la creación son actividades que sólo pueden avanzar apoyándose en lo previamente conseguido por otros inventores y creadores no es erróneo, pero la clave es que ello no hace de menos a quienes inventan o crean, los cuales estarían alcanzando el punto máximo de la escala por la que se miden los actos humanos. Por consiguiente, a la pregunta de a qué propiedad intelectual se refieren los que hablan de "sus" creaciones y de "su" propiedad intelectual, habría que responder: a la única posible. El reconocimiento de una propiedad intelectual a favor de los autores no pretende significar que éstos alumbren sus obras *ex nihilo*, a la manera de un demiurgo, tan sólo se busca asignarles unos derechos en línea con el producto de lo que hacen, que podrá ser poco en términos absolutos o si lo comparamos con lo que podría hacer un ser sobrenatural, pero que es suficiente en términos relativos, si lo comparamos con lo que es capaz de hacer la media de los seres humanos.

En virtud de lo que cree haber demostrado con su ejemplificación sobre la fregona y la maleta de ruedas, JCRI da un paso más y traslada su razonamiento a la creación de baladas, melodías, películas de cine y escritos, a todos los cuales, en su opinión, les pasaría exactamente lo mismo que a aquellos dos inventos: al ser "consecuencia de la influencia" de muchas otras obras precedentes, nadie debería poder reclamar derechos sobre lo que compone, filma o escribe. Dicho de otro modo, puesto que escritores, compositores y realizadores de cine no crean sobre la nada o sobre el vacío sino sobre la base de todo lo que han leído, escuchado y visto a lo largo de sus vidas, ningún derecho debería corresponderles sobre sus escritos, canciones y películas. Según este razonamiento, el hecho de que quien crea lo hace en el contexto de todas las creaciones pasadas y contemporáneas que ha conocido, sirve para poner en cuestión su propiedad intelectual sobre el resultado obtenido, pareciéndole por ello chirriante a JCRI que algunos creadores musicales y audiovisuales españoles hablen "hasta la náusea de sus creaciones y de su propiedad intelectual"[9].

Es difícil asistir a una descripción tan mecanicista de la creación intelectual, a la par que tan esencialmente negacionista del papel del autor como sujeto creativo ("una película de cine ¿no es la consecuencia de las miles de películas de cine que se han creado a lo largo de la historia?"). Si hacemos caso a JCRI, el peso que sobre los autores ejerce el bagaje intelectual y cultural que han heredado es de tal naturaleza que prácticamente elimina toda posibilidad de que el resultado por ellos alcanzado pueda predicarse de su acción creativa en lugar de atribuirse a los efectos del hábitat cultural en el que se desenvuelven, o a la inercia de la tradición en la que se inscriben. Como si las obras pendiesen de ciertos arbustos a modo de frutos silvestres a los que no les queda más remedio que brotar espontáneamente dadas ciertas condiciones ambientales, pareciera que los autores nada aportan a la generación de aquéllas. Se diría que estamos ante una ley física cuya formulación es la siguiente: «dado el suficiente número de influencias culturales, se obtendrá como producto necesario una nueva obra».

JCRI debería reflexionar sobre por qué si tantas personas han leído, escuchado y visto exactamente las mismas obras intelectuales, tan sólo un pequeño porcentaje de ellas logra crear nuevas obras. Su razonamiento, basado únicamente en el objeto resultante, pasa por alto que para su consecución se necesita la intervención de una persona, la cual, tras procesar las influencias culturales recibidas, aplique su talento e inteligencia, y dedique el tiempo y esfuerzo suficientes para generar la obra[10]. En virtud de esa suma de ingenio, tiempo y energía el creador consigue, elevándose por encima de lo ya conocido, alumbrar un resultado original. De manera consecuente, la atribución de la titularidad o propiedad del nuevo ente intelectual alumbrado se realiza a favor del autor o creador. Esta solución —asumiendo el *prius* de que todo bien, sea material o inmaterial, necesita ser asignado subjetivamente a un titular— parece la más adecuada, primero

porque constituye una suerte de premio al talento y esfuerzo del autor, y segundo porque opera como un estímulo por el que la sociedad se asegura que no decaiga el flujo de obras intelectuales[11]. De otro modo, en ausencia de un derecho de autor, los sujetos con aptitudes creativas carecerían de incentivos para dedicarse a esta labor intelectual, o dedicarían a ella mucho menos tiempo, pues tendrían que procurarse el sustento por otros medios. El mundo de la creación intelectual estaría abocado al amateurismo (obras creadas entre horas) o al diletantismo (obras creadas por quienes no tienen que trabajar para vivir), máxime en una época secularizada y desideologizada en la que las creencias religiosas o políticas sólo en una escasa medida pueden erigirse en fuerzas motoras para la creación intelectual, como ocurrió durante siglos en la época en la que el ordenamiento jurídico aún no reconocía un derecho de autor.

Pues bien, esos dos elementos —talento y esfuerzo— sobre cuya combinación descansa el edificio de la propiedad intelectual, resultan completamente omitidos en el análisis de JCRI, quien se muestra así refractario a la noción de autoría individual. Muy al contrario de lo que da a entender JCRI, no es el acervo cultural el que hace la obra, sino la obra —cada obra, la suma de todas ellas— la que conforma ese acervo, y antes que la obra el autor que la crea. Sin duda, en esa insensibilidad para captar el factor humano que anida tras la noción de autoría radica la dificultad de JCRI para entender —y en último extremo para aceptar— los derechos de autor.

Antes de terminar este epígrafe, se hace necesaria una breve aclaración al hilo de una de las preguntas que formula JCRI en el segundo párrafo del artículo I, con el propósito de deslegitimar la conducta de quien pretende reclamar la autoría sobre una balada. Tras considerar que su acto de creación reposará "sobre creaciones anteriores o contemporáneas", se interroga: "¿no hubo antes que él alguien que escribió la primera balada de la historia?". Detrás de esta frase se esconde la errónea visión de que sólo aquél que haya inaugurado el respectivo género o patrón literario, musical o pictórico, concibiendo la primera balada, la primera novela negra o el primer cuadro expresionista, podría reclamar legítimamente una propiedad intelectual a título de autor. Ello supone confundir el continente con el contenido, el género con la especie, el patrón con la aplicación del mismo a un caso concreto. La obra no está en el estándar de que se haya servido el autor (ritmo de *bossa nova*, puntillismo, poesía concreta), pues éste estará al alcance de todo el que quiera servirse de él para crear, sino en la original expresión concebida por el autor para ser vertida en ese molde. Es indiferente que una obra sea la segunda pintura cubista o el enésimo soneto de la historia: aquélla será o no original con independencia de ese factor, porque la autoría no la da el género, que es del común, sino la específica combinación de palabras, notas, acordes, pinceladas o trazos concebidos y expresados —éstos sí— por un concreto autor. Entender el derecho de autor en términos de precedencia en el empleo de un modelo o patrón es —nuevamente— no entender nada de lo que es el derecho de autor, y por ello no es de extrañar que semejante incomprensión derive en una actitud contraria a la aceptación misma de la propiedad intelectual.

B) LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE LAS CREACIONES MUSICALES Y AUDIOVISUALES *VERSUS* LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE LAS OBRAS PLÁSTICAS Y ARQUITECTÓNICAS

A quien resulte difícil entender el porqué de los derechos de autor, o comprender qué es lo que constituye exactamente su objeto, cómo identificar los derechos de autor frente a otros derechos sobre bienes inmateriales como los de propiedad industrial, o cuáles son los factores que cuentan de cara a obtener la protección, seguramente le resultará mucho más arduo captar las diferencias existentes en el régimen de protección y explotación de las distintas categorías de obras, según pertenezcan a uno u otro campo de la creación intelectual. Esta

observación viene a propósito de lo afirmado por JCRI en el tercer párrafo del artículo I, en el que dice haberse trasladado a un banco del parque para seguir escribiendo. Según asegura, dicho parque habría sido diseñado por un arquitecto y frente al banco en el que se sienta habría una escultura que se deleita en contemplar, una escultura cuyo autor —nos aclara JCRI— "se la vendió al Ayuntamiento de la ciudad en la que vivo". Acto seguido, JCRI se interroga acerca del arquitecto que diseñó ese parque y el escultor que modeló esa escultura, ¿acaso ellos no merecen la misma propiedad intelectual que los autores de música y de películas? ¿Por qué SGAE no le denuncia (sic) por estar contemplando el parque y su escultura sin pagar nada a cambio? ¿Por qué nadie le cobra por ese acto de disfrute de dichas obras intelectuales? ¿Por qué los autores de estos tipos de obras no cobran sus derechos de autor aunque usemos y miremos las obras por ellos creadas?

Intentaremos responder ordenadamente a esa batería de cuestiones, las cuales se revelan apoyadas en otras tantas suposiciones inexactas. En primer lugar debe aclararse que SGAE (Sociedad General de Autores y Editores), a pesar de que constantemente se la presente como si fuera la única entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual existente en España, no podría recaudar ni un céntimo proveniente de la explotación de obras plásticas —como son las obras de escultura y arquitectura—, para el caso de que aquí se estuviera produciendo tal explotación, y ello sencillamente porque no es ésa la clase de derechos de cuya gestión se ocupa dicha entidad. Los autores de las artes plásticas están agrupados en VEGAP (Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos) y no en SGAE, la cual gestiona los derechos, entre otros, de los autores de obras literarias, dramáticas, musicales y audiovisuales.

Hecha esta primera aclaración, procede matizar también otra de las afirmaciones que realiza JCRI, en concreto la relativa a que "quienes se dedican al ejercicio de la arquitectura también tienen reconocida la propiedad intelectual". Ciertamente, así es. Sin embargo, la propiedad intelectual sobre una obra de arquitectura presenta notables peculiaridades, derivadas del eminente destino práctico de la obra y de su más que probable ubicación en una vía pública. En principio, conforme a la LPI, lo protegido son los planos o proyectos de una obra de arquitectura, y aunque esa propiedad proteja al arquitecto, entre otras cosas, frente a la erección o ejecución del plano o proyecto en cuestión, no está claro que sobre la obra en sí, una vez erigida, el arquitecto tenga derechos de autor en la misma medida o extensión que cualquier otro autor sobre su obra. En todo caso, sería una propiedad intelectual sujeta a numerosas modulaciones, habida cuenta del destino práctico de la obra[12], algunas de las cuales están plasmadas de forma explícita en nuestra legislación[13]. Muy en particular, y esto vale para el arquitecto que diseña un parque público, como aquél en el que se va a sentar JCRI, pero también para la escultura que está expuesta permanentemente en dicho parque, debe tenerse en cuenta el límite a los derechos de autor contemplado en el artículo 35.2 LPI, en virtud del cual cualquiera es libre no ya de contemplar, sino incluso de reproducir, distribuir en ejemplares y comunicar públicamente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales "las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas", y ello con independencia de que esas utilizaciones se hagan o no con ánimo de lucro o ganancia comercial.

Constatar este estado de cosas no significa estar de acuerdo con él, y de hecho se puede coincidir con la reivindicación de amplios colectivos de autores plásticos dirigida a lograr la supresión de ese límite del artículo 35.2 LPI. Sin embargo, nada más lejos de las intenciones de JCRI, quien no alude al estatus de los arquitectos y autores plásticos para denunciar que éste se halla recortado frente al de los demás autores intelectuales, sino para decir que ése debería ser el estatus general de todo tipo de obras. En otras palabras, que igual que están ahí la escultura y el parque, listos para ser disfrutados sin que el autor venga a perturbarnos con sus peticiones de cobro a través

de molestas entidades como SGAE, deberían estar también las películas y las canciones, dispuestas en la vía pública para que cualquiera pueda acceder a ellas sin tener que remunerar al autor, que por otro lado no lo merece porque —a fin de cuentas— no hace sino replicar hasta la saciedad lo ya creado y conocido.

JCRI parece no darse cuenta —a pesar de que él mismo nos informa del dato— de lo que significa que el escultor haya vendido la escultura al Ayuntamiento. Significa, en primer lugar, que el escultor sí que ha cobrado por su obra, de manos del Ayuntamiento, aceptando a partir de ese momento que dicha obra quede emplazada permanentemente en un espacio público. Se supone que precisamente por ese desprendimiento tan radical y perenne de su creación, el precio al que el escultor la habrá vendido al Ayuntamiento será superior al que cobraría si fuese a quedar emplazada en un enclave privado, o fuese a ser expuesta en un recinto público de manera temporal. En cualquier caso, es claro que el escultor al que se refiere JCRI habrá asumido voluntariamente que su obra se emplace permanentemente en un espacio de los mencionados en el artículo 35.2 LPI. Y significa, en segundo lugar, que JCRI sí que habrá pagado por poder disfrutar de la contemplación de esa estatua, es posible incluso que más de lo que le cuesta disfrutar de otro tipo de creaciones. Lo que sucede es que no lo habrá hecho directamente, para adquirir un ejemplar de la obra en el mercado, sino indirectamente, vía impuestos, lo que a la postre habrá permitido al Ayuntamiento adquirir esa obra: la cultura subvencionada, como es la consistente en las esculturas y diseños arquitectónicos emplazados en vías públicas, se sufraga por todos los contribuyentes, fórmula ésta por cierto bastante imperfecta de asegurar un retorno económico a los creadores de bienes intelectuales, ya que acaban pagando por esos bienes tanto los ciudadanos que después disfrutan de los mismos como los que no.

Si los autores de música sólo pudiesen colocar en el mercado un ejemplar de su obra en formato fonográfico, piénsese cuáles serían los honorarios que exigiría cobrar el compositor por desprenderse de esa única grabación, y cuál el tratamiento que el adquirente del mismo daría a ese ejemplar único [que a diferencia de la escultura o de la obra de arquitectura sería fácilmente reproducible]. Con toda probabilidad el comprador lo disfrutaría en privado, protegiéndose ferozmente frente a los amigos de lo ajeno, como el coleccionista de obras de arte guarda éstas en su casa bajo fuertes medidas de seguridad. Los ciudadanos menos pujantes tendríamos que conformarnos con ir a los museos a escuchar música grabada en discos, o con esperar a que nuestro Ayuntamiento pudiese adquirir, contra un fuerte desembolso de dinero público, algún disco de vez en cuando, que tal vez se escuchase por la megafonía de un parque bajo estricta vigilancia policial. Esta reducción al absurdo pone de manifiesto que no es éste el esquema de explotación y disfrute que conviene a la música grabada en fonogramas, la cual, básicamente por la eminente reproducibilidad del soporte, presenta unas características completamente distintas a las de las obras plásticas y arquitectónicas[14]. Precisamente por eso, el sistema de explotación y disfrute de estas últimas no puede servir de modelo al de las obras musicales o audiovisuales, mal que le pese a JCRI.

C) LA COMERCIALIZACIÓN DE LAS OBRAS INTELECTUALES EN CIERTOS SECTORES: FORMATOS DE PRODUCCIÓN *VERSUS* FORMATOS DE CONSUMO

La siguiente reflexión de JCRI tiene que ver no tanto con la esencia de los derechos de autor sino con el modo en que se comercializan algunos productos que llevan incorporado un derecho de este tipo. Para ilustrarla JCRI acude a un nuevo ejemplo —a una parábola, como la llama AMM en el artículo II— que tiene como protagonistas a las naranjas. Dice que cuando él va a comprar dos kilos de naranjas el frutero se limita a cobrarle por lo que ha pedido, sin pretender venderle dos kilos de melones o tres kilos de manzanas. Y añade que se ha sentido como si el frutero hubiera tenido

tal propósito cuando, al ir a la tienda de discos, el vendedor le ha querido vender un disco en el que se contenían muchas más canciones aparte de la única en la que él estaba interesado.

JCRI confunde al lector, y seguramente se confunde él, con el ejemplo que pone. La fruta al por menor se comercializa habitualmente por unidades de kilos, que puede ser incluso un término de referencia excesivo para un concreto consumidor, interesado en adquirir una cantidad inferior al kilo. Ciñéndonos al ejemplo en cuestión, es muy frecuente que determinados tipos de naranjas se despachen en mallas de tres o de cinco kilos, con lo que, por más que JCRI hubiera insistido en que el frutero rompiese la malla para dispensarle sólo dos kilos de naranjas, habría sido tan inútil como solicitar del vendedor de discos que le suministrase un disco con una sola canción. La mayor parte de los productos que se ponen en el mercado se comercializan en un formato predeterminado, que es el que sirve a asegurar la rentabilidad de la producción o la mayor eficiencia en el transporte o en la distribución al por menor, sin que sea posible adaptar de manera perfecta el formato de comercialización al formato de consumo. Así, muchas conservas se dispensan en embalajes de tres latas, los huevos se comercializan en estuches de seis o de doce unidades y los yogures suelen presentarse en paquetes de cuatro envases. Algo similar sucede con la música: no debe de resultar rentable poner en marcha un estudio de grabación, convocar a los músicos y artistas, desplegar una campaña publicitaria y de promoción, para vender un disco que contenga una sola canción, por mucho que ésta sea la medida que interese a un determinado consumidor. Por eso, del mismo modo que no se puede ir a una gran superficie con la pretensión de adquirir una anchoa o la mitad de un paquete de arroz, tampoco cabe empeñarse en que el productor de discos fabrique un soporte con una sola canción, o que el vendedor de discos distribuya un soporte donde aparezca grabado únicamente ese tema. Mejor dicho, esto constituía un empeño vano en el mundo analógico pero ha dejado de serlo en la era Internet, en contra de lo que pretende dar a entender JCRI, pues la adquisición de una canción aislada se ha hecho posible a través de las tiendas de música virtuales.

De este modo, la argumentación de JCRI se vuelve en su contra: no es ya que en el ámbito musical suceda exactamente lo mismo que en muchos otros campos de la comercialización de productos de consumo al por menor, sino que a diferencia de esos otros sectores, en éste —gracias a Internet— se ha hecho posible ajustar prácticamente a la perfección el formato de consumo al de comercialización. Paradójicamente, su reproche podía tener sentido en el mundo analógico, que es donde dice que siguen anclados los productores discográficos, pero una simple visita al almacén virtual *iTunes*, u otro similar, desmiente esa afirmación. Así pues, JCRI no sólo no ha acertado al poner el ejemplo de las naranjas, sino que tampoco lo ha hecho al dirigirse a una tienda de discos tradicional para adquirir una canción aislada: él mejor que nadie debería saber —puesto que se describe a sí mismo como un emigrante de la realidad física a la sociedad virtual— que para eso hay que acudir a una tienda de música *on-line*.

D) CONCLUSIÓN: UNA PROPUESTA PARA QUE LOS AUTORES NO SE MUERAN DE HAMBRE O LA PANACEA DEL ESTADO SUBVENCIONADOR

La propuesta que formula JCRI al final del artículo I es tributaria, sin duda, de su larga trayectoria en el desempeño de altas responsabilidades de gobierno, pues se atisba en ella una fuerte *deformación profesional* de índole subvencionadora. En lugar de dejar que sea el mercado el que se ocupe de asegurar a los autores la justa retribución por la explotación de sus obras, JCRI pretende dejar a los autores sin derechos [de propiedad] y a los ciudadanos sin dinero. Los autores tendrían todo lo más un "derecho a recibir algún tipo de remuneración", tomando como base lo que en los últimos años se viene recaudando en concepto de compensación equitativa por copia privada, y

al Estado le correspondería garantizar el pago de esa cantidad, sucesivamente actualizada, a favor de "la industria cultural nacional", la cual la repartiría después entre los creadores "en función de los ingresos declarados por venta de sus obras en las respectivas declaraciones de la renta".

Incluso si estuviéramos dispuestos a admitir hipotéticamente una propuesta de este tipo, que vendría a suponer una suerte de nacionalización de los derechos de propiedad intelectual de improbable encaje constitucional, además de contraria a los compromisos internacionales suscritos por el Reino de España en materia de respeto a los derechos de autor, no podríamos ignorar las incoherencias internas sobre las que se sustenta.

En primer lugar, porque el sostenimiento estatal de la creación intelectual lo ciñe JCRI a la industria cultural *nacional*, lo que deja fuera a las industrias culturales foráneas (v. gr. grandes casas discográficas y estudios audiovisuales estadounidenses), las cuales lógicamente dejarían de comercializar sus productos en nuestro país, a no ser que pensemos que estas empresas estarían dispuestas a seguir explotando aquí sus creaciones a cambio de nada.

En segundo lugar, porque coloca a la industria cultural en el papel de intermediaria o redistribuidora *ad intra* de las cantidades abonadas por el Estado, sin hacer ninguna aclaración sobre el beneficio que le cabe a la propia industria, la cual, como es consustancial a su naturaleza, no estaría dispuesta a sostener unas producciones sin poder obtener a cambio unos beneficios. Cuando las relaciones entre la industria y los autores se desenvuelven sobre el telón de fondo del mercado, las remuneraciones respectivas tienden a venir marcadas por el éxito o fracaso comercial de la obra, pero cuando los ingresos de ambos provienen de una fuente de financiación estatal, que es además controlada por la industria, el autor tendrá menos garantías de que su retribución guarda proporcionalidad con los beneficios de la industria, y de que tanto una como otros se sustentan sobre bases objetivas. Por lo demás, dada la imposibilidad de obtener auténticos beneficios comerciales, los inversores no tardarían en migrar hacia otros sectores industriales.

Tercero, hasta el momento actual la función de redistribución o reparto de lo recaudado por derechos de autor y similares la vienen desempeñando las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, que aglutinan los intereses colectivos de los autores y demás titulares a ellas adheridos[15], entidades cuyo régimen se halla establecido por Ley y cuya gestión controla la Administración del Estado. No se ve de qué modo podría resultar más transparente —como sugiere JCRI— llevar a cabo el reparto de esas cantidades abonadas por el Estado a través de las industrias culturales (cuyos intereses están confrontados con los de los autores, con quienes les ligan contratos de cesión de derechos), que a través de las entidades de gestión (las cuales representan a los propios autores a nivel corporativo, y están ligadas a ellos por contratos asociativos y de gestión).

En fin, resulta ilógico —a la par que arbitrario— que el punto de referencia para las cantidades que tendría que abonar el Estado haya de ser "el importe de ingresos por compensación por copia privada que se ha recaudado con la legislación vigente en los últimos tres años", pues lo que los autores perciben en concepto de compensación equitativa por copia privada es sólo una parte, relativamente pequeña, del monto global de sus ingresos por la explotación de sus obras[16]. Es más, lo procedente de la compensación equitativa por copia privada no es imputable, por definición, a una genuina explotación de las obras, sino a una actividad lícita y permitida aunque sujeta a un gravamen, como es la realización de copias privadas. La propuesta de JCRI vendría a suponer una reducción del contenido económico de los derechos de autor a lo que en la legislación vigente no constituye sino una ínfima parte del mismo.

Sin embargo, la principal objeción que se puede hacer a una propuesta que centralice en el Estado la remuneración de los creadores intelectuales es que no sirve para realizar una más eficiente asignación de los recursos económi-

cos, pues distribuye de manera más imperfecta —entre todos los ciudadanos, en lugar de entre todos los consumidores de obras— el coste social necesario para lograr el afloramiento de bienes intelectuales, desvía hacia una instancia pública las decisiones sobre qué obras han de crearse o producirse, o sobre qué autores han de ser remunerados y en qué medida, y no permite discriminar, o sólo de manera rudimentaria, los precios o los incentivos en función de la acogida que la obra tenga entre el público[17].

Para terminar, a todas las *dificultades para entender* que JCRI exhibe a lo largo del artículo I se suma la más llamativa de todas, aquélla que se manifiesta en su afirmación de que no es posible entender la propiedad intelectual desde una concepción de izquierdas. Ante semejante aserto sólo caben dos posibilidades: o que JCRI no entienda la propiedad intelectual, o que no entienda lo que es la izquierda. Como debemos suponer que un político que pertenece y ha representado durante tantos años a un partido de izquierdas no puede dejar de entender en qué consiste ese ideario, hay que concluir que lo que sucede es lo primero.

Podrían darse argumentos para sostener que la propiedad intelectual es perfectamente entendible tanto desde una posición de izquierdas como desde una posición de derechas, pero vayamos con lo primero que es lo que ha puesto en duda JCRI. El creador intelectual, por definición, alumbra un objeto que antes no existía en la realidad de las cosas, y con ese acto da a luz no sólo un nuevo bien inmaterial sino también un nuevo derecho sobre el mismo, que se le pasa a asignar a él en su condición de autor. Lo expresa muy bien el artículo 1 LPI: la propiedad intelectual sobre una obra "corresponde al autor por el solo hecho de su creación". La creación es un modo de adquisición de la propiedad intelectual que resulta exclusivo y excluyente de la misma: exclusivo, porque ningún otro tipo de propiedad puede adquirirse por este medio (el ser humano no puede crear *ex nihilo* bienes materiales), y excluyente porque no hay otro modo de adquirir originariamente esta clase de propiedad. Gracias pues a la creación intelectual sujetos que no tienen adquiridos ninguna otra clase de bienes por otros medios (v. gr. herencia, donación, compraventa) pueden, en virtud de su solo talento y esfuerzo, devenir titulares de un derecho de propiedad.

Por otro lado esa propiedad, que se asigna originariamente al creador, y que puede luego pasar a los cesionarios y herederos de éste, tiene un plazo de duración limitado (toda la vida del autor y hasta setenta años después de su muerte), no porque a partir de ese momento el objeto de esa propiedad se extinga o desaparezca, sino porque a partir de entonces dicho objeto deja de estar sometido a la propiedad privada y pasa, por ministerio de la ley, al dominio público (artículo 41 LPI), lo que da idea de la función social tan intensa que cumple esta clase de propiedad. Es decir, a diferencia de lo que sucede con la propiedad sobre los bienes materiales, que dura tanto como duren esos bienes, y que por consiguiente es sucesivamente heredable sin sujeción a un límite temporal, la propiedad intelectual no puede pasar indefinidamente de unas generaciones a otras, lo que evita que se perpetúen derechos de propiedad en el seno de determinados grupos familiares.

En suma, la creación intelectual propicia la generación de nuevos estatus de propiedad privada no basados en la riqueza previa, sino sólo en las capacidades y talentos intelectuales de los propios creadores. Aparece por tanto como una cuña que se introduce en el *statu quo* dando lugar a una permanente actualización del panorama de propietarios privados, lo que redunda en un cierto grado de progreso o transformación social. Al mismo tiempo, no cabe la posibilidad de que las relaciones de dominio a que da lugar se perpetúen, pues se trata de una propiedad sujeta a un término legal de duración. En vista de todo ello, ¿cómo no va a poder entenderse la propiedad intelectual desde una perspectiva de izquierdas, si es probablemente la situada más a la izquierda de todas las propiedades?

3. EL ARTÍCULO II: "PARÁBOLA DE RODRÍGUEZ IBARRA Y LAS NARANJAS", DE ANTONIO MUÑOZ MOLINA

El artículo II está redactado en clave de respuesta al artículo I. Hay en él algunos elementos que no se dirigen tanto a la justificación de los derechos de autor como a poner en evidencia las contradicciones personales en que incurre JCRI, lo que hace que gran parte de los argumentos en él empleados no interesen a nuestro propósito. Sí interesa en cambio, en relación con el objeto de este trabajo y al hilo de la parábola empleada por JCRI, la reflexión acerca de que, para que la fruta sea vendida por un minorista, tiene primero que ser cultivada por un agricultor y después distribuida por un transportista. Mediante este paralelismo se puede atisbar un principio clave en materia de derecho de autor: el precio pagado por un bien cultural está remunerando no sólo a quien ocupa el último eslabón de la cadena, sino indirectamente a todos los que han contribuido a la cadena de valor, y antes que a nadie al propio autor, que dio el impulso inicial para que pudiera existir un bien al que agregar valor en fases sucesivas. Como dice AMM, no se puede pretender pagar sólo por una parte del producto excluyendo las aportaciones de quien nos parezca oportuno, porque el producto entero es el resultado de un proceso creativo y productivo único que culmina en un determinado formato de comercialización. Tratar de despiezar ese producto o ese formato con el pretexto de que no todo en él interesa, sería tanto como no querer abonar un precio suficiente como para remunerar, además de al minorista, al distribuidor, al productor y al autor. Nos guste o no, la comercialización de música y cine se basa en complejas cadenas compuestas de la labor sucesiva de muchos sujetos. Todos ellos merecen su parte de retribución, y si no la tuvieran el producto sencillamente no existiría o no llegaría a nuestras manos.

El interés del artículo II aumenta cuando AMM focaliza su crítica en la parte del artículo I en la que JCRI viene a decir que no sólo no quiere pagar por más de lo que estrictamente desea, sino que cuestiona incluso la razón de ser de que haya derechos de autor que obliguen a pagar a éste cuando se explotan las obras sobre los que tales derechos recaen. Frente al argumento de que toda obra presenta con las creaciones anteriores un grado manifiesto de similitud, lo que determina que no haya razones para atribuir a quien la realice un derecho exclusivo sobre ella, AMM contrapone que no sólo no es cierto que esas similitudes sean tan habituales, sino que cuando se producen deben ser contempladas desde el prisma de la posible infracción de derechos sobre la obra preexistente, exactamente igual que cuando se invade, usurpa o daña cualquier otro derecho de propiedad ajeno, hasta el punto de que si el parecido de una obra con otra anterior es muy acusado, lo que estará realizando el segundo sujeto será un plagio y no una creación[18].

Menos convincente resulta, sin embargo, el segundo de los argumentos que emplea AMM para combatir el aserto de JCRI acerca de que toda canción se apoya en otras anteriores. Dice AMM que una canción no sólo proviene de otras canciones sino también "de mucha gente que ha trabajado para que llegue a su estado final: casi tanta como la que se necesita para que las naranjas aparezcan en la frutería del señor Rodríguez Ibarra", agregando que si éste se marcha de la frutería sin pagar sus dos kilos descubrirá que el frutero irá tras él llamándole ladrón. Con ello parece querer decir que cuando no se reconocen o respetan los derechos de autor sobre una obra también se están conculcando los derechos de propiedad intelectual de toda una serie de sujetos, aparte del autor, que contribuyen a lograr que el producto llegue hasta el consumidor final. Esto es cierto sólo a medias, pues no todos los que participan en la cadena de creación y producción de una grabación musical o audiovisual, por ceñirnos a estos ejemplos, ven premiada su labor con el reconocimiento de un derecho de propiedad intelectual. Sólo un número limitado de actividades tienen la virtud de generar a favor de quienes las realizan derechos de propiedad intelectual. Básicamente esas actividades son

de tres tipos: creativas en sentido estricto (autores), interpretativas (artistas) y organizativas (productores), estas últimas siempre que vayan dirigidas a la obtención de la grabación matriz de la obra en su versión sonora o audiovisual. La reproducción o distribución no consentida de una grabación musical o audiovisual implicará, por tanto, la infracción de los derechos del autor, la infracción de los derechos de los artistas que hubiesen intervenido en dicha grabación y la de los derechos del productor bajo cuya organización se hubiese realizado dicha grabación. Frente a ello, el distribuidor al por menor de soportes que contengan grabaciones musicales o audiovisuales —CD, DVD— no ostenta, por esa sola condición, ningún derecho de propiedad intelectual, y si alguien se marcha de su establecimiento con un determinado número de discos o vídeos sin pagar, aquél sufrirá simplemente una vulneración de su propiedad ordinaria sobre tales objetos materiales, exactamente de la misma naturaleza que la experimentada por el frutero cuando alguien se marcha de su frutería sin abonar dos kilos de naranjas.

Esta confusión entre el plano material y el inmaterial, entre el estatus de quienes tienen derechos de propiedad intelectual sobre determinados objetos inmateriales (obras, interpretaciones, producciones) y quienes sólo ostentan la propiedad ordinaria sobre objetos materiales aunque éstos sean el soporte físico de aquéllos, se refleja en la parte final del artículo II, en la que parece ponerse en igualdad de posición la aportación de valor en el plano inmaterial de la obra y la aportación de valor en el plano material de los soportes o medios que pueden servir para comercializarla o difundirla, pues se resalta el principio de que *toda actividad que genera un valor* debe ser justamente remunerada. La reflexión no es del todo adecuada porque los autores no sólo generan un valor sino que crean un nuevo ente de naturaleza inmaterial, alumbran un bien que viene a acrecer el universo de cosas susceptibles de ser objeto de un derecho de propiedad.

Precisamente por eso no es apropiado comparar el trabajo de un autor con el del quiosquero, el del impresor o el del que barre una calle —como hace AMM—, porque ninguna de las actividades que estos últimos realizan es creativa en el sentido de dar lugar al alumbramiento de un nuevo objeto inmaterial, ni por consiguiente generan derechos de propiedad intelectual, por más que —como el autor, aunque seguramente en una dosis menor— todos ellos puedan emplear "la suma de inteligencia, perseverancia y variadas destrezas". Decir que "no hay nada valioso que no sea fruto del trabajo de alguien" es una afirmación demasiado genérica como para ser útil de cara a resaltar las peculiaridades del *trabajo* del autor frente al de otros profesionales. De ahí que el artículo II, con estar sustancialmente mejor orientado en términos generales, a la postre tampoco resulte demasiado provechoso para entender los derechos de autor, y ello a pesar del plausible esfuerzo de AMM para lograrlo.

La clave del sistema del derecho de autor es que, mediante la atribución al autor de la propiedad sobre el objeto creado, asegura a éste una forma directa de obtener un retorno económico a cambio de su trabajo intelectual. No se remunera el trabajo en sí, sino aquél que concluye en la gestación de una obra original. A diferencia de otras dedicaciones, el autor no obtiene ninguna recompensa si, a pesar de todo su esfuerzo, no logra alumbrar una obra original. Frente a ello, los auténticos trabajadores perciben su salario con independencia del resultado final de su trabajo, y en concreto con independencia de que ese resultado sea o no una obra intelectual original.

Por todo ello el autor no es un trabajador, ni sus *royalties* son técnicamente un salario. La equiparación con el trabajador por cuenta ajena no es apropiada porque el trabajador no autor no alcanza la consecución de un bien inmaterial. Es más, para los casos en que el autor realice su labor creativa precisamente en calidad de trabajador por cuenta ajena, lo que la Ley prevé es una presunción de cesión al empleador de los derechos de explotación sobre la obra (artículo 51 LPI). Ésta sería la mejor prueba de que el autor, salvo el caso excepcional de que cree para otro en el seno de una

relación laboral, es un trabajador por cuenta propia, un sujeto económicamente autónomo, ligado por contratos de explotación de sus obras (edición, producción), carentes de las notas de dependencia y ajenidad propias del contrato de trabajo. Su retribución no constituye un salario sino el pago que los terceros deben hacerle por llevar a cabo una explotación de un objeto de su propiedad. Diríamos que, en virtud de la propiedad intelectual, el medio de producción lo retiene el autor en su poder, a diferencia de lo que sucede en una relación de trabajo, donde los medios de producción los tiene el empresario, incluida la fuerza de trabajo del propio trabajador, quien recibe su salario a cambio de prestarla[19].

4. EL ARTÍCULO III: "DERECHOS DE AUTOR, ANTES Y AHORA", DE JUAN C. RODRÍGUEZ IBARRA

A) INTERESES PARTICULARES *VERSUS* INTERESES GENERALES

Este tercer artículo comienza con una suerte de desquite de JCRI frente a las críticas recibidas de AMM en el artículo II. En esencia, JCRI viene a sostener que AMM defiende intereses personales, y que pretende cercenar el debate en nombre del *lobby* de las industrias culturales, mientras que él (JCRI), que sí puede hablar en nombre de los intereses de todos, defiende "una nueva forma de entender estos derechos", en pos de la "socialización de la cultura", teniendo en todo caso como propósito abrir las mentes y hacer dudar del discurso dominante.

Antes que nada habría mucho que discutir sobre cuál es el discurso dominante, porque a día de hoy es dudoso que lo sea el de las industrias culturales en lugar del de las industrias de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Alguna capacidad de influencia deben de tener estas últimas cuando entre muchos internautas ha arraigado la convicción de que sus intereses como usuarios de Internet sólo pueden quedar salvaguardados a costa de los de los autores y demás titulares de propiedad intelectual.

Por otro lado, aunque fuera cierto que AMM escribe en nombre de determinados intereses particulares, no se ve qué inconveniente hay en hacerlo pues no parece que sea ilegítimo defender lo que es de uno. Tanto peor es presentarse como abanderado de los intereses generales cuando con ello tal vez se esté sirviendo a los intereses de un sector tan poco necesitado de defensa como es el de las industrias de las TIC. En general, debe desconfiarse de quien dice no perseguir ningún interés particular, o acusa a otros de hacerlo, pues es difícil evitar que las opiniones en esta materia, aunque sea de manera indirecta, favorezcan unos intereses particulares en detrimento de otros de igual signo.

La contraposición entre intereses particulares de los autores e intereses generales de la sociedad, como si el respeto a la propiedad intelectual fuese siempre en detrimento de estos últimos, es falsa. El equilibrio entre unos y otros intereses está captado por la legislación sobre propiedad intelectual, la cual, como toda propiedad privada —ya se ha dicho *supra*— está llamada a cumplir una función social. En su caso dicha función social se traduce en el sometimiento a una duración legal máxima y a unos poderosos límites que favorecen un buen número de usos libres, susceptibles de ser realizados sin permiso del titular. Se puede discutir si el equilibrio entre intereses colectivos e individuales está bien captado por la Ley, pero no es de recibo presentar la propiedad intelectual como una propiedad absoluta cuya regulación legal no tiene en cuenta los intereses generales.

A lo anterior debe añadirse que la legislación de propiedad intelectual ha conocido ya una notable puesta al día a fin de adaptarla a las exigencias de las nuevas tecnologías[20]. No es cierto por tanto que se trate de una legislación obsoleta, sino que debe considerarse una legislación relativamente moderna, lo cual no es óbice para que puedan proponerse nue-

vas actualizaciones o mejoras, pues sin duda es posible refinar aún más la regulación de la propiedad intelectual en la sociedad de la información. Lo que sobran en este momento son críticas acérrimas que no aportan nada a la labor de construir esa nueva regulación, y lo que faltan son propuestas constructivas y concretas que ayuden a conseguir ese objetivo.

B) LOS DERECHOS DE AUTOR: CONQUISTA RECIENTE

Hay una afirmación que JCRI realiza aparentemente de pasada pero en la que vale la pena detenerse, siquiera sea porque se oye con bastante frecuencia en ciertos medios[21]. Es la relativa a que los derechos de autor "no existen desde toda la vida, sino desde que, como consecuencia de la aparición de una nueva tecnología (la invención de la imprenta) se empezó a legislar sobre esa materia". "Antes de eso —añade— los creadores ya existían pero no contaban con ese privilegio".

Llama la atención para empezar el término de referencia utilizado pues, aunque se trate de una frase hecha ("desde toda la vida"), resulta poco afortunada en este caso, si se repara en que la aparición de la imprenta en Europa se suele datar hacia 1450. Por consiguiente, debe considerarse muy estimable que sobre una determinada materia se haya comenzado a legislar nada menos que hace cinco siglos y medio, periodo que sorprendentemente a JCRI le parece corto. En cualquier caso, la relativa novedad de una regulación legal —que en este caso no se da, a menos que entendamos como novedosa toda institución que no hunda sus raíces en el Derecho romano— es un argumento de poco peso, pues es sabido que una gran cantidad de instituciones jurídicas proviene de conquistas políticas y sociales que han tenido lugar en las últimas centurias o incluso décadas. Antes del advenimiento del Nuevo Régimen no existía un reconocimiento formal de derechos individuales tales como la libertad de expresión, la libertad de asociación o el derecho al voto. Hay que esperar a 1948 para que la ONU proclame a nivel universal una Declaración de los derechos humanos. Los derechos llamados "de tercera generación" (derechos de los consumidores, derecho a la protección del medio ambiente) se han incorporado a los ordenamientos de los países más avanzados en el transcurso del último cuarto del siglo XX. ¿Debemos poner también bajo sospecha a todas estas instituciones, reconocidas a nivel jurídico mucho más tardíamente que los derechos de autor, sólo por su escasa solera? JCRI debería saber que si por algo se caracterizan los derechos individuales que en la actualidad reconocen los textos constitucionales de los países más avanzados es por no haber sido reconocidos "desde toda la vida". Conforme a una concepción progresista de la historia y del transitar del ser humano a través de ella, el hecho de que determinada figura jurídica haya obtenido reconocimiento en una época reciente debería ser la mejor garantía de que tras ella no late el intento de perpetuar un antiguo privilegio.

En cuanto a la utilización del término "privilegio" para designar la propiedad de los autores sobre sus obras, JCRI no podía haber empleado otro menos apropiado. Ciertamente, tras la invención de la imprenta, no surgieron de inmediato los derechos de autor tal y como ahora los conocemos, sino que el instrumento de protección adoptó la forma de *privilegios de impresión*, los cuales eran concedidos por el príncipe o soberano de turno a los impresores o editores por un cierto número de años[22]. Sólo tras la superación del Antiguo Régimen aparecerá el reconocimiento de un derecho individual, a modo de una propiedad, a favor de los autores. A partir de ese momento, la protección de las obras deja de canalizarse a través de privilegios para pasar a hacerlo a través de derechos, que son justamente lo contrario de aquéllos. Por consiguiente, emplear hoy en día el término "privilegio" para referirse a los derechos de autor sólo puede explicarse por dos razones: (a) una profunda ignorancia de las categorías jurídicas; (b) una actitud tendenciosa dirigida a describir el derecho de autor de tal modo que resulte más odioso o rechazable.

C) EL ADALID DEL *SOFTWARE* LIBRE

JCRI pone como muestra de su conocimiento de la propiedad intelectual y las nuevas tecnologías el hecho de que impusiera en los centros escolares de su región el *software* libre[23], sufriendo por ello "la incomprensión y la denuncia del mismísimo Bill Gates", cuya actitud no duda en comparar con la de AMM. La expresión *software* libre es ambigua, como lo es su correspondiente inglés "*free software*". Este término puede tener al menos tres significados: (i) *software* gratuito; (ii) *software* que otorga al usuario libertad para usarlo, distribuirlo y modificarlo; (iii) *software* de código abierto. Ninguno de estos tres tipos de *software* tiene por qué reunir necesariamente las características de los otros dos, y todos ellos son por lo demás compatibles con la protección brindada por la propiedad intelectual.

La distribución gratuita de *software* en nada contradice dicha protección, pues ningún inconveniente hay, desde el punto de vista de la protección de los derechos de autor, en que todos o parte de los ejemplares de una obra se distribuyan al por menor de forma gratuita. El autor puede estar conforme con esa forma de distribución y renunciar a percibir una contraprestación por la explotación de su obra (el artículo 46 LPI no parte de la premisa de que la cesión de derechos de autor deba ser onerosa), o bien puede haber percibido su retribución a tanto alzado por elaborar el programa, siéndole indiferente cómo lo distribuya a posteriori su cesionario.

Tampoco resulta contradictorio con la protección de los programas de ordenador por el derecho de autor, el hecho de que se conceda al usuario del programa un abanico más o menos amplio de facultades para usar y ejecutar el programa, copiarlo, estudiarlo, distribuirlo, modificarlo y distribuir las modificaciones por él introducidas[24]. De hecho, algunas de esas acciones son normalmente permitidas por las licencias de uso que acompañan a los programas distribuidos comercialmente, e incluso se configuran en los textos legales como límites a los derechos, precisamente al objeto de que tales licencias no puedan excluirlas. Así, los tres primeros apartados del artículo 100 LPI establecen la necesidad de que al usuario legítimo de un programa de ordenador no se le impida: (a) reproducir, e incluso transformar el programa, incluida la corrección de errores, cuando ello sea necesario para utilizarlo; (b) realizar una copia de seguridad; (c) estudiar su funcionamiento a fin de determinar las ideas y principios en los que se basa. El artículo 100.4 LPI dispone incluso que, salvo pacto en contrario, el cesionario de los derechos de explotación sobre un programa está facultado para realizar versiones sucesivas del programa y programas derivados.

En cuanto al *software* de código abierto, o de fuente abierta, se apoya en una filosofía de programación consistente en desvelar el código del programa para facilitar la realización de versiones derivadas a partir de él u otros programas informáticos que interactúen más fácilmente con él, pero no envuelve una renuncia a los derechos de autor sobre los programas de ordenador creados bajo esas consignas, ni desde luego va necesariamente ligado a una comercialización gratuita de los programas, debiendo más bien relacionarse con cuestiones de libre competencia que con cuestiones de derecho de autor. Una prueba de que la protección por el derecho de autor no está reñida con la apertura del código interno de los programas de ordenador es que el artículo 100.5 LPI permite reproducir y traducir dicho código —lo que se conoce como descompilación— a fin de obtener la información necesaria para lograr que un programa pueda interoperar con otro creado de forma independiente.

Sea como fuere, es claro que los creadores de *software* libre, si lo entendemos tanto en un sentido como en otro, aceptan voluntariamente distribuir el programa en esas condiciones, por lo que ser partidario de esta clase de *software* no tiene por qué conllevar una posición beligerante frente a los autores que desean hacer valer sus derechos exclusivos de propiedad intelectual sometiendo a autorización la explotación de sus obras. El sistema jurídico no debe favorecer unas u otras fórmulas de crea-

ción y comercialización, sino que ha de dar cabida tanto a los que deciden explotar sus obras bajo licencia y mediante precio como a los que prefieren optar por fórmulas de diseminación libre y/o gratuita. Por otro lado, decantarse por el empleo de *software* libre en el seno de la Administración pública es una cosa, y otra muy distinta propugnar su generalización a otros ámbitos o la extrapolación de su filosofía a toda clase de obras[25].

D) OTRA VEZ EL ESTADO

Frente al modelo que defiende AMM, y que le serviría —según su antagonista— para asegurar su *modus vivendi* para él y para su descendencia durante los próximos setenta años, JCRI vuelve a enarbolar la propuesta que ya lanzara en el artículo I: que el Estado se comprometa a mantener la actividad creadora de nuestro país "al estilo de lo que se hace en la producción cinematográfica, sin que nadie —asegura JCRI— se haya rasgado las vestiduras"[26]. No se alcanza a entender por qué debería preferirse que los autores perciban su retribución a través de un sistema de subvenciones públicas, en lugar de que sea el mercado el que les asigne o no un retorno económico por su actividad, en función —como ocurre con el resto de bienes y servicios— del nivel de aceptación que la obra en cuestión merezca entre el público al que va destinada.

Pero por encima de otras objeciones que pudieran formularse prevalece una, y es que una creación subvencionada con dinero público es, por definición, una creación menos libre, ya que estará dirigida u orquestada desde las instancias políticas y, por eso mismo, será presumiblemente menos crítica y más sumisa hacia el gobernante de turno, de quien en última instancia dependerá el sustento económico del autor[27].

Sorprende sobremanera que ésta sea la fórmula de incentivar la creación surgida de esa labor de repensar el derecho de autor que propone JCRI, pues más que un avance parece un retroceso hacia modelos de producción intelectual estatalmente planificados, en los que los contenidos de las obras son sometidos a fiscalización a fin de decidir si se favorece o no a sus autores, los cuales son discriminados en función de afinidades ideológicas o personales. No parece que en el siglo XXI, en un país avanzado, deba ser el Estado el que remunere de forma directa a los autores, convirtiéndolos en una suerte de creadores públicos a sueldo y privándoles de la posibilidad de patrimonializar sus creaciones, explotarlas de manera autónoma y percibir unos *royalties* a cambio de dicha explotación.

E) SUPERANDO LA EXPLOTACIÓN BASADA EN EL SOPORTE FÍSICO

Considera JCRI que ante la llegada de las nuevas tecnologías el derecho de autor debe ser reformulado, y señala en particular la inutilidad de un concepto del mismo "basado en el uso de un soporte". Se trata de una consideración en alguna medida pertinente, pues es cierto que algunas de las formas tradicionales de explotación de los bienes intelectuales basadas en la reproducción y distribución de ejemplares físicos, han cedido el paso a otras nuevas caracterizadas por su naturaleza intangible, consistentes fundamentalmente en la puesta a disposición del público de los contenidos en una red que permite el disfrute interactivo de los mismos. Sin embargo, hay que apresurarse a puntualizar que ni todas las formas tradicionales de explotación de las creaciones intelectuales son de naturaleza tangible, ni la regulación de la propiedad intelectual es tan rígida que no se pueda adaptar a las formas de explotación de carácter incorporal.

Para empezar, el artículo 10 LPI ya admite que la obra esté expresada en un soporte tangible o intangible, rasgo que dicho precepto considera indiferente de cara a obtener la protección por el derecho de autor. Por otra parte, frente a los derechos de reproducción y distribución, nuestra Ley —como otras muchas— reconoce el derecho de comunicación pública, modalidad de explotación que prescinde de la diseminación de ejemplares de la obra entre el público. Más en concreto, entre el catálogo de

formas de comunicación pública se encuentra la «puesta a disposición del público», variante que se define como la comunicación pública interactiva de una obra de tal forma que el público pueda acceder a ella desde el lugar y en el momento que elija (artículo 20.2.i/ y concordantes LPI). De este modo, no cabe decir que en ordenamientos como el español la regulación legal de la propiedad intelectual no capta la evolución que se ha producido en lo tocante a las formas de comercialización de las obras intelectuales. Por lo mismo, la defensa de los derechos de autor, como la que pueda haber hecho AMM en el artículo II, en modo alguno significa —como en cambio sostiene JCRI, calificándola de paso como "disparate"— "pretender seguir disfrutando de los derechos de autor basado en el soporte". Puesto que siempre, y hoy tal vez más que nunca, la propiedad intelectual ha envuelto tanto la explotación a través de soportes tangibles como la explotación incorporal por vía de comunicación pública, la reivindicación de los derechos de los creadores no representa sólo la defensa de la primera de esas facetas, o de los modelos de negocio basados en la distribución de ejemplares tangibles.

La acusación de que existe un determinado número de creadores que conforman un *lobby* dirigido a "seguir disfrutando de unos derechos basados en la cultura analógica, ignorando los efectos que la digitalización está produciendo", carece del más mínimo fundamento, pues en la actualidad ningún creador sensato se plantea mantener su obra al margen de los circuitos de explotación digitales. Es más, los autores constituyen uno de los grupos de población probablemente más familiarizado con las nuevas tecnologías y más proclive a servirse de las ventajas que la digitalización ofrece. Lo mismo vale para las industrias culturales, por más que esa adaptación haya podido ir en algunos casos —v. gr. en el sector discográfico— a un ritmo más lento del deseable[28].

Dice JCRI que "es posible que los intereses económicos de ese *lobby* [se refiere al de los creadores] se vean dañados como consecuencia de la digitalización", pero debería agregar que tales daños no están justificados cuando tienen su origen en conductas vulneradoras de derechos ajenos. Ningún inconveniente hay en que, dentro del respeto a los derechos de propiedad y a las reglas de la libre competencia, unos agentes del mercado se vean desplazados por otros (ello no representa un "daño" en sentido técnico-jurídico). Si la evolución tecnológica demanda cambios en la forma de comercializar ciertos productos, no cabe duda de que quienes no logren adaptarse a tiempo serán expulsados del mercado y sustituidos por los que reaccionen de manera más ágil, y nada hay que objetar si como consecuencia de esa lentitud adaptativa las cuentas de resultados de determinadas empresas arrojan pérdidas en lugar de beneficios, pues no se trata de asegurar a ultranza los beneficios de unas empresas en detrimento de los de otras.

El análisis cambia cuando determinados agentes del mercado no actúan con respeto a los derechos de otros o a las reglas de la libre competencia. Si en lugar de diseminar por Internet una grabación musical previamente producida por él, un sujeto se sirve de la grabación musical producida por otro, aquél tiene la posibilidad de hacerlo de forma gratuita sin sufrir por ello una merma patrimonial, cosa que no puede hacer el segundo. El paisaje cotidiano de la explotación de bienes intelectuales en Internet nos ofrece la imagen de cientos de miles de internautas haciendo precisamente eso: diseminar gratis productos ajenos, sin asumir ningún coste y compitiendo con los propios productores por vía de ofrecer sin contraprestación alguna lo que estos últimos han generado con sus inversiones.

Cuando JCRI y otros pintan el panorama de Internet tienden a centrar la atención únicamente en la conducta, claramente minoritaria, de aquellos usuarios que emplean la red para difundir sus propios contenidos intelectuales —los creados y/o producidos por ellos—[29], conducta que no sólo no es objetable, sino que resulta digna de ser encomiada y alentada, como factor saludable para la creación cultural. Obviamente no es esa la clase de comportamientos frente a los que se muestran

recelosos los sujetos a los que JCRI inscribe en el *lobby* de las industrias culturales.

Por el contrario, la realidad demuestra que lo que circula masivamente por la red no son precisamente las creaciones *amateur* de autores noveles a los que Internet ha dado una oportunidad frente a las figuras del *establishment*, sino las realizaciones de músicos, artistas y compañías profesionales que han dedicado a ellas grandes esfuerzos creativos y empresariales, los cuales se ven frustrados a causa de los numerosos usos ilícitos de que son objeto. Por eso, no obstante apreciar que Internet ha traído consigo una revitalización de la creación intelectual merced a nuevas aplicaciones, como los blogs o las redes sociales, no puede dejar de observarse la gran penetración y mucho mayor alcance de aquellas aplicaciones que sirven para descargar o intercambiar videojuegos, canciones, películas y en general creaciones y producciones ajenas, sin el menor respeto a los derechos sobre las mismas.

En otro orden de cosas, considera JCRI que antes del advenimiento de Internet la publicación de un libro, la grabación de una pieza musical o la filmación de una película eran actividades al alcance únicamente de unos pocos elegidos, como si existiera algún tipo de restricción por razón de la persona o grupo social. Evidentemente no es así, el acceso a esas actividades se franqueaba a los individuos talentosos, en cuya labor intelectual estuviesen dispuestos a arriesgar su dinero un productor de cine, un editor o una casa discográfica. Y es que, si bien todo intento creativo es digno de respeto desde el punto de vista personal, no es en cambio susceptible de generar ganancias desde el punto de vista comercial. De ahí que la barrera de acceso a esas actividades viniera dada —y siga haciéndolo— por la calidad y el talento, factores éstos que dan la pauta a los inversores que las respaldan. Internet ha propiciado que millones de personas autoediten y difundan su canción, su libro o su película, pero no garantiza nada más, no hay mayores posibilidades de que determinadas creaciones intelectuales tengan más éxito dentro de la red que fuera de ella. De hecho, en la mayoría de esos casos Internet no pasa de ser un gran cajón colectivo en el que duermen muchas creaciones que nadie consulta, descarga ni disfruta. En otras palabras, Internet no ha universalizado el talento creativo, lo que por otra parte habría sido una gran sorpresa que ocurriera. A lo sumo, ha igualado el grado de difusión de todas las creaciones intelectuales, caseras y profesionales, talentosas y prescindibles.

F) SUPERANDO LA EXPLOTACIÓN MEDIANTE INTERMEDIARIOS

Resalta JCRI otra virtud de las nuevas vías de comercialización de la era Internet y es que propician que las obras vayan del autor al consumidor sin pasar por ningún intermediario, lo que evita que el producto final se encarezca como ocurría en el anterior modelo basado en el soporte tangible. El diagnóstico es correcto, y de hecho ese ahorro de costes en la cadena de distribución —unido a la atomización de las unidades de consumo que Internet hace posible—, que da pie a comercializar ciertos contenidos a un precio menor que en el mercado de la distribución física, representa una oportunidad que muchos titulares de derechos de propiedad intelectual han aprovechado, como lo recuerda el propio JCRI al aludir al caso de la tienda musical virtual de Apple (algo que por cierto olvidó hacer en el artículo I). En otros casos lo comercializado son productos de nueva creación, generados por autores noveles que acceden directamente al mercado de Internet, sin haber pasado antes por el de la distribución de soportes tangibles.

Es posible que los márgenes de ganancia que queden para el autor con arreglo a los canales de distribución tradicionales se aproximen al cinco por ciento, tal y como dice JCRI. Aunque pueda parecer exiguo, tal porcentaje puede arrojar un resultado muy abultado si la base sobre la que se proyecta es lo bastante elevada, un resultado sin duda superior al que se desprendería de aplicar una tasa más alta a un volumen menor de ingresos de explotación. Las grandes editoriales y productoras son capaces de efectuar cuantiosas inversiones en la

promoción de sus productos, lo que permite obtener unos ingresos de explotación superiores a los que lograría un autor que confiara la comercialización de su obra a sus solas fuerzas. Y si el éxito comercial de una obra se debe en gran medida a la promoción y publicidad realizada en torno a ella, parece lógico que la casa editorial o la productora concedan al autor un porcentaje menos elevado que si la obra se ha comercializado con escasa inversión por su parte.

Debemos insistir, por otro lado, en que muchos modelos de negocio en Internet se basan en el desconocimiento de los derechos de autor sobre las obras explotadas. En tales casos no cabe duda de que el consumidor final abona un precio mucho más asequible cuando no inexistente, pero la razón de esa baratura no se halla en la eliminación o reducción de intermediarios propiciada por Internet, sino en la falta de respeto de los derechos de los titulares y en la consiguiente omisión del pago de una retribución a favor de éstos[30]. Es obvio que esos modelos de negocio sustentados en la infracción masiva de derechos de autor, por muy modernos que resulten y por mucho que se adapten a las exigencias de los internautas, no pueden ser la alternativa que preconiza JCRI *al mercado basado en el soporte*[31].

A lo anterior hay que añadir que también en Internet hay intermediarios, aunque éstos no se vean o su presencia sea más sutil que la de los intermediarios en el mercado de la distribución de soportes tangibles. Me refiero a los proveedores de servicios de Internet, tales como los de acceso a la red, alojamiento de datos y enlaces a contenidos puestos en la red. Todos ellos intermedian entre el prestador del servicio original y los miembros del público[32], y si bien no añaden un valor que repercuta sobre el precio del producto final como ocurre en las cadenas de comercialización *off-line*, perciben ingresos por sus servicios, bien facturando por ellos directamente al internauta y/o a los proveedores de contenidos, bien recurriendo a métodos indirectos de obtención de ganancias, como la publicidad.

G) INDUSTRIAS CULTURALES *VERSUS* INDUSTRIAS DE LAS TIC

El compromiso entre la socialización de la cultura y el favorecimiento de la actividad del creador está plasmado en la LPI, y el discurso acerca del cambio de paradigma y de la comercialización exenta de soportes tangibles nada aporta a ese compromiso. No es creíble pensar que en los países avanzados la difusión de la cultura no está garantizada, con independencia de que haya más o menos compañías de música o de cine que se hayan decidido a comercializar sus productos en Internet prescindiendo de la distribución física. Debe evitarse incurrir en una mitificación de Internet, como si lo que pase fuera de la red no existiera y el hecho de que parte de la cultura se siga propagando mediante canales más o menos tradicionales no sirviera para asegurar el acceso a la cultura por parte de los ciudadanos.

Se diría, en otro orden de cosas, que a JCRI le molesta que la industria cultural obtenga ingresos, y aún más parece que le incomoda que la industria cultural obtenga ingresos en posible detrimento de los intereses de las industrias de las TIC ("lo que ya es mucho menos importante es garantizar los ingresos de una industria cultural, y menos si sus intereses se contraponen con otra industria, que es la tecnológica y de la sociedad de la información"). Esta reflexión obliga a hacer diversas puntualizaciones.

Primera, cuando se habla de industrias "de la sociedad de la información", como hace JCRI, se olvida que las que mejor encajan en ese concepto son realmente las industrias culturales, porque la información que viaja por las redes y se comunica entre los usuarios no es, en su mayor parte, información en bruto sino información organizada expresivamente por un autor y comercializada en un determinado formato por un editor o un productor.

Segunda, a día de hoy, las circunstancias indican que son las industrias de las TIC las que están obteniendo ingresos a costa de la industria cultural. A nadie escapa que muchos usuarios adquieren un servicio de acceso a Internet

mediante banda ancha, gracias al cual se descargan e intercambian numerosos contenidos intelectuales que han sido puestos en la red sin respetar los derechos de propiedad intelectual, pero a las compañías suministradoras de ese servicio les resulta indiferente qué suceda con estos derechos mientras ellas tengan asegurado un tráfico lo bastante intenso, y con él unos copiosos beneficios.

En tercer lugar, no se entiende por qué habría de preferirse un sector industrial al otro: ambos deben cohabitar y tener la posibilidad de obtener sus respectivos beneficios, sin que el apogeo de una industria tenga que significar el declive de la otra. Ambas se necesitan, porque la información sin redes no puede viajar a la velocidad que hoy se demanda, pero las redes servirían para poco si no hubiese contenidos intelectuales que circulasen por ellas. La contraposición que JCRI realiza entre industrias culturales e industrias de las TIC, como si los intereses de unas fuesen incompatibles con los de las otras, alimenta la falsa especie, propagada entre los internautas, de que el respeto a los derechos de autor en Internet sólo se puede lograr a costa de los intereses de los usuarios de la red, y que aquellos derechos constituyen poco menos que un privilegio de unas cuantas multinacionales que no quieren adaptarse al nuevo entorno y que reclaman exigencias inaceptables que darían al traste con el desarrollo de las TIC.

En último extremo, resulta inexplicable por qué JCRI, y tantos otros como él, ven con tan buenos ojos a las industrias de las TIC y con tan malos a las industrias culturales, pues es evidente que aquéllas persiguen obtener un beneficio particular tan egoísta y poco social como pueda serlo el de las segundas.

H) EPÍLOGO

JCRI dedica sus últimas palabras a ironizar sobre la herencia de AMM, a quien acusa de haberse convertido en "vocero" del *lobby* cultural. Dice JCRI que AMM debe de estar irritado por saber que parte de su herencia, "con lo que está pasando, se le pueda ir por el sumidero", y ya antes había dicho que "la ira" de AMM seguramente se debía a que alguien se había atrevido a cuestionar su *modus vivendi*, que ya tenía programado para él y para los suyos para los próximos setenta años.

Naturalmente, no se trata de si AMM tiene planeado aprovechar su propiedad durante el plazo que la ley contempla, sino de que todo propietario está legitimado para esperar obtener de su propiedad las utilidades que conforme a Derecho le correspondan, sin que por ello deba convertirse en objeto de la burla ajena. Por la misma razón podría ironizarse sobre los banqueros u otros empresarios, quienes a buen seguro esperan continuar disfrutando del patrimonio que han logrado acumular, o sobre que los titulares de bienes inmuebles se hagan la ilusión de disfrutar de ellos e incluso de transmitírselos a sus herederos cuando fallezcan, todo lo cual es una obviedad y tiene su fundamento en el reconocimiento constitucional del derecho a la propiedad privada y a la herencia. Puesto que por el momento no hay modo de sortear virtualmente la propiedad inmueble o la propiedad sobre el dinero, o a quien lo hace (v. gr. atacantes cibernéticos de cuentas bancarias) se le impone una sanción penal de considerables proporciones, JCRI no puede augurar a los propietarios de bienes materiales que sus días están contados con el advenimiento de las nuevas tecnologías. Sí se siente capaz en cambio de vaticinar el fin del *modus vivendi* de AMM y de otros tantos autores, y parece que hasta emplea cierto regocijo en hacerlo.

A todo hombre de progreso y amante de las letras debería entristecerle pensar que Internet puede convertirse en el fin de las expectativas de vida de AMM y los suyos, ya que eso significará que AMM tendrá que dedicarse a otra cosa en lugar de a escribir novelas, para lo que ha demostrado estar especialmente dotado. Quizás se dedique a vender pasteles, o a barrer el parque público en cuyo banco se sienta JCRI. Quizás a AMM, si se cumplen los alegres vaticinios de JCRI, no le suceda otro escritor como él en la siguiente generación, porque en un contexto tecnológico en el que los conteni-

dos intelectuales circulan por la red sin control de sus titulares, mientras los próceres amantes de las nuevas tecnologías se limitan a cantar las virtudes de Internet omitiendo denunciar ninguno de sus males, a nadie le quedarán ganas de dedicar diez mil horas de su vida a escribir una novela. Confío en que no sea ése el escenario al que finalmente nos conduzca el desbocado desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación.

NOTAS

1. En nuestra legislación este elemental principio aparece plasmado en el artículo 56.1 de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI): "El adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última". El artículo 3º.1 LPI también recuerda que "[l]os derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con: 1º.– La propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual". Llama la atención que este principio, que a muchos todavía cuesta asimilar en nuestros días, estuviera perfectamente asentado entre los tratadistas de hace dos siglos. En este sentido puede verse C. COMTE, quien en su *Traité de la propriété*, París, 1834, vol. 2, p. 95, nota 1, ya alertaba que en esta materia no debe confundirse el "poder" con el "derecho", de tal modo que el comprador de un libro tiene el poder —posibilidad material— de hacer copias del mismo, pero eso no significa que posea el derecho de hacerlo. Esa confusión —o al menos un profundo desinterés acerca de si el poder va o no acompañado del correspondiente derecho— se advierte, por ejemplo, en algunas de las reflexiones de M. PÉREZ SUBÍAS, "Valores, derecho, economía", *Economía exterior («Propiedad intelectual, debate inaplazable»)*, nº 53 (verano 2010), pp. 101-104, a la sazón presidente de la Asociación de Usuarios de Internet. Así, cuando tras observar que "en este mundo digital e interconectado a través de Internet nos encontramos (...) con que el coste de la copia (...), se aproxima (...) a cero. Son *copias que puede hacer cualquier persona* con un simple click, y contenidos que pueden ser digitalizados fácilmente y de forma ilimitada en cualquier ordenador", se felicita de "este aire fresco [se refiere al de las nuevas tecnologías de la telecomunicación] que *permite a los contenidos circular de forma libre* en la red" [énfasis míos].

2. Con carácter general, quien accede a una obra intelectual o adquiere un ejemplar de la misma sólo puede realizar aquellos actos que, por permanecer en un ámbito privado o doméstico, quedan fuera de la órbita de los derechos exclusivos del autor. Así, puede propiciar actos de comunicación no pública de la misma (v. gr. visionado de una película en un entorno doméstico con familiares y amigos), elaborar copias de la obra siempre que sean para su uso privado (v. gr. reproducción de un disco en formato Mp3 para poder disfrutarlo en un reproductor portátil), y prestar a otros particulares —no al público en general— el ejemplar de la obra que haya adquirido (v. gr. cesión temporal del uso de un libro a un allegado).

3. Conforme a una explicación ya clásica, son dos los elementos sobre los que pivota la protección de la propiedad intelectual y de otros institutos similares: de un lado, la identificación del interés tutelado con la probabilidad de ganancia en el desarrollo de una actividad frente a terceros (por contraposición con una apropiación de las utilidades directas de la cosa); de otro, la referencia del derecho en cuestión a un bien externo al sujeto y no a una faceta de su personalidad, ni tampoco a un ejercicio monopolístico de cierta actividad económica. Vid. T. ASCARELLI, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales* (versión española de E. VERDERA y SUÁREZ-LLANOS), Bosch, Barcelona, 1970, pp. 290-299. E. PIZARRO MORENO, "Análisis de los fundamentos filosóficos de la propiedad intelectual", *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 2009, nº 5, p. 168, pone énfasis —y es correcto hacerlo— en el dato de que la propiedad intelectual otorga solamente el derecho de excluir a otros de la explotación de un bien o producto determinado, mientras que el monopolio supone la capacidad de excluir a otros de un mercado específico, siendo así que un producto raramente equivale por sí solo a todo un mercado.

4. Otra cosa piensa M. PÉREZ SUBÍAS, "Valores, derecho, economía", *Economía exterior («Propiedad intelectual, debate inaplazable»)*, nº 53 (verano 2010), pp. 101-104, quien a propósito de las medidas que el Gobierno pretende poner en marcha para combatir el fenómeno del intercambio ilícito de contenidos a través de las redes *peer-to-peer*, señala que "las sociedades entienden, porque así nos lo han transmitido nuestros mayores, que compartir y acceder libremente al conocimiento son valores positivos para el desarrollo social. El beneficio social y económico que se está consiguiendo por el hecho de que cualquier persona tenga acceso a la cultura y al conocimiento, es superior al daño que pueden sufrir determinados sectores industriales o profesionales".

5. Como observa L. PFISTER, "La propriété littéraire et artistique est-elle une propriété? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXème siècle", *Revue Internationale du Droit d'Auteur,* nº 205 (2005), pp. 167-169, sintetizando algunos de los argumentos que emplearon históricamente los partidarios de la propiedad literaria y artística en Francia,

mediante la divulgación el público adquiere el derecho a disfrutar intelectualmente de la obra, reservándose el autor el derecho a percibir los frutos materiales que rinda la explotación de la misma. Esa distinción entre acceso intelectual —abierto a todos— y acceso jurídico —reservado a uno— es esencial para comprender cómo funciona el derecho de autor.

6. Se trata de uno de los principios esenciales del derecho de autor, enunciado en algunas legislaciones de manera expresa (como es el caso de la sección 102.b/ de la *Copyright Act* de Estados Unidos). Al respecto puede verse R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Comentario al artículo 10 LPI", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 159 y 161. Así las cosas no hay motivo para que, tan frecuentemente, los detractores de la propiedad intelectual citen a favor de sus tesis el célebre discurso jeffersoniano, según el cual, "*he who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me*". Sencillamente, no es verdad que la protección por el derecho de autor impida la libre propagación de las ideas latentes en las obras.

7. Existen numerosos ejemplos de inventos que aparecieron tardíamente en la historia de la evolución tecnológica pero que, por su sencillez, podrían haber sido inventados mucho antes. BASALLA pone el ejemplo de la alambrada, cuya invención podría haberse producido en la antigua Grecia o al menos en el Renacimiento, cuando por vez primera se empezó a utilizar el tendido de alambre a gran escala para la protección de pastos y la retención del ganado. Sin embargo, la alambrada no fue patentada hasta 1873 por un maderero, un ferretero y un granjero de DeKalb, Illinois (Estados Unidos). Vid. G. BASALLA, *La evolución de la tecnología* (trad. J. Vigil), Crítica, Barcelona, 1991, pp. 68-74. Se necesita una singular agudeza y capacidad inventiva para descubrir esas aplicaciones que, desde un punto de vista tecnológico, podían haber sido desarrolladas siglos atrás.

8. A modo de ejemplo, y por mantenernos dentro del ámbito escogido por JCRI, puede verse el Ecofrego (http://www.ecofrego.com). Se trata de un nuevo cubo escurridor que proporciona ciertas ventajas con respecto al empleado tradicionalmente con la fregona.

9. Un argumento similar lo hallamos en J. SMIERS, *Un mundo sin copyright* (trad. de Julieta Barba y Silvia Jawerbaum), Gedisa, Barcelona, 2006, p. 111, donde se lee cómo "es difícil encontrar una justificación para que alguien reclame la propiedad absoluta de una obra (...), cuando en realidad esa obra ha recibido la influencia de muchísimas fuentes distintas". Antes de eso este autor se pregunta (p. 109): "¿Se podría pensar en un poema sin todos los que se escribieron con anterioridad? Nuestra cultura moderna nos lleva a olvidar que el autor o el intérprete recurren a muchas fuentes distintas (...) que son parte de nuestra herencia común. Es imposible atribuirse una originalidad absoluta (...)". También L. ZEMER, *The idea of Authorship in Copyright*, ed. Ashgate, Burlington (USA), 2007, pp. 228-232, cree que el autor es tan dependiente del entorno social y cultural que sus creaciones no son auténticamente originales, y preconiza una concepción de la autoría como una empresa conjunta entre autor y público, de tal forma que ambos han de poder proyectar sus respectivos derechos sobre la obra.

10. Es lo que LANDES y POSNER denominan el "coste de expresión", que en rigor incluiría no sólo el tiempo y esfuerzo del autor sino también el coste de producir la matriz original apta para la explotación en serie de la obra, el cual es asumido por el editor o productor (v. gr. la edición y fotocomposición del manuscrito de un libro, la grabación de un *master* fonográfico). Por lo general, el coste de creación de una obra intelectual es elevado, por contraste con el coste de reproducirla (por el autor o por terceras personas a quienes la obra se haya hecho accesible). Vid. W. LANDES y R. POSNER, "An Economic Analysis of Copyright Law", *Journal of Legal Studies*, nº 18 (1989), pp. 326 y 327.

11. Como explica J. FARCHY, "L'analyse économique des fondements du droit d'auteur: une approche réductrice pourtant indispensable", *Propriétés Intellectuelles*, nº 21 (octubre 2006), p. 390, el derecho de autor no es sólo una recompensa *ex post* del trabajo de un creador (fuente específica y a menudo única de ingresos para él), sino también, antes que eso, un incentivo a la creación de obras intelectuales y, sobre todo, a la edición y producción de las mismas. Sin la garantía que representa el derecho de autor [de explotación en exclusiva de la obra durante un número de años], parece evidente que el productor original de una obra no estaría blindado frente a los *free-riders*, quienes podrían reproducir a bajo coste objetos a cuyos iniciales costes de producción no han contribuido. La consecuencia es que se tendería a la subproducción de esta clase de bienes, ya que los productores originales no estarían dispuestos a invertir ante la perspectiva de no poder recuperar sus costes fijos. El argumento se encuentra ya en W. LANDES y R. POSNER, quienes si bien aceptan que la propiedad intelectual viene a crear una escasez allí donde la propiedad ordinaria trata de gestionar o asignar una escasez que viene dada, no pierden de vista que sin el poder exclusivo que se da al titular de propiedad intelectual desaparecería el incentivo de que crease nada, pues no tendría la garantía de recuperar sus costes hundidos. Por consiguiente, es cierto que cobrar un precio por un *bien público* reduce el acceso al mismo, lo cual representa un

coste social, pero en primer lugar incrementa el incentivo de crearlo, lo que sirve a compensar dicho coste. Vid. W. LANDES y R. POSNER, *The Economic Structure of Intellectual property Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.)/London, 2003, p. 21.

12. Como dice R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Comentario al artículo 10 LPI", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 179, "los derechos de autor sobre estas obras [arquitectónicas] pueden verse restringidos en función del uso y destino de las mismas".

13. Así, conforme al artículo 19.5 LPI, que tiene como antecedente el artículo 3.2 de la Directiva 2006/115/CE (artículo 2.3 de la originaria Directiva 92/100/CEE), los derechos de alquiler y préstamo no se aplican a los edificios.

14. A diferencia de lo que hemos visto que sucede con las esculturas y obras de arquitectura adquiridas por los Ayuntamientos, la adquisición de ejemplares de obras musicales y audiovisuales por aquél que los va a consumir asegura que ningún otro sujeto tenga que hacer un desembolso en relación con ese acto de consumo que sólo al primero beneficia.

15. E incluso de los no adheridos, en los casos de gestión colectiva obligatoria.

16. Si tomamos por ejemplo el caso de SGAE, con datos de su Informe de Auditoría de Cuentas Anuales para el año 2008, lo recaudado por esta entidad en concepto de copia privada fueron algo más de 16 millones de euros, de los que casi 5 eran derechos administrados para otras entidades, como AIE y VEGAP, frente a los más de 303 millones de euros a que ascendió su recaudación global nacional. Ello representa menos de un 4%. El Informe puede consultarse desde la web del Ministerio de Cultura: <http://www.mcu.es/ propiedadInt/CE/GestionColectiva/Informesgestion.html>.

17. Frente a ello, como recuerda J. FARCHY, "L'analyse économique des fondements du droit d'auteur: une approche réductrice pourtant indispensable", *Propriétés Intellectuelles*, nº 21 (octubre 2006), p. 390, la virtud de los derechos de propiedad intelectual es que permiten restaurar la iniciativa privada para regular el problema que viene dado por el carácter de «bienes públicos» que tienen las obras intelectuales (i. e. bienes caracterizados por las notas de no rivalidad y no exclusión de su uso). No deja de ser una forma de intervención pública, pero se trata —como dice este autor— de una intervención *ligera*, dirigida a canalizar la iniciativa privada más que a sustituirla. Ello contrasta con otras formas de intervención pública más intensas, como la subvención o la producción directa de bienes colectivos por el Estado.

18. Naturalmente ese razonamiento —con el que se debe estar de acuerdo— no significa que el autor de un tema musical no pueda buscar inspiración o hallar nutrientes en otros temas anteriores, pero una excesiva aproximación a una de ellas puede implicar la comisión de un plagio cuando los parecidos afecten a aspectos sustanciales. Resulta conveniente diferenciar entre el parecido de estilo, o la coincidencia en elementos o células expresivas elementales carentes de protección, y la similitud sustancial en pasajes o tramos expresivos originales, que es la que constituye una infracción de propiedad intelectual ajena.

19. Algunos autores niegan que el trabajo intelectual pueda dar lugar al surgimiento de auténticos entes inmateriales susceptibles de integrar el patrimonio de un sujeto, y atribuyen a las exigencias del sistema capitalista la materialización de la obra intelectual en un vehículo físico capaz de adquirir el valor de cambio que de por sí carece (T. LIMA VIANNA, "La ideología de la propiedad intelectual: la inconstitucionalidad de la tutela penal de los derechos patrimoniales de autor", *Anales de Derecho. Universidad de Murcia,* nº 24, 2006, pp. 235-236); o creen que la propiedad intelectual es el último paso en la carrera del capitalismo industrial por mercantilizar la fuerza de trabajo, en este caso convirtiendo en objeto de intercambio los entes intangibles resultantes del trabajo intelectual (I. SÁDABA, *Propiedad intelectual, ¿bienes públicos o mercancías privadas?*, ed. Catarata, Madrid, 2008, pp. 86-87); o entienden que es un tipo de propiedad "inventado" por el mercado para legitimar la explotación de los derechos derivados de ella a través de la empresa (E. PIZARRO MORENO, "Análisis de los fundamentos filosóficos de la propiedad intelectual", *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 2009, nº 5, pp. 172-173). En mi opinión, por mucho que la 'comodificación' de los bienes intelectuales se impute a razones ideológicas conectadas con las bases del sistema capitalista, es claro que un autor está mejor protegido si se le considera propietario del resultado de su trabajo intelectual que si se le considera un trabajador que alumbra un ente sin valor de cambio. Por otro lado, la tesis de que el trabajo intelectual puede tener un enorme valor de uso, pero carece de valor de cambio a menos que vaya ligado al intercambio de un bien material o de un servicio que le sirvan de soporte, adolece de la dificultad de abstracción [necesaria para distinguir entre la obra y su soporte] a la que ya me he referido al comienzo de este artículo.

20. La reforma más destacable fue la operada por las Leyes 19/2006, de 5 de junio, y 23/2006, de 7 de julio, que actualizaron la LPI mediante la incorporación respectiva de las Directivas 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004, relativa

al respeto de los derechos de propiedad intelectual, y 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. A ello hay que sumar la regulación de la posible responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet por las infracciones que cometan sus usuarios, contemplada en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad da la Información y Comercio Electrónico, la cual sirvió a la transposición de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, sobre el comercio electrónico.

21. Vid., entre otros. I. SÁDABA, *Propiedad intelectual, ¿bienes públicos o mercancías privadas?*, ed. Catarata, Madrid, 2008, p. 185.

22. Sobre este tópico pueden verse H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de derecho industrial*, Civitas, Madrid, 1978, p. 135; E. PÉREZ CUESTA, "Una perspectiva histórico-jurídica sobre el derecho de autor", *Revista de Derecho Privado*, 1981, pp. 333 y ss; J. MARCO MOLINA, "Bases históricas y filosóficas y precedentes legislativos del derecho de autor", *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVII, fasc. I (enero-marzo 1994), pp. 121 y ss.

23. Nótese la incongruencia que supone *imponer* —como JCRI dice literalmente que hizo— el uso a nivel escolar de *software* libre. La idea de imposición denota la necesidad de vencer las resistencias de otros responsables, o de la comunidad escolar, que acaso no vieran la iniciativa con buenos ojos. La libertad que es atributo de ese *software* debería también aplicarse a la decisión del propio usuario de utilizarlo.

24. Se trata de las emblemáticas «libertades» preconizadas por la *Free Software Foundation*, fundada por el célebre Richard Stallman. La articulación de estas libertades se realiza por medio del otorgamiento de una licencia a favor del usuario (v. gr. la conocida como «Licencia Pública General GNU»). No es por tanto correcta la simplista visión de que el *software* libre es aquél cuya utilización no se sujeta a licencia o autorización del titular de los derechos. Antes bien, estos programas son distribuidos mediante complejas licencias que establecen con precisión el catálogo de usos permitidos y no permitidos, por más que los primeros sean normalmente más numerosos en este tipo de licencias que en las de *software* comercial o *propietario*.

25. En cuanto a lo primero, debe tenerse en cuenta que el *software* libre tiene sus limitaciones técnicas, pudiendo haber finalidades o utilidades que sólo puedan satisfacerse acudiendo a programas comerciales. En cuanto a lo segundo, no hay que olvidar que los programas de ordenador son obras eminentemente utilitarias, que sirven no para su disfrute intelectual sino para lograr el funcionamiento de una máquina, por lo que sus fórmulas de creación y comercialización son difícilmente exportables al resto de obras protegidas por derechos de autor.

26. Apreciación esta última más que discutible, pues precisamente una de las críticas habituales al mercado de la producción cinematográfica en países como España es que está fuertemente sostenido con fondos públicos, lo que lógicamente supone un gran esfuerzo puesto a cargo de todos los contribuyentes. Generalizar ese sistema tendría, sin lugar a dudas, un alto grado de contestación social.

27. Ya hemos tenido ocasión de indicar *supra* que el mercado permite asegurar de manera más eficiente la remuneración de los autores por la explotación de sus obras. Ahora se trata de subrayar que el mercado también sirve para "despolitizar" las decisiones acerca de qué obras deben ser creadas y por quién. Nos lo recuerdan LANDES y POSNER, en el contexto de un razonamiento que merece ser reseñado. Según estos autores, a la hora de discutir sobre la conveniencia o no de reconocer derechos de propiedad, debe considerarse principalmente su capacidad para debilitar el efecto del *free riding* en la producción de bienes, que se agudiza cuando la diferencia entre costes fijos y costes marginales es grande, y que se manifiesta con crudeza en el ámbito de la propiedad intelectual, porque en este campo los costes fijos son especialmente elevados, mientras que los marginales son singularmente bajos, lo que implica que también lo son los costes de duplicación. Así las cosas, en ausencia de derechos de propiedad intelectual, o las obras no serían creadas, o los poderes públicos [o en su defecto el mecenazgo o patrocinio privado] tendrían que financiar su creación, lo que nos llevaría al mismo punto pero por una vía indirecta: el sistema de recompensas para el autor se traduciría necesariamente en una brecha entre el precio y el coste marginal, por más que la financiación viniese a través de los impuestos. En suma, tendríamos el mismo problema de acceso a los bienes en cuestión que con el reconocimiento de derechos de propiedad intelectual, y además añadiríamos los inconvenientes ligados a la politización del proceso de creación, sustituyendo la determinación gubernamental del valor de los distintos tipos de propiedad intelectual a la determinación del mercado. Vid W. LANDES y R. POSNER, *The Economic Structure of Intellectual property Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.)/London, 2003, p. 24.

28. Para ser justos, no puede dejar de apreciarse la complejidad que encierra la transformación de una industria del calibre de la discográfica. Es comprensible que las decisiones estratégicas tarden en adoptarse, máxime cuando a comienzos de la década de los dos mil no se sabía con certeza cuál iba a ser el modelo de comercialización hacia el que se giraba y había en juego numerosas inversiones realizadas pendientes de amortizar. Si a ello se suma que, desde prácticamente el principio de la eclosión de Internet, las discográficas hubieron de competir con un mercado ilegal de distribución de contenidos en la red a coste cero, se comprenden las dificultades para tomar el pulso a la nueva situación suscitada con el advenimiento de las nuevas aplicaciones que hacían posible comercializar la música a través de Internet.

29. Así, en el artículo III se lee: "el fenómeno creativo se ha multiplicado exponencialmente desde que (...), millones de personas pueden acceder a la publicación de un libro, a la edición de una composición musical o a la filmación de una historia que, antes, estaba sólo al alcance de unos pocos elegidos".

30. Como efecto concomitante, la persistencia de la piratería redunda en un incremento de los precios de los productos del circuito legal, como bien se demostró en los años ochenta y noventa con la piratería del *software* comercial, lo que da lugar a un círculo vicioso en el que el infractor, cuanto más piratea y más hace con ello que suban los precios del circuito de pago, más razones encuentra para seguir pirateando.

31. Ya hemos dicho que se echa en falta en este artículo III una referencia, por mínima que sea, a la clamorosa proliferación de explotaciones ilícitas que se producen a diario en la red, bajo el falso pretexto del favorecimiento del acceso a la cultura y del desarrollo de las nuevas TIC. La deslegitimación que deriva de la queja hacia el sistema de protección de los derechos de autor y la denuncia de su supuesta inadaptación a la sociedad de la información, unida a una clamorosa falta de mención —no digamos ya de denuncia— de las múltiples infracciones a la propiedad intelectual que se dan en el ámbito digital, redundan en una suerte de legitimación de estas últimas conductas. Claro que, hay quien todavía va más allá, aplicándose a describir de manera fragmentaria y eufemística un comportamiento ilícito a fin de contribuir a una más benévola percepción social del mismo. Es el caso de M. PÉREZ SUBÍAS, "Valores, derecho, economía", *Economía exterior («Propiedad intelectual, debate inaplazable»)*, nº 53 (verano 2010), pp. 101-104, quien no duda en presentar a los internautas involucrados en el fenómeno *peer-to-peer* como abnegados ciudadanos que de forma altruista y desinteresada dedican su tiempo, su esfuerzo y su trabajo a una labor de "digitalización" de contenidos, en beneficio de toda la sociedad.

32. De hecho, la Ley los considera "prestadores de servicios de intermediación" de la sociedad de la información. Vid. letra b) del Anexo, y artículos 13.2 y 14 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.

Fecha de recepción: 29 de marzo de 2011
Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2011

TEMAS DE HOY

El Derecho penal (y los penalistas) en tiempos de crisis
Juan Carlos Carbonell

La intervención administrativa en internet y su control jurisdiccional contencioso-administrativo. Novedades del proyecto de ley de economía sostenible
Augusto González Alonso

CRIMINAL LAW (AND CRIMINAL LAWYERS) IN TIMES OF CRISIS

RESUMEN

Se trata de la Lección inaugural de la VII Escuela de Verano en Derecho Penal, de la Universidad de La Habana, dedicada al autor, y pronunciada el 4 de julio de 2011.

En el momento actual, sacudidos por la crisis tanto económica como de valores, que azota el Mundo, se hace necesario insistir en los derechos fundamentales y los principios penales como eje sobre el que construir la legislación. Es menester hacer frente al neo-autoritarismo con exigencias de legalidad, afirmación de la constitucionalidad de los bienes jurídicos —con reserva del derecho penal para la tutela de los más importantes— y culpabilidad. La libertad ha de ser tratada como el valor superior del Ordenamiento jurídico en un estado de Derecho que resulta inviable sin una toma en serio de la presunción de inocencia como punto de partida —y de llegada— del proceso penal.

PALABRAS CLAVE

Libertad, bien jurídico, intervención mínima, pluralismo, principio de legalidad, presunción de inocencia.

ABSTRACT

This is the inaugural lecture of the VII Summer School on Criminal Law, University of Havana, dedicated to the author, and delivered on July 4, 2011.

Shaken by a world crisis in both our economy and our values, now more than ever we need to insist on fundamental rights and the principles of criminal law as the foundations on which to build legislation. Neo-authoritarianism needs to be confronted by the requirements of legality, the affirmation of the constitutionality of legal rights (reserving criminal law for the protection of the most important) and culpability. Freedom has to be treated as of the highest value in the rule of law, a rule of law that becomes unviable if the presumption of innocence is not taken seriously as the starting —and finishing— point of the legal process.

KEY WORDS

Freedom, legal right, minimum intervention, pluralism, principle of legality, presumption of innocence

EL DERECHO PENAL (Y LOS PENALISTAS) EN TIEMPOS DE CRISIS

(Discurso inaugural pronunciado en el Aula Magna de la Universidad de La Habana, el 4 de julio de 2011, con motivo de la Apertura de la VII Escuela de Verano "Juan Carlos Carbonell Mateu")

Juan Carlos Carbonell Mateu
Universitat de València

LA HABANA 4 JULIO 2011

Con profunda —aunque espero que contenida— emoción quiero contestar a vuestro gesto de homenaje y de amistad en el que seguramente constituye el acto más grato de mi vida académica; grato, que deriva, obviamente, de gratitud. De enorme agradecimiento hacia quienes habéis hecho posible este momento.

Si algún mérito concurre en mi persona ha de ser, sin duda, el de haber colaborado en la docencia y formación en Maestrías y Doctorados; se sientan en los bancos de esta hermosa e impresionante Aula Magna del Alma Mater muchos amigos que han pasado por esos cursos y que me han escuchado; por ello, casi todas las ideas que hoy pretendo recopilar en torno al papel que corresponde al Derecho penal y a los penalistas en la sociedad actual, aunque para ello nos remontemos a nuestro viejo amigo el cazador de mamuts que un buen día amenazó en la plaza pública con el dolor y la muerte como respuesta al robo del fruto de su trabajo. Aunque ciertamente la Biblia insista en que el Derecho penal nació en realidad con la amenaza y ejecución de la pena de destierro a perpetuidad y las miles de accesorias que le acompañaron, como consecuencia de un delito de desobediencia al imperativo de no comer la fruta del árbol de la ciencia del bien y del mal; esto es, de no pretender aplicar la inteligencia a la vida y adoptar decisiones autónomas e independientes: todo un modelo de Derecho penal autoritario y contrario a los principios que vamos a preconizar.

Vivimos un momento de crisis; de crisis financiera, pero también social y política. He dejado mi país con una mezcla de movimientos de esperanza y exigencia de cambio y con graves coacciones a quienes, al menos teóricamente, son los representantes del pueblo y todo ello con una cierta coincidencia en algo que resulta sumamente preocupante: la indiferencia cuando no el desprecio por las instituciones democráticas: ver coaccionado un Parlamento y a los diputados llegar y partir de él en helicóptero produce la misma repugnancia que ver a ese mismo Parlamento incumplir sis-

temáticamente los mandatos constitucionales que le obligan, por ejemplo, a renovar el Tribunal Constitucional.

Pero el mismo concepto de crisis ha de ser ligado al de cambio y mutación: ¿por qué no decirlo?, a la misma idea de obsolescencia de un modelo político, económico y vital. De la que, por cierto, es ontológicamente imposible salir aplicando "soluciones" basadas en el modelo obsoleto. De la crisis de un modelo sólo se sale a través de la metamorfosis, transformando aquello que la Historia ha superado, sin miedo al cambio y, eso también, sin pérdida de identidad e independencia y venciendo toda reacción, hasta cierto punto natural, hacia el autoritarismo y el regreso a posiciones superadas.

En el ámbito del Derecho penal, que es lo mismo que decir de la concepción del Estado y de la vida, asistimos con enorme preocupación al auge del autoritarismo al que nos pretende conducir un modelo teórico basado en el pretendido carácter científico —y, por tanto, no democrático—, de la dogmática, que lleva coherentemente a legitimar una respuesta penal positiva igualmente dogmática, pretendidamente científica y por supuesto antidemocrática: hemos de conseguir, dicen, un Derecho penal eficaz y eficiente, que garantice el máximo de seguridad, que imponga un modelo único —ya se sabe, también esto es globalización— en el que la pretendida bondad del sistema esté por encima de cualquier cuestionamiento: ninguna tolerancia —la expresión de moda es "tolerancia cero"— para los enemigos del sistema.

Permitidme recordar unas palabras que publiqué hace ya siete años;

Una sociedad democrática es, necesariamente, una sociedad plural, en la que la discrepancia es considerada un valor positivo. Y un Estado que responde a esa sociedad genera un Derecho al servicio de la libertad, la igualdad y el pluralismo; los valores que, junto a la justicia, proclama el artículo primero de la Constitución española de 1978. El Derecho penal de un Estado democrático constituye el instrumento último de tutela de los valores e intereses que le caracterizan. Puede, en fin, afirmarse que las normas punitivas suponen el límite básico al ejercicio de los derechos fundamentales, evitando que el abuso de la libertad pueda agredir los derechos y las libertades de los demás. Y tratan de reconducir las conductas de los ciudadanos hacia el terreno de lo tolerable por la mayoría. Toda sociedad, para convivir, requiere de una mínima homogeneidad de conductas: aquélla en la que se respetan los derechos ajenos. Y ése ha de ser el terreno al que me refiero. El Derecho penal, en suma, delimita el ámbito de homogeneidad que se exige, marcando el límite a la heterogeneidad, al pluralismo como valor. Resulta obvio señalar que cuanto mayor sea el ámbito de reconocimiento de éste y menor, consiguientemente, el de la imposición de homogeneidad, más democrático será ese Derecho. Y que la máxima negación de esos valores viene constituida por la carrera hacia la sociedad del pensamiento único.

La disyuntiva entre el Derecho penal liberal, hijo del Iluminismo, y el autoritario, descendiente directo de la Inquisición, es una lógica consecuencia de la lucha entre democracia y totalitarismo, entre laicismo y fundamentalismo y entre pluralismo e integrismo. Luchas que, desde luego, no nacieron el 11 de septiembre de 2001. Los acontecimientos de esa fecha han acentuado una tendencia que ya era evidente.

El gran valor a alcanzar es, según se afirma, la seguridad; valor que será contrapuesto a la libertad. La seguridad, sin embargo, no puede constituir por sí misma un valor: es menester predicarla de algo, puesto que se trata de un concepto de referencia. Son los derechos fundamentales de la persona los que deben estar por detrás de la idea de seguridad. Y, paradójicamente, son los que sufren hasta verse negados.

(fin, por ahora, de la autocita).

Nos recuerda recientemente Tomás Vives cómo "la contraposición entre seguridad material y libertad es y ha sido el santo y seña de

todos los que se alinean bajo la consigna de ley y orden. De un lado, se alimentan las ansias de seguridad, que son compañeras inseparables de las circunstancias de fragilidad en que vivimos; y de otro, se cargan todas las inseguridades en la cuenta de la libertad. La seguridad no puede obtenerse porque ésta o aquella libertad constitucional limitan innecesariamente el poder del Estado para reprimir los daños que más daño causan".

Vivimos el auge del mensaje del elogio de las libertades civiles (las que teóricamente todos —aunque realmente sólo los que materialmente pueden— tenemos frente a terceros) y del desprestigio de las constitucionales (las que todos debemos tener frente al poder del Estado)

Debe destacarse el papel que desempeña en la obtención de la complicidad de la opinión pública el mensaje del miedo. Para el Poder no hay nada más rentable. Por eso resulta sumamente útil exagerar la trascendencia de la inseguridad, utilizar en el propio provecho a las víctimas (por ejemplo, del terrorismo) y asegurar que es menester limitar la libertad para alcanzar la seguridad. Aunque para eso se confundan conceptos, se tergiverse la realidad, se silencie el origen y permanencia de los conflictos y, sobre todo, se cierre el paso al análisis complejo de la realidad: simplifiquemos el discurso al máximo, tecnifiquemos la educación de los jóvenes, apliquemos esquemas de cientificidad acrítica, desprestigiemos como "antiguallas" los conceptos de derecho, valor, historia; reduzcamos la educación a cualquier nivel —ahora lo vivimos en las reformas universitarias— a conocimientos técnicos y exactos, evaluables a través del número de aciertos en tests con respuestas tasadas, carentes de cualquier concesión al matiz. Conseguiremos una sociedad acrítica, obediente al sistema en el que, por supuesto, no habrá espacio para las diferencias.

Permítanme regresar a mi autocita de 2004:

La pérdida de referencias valorativas o, lo que parece más real, la ocultación de las verdaderas, tiene su origen teórico en concepciones del Derecho penal pretendidamente asépticas. El funcionalismo sistémico se presenta como una doctrina de cariz sociológico en la que sólo importa cómo funciona el sistema y qué papel desempeña en él la respuesta penal frente a la insatisfacción de las expectativas. La norma se protege a sí misma, en el auge de la "autopoiesis". La consecución de la "prevención general positiva"; esto es, de la confianza de los ciudadanos en la vigencia y validez de las normas, se convierte en el "leit motiv" de las propias normas. No hace falta mayor justificación. Naturalmente, eso permite no cuestionar al servicio de qué o de quién hemos puesto el Ordenamiento jurídico. Desde esa perspectiva, la seguridad se convierte, contradiciendo lo que más arriba señalábamos, en el valor supremo. Que ésta sea, ontológicamente, un concepto de referencia, no parece importar. Se trata de ocultar que toda norma, pero sobre todo la penal, es una decisión política que juega con la libertad. Y que toda decisión política está al servicio de un interés. En Derecho, la asepsia es imposible. En esas condiciones, la crítica resulta improcedente: la norma, que no admite más cuestionamiento que el de su corrección competencial, no tiene más función que la de regir: estamos ante la justificación teórica del pensamiento único y del reino de la homogeneidad absoluta: no hay espacio para la discrepancia ni, por consiguiente, para el pluralismo. Porque, precisamente éste discute la validez acrítica de la norma. Y, por eso, ésta —la norma como expresión armada del Poder— se dirigirá fundamentalmente contra quien la cuestione.

El resultado de todo ello es lo que ha venido a denominarse, incluso por quienes lo propugnan, *Derecho penal del enemigo,* concepto éste que tampoco es nuevo, pero que parecía desterrado desde hace muchos años en Europa y, obviamente, en la España democrática. En tiempos del pre-nazismo, ya se preveía un trato diferenciado para quienes incurrieran en la *ceguera jurídica (Rechtsblindigkeit)* o en la *enemistad u hostilidad jurídica (Rechtsfeindlichkeit),* términos por cierto utilizados por Ed-

mund Mezger en su teoría limitada del dolo, aplicable a la solución de una cuestión pretendidamente tan técnica como el error sobre la prohibición. Es imposible no citar aquí las importantes revelaciones sobre tan reputado penalista y su papel en el Nacional-socialismo hechas por Muñoz Conde).

De esta forma queda negado uno de los fundamentos básicos del Derecho penal liberal: no se desvalora al autor sino al hecho: el único fundamento y objeto de la aplicación de las normas penales es la verificación de un hecho delictivo; de una conducta constitutiva de una agresión tipificada contra los valores e intereses de los demás. Y no puede ser de otra manera si partimos del principio general de libertad, en virtud del cual todo ciudadano tiene derecho al pleno desarrollo de su personalidad, con el único límite del que deriva del conflicto con los derechos ajenos y, de otra parte, todo aquello que no esté expresamente prohibido, es justo y se tiene derecho a hacerlo.

Por el contrario, se tratará ahora de señalar que el delito no es sino un síntoma de la hostilidad del individuo, de su pertenencia al círculo de los *enemigos del sistema*, y frente a quien hay que intervenir negándole toda consideración como ciudadano. Se trata de un Derecho penal de autor: el viejo aforisma autoritario "ninguna libertad para los enemigos de la libertad" adquirirá su sentido más dramático, porque, al final, o la libertad se queda sin ningún amigo o éste va a ser considerado un anti-sistema.

La tentación, a la que se sucumbe cada día, de utilizar en beneficio propio la dialéctica terrorismo-antiterrorismo invade absolutamente la vida política. El círculo de *enemigos* se acrecienta hasta alcanzar a todo discrepante. Y piénsese que, si el Derecho penal del enemigo constituye una negación de los principios jurídicos más elementales, aún peor resulta su aplicación al proceso: ahí se produce la declaración como enemigo, pero a través de un proceso en el que se parte ya con esa consideración. La aplicación de medidas cautelares que niegan posibilidades de defensa o, sencillamente, la restricción de las posibilidades de ejercerla, convierten el proceso en un residuo inquisitorial incompatible con un auténtico procedimiento acusatorio. Como ha puesto en evidencia Zaffaroni, las similitudes entre el proceso penal de la Inquisición arrancando delaciones, ciertas o inventadas, de brujería y el papel que en los actuales procesos se otorga a la declaración, cierta o inventada, del coimputado o del arrepentido, manifiestan el abandono de un procedimiento acusatorio y, por consiguiente, del Estado de Derecho cuando se trata de enjuiciar no ya al enemigo sino a aquél de quien se pretende tal denominación. desconociendo toda presunción de inocencia e ignorando, vuelvo a utilizar palabras de Tomás Vives que "las exigencias del juicio justo forman parte de las razones que justifican que una determinada versión de los hechos sea tenida por verdadera o, dicho de otra manera, el modo de obtención de la verdad forma parte de las razones que nos llevan a tenerla por verdad" (Fundamentos 2, 926).

Y es que la presunción de inocencia no es un "simple" principio procesal, sino la base y fundamento del Estado democrático. Un ciudadano que no sea tratado como inocente es un ciudadano al que despojamos de sus atributos, de aquellos que conforman su dignidad, y de paso la del propio Estado basado en ella. Por eso, un Estado en el que no rija de manera seria la idea de que sólo la debida comprobación y declaración judicial "más allá de toda duda razonable" de la culpabilidad de un sujeto permite tratarle como tal culpable y que sólo eso permite negarle una libertad constitucional y alterar con ello su estatuto de ciudadano, no puede ser llamado Estado democrático; es más, no puede ser llamado Estado de Derecho.

Y la declaración de culpabilidad no puede tener por objeto una inclinación política, un comportamiento desviado de la norma general o una forma de conducirse socialmente excéntrica o simplemente diferente. A veces se pretende en esa denunciada tendencia a la imposición de lo "políticamente correcto" marcar a los ciudadanos con el mismo patrón, crear un auténtico modelo-tipo, en el que, por cierto, la expresión alcanza el significado inverso al que

siempre tuvo: si siempre la tipicidad constituyó la excepción a lo tolerable, ahora se convierte en la norma de lo deseable. Es menester, por el contrario, reducir la intervención del derecho penal a sus justos límites que, como nos recuerda Ferrajoli son los del "Derecho penal mínimo". Sin que ello tenga que significar, por cierto, el recurso a diferentes velocidades o el olvido de la tutela de los intereses comunes o supraindividuales.

Por Derecho penal mínimo entiendo algo diferente: se trata de las mínimas limitaciones a la libertad —incluso a lo que hemos llamado "libertades constitucionales"— necesarias para asegurar éstas y las civiles. Debemos tender, en fin, a usar el Derecho penal justo en la medida en que sirva y sea necesario para garantizar las libertades de los ciudadanos. El Derecho penal es el principal instrumento de gestión de la libertad. Y jamás debemos pagar en libertad —toda intervención penal tiene un precio elevado— más de lo que obtenemos a cambio. Aunque para eso debamos recuperar la idea de "eficiencia".

Llegados a este punto, parece oportuno detenernos en uno de los principios clásicos del Derecho penal: el de la exclusiva protección de bienes jurídicos. La tipificación de una conducta como delito, se dice con cierta pomposidad, sólo se justifica si se protege con ello un bien jurídico. Pues bien, una concepción rigurosamente imperativa de las normas entenderá con facilidad que cualquier delito constituye una desobediencia y que el principio de autoridad es más que suficiente para colmar las exigencias de ofensividad. Basta con recordar otra vez el pecado original y buscar cuál fue el "contenido de injusto" del delito que cometieron Adán y Eva; pero sobre todo basta también, con recordar las manifestaciones más terribles del Derecho penal en la Historia, el Holocausto y los campos de exterminio, en los que también había un bien jurídico: el sano sentimiento popular encauzado a través de la voluntad del Führer y, por supuesto, la imposición de un pensamiento único y un modelotipo de ciudadano. Y es que no basta, desde esta concepción de la norma, con comprobar la existencia de un bien jurídico.

Se dirá, en cambio, que los partidarios de una concepción valorativa —o, por mejor decir, de la doble función de la norma— resultan más garantistas y consiguen limitar el ámbito de las normas penales. Pero, en realidad, sigue latiendo una confusión obvia. Cuando, tras la segunda Guerra Mundial, cuestiona Jäger la validez de ciertas prohibiciones penales como, en concreto, la homosexualidad entre adultos, lo hace sobre la idea de que existen "perversiones" (sic) sexuales de mucha mayor intensidad que quedan impunes por lo que, dice, se produce una incongruencia que demuestra la necesidad de la concurrencia de un bien jurídico previo a la norma, que concrete la realidad que ésta pretende tutelar. Lo que no aclara Jäger es quién determina las valoraciones previas a la norma y, sobre todo, a qué controles democráticos se someten dichas valoraciones. En el fondo, no se aprecian demasiadas diferencias con la afirmación llevada a cabo por Welzel —no mantenida en todas las ediciones de su manual— de que la función del Derecho penal no es la protección de bienes jurídicos sino la imposición de la ética social dominante. Seguimos, pues, intentando conseguir el ciudadano-tipo.

Por otra parte, tampoco quienes afirman que es la norma penal la que crea el bien jurídico parecen resolver el problema: si es la norma la que valora, siempre habrá un bien jurídico, y si el imperativo deriva de éste, seguiremos exactamente en el mismo punto de partida: el principio de autoridad y el puro capricho del legislador se convertirán en bienes jurídicos puramente autoritarios pero bienes jurídicos al fin.

No se puede negar, por ello, coherencia al último de los discípulos de Welzel. Jakobs prescinde del concepto de bien jurídico sin que, probablemente, nos resintamos demasiado de tal pérdida. La quiebra de las expectativas o la dañosidad social pueden cumplir, incluso de manera más satisfactoria, el papel asignado. O podrían, al menos, si no tuvieran la significación que Jakobs les otorga. Pero en el entra-

mado autopoiético de la prevención general positiva y de la concepción de que la norma se justifica por sí misma como instrumento de protección del sistema y la imposición de la pena como acto de devolución de la confianza de los ciudadanos en el mismo, es absurdo hablar de valores y quimérico pretender limitar la extensión del Derecho penal.

No es, insisto, casual que sea en el seno de esa doctrina donde se preconiza el Derecho penal del enemigo y donde se niega a un ser humano la categoría no ya de ciudadano, sino la de persona; donde se llega, en suma, al reino del no-Derecho, cuya más clara manifestación contemporánea se ha producido a menos de mil kilómetros de esta Alma Mater. Naturalmente, con el legítimo fin de salvar nuestro modo de vida. Nada nuevo bajo el Sol.

Y, sin embargo, el bien jurídico no puede morir. No tiene sentido, eso sí, pretender obtenerlo de los tipos, como nos dicen los dogmáticos puros, desde el más evidente círculo vicioso en más de dos siglos de vigencia de la pretendida "ciencia del derecho penal". Lea usted el tipo, obtenga el bien jurídico y reinterprete el tipo desde la óptica de aquello que obtuvo de su primera lectura.

Antes recalqué una idea que me parece fundamental: toda norma penal responde a una decisión política: la de limitar la libertad para garantizar la libertad; toda prohibición de una conducta y la consiguiente amenaza penal comporta una injerencia del Estado en las vidas de los ciudadanos, y una evidente limitación al libre desarrollo de su personalidad. Que conduce a la imposición de la homogeneidad necesaria para la convivencia social. Pues bien, en un Estado democrático que proclama el pluralismo entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico, esa homogeneidad es exactamente la mínima imprescindible para garantizar el máximo de libertad de sus ciudadanos. Si antes hablamos del derecho penal como el instrumento básico de "gestión de la libertad", debemos ahora proclamar que detrás de una norma penal ha de haber una justificación, en términos de esa gestión, para prohibir esa conducta. Otra vez en palabras de Vives Antón (Fundamentos, 2, 829) "el bien jurídico no es sino un momento del proceso de justificación racional de la limitación de la libertad". Y ¿no era esa justamente la función que pretendíamos asignarle?

No se trata, pues, de que sólo se puedan prohibir conductas que atenten contra un bien jurídico; se trata, por el contrario, de que sólo se pueden prohibir conductas que resultan intolerables en términos de libertad porque su reconocimiento como derecho implicaría la negación de las libertades de los demás. Y justamente por eso no se puede permitir un Derecho penal que vaya más allá de esa función, cuyos límites han de venir marcados por la Constitución política del Estado.

Así entendido, el bien jurídico es, pues, no un objeto, una cosa, sino una justificación de la limitación de la libertad. Es, en fin, la expresión de una libertad de los ciudadanos: mediante la conducta que se prohíbe se niega el ejercicio de una libertad individual o se obstaculiza la de todos. Una conducta que no sea trascendente para la libertad, formal o material en términos de justicia, de los demás no puede, desde esta concepción, ser prohibida. Y podría añadirse que, en la medida en que la Constitución contiene un sistema de valores, tampoco deben prohibirse aquellas conductas que no sean susceptibles de alterarlo.

No se trata, en fin, de que haya un bien jurídico, sino de cuál sea éste, qué características comunes han de tener los bienes jurídicos si es que eso resulta posible, y si la intervención penal está fundamentada en términos de libertad. Por eso puede defenderse que sólo la necesidad de tutela de los valores o intereses con relevancia constitucional; esto es, que pertenezcan a ese sistema de valores, puede justificar una limitación de la libertad a través de un tipo penal y que sólo aquellas conductas que resultan trascendentes y perjudican concreciones de las libertades, sean individuales o colectivas, pueden ser típicas.

No quiero extenderme más; hacerlo comportaría quebrar las reglas de una "intervención mínima" tendente a proclamar el horizonte de

la justicia, la libertad y el progreso como meta a conseguir. También el Derecho penal está en crisis, como lo está el Estado-nación del que en definitiva deriva; de cómo resolvamos esta crisis va a depender que las libertades resulten fortalecidas o que regresemos a la caverna en que, bajo la excusa de la seguridad, perdamos la dignidad.

Pero resulta ineludible una reflexión sobre el papel que nos corresponde desarrollar a los penalistas, que somos, ante todo y parece obvio recordarlo, juristas. Se ha denunciado el papel de distracción que en años cruciales de la Historia, en el momento más dramático para la dignidad del hombre, jugó la pretensión de cientificidad de la dogmática penal: cuando se hace más importante debatir la posición del dolo que denunciar la violación sistemática de los derechos y la aniquilación masiva de seres humanos, porque "eso no va con la ciencia" se está actuando al menos con complicidad si no con cooperación necesaria en la mayor de las indignidades.

La brutal experiencia de aquellos hechos sirvió, al menos, para que se recuperaran durante algún tiempo las funciones de control a los poderes que corresponde a los juristas, otorgando a la Dogmática la tarea fundamental de velar por la libertad y por los derechos de todos, de intentar racionalizar las decisiones judiciales y de crear, en suma, un material teórico al servicio de la Justicia.

Pero, como decía al principio, vivimos un momento de crisis. Ni se cumple —porque no hay una Dogmática sino cientos de ellas— labor de racionalización alguna ni se controla a ningún Poder, sino que, ensanchando en lugar de reduciendo, el ámbito de aplicación de las leyes que limitan libertades, ponemos nuestra labor en contra justamente de aquél al que nos debemos: el ciudadano como ser libre dotado de dignidad.

Frente a esta especie de "traición a nuestra propia esencia", de cruce a las líneas enemigas, por utilizar el estilo en boga, es menester recordar el compromiso de todo jurista con el Estado de Derecho y con la Ley como expresión de la voluntad general. Y si el fundamento de ese Estado de Derecho radica, precisamente, en la consideración del ser humano como persona libre, es con las libertades con quienes tenemos ese compromiso. Controlemos, pues, los abusos del Poder, y formulemos teorías, sistemas y ¿por qué no decirlo? dogmáticas preñadas de ese compromiso inalienable. Sólo así cumpliremos dignamente el papel que nos corresponde.

También Cuba afronta un momento crucial de su Historia. Y también aquí —mejor, permitidme que lo diga, sobre todo aquí— hay mucho que conservar, un enorme sacrificio que compensar y un progreso que conquistar. Y para eso, el pluralismo y la libertad son valores irrenunciables. Tanto como la dignidad y la independencia con que este pueblo siempre se ha comportado y al que, una vez más, quiero rendir tributo de admiración.

Muchas gracias

NOTA BIBLIOGRÁFICA

(Al tratarse de una Lección-conferencia y transcribirse el texto tal como fue leído, se omiten notas bibliográficas. Se acompaña una reseña muy básica en la que, junto a obras fundamentales, hay otras que se utilizaron para elaborar el texto)

AGUADO CORREA, T.: *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Madrid, 1999.

CARBONELL MATEU, J. C.: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*; 3ª ed. Valencia, 1999; "Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad", en *Homenaje al Prof. Marino Barbero Santos*, vol. 1, Cuenca, 2001; "Un Derecho penal contra el pluralismo", en *Le Monde Diplomatique* ed. en castellano, 2004.

CORWIN, E. S.: *Liberty against Government,* Baton Rouge, Lousiana, 1948.

DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, Barcelona, 1993: *Sobre las libertades*, Barcelona, 1996; *La democracia posible*, Barcelona, 2008.

FFERRAJOLI, L.: *Derecho y razón*, Madrid, 1995; *Teoría del garantismo penal,* Madrid, 2008.

FLETCHER, G. P.: *Conceptos básicos de Derecho penal*, Valencia, 1997.

GARCÍA PÉREZ, O.: "Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia". Los artículos 483 y 485 CP, en *Anuario DPCP*. 1993.
LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A.: "La proporcionalidad de la norma penal", en *Cuadernos de Política Criminal*.
MUÑOZ CONDE, F.: *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*, 4ª ed. Valencia, 2003; *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, 2007.
MÜLLER, I.: *Fürchtbare Juristen*, München, 1987.
OVEJERO PUENTE, A: *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*, Valencia, 2007.
POLITANÒ, D.: "La teoría del bene giuridico fra códice e constituzione", en *La Questione Criminale*, VII, 1.
PORTILLA CONTRERAS, G.: *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmoderno*, Valencia, 2007.
RAWLS, J.: *El liberalismo político*, Barcelona, 1996; *Una teoría de la justicia*.
RAWLS, J./ HABERMAS, J.: *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, 2000.
SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 2001.
VIVES ANTÓN, T. S.: *La libertad como pretexto*, Valencia, 1995. *La reforma del proceso penal*, Valencia, 1992; *Fundamentos del sistema penal*, 2ª ed. Valencia, 2011
ZAFFARONI, R.: *En busca de las penas perdidas*; Buenos Aires, 1989; "Reflexión sobre el futuro de la democracia", en Filippi, A. (dir.): *Norberto Bobbio y Agentina: los desafíos de la democracia integral*, Buenos Aires, 2006; *El enemigo en el derecho penal*, Madrid., 2007

Fecha de recepción: 10 de septiembre de 2011
Fecha de aceptación: 4 de noviembre de 2011

ADMINISTRATIVE INTERVENTION IN THE INTERNET AND ITS CONTROL BY ADMINISTRATIVE JUSTICE. NEW DEVELOPMENTS IN THE DRAFT ON SUSTAINABLE ECONOMY

RESUMEN

La sociedad de la información constituye actualmente una potente herramienta que abre nuevas expectativas culturales, económicas, políticas y técnicas en un mundo globalizado que tiene puestas parte de sus esperanzas en los avances tecnológicos como un medio que permita mejorar el bienestar y las condiciones de vida con medios sostenibles. Sin embargo, importantes derechos individuales están en juego en un mundo virtual que carece de gobernanza y que, por tanto, puede fácilmente incurrir en excesos en la forma y en el contenido de cuanto se informa o transmite por la red.

Cuando ciertos principios se vean afectados, la Administración Pública en primer lugar o los Tribunales de Justicia en último, podrán intervenir con el fin de adoptar medidas de restricción que dejen incólumes derechos, libertades y principios que han de gozar de la máxima protección con independencia del medio que se emplee para transmitir información y para ofrecer productos o servicios a los ciudadanos en su condición de internautas. Algunos de esos derechos, dada su trascendencia en el circuito social y económico y su mayor sensibilidad pública, son objeto de una preprotección en vía administrativa en la nueva regulación que introduce la Ley de Economía Sostenible. Sobre todas estas cuestiones constitucionales y administrativas y sobre el posterior control de la jurisdicción contencioso-administrativa versa el presente artículo.

PALABRAS CLAVE

Sociedad de la información, derechos individuales, información, Ley Economía Sostenible

ABSTRACT

The information society is a powerful tool that opens new cultural, economic, political and technical horizons. It does so in a global world that places its hopes on technological development as a sustainable means of improving well-being and living conditions. However, important individual rights are at stake in a virtual world that lacks governance and that can therefore easily lead to excesses, both in the form and in the content of what is reported or transmitted over the web.

When certain principles are affected, first the public administration and then the courts may intervene in order to take restrictive measures that maintain rights, liberties and principles unharmed. These rights, freedoms and principles should have maximum protection, regardless of the means used to convey information or to offer products and services to citizens in their capacity as Internet users. In the new regulation expected to be introduced by the draft Sustainable Economy Act, some of those rights, given their importance in the social and economic system and their sensitivity, are subject to an administrative pre-protection. This article deals with these constitutional and administrative issues, and with their subsequent monitoring by administrative justice.

KEY WORDS

The Information Society, Individual Rights, Information, Sustainable Economy Act

LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN INTERNET Y SU CONTROL JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. NOVEDADES DEL PROYECTO DE LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

Augusto González Alonso
Letrado del Tribunal Supremo

Sumario: 1. Consideración preliminar y marco comunitario. 2. Aspectos constitucionales de la intervención administrativa en internet. 3. Un apunte sobre la jurisdicción penal e internet. 4. La intervención administrativa en materia de internet. A) Medidas concretas de intervención administrativa en materia de internet. B) Elementos subjetivos de la intervención administrativa. a) Sujeto activo. b) Sujeto pasivo. C) Procedimiento administrativo aplicable. 5. El control jurisdiccional contencioso-administrativo en materia de internet. 6. Un paso más en la intervención administrativa en Internet: la regulación introducida por la Ley de Economía Sostenible.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR Y MARCO COMUNITARIO

El carácter ácrata de internet, que no ha conocido dueño ni autoridad, ni lo conoce aún hoy, lo ha convertido en un espacio libertario lleno de grandes posibilidades utópicas pero, al mismo tiempo, en un espacio sinfín para la comisión de delitos penales e infracciones administrativas que lesionan la libertad, los derechos y el patrimonio de los ciudadanos, des-

amparados por el anonimato que aporta una red global que emplea las nuevas tecnologías para evitar su rastreo y localización o que afecta a intereses difusos colectivos.

Sin embargo, hay que poner de manifiesto la paradójica situación que supone la falta de regulación del ciberespacio, puesto que no beneficia a los ciberciudadanos, sino que es aprovechado por las redes criminales, por las grandes multinacionales que lo emplean sin escrúpulos ni respeto de los derechos individuales con el fin de optimizar sus objetivos mercantiles, y por quienes, con su conducta, ocasionan daños de gran relevancia al patrimonio inmaterial de nuestros creadores y del orbe cultural en general, como sucede con las conductas ilícitas o infractoras de los derechos de la propiedad intelectual e industrial.

El legislador ha sido consciente de la necesidad de no dejar huérfana a la red de redes, si bien su carácter descentralizado dificulta establecer unas normas mínimas y comunes para todos los prestadores de servicios y sus usuarios. Apenas existen unas pocas agencias que se encargan de su gestión, si bien centran su ánimo regulatorio más en el medio físico o material para el ejercicio de la actividad que en su contenido material; es el caso de la ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) y de la IAB (*Internet Architecture Board*).

A pesar de los tímidos pasos adoptados en el Derecho internacional (entre los que destaca especialmente el Convenio del Consejo de Europa sobre Cibercrimen, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001), la Unión Europea cuenta en la actualidad con un conjunto de disposiciones que establecen unas reglas de juego mínimas en la sociedad de la información tras la consagración de la plena liberalización de las telecomunicaciones en 1998. Sin embargo, las iniciativas comunitarias se han centrado, de nuevo, más en el medio y los instrumentos empleados para operar en internet que en el contenido y los derechos de los usuarios. Así, estimular la competencia (con la propuesta de creación de una Autoridad Europea del Mercado de las Comunicaciones Electrónicas), avanzar decididamente en la e-Administración o *e-Government*, evitar la fractura digital de los hogares y las empresas europeas, hacer accesible internet en el medio rural, promover la investigación en las tecnologías futuras y emergentes en Europa, la accesibilidad de las tecnologías de la información, el fomento de la telemedicina, los sistemas de computación empotrados (iniciativa "Artemis"), el dominio de primer nivel ".eu", la desagregación del acceso al bucle local, mejorar la coordinación internacional y promover la integración de los sistemas de información en las empresas europeas son algunas de las iniciativas más importantes adoptadas por las instituciones comunitarias en el primer decenio del siglo XXI.

Sólo en los últimos años, la Unión Europea ha abierto su horizonte normativo hacia ámbitos como la protección de los derechos del usuario de internet, la armonización de ciertos ilícitos cometidos a través de la red global, la regulación mínima del comercio electrónico o la protección de datos de carácter personal por los sistemas de información y de las comunicaciones. Así lo avalan proyectos como el de la gobernanza de internet, la protección de los consumidores en general y de los menores en particular en el uso de videojuegos, la protección frente a ciberataques e interrupciones a gran escala, la lucha contra el *spam* o comunicaciones por correo electrónico no deseadas o autorizadas, los programas espía y maliciosos, el fomento de una utilización segura de la red y la lucha contra contenidos ilícitos y nocivos, la creación de la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información (ENISA, que asume una función de asesoramiento y coordinación de las medidas adoptadas por la Comisión y los países de la UE para dar seguridad a sus redes y sistemas de información), la concienciación de la necesidad de dotarse de un marco común para luchar contra los delitos informáticos, la aprobación de un plan europeo de lucha contra la falsificación, la piratería y los derechos de autor, el notable avance en la protección de los datos personales por internet, la aprobación de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000 relativa

a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior (conocida como "Directiva sobre el comercio electrónico"), el establecimiento de un marco común para la firma electrónica a través de la Directiva 1999/93/CE, y la creación de un mercado común de instrumentos electrónicos de pago. Todos estos proyectos enmarcan jurídicamente la intervención de las Administraciones Públicas de los Estados miembros de la Unión Europea en internet, tanto en sus aspectos físicos como sustantivos o de contenido.

2. ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN INTERNET

De nuevo, como en otros ámbitos del mundo jurídico cuyos horizontes empiezan a descubrirse, internet plantea interrogantes esenciales que han de resolverse previamente si se quiere pisar suelo firme en el desarrollo de su contenido y en la regulación posterior de sus instituciones elementales.

En un espacio sin límites en el que se confunden los roles de creadores de contenidos, intermediarios y usuarios, en el que fluye la información sin censura previa ni control posterior, en el que las relaciones humanas han escalado varios peldaños en multiplicidad, sencillez y anonimato, en el que el mercado del comercio electrónico de bienes y servicios (conocido como B2C o *business to consumer*) aumenta exponencialmente cada año[1], en el que las redes sociales, el comercio electrónico, la realidad virtual, el *cloud computing* o servicios integrados en la nube, y la Administración electrónica reinterpretan los aspectos físicos y psíquicos de la relación del hombre con su entorno, resulta necesario que los límites jurídicos de internet tengan contornos precisos, obligando a revisar las relaciones de fuerza de principios y derechos constitucionales desde una óptica distinta a la tradicionalmente aceptada.

Los servicios que se prestan a través de la sociedad de la información producen fricciones y enfrentan principios como sucede con los de libertad y seguridad, es decir, la libertad de expresión y el derecho a la información a través de un medio electrónico como internet frente a la seguridad que se precisa para que aquél derecho no sea absoluto e incondicionado, afrentando el honor, la intimidad, la propia imagen, el patrimonio o las libertades de terceros. No son pocos los autores que simplifican el problema entendiendo que los límites a la libertad de información son los mismos que cualquier ilícito cometido fuera de la red, debiendo aplicarse normas idénticas.

El marco jurídico constitucional lo constituye el artículo 20 de nuestra Norma Fundamental, que reconoce y protege los derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (lo que incluye la red de redes), el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, así como el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La garantía de estos derechos se refuerza porque su ejercicio no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa (*ex* artículo 20.2 CE).

Ahora bien, los límites a estos derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la información lo constituyen los demás derechos reconocidos en el título I de la Constitución y desarrollados por las leyes, así como especialmente el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen (que se trata de derechos irrenunciables, inalienables e imprescriptibles) y a la protección de la juventud y de la infancia. Es preciso añadir el derecho a la protección de los datos personales que queda consagrado en el artículo 18.4 de la Constitución Española al establecer que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. Este derecho a la protección de datos es el derecho de la persona a decidir cómo, cuándo, dónde y quién ha de tratar sus datos de carácter personal, y el Tri-

bunal Constitucional ha terminado consagrándolo[2] como un derecho autónomo e independiente del derecho a la intimidad, entendiendo que es más profundo por dar protección a un aspecto de la personalidad que puede ser desconocido incluso para la persona; es decir, el perfil que de un individuo se puede obtener tras el tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal.

En consecuencia, ¿cómo pueden hacerse respetar estos derechos que constituyen una de las pocas limitaciones al carácter ácrata y ubicuo de internet? El ordenamiento español ofrece varias alternativas en función de la materia y el alcance sustantivo de la violación de los derechos: es posible acudir a la acción prevista en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, de modo que quedan abiertas las vías procesales ordinarias, el procedimiento preferente y sumario previsto en el artículo 53.2 de la Constitución y, cuando proceda (cuando se trate de disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes), el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por tanto, se trata en la mayoría de los supuestos de una vía procesal civil que dirime conflictos entre particulares, si bien, dado el alto protagonismo de los poderes públicos en la red, también es posible acudir a la vía contencioso-administrativa especial prevista en los artículos 114 y siguientes de la LJCA si la lesión de los derechos procede de una actuación de la Administración sujeta al Derecho Administrativo o al recurso de amparo.

Si el derecho fundamental violentado es el derecho a la protección de datos, la propia Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal contempla diversas acciones a disposición de los afectados, *ex* artículos 13 y ss. de la ley, como la posibilidad de impugnar los actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento cuyo único fundamento sea un tratamiento de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad, así como el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación de los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la citada ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos. Como se sabe, la cancelación de datos da lugar al bloqueo de los mismos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones Públicas, de los Jueces y de los Tribunales para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas; de modo que, cumplido el citado plazo hay que proceder a la supresión definitiva de los datos. La tutela de estos derechos, en caso de incumplimiento por el obligado a velar por ellos, corresponde a la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) o a los organismos autonómicos equivalentes, contra cuyas resoluciones podrá interponerse el pertinente recurso contencioso-administrativo.

Si la actuación pública o privada a través de internet no violenta los derechos al honor, la intimidad personal o familiar, la propia imagen y el derecho a la protección de datos, sino los principios rectores de la protección de la juventud y de la infancia (previstos en los artículos 48 y 39.4 CE, respectivamente), su protección jurídica está consagrada también por otras normas sectoriales que han establecido una nueva categoría de derechos específicamente desarrollados para estas capas más desprotegidas o vulnerables de la población. Es el caso de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyos artículos 4 y 5 consagran los derechos de los menores al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (lo que comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones); la intervención del Ministerio Fiscal cuando la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación pue-

dan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o sea contraria a sus intereses; y el derecho de los menores a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo. En consecuencia, cuando resultan lesionados estos derechos de los menores mediante los servicios que se prestan a través de internet, podrá instarse el bloqueo inmediato de todos los soportes o contenidos, en cualquier formato, que impliquen una intromisión en la identidad o en la imagen de los menores.

Todos estos aspectos constitucionales no pueden quedar al margen de la cuestión aún debatida sobre si las medidas de restricción que pueden adoptarse en materia de internet han de ser ordenadas sólo por los Tribunales de Justicia o es posible que lo hagan los órganos de las Administraciones públicas, aun afectando con mayor o menor intensidad a ciertos derechos fundamentales o libertades públicas. No son pocos los autores que entienden que la garantía del secreto de las comunicaciones proclamada por el artículo 18.3 CE no conoce excepciones al control judicial por cuanto la enumeración que realiza dicho precepto (las postales, telegráficas y telefónicas) no puede considerarse exhaustiva. Y ello porque se entiende que no cabe hacer distinción esencial entre las redes informáticas y los medios tradicionales de comunicación, al menos en lo que respecta al fundamento del por qué de la salvaguarda de su secreto. A este argumento se suma el rigor de la redacción del artículo 20.5 CE, que proclama que sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

Otras líneas doctrinales entienden, sin embargo, que la exigencia de mandamiento judicial se establece respecto de la inviolabilidad domiciliaria y el secreto de las comunicaciones (entre las que hay que entender incluido el correo electrónico), pero no respecto a lo que el artículo 18.4 CE denomina limitaciones del uso de la informática, para lo cual la Constitución se remite a la ley y así quedó consagrado con la aprobación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que permite a un órgano administrativo como la AEPD la tutela de ciertos derechos, el requerimiento de cese del tratamiento, el ejercicio de la potestad inspectora y la adopción de medidas de cese de la infracción o de la utilización de los datos. Dicha norma básica de protección de datos abrió la puerta, por tanto, a la intervención de órganos administrativos en materia de internet, apartando del camino la rigurosa interpretación de intervención judicial en todos estos supuestos.

La posterior LSSI ha abierto aun más la puerta a la adopción de medidas de restricción en internet por parte de órganos administrativos, dentro de sus competencias, siempre que aquéllas sólo puedan ser adoptadas por los órganos jurisdiccionales cuando así se lo atribuyan de forma excluyente la Constitución y las leyes reguladoras de los respectivos derechos y libertades; lo que sucede claramente en el caso de secuestro de publicaciones *web*, a tenor del artículo 20.5 CE ya citado, puesto que se entiende que afecta a los derechos y libertades de expresión e información. Fuera de estos supuestos, la autoridad gubernativa puede adoptar medidas de restricción en materia de internet, si bien el espíritu del legislador parece ser mantener el respeto por el carácter preferencial y principal de las medidas judiciales cuando concurren con la intervención administrativa. Este principio es extensivo a la preferencia de la jurisdicción frente a la potestad sancionadora de la Administración en los casos en que se incida sobre el mismo hecho, sujeto y fundamento, en virtud del principio *non bis in idem*.

Reforzando el principio de seguridad jurídica, el legislador abandonó la idea recogida en el proyecto de reforma de la LSSI operada por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de autorizar que las entidades de gestión de derechos de autor en materia de propiedad intelectual (especialmente la Sociedad General de Autores y Editores) pudieran retirar contenidos de internet.

En consecuencia, cuando nos encontramos frente a *webs* que constituyan un vehículo de intercambio de información (enciclopedias digita-

les, *blogs*, medios de comunicación por vía electrónica,...) y que sean un medio de expresión y opinión, su naturaleza jurídica puede asimilarse a la de una publicación y entraría en juego el rigor constitucional del artículo 20.5, de modo que su intervención sólo puede ser adoptada por la autoridad judicial dado que tal medida puede considerarse materialmente un secuestro. Así lo ha entendido la doctrina constitucional, que ha prohibido taxativamente el control administrativo de los impresos y publicaciones[3], y que exige la intervención judicial cuando el secuestro implique un examen crítico del contenido del mensaje[4]. En todo caso, el Tribunal Constitucional considera que del artículo 20.5 no puede inferirse un apoderamiento genérico a los Tribunales de Justicia para acordar secuestros o medidas equivalentes, limitando los derechos a la libertad de expresión y de información, sino que es preciso que haya una previsión legal y orgánica previa; que la decisión judicial se adopte en el seno de un procedimiento concreto, con una motivación suficiente y respetando el principio de proporcionalidad.

Sin embargo, el contenido vehicular señalado en el párrafo anterior no es extensible a las *webs* que ofrecen bienes o servicios por internet (es decir, a las actividades comerciales por la red), de modo que en este ámbito la intervención administrativa resultaría posible siempre que no pueda considerarse como ejercicio del derecho a comunicar información veraz o de la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional ha entendido[5] que es posible la intervención de los órganos administrativos para establecer restricciones al ejercicio de los derechos y libertades garantizados por el artículo 20 CE siempre que no puedan equipararse al secuestro de las publicaciones.

3. UN APUNTE SOBRE LA JURISDICCIÓN PENAL E INTERNET

Como se ha apuntado, internet constituye hoy un medio privilegiado para la comisión de una amplia panoplia de delitos cuyo enjuiciamiento corresponde en España a la jurisdicción penal por tratarse de hechos sancionables por el Código Penal en el que el delincuente utiliza, para su comisión, cualquier medio informático. Por este motivo, los expertos suelen hablar no de delitos informáticos, sino de delitos cometidos por medios informáticos, poniendo así el acento en el medio empleado para la comisión de la infracción penal que puede atentar contra los más variados bienes jurídicos.

Efectivamente, la red de redes se ha convertido en una plataforma privilegiada de ataque a derechos, bienes e intereses jurídicos, con un efecto multiplicador sin precedentes. Dentro de ellos destacan, por constituir en torno al 70% de los delitos que se denuncian, los delitos económico-patrimoniales, entre los que hay que entender incluidos todos aquellos que emplean medios informáticos para su comisión, como el espionaje informático, los estragos informáticos, los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, la estafa informática, el robo inutilizando sistemas de protección criptográfica, y otros.

Conforme a las cifras más actualizadas disponibles[6], las diligencias previas incoadas por delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, ascendieron en el año 2009 a la cifra total de 2.310.147, un 51% del total de las incoadas en dicho año, lo que supone un descenso aproximado del 1,5%. Dentro de los delitos contra el patrimonio, las denuncias por estafa dieron lugar a 117.573 nuevas diligencias, resultado de un crecimiento de casi el 2% respecto del anterior periodo anual.

Y quizá por su relevancia social en estos últimos años, destacan sobremanera los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Los últimos datos disponibles reflejan que la cifra total de diligencias previas incoadas en el año 2009 por hechos de esta naturaleza fue de 7.579, 621 menos que en el ejercicio anterior, lo que también ha supuesto invertir la tendencia al alza detectada en años anteriores (que determinó 7.725 diligencias en el año 2007 y 8.200 diligencias en el año 2008). De entre estos comportamientos, 3.834 anotaciones co-

rresponden a conductas ilícitas contra la propiedad intelectual y 3.745 a hechos delictivos contra la propiedad industrial.

También son subrayable, por el alcance y la importancia que han adquirido en los últimos años, los delitos cometidos por la red en relación con las apuestas y el juego. Constituyen una especialidad de los delitos de fraude, estafa, blanqueo de capitales y criminalidad organizada y aún hoy no se cuenta con una regulación rigurosa y cerrada en relación con esta materia. Por el momento, el enjuiciamiento de los mismos recae en la jurisdicción penal.

El resto de los delitos se reparten entre aquellos que se dirigen contra la intimidad y la privacidad y los que tienen como objetivo los intereses supraindividuales: entre los primeros están los ataques al derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, que se concretan en las amenazas y coacciones, distribución de material pornográfico, injurias o calumnias; y entre los segundos se pueden mencionar el descubrimiento y revelación de secretos que afectan a la seguridad o la defensa del Estado y que afectan a intereses generales de la población, como el ciberespionaje y el ciberterrorismo.

El tratamiento procesal penal de todos estos delitos contiene importantes peculiaridades debido a los intereses difusos atacados, el carácter horizontal de la actividad, las dificultades probatorias y el anonimato del responsable de la acción delictiva, entre otras. No son pocos los problemas de competencia que se plantean ante los Tribunales de Justicia por estos motivos, razón por la que el Tribunal Supremo ha venido a establecer un importante criterio al subrayar[7] que en los delitos cometidos a través de internet serán competentes los Juzgados en que se hayan introducido en la red los contenidos delictivos, y sólo si en el desarrollo de las investigaciones apareciesen datos que permitiesen apreciar conexidad podría acordarse la acumulación de las causas.

Por otra parte, el principio de territorialidad de la ley penal española (aunque observe algunas excepciones), que obliga a la persecución de los delitos y faltas cometidos en territorio español por autores españoles o extranjeros, casa con dificultades con la naturaleza transfronteriza de la información, los bienes y los servicios que circulan por internet, y plantea serios problemas para determinar el alcance subjetivo de las medidas de intervención o restricción que pueden adoptar las autoridades judiciales. En concreto, el principal problema de las actuaciones delictivas que se cometen a través de la red radica en que en un determinado lugar se ha desarrollado la acción (allí donde se encuentra el servidor de datos, que en no pocas ocasiones se ubica en un paraíso fiscal o en un Estado miembro de la Unión Europea o extracomunitario donde las apuestas y el juego por internet son legales) y en otro lugar distinto se ha producido el resultado lesivo. Ante esta situación, la doctrina y la jurisprudencia más recientes han concluido que la jurisdicción penal española es siempre competente tanto cuando la acción típica como el resultado de la misma se hayan producido en nuestro país. Efectivamente, conforme al citado principio de territorialidad, sólo se pueden adoptar medidas respecto de páginas *webs* que se provean desde un proveedor de contenidos radicado en España. Ahora bien, un Juez español puede impedir el acceso desde España a servicios o páginas *webs* alojadas en servidores en el extranjero, siempre que el destinatario de esa orden restrictiva sea un proveedor de servicios de internet español. Esto constituye una solución práctica frente al carácter transnacional, virtual y ubicuo de internet, que pretende superar la polémica doctrinal sobre el foro que permite determinar la competencia judicial: el domicilio del demandado (de difícil aplicación a los delitos cometidos a través de internet), el lugar donde se haya producido el hecho dañoso, o el del domicilio del demandante o perjudicado.

La doctrina califica el delito informático como de tracto mutante e itinerante, ya que la acción delictiva puede realizarse desde un emplazamiento ignorado o desde un equipo informático que utiliza tecnologías que redireccionan el rastro entre distintos servidores ubicados en distintos lugares y países muy

difíciles de identificar y más aún de perseguir penalmente. El Tribunal Supremo estableció (Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2ª, de 3 de febrero de 2005) que "*el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo*", lo que han consagrado numerosas sentencias posteriores del Alto Tribunal (STS de 12 de julio de 2009), en las que la competencia se atribuye a cualquiera de los órganos territoriales de los lugares donde se cometieron actos ejecutivos del delito.

Ahora bien, muchos autores de la doctrina claman por la aplicación del principio de universalidad para la persecución del ciberdelito, como sucede con los delitos de genocidio, terrorismo o piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, respecto a los cuales la jurisdicción española es competente para su enjuiciamiento cuando hayan sido cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional (*ex* artículo 23.4 LOPJ). Esta corriente doctrinal no es unánimemente seguida por cuanto no parecen concurrir los requisitos para que estos delitos sean considerados de persecución o justicia universal, como lo son el terrorismo, la piratería, la prostitución o la corrupción, de acuerdo con el artículo 23.4 LOPJ, a pesar de que algunas modalidades delictivas puedan acercarse a ese concepto universal por afectar a los intereses de una multitud de víctimas o asociarse a fenómenos terroristas.

En todo caso, hay que recordar que la competencia jurisdiccional penal no deja al margen el instituto de la responsabilidad civil derivada de la acción penal o *ex delicto*, que comprende tanto la restitución de lo usurpado, la reparación del daño o perjuicio ocasionado y la indemnización de dicho daño, comprensivo de los perjuicios morales y materiales.

4. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE INTERNET

Vistos los aspectos constitucionales que planean sobre la opción del legislador para otorgar una potestad de limitación en materia de internet a la autoridad gubernativa o judicial, a continuación se analizarán los supuestos en los que se produce una intervención administrativa que puede ser fiscalizable posteriormente en vía contenciosa. Quedan al margen, por tanto, las demás acciones a disposición de los usuarios de internet para la protección de sus derechos, como las acciones civiles declarativas que protegen su honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo; cualquier acción indemnizatoria; la acción de rectificación prevista en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Rectificación; y la acción civil de cesación, específicamente prevista por la LSSI para las conductas contrarias a dicha norma que lesionen intereses colectivos o difusos de los consumidores.

El primer escalón del marco jurídico habilitante para la intervención administrativa lo constituye la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en adelante, LSSI), que transpone la ya citada Directiva 2000/31/CE o "Directiva sobre el comercio electrónico", además de incorporar tres preceptos de carácter procesal que atienden al régimen de solución judicial y extrajudicial de conflictos mediante la acción de cesación, el arbitraje o cualquier otro procedimiento de resolución extrajudicial previsto en códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación. Estas últimas prescripciones procesales traen causa de otra disposición de Derecho derivado comunitario, la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

La propia ley subraya, en su exposición de motivos, su carácter especial, de modo que su propósito es cubrir aquellos aspectos que, por su novedad o por las peculiaridades que implica su ejercicio por vía electrónica o telemática, no están cubiertos por las normas generales. Habrá que entender como tales normas generales las de defensa de los consumidores y usuarios, las de las condiciones generales de

la contratación (amén del Código Civil, por supuesto), las de protección de la salud y seguridad pública, las que regulan el régimen tributario aplicable a los servicios de la sociedad de la información, la legislación de protección de datos personales, la normativa reguladora de defensa de la competencia, la legislación sobre propiedad intelectual, la legislación sobre marcas, y la normativa propia de protección de la intimidad.

Si en algunos aspectos destaca la LSSI es en su afán por proteger los intereses de los usuarios y destinatarios de servicios de la sociedad de la información, de modo que los artículos 9 y siguientes recogen unas obligaciones rigurosas y un régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios, se fomenta la elaboración y aplicación de normas de gobernanza en internet (sobre todo a través de los códigos de conducta), se regulan pormenorizadamente las comunicaciones comerciales por vía electrónica y se presta una especial atención regulatoria y protectora a los contratos celebrados por dicha vía, mediante una regulación especial a la normativa civil general aplicable a la contratación entre particulares, si bien en una línea continuista con el principio espiritualista que rige la perfección de los contratos en nuestro Derecho Civil.

Un segundo escalón normativo lo constituye la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, que vino a derogar las referencias que la LSSI contenía en relación con esta materia, incluyendo el régimen de infracciones aplicable en el artículo 38 LSSI.

A) MEDIDAS CONCRETAS DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE INTERNET

– La interrupción del servicio o retirada de datos e información: la LSSI prevé que los órganos administrativos competentes pueden ordenar la interrupción de un servicio o la retirada de los datos que puedan vulnerar unos principios determinados como la salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional; la protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores; el respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social; y la protección de la juventud y de la infancia. Se trata de principios que, en general, constituyen delito o tienen la calificación de nocivos (lo que incluye a los delitos cometidos a través del juego por internet y los que vulneran los derechos de propiedad intelectual).

Nos encontramos, en consecuencia, ante órdenes preventivas o represivas que permiten una reacción de los poderes públicos ante una lesión efectiva o un peligro concreto (que el servicio que se presta "*atente o pueda atentar contra los principios...*", proclama el artículo 8.1 LSSI) y que requieren una habilitación legal (lo que se contiene en la propia LSSI) y seguir un procedimiento administrativo, que será el común previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP y PAC).

El apoderamiento que realiza el artículo 8.1 LSSI a la Administración para adoptar estas medidas de restricción es muy amplio, tanto por el parámetro de legalidad que sirve de control como por su contenido, puesto que el precepto habilita a los poderes públicos para adoptar "las medidas necesarias"; lo cual debe interpretarse a la luz de los principios que rigen toda actividad de policía o limitación, es decir, que deben ejercitarse sólo cuando concurre una efectiva perturbación del orden público o un peli-

gro potencial de que se vea perturbado, que se adopten las medidas que resulten imprescindibles y necesarias para atajar la perturbación, que se dirijan contra quien efectivamente perturba el orden, y por la extensión temporal necesaria para su reestablecimiento. Las medidas que se adopten deberán ser objetivas, proporcionadas y no discriminatorias, y se adoptarán de forma cautelar o en ejecución de las resoluciones que se dicten conforme al procedimiento administrativo que se siga para su dictado.

Ahora bien, de nuevo hay que traer al frente una cuestión que fue planteada durante la tramitación parlamentaria de la ley y que sigue siendo objeto de debate entre la doctrina autorizada: ¿qué sucede cuando dicha intervención administrativa afecte a los derechos fundamentales previstos en la sección 1ª del capítulo II del título I de la Constitución Española?... es el caso de los derechos a la libertad de expresión (*ex* artículo 20.1 a) CE), a la libre producción y creación literaria, artística, científica y técnica (*ex* artículo 20.1 b) CE), a la libertad de cátedra (*ex* artículo 20.1 c) CE), al derecho a la información (*ex* artículo 20.1 d) CE), al derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (*ex* artículo 18.1 CE) o al secreto de las comunicaciones (*ex* artículo 18.3 CE).

Por una parte, el artículo 8 LSSI, consciente de que en materia de internet pueden estar en juego ciertos derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar, la protección de datos personales, la libertad de expresión o la libertad de información, exige al órgano administrativo que, al adoptar las medidas que considere procedentes, se respeten las garantías, las normas y los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico.

Como puede deducirse, parece que el legislador habilita a la autoridad gubernativa para adoptar medidas restrictivas de ciertos derechos fundamentales, no sin advertirle antes de la necesidad de respetar su contenido, las garantías previstas en el ordenamiento y la obligación de seguir un procedimiento especial, en los casos en que sea aplicable. Resulta, sin embargo, que el último párrafo del apartado 1 del artículo 8 LSSI excluye la intervención administrativa en los supuestos en los que la propia Constitución o las leyes reguladoras de esos derechos fundamentales lo prevean, dejando en manos de los Jueces y Tribunales la facultad para adoptar las medidas de restricción que se analizan en este apartado al entender que sólo los órganos judiciales pueden garantizar plenamente los mismos.

Obsérvese que, de los derechos fundamentales y de las libertades públicas citados en los dos últimos párrafos del artículo 8.1 LSSI, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, así como el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión quedan en una posición ambivalente para que se vean afectados por un órgano de la Administración pública o por los Tribunales de Justicia, si bien los órganos jurisdiccionales sólo intervendrán cuando así lo establezca expresa y excluyentemente la Constitución o las leyes reguladoras de los mismos. De este modo se apodera fuertemente a la Administración para que intervenga, ya que, al menos en la Constitución Española, en relación con los derechos y libertades de los artículos 18 y 20, sólo se requiere expresamente la intervención de los Tribunales de Justicia en los supuestos de entrada o registro en domicilio, de violación del secreto de las comunicaciones, y del secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información.

– La Administración Pública puede adoptar medidas de restricción que afecten a la protección de los datos personales,

por cuanto la protección frente al uso de la informática que consagra el artículo 18.4 de la Constitución, habilitando al legislador a adoptar las medidas de protección que estime necesarias, se ven cubiertas por la vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, que precisamente permite el ejercicio de una potestad pública de limitación a un órgano administrativo —bien es cierto que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones— bien conocido por los propios prestadores de servicios de internet: la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD).

Es el caso de la cumplimentación de formularios para la prestación de servicios a través de internet, como la apertura de cuentas bancarias en la banca electrónica, o en el habitual proceso de registro en el comercio electrónico o en las redes sociales como *Facebook* o *Tuenti*. Especialmente, en estos últimos supuestos se han dado casos clamorosos de invasión de la privacidad, como también ha sucedido con la aplicación *Google Buzz* (para conversar y compartir toda clase de recursos *online*, públicamente o en privado) o con la recopilación de ciertos datos sin consentimiento por *Google* en su aplicación *Street View*. También es el caso del envío de mensajes y comunicaciones electrónicas comerciales y de publicidad no autorizadas o solicitadas por el destinatario (*spam*), puesto que las direcciones de correo electrónico son consideradas como un dato de carácter personal objeto de protección.

Sin embargo, dejar en manos de la Administración la adopción de medidas de restricción que puedan afectar a los derechos a la intimidad personal y familiar sólo puede interpretarse si se conecta su afectación al mismo artículo 18.4 CE en lo que respecta a la limitación del uso de la informática, puesto que el derecho a la intimidad personal y familiar tiene la particularidad de recibir una triple mención constitucional: como tales derechos de la vida privada, como límites del uso de la informática y como límites de los derechos a la libertad de expresión e información. En su primer concepto, los procedimientos de protección que prevé nuestro ordenamiento jurídico son tres: el derecho de rectificación regulado en la ya citada Ley Orgánica 2/1984, la protección civil con contenido indemnizatorio, y la protección penal. Y resulta obvio que en todos ellos, salvo en el primero (en que la primera fase de ejercicio del derecho se realiza entre personas naturales o jurídicas privadas, sin intervención judicial, si bien es posible ejercitar posteriormente una acción de rectificación ante el Juez de Primera Instancia), es preciso la intervención de los Tribunales de Justicia para obtener una sentencia declarativa o de condena.

La confluencia de la autoridad gubernativa y judicial en la protección de los derechos de libertad, entendidos como las libertades de expresión e información, cuando se adoptan medidas restrictivas en internet, parece más difícil de explicar a la luz de la doctrina constitucional. La razón estriba en que las medidas de restricción que prevé el artículo 8 LSSI, que son la interrupción de la prestación de un servicio (lo que podría interpretarse como una modalidad suave de censura) o la retirada de contenidos (una modalidad de secuestro de publicaciones) se enfrentan a la prohibición taxativa de toda medida semejante salvo que se cuente con una resolución judicial, *ex* artículo 20.5 CE, puesto que sólo la intervención de los Tribunales de Justicia parece reunir suficientes garantías para el afectado. Esa redacción otorga una pátina de rigor a la exclusión del secuestro o retirada de obras o contenidos por parte de una autoridad administrativa. Y, efectivamente, unos pocos preceptos más adelante, el apartado 3 del artícu-

lo 11 LSSI dispone que la autorización del secuestro de páginas de internet o de su restricción, cuando ésta afecte a los derechos y libertades de expresión e información y demás amparados por el artículo 20 de la Constitución, sólo podrá ser decidida por los órganos judiciales competentes.

La siguiente cuestión importante a analizar en relación con estas medidas de restricción es la colaboración requerida y el deber de colaborar por parte de los prestadores de servicios de intermediación, entendiendo por tales los prestadores de servicios de acceso a internet, la prestación de servicios de alojamiento de datos y aplicaciones, y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlace a otros sitios de internet. Ese deber es una obligación elevada a rango legal por el artículo 11 LSSI, de modo que el órgano administrativo que adoptó una orden de interrupción del servicio o de retirada de contenidos puede dirigir la misma a los citados prestadores de servicios, con el propósito de hacer efectivo el fin perseguido.

– Retención de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas: previsto inicialmente en el artículo 12 LSSI, la posterior Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones procedió a su derogación expresa para regular en una ley especial (transponiendo la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio) la obligación de los operadores de telecomunicaciones de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales.

La intervención administrativa en este supuesto adquiere menor protagonismo por cuanto la obligación legal de retención de los datos de tráfico durante un periodo de doce meses computados desde la fecha en que se haya producido la comunicación tiene como finalidad la instrucción y enjuiciamiento de conductas delictivas (la Directiva que se transpone se refiere, expresamente, a que los datos conservados deberán estar disponibles a los fines de detección o investigación por delitos graves, definidos estos de acuerdo con la legislación interna de cada Estado miembro). Por este motivo, la necesidad de contar con una resolución judicial se torna requisito imprescindible para ceder los datos que afecten a una comunicación o comunicaciones concretas a los agentes facultados, amén de que el legislador ha procurado un respeto escrupuloso al derecho al secreto de las comunicaciones, exigiendo que los datos que han de conservarse y retenerse estén exclusivamente vinculados a la comunicación, ya sea telefónica o efectuada a través de internet, pero nunca reveladores del contenido de ésta; es decir, se conservan los datos de tráfico y de localización sobre personas físicas y jurídicas y los datos relacionados necesarios para identificar al abonado o usuario registrado. La ley excluye expresamente de su ámbito de aplicación el contenido de las comunicaciones electrónicas, incluida la información consultada utilizando una red de comunicaciones electrónicas.

En definitiva, los destinatarios de esos datos de tráfico pueden ser órganos o autoridades administrativas, pero la entrada en escena de los Tribunales de Justicia es requisito imprescindible para su utilización por aquéllos. Los agentes facultados que recibirán esos datos son: los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuando desempeñen funciones de policía judicial, los funcionarios de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, en el desarrollo de sus competencias como policía judicial, y el personal del Centro Nacional de Inteligencia en el curso de las investigaciones de seguridad sobre personas o entidades, de acuerdo con lo previsto en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, y en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial precio del Centro Nacional de Inteligencia.

Ahora bien, el incumplimiento de las obligaciones previstas en la Ley 25/2007 se somete al régimen sancionador previsto en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), sin perjuicio de las responsabilidades penales que pudieran derivar del incumplimiento de la obligación de cesión de datos a los agentes facultados. Es en este ámbito donde la intervención administrativa cobra toda su fuerza, ya que se deja en manos de las Administraciones Públicas el ejercicio de las potestades de inspección y sanción.

En efecto, la LGTel tipifica como infracciones muy graves, *ex* artículo 53 o) y z), el incumplimiento deliberado de las obligaciones de conservación de los datos establecidas en la Ley 25/2007, así como el incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de protección y seguridad de los datos almacenados; si esos incumplimientos no pueden encuadrarse dentro de las infracciones muy graves, la ley las tipifica como infracciones graves, *ex* artículo 54 ñ) y r). En todos estos supuestos, la competencia sancionadora corresponde a la AEPD en lo que respecta al incumplimiento de las obligaciones de protección y seguridad de los datos, así como —en el ámbito de competencias de la Administración General del Estado— y para las demás infracciones al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

Por lo que respecta a la potestad inspectora, es competencia del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio la inspección de los servicios y de las redes de telecomunicaciones, de sus condiciones de prestación, de los equipos, de los aparatos, de las instalaciones y de los sistemas civiles, que contará con un servicio central de inspección técnica de telecomunicaciones.

El ejercicio de la potestad sancionadora ha de sujetarse al procedimiento aplicable, con carácter general, a la actuación de las Administraciones Públicas, si bien se introduce la especialidad consistente en que el plazo máximo de duración del procedimiento será de un año y el plazo de alegaciones no tendrá una duración inferior a un mes.

– Velar por el cumplimiento de las numerosas obligaciones que, en materia de sociedad de la información y el comercio electrónico, prevé la normativa de aplicación.

El cuadro de obligaciones que han de cumplir los prestadores de servicios de la sociedad de la información se prevé esencialmente en la LSSI y en la Ley posterior Ley 25/2007, al margen del resto de normativa de general aplicación en defensa de los consumidores y usuarios, defensa de la competencia, condiciones generales de la contratación, publicidad y protección de datos de carácter personal, como más destacadas. Esas obligaciones son, en líneas generales: ejecutar la orden administra-

tiva de interrupción de la prestación de servicios o de retirada de determinados contenidos; cumplimiento de obligaciones de información general a los órganos administrativos competentes y a los destinatarios del servicio en relación con la identificación del prestador del servicio, régimen de autorización administrativa previa, ejercicio de una profesión regulada, precio del producto o servicio y códigos de conducta a que esté adherido, en su caso; cumplimiento de obligaciones de información particular a los clientes o usuarios en relación con aspectos de seguridad de la información y responsabilidades por el uso de internet con fines ilícitos; obligaciones de información en relación con las comunicaciones comerciales, ofertas promocionales y concursos; prohibición de envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico que no hubieran sido previamente solicitadas o autorizadas expresamente por los destinatarios de las mismas; obligaciones específicas de información en relación con la contratación por vía electrónica, incluidas las relativas a la información posterior a la celebración del contrato; deberes de colaboración con todos los órganos administrativos competentes del Estado y de las Comunidades Autónomas para el ejercicio por éstos de las potestades de inspección y control que les corresponden; y, finalmente, deberes de conservación y cesión de los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación.

Para velar por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en las disposiciones aplicables, la LSSI y la Ley 25/2007 regulan dos potestades administrativas de alta intensidad de intervención. Se trata de las potestades inspectora y sancionadora.

La potestad inspectora, tradicional despliegue de una potestad pública de limitación o intervención administrativa, es configurada en los artículos 35 y 36 LSSI bajo la denominación de supervisión y control. Esta potestad se despliega a través de un cuerpo de inspectores que tienen, en el ejercicio de sus funciones, la consideración de autoridad pública. Y quedan sujetos a esta actuación de supervisión, inspección o control todos los prestadores de servicios de la sociedad de la información, no sólo a la actividad de supervisión y control que ejerzan los órganos competentes en materia de servicios de la sociedad de la información, sino también a esa misma actividad supervisora de los órganos competentes en función de la materia específica que se vea afectada. Dichos sujetos han de facilitar a los órganos competentes la información requerida, permitir el acceso a las instalaciones así como la consulta de toda documentación, y prestar la colaboración necesaria para un eficaz ejercicio de la actuación inspectora.

B) ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA

Es preciso analizar, dentro del elemento subjetivo propio del procedimiento de intervención administrativa en materia de internet, qué órganos administrativos son competentes para adoptar las medidas de restricción hasta aquí analizadas. Se trata del elemento subjetivo activo que adopta las medidas de intervención frente al sujeto pasivo que será analizado posteriormente.

a) Sujeto activo

El legislador ha entendido que los órganos competentes para imponer restricciones en el mundo físico, ya sean judiciales o administrativos —como ocurre en el caso de las autoridades de control sanitario—, deben estar habilitados por sus propias normas a imponer dichas restricciones a los prestadores de servicios de la sociedad de la información cuando incum-

plan una orden emanada por los mismos en ejercicio de sus competencias legalmente atribuidas.

Al encontrarnos ante una organización administrativa descentralizada, como sucede en España, la determinación de la atribución competencial dependerá de la competencia que cada escalón administrativo ostente en los diversos sectores socio-económicos en función de su ámbito territorial. En ciertos supuestos, parece que no cabe duda alguna de que la competencia corresponde a un órgano administrativo de la Administración General del Estado, como sucede en relación con la mayor parte de las materias y principios, *ex* artículo 8.1 LSSI, cuyo atentado permite a dichos órganos administrativos adoptar las medidas de restricción que correspondan. Ahora bien, en relación, por ejemplo, con las materias de protección de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores y usuarios, o en materia de protección de la juventud y de la infancia, la competencia corresponderá a los órganos administrativos autonómicos, ya que el proveedor de información o contenidos de internet se verá obligado a diseñar y proporcionar una versión específica del mismo para los usuarios del ámbito territorial en cuestión, mientras que el proveedor de servicios o ISP deberá adoptar medidas que impidan la consulta de los datos o el suministro del servicio en función del lugar donde se encuentre el destinatario o usuario de internet.

Es evidente, en todo caso, que el carácter ubicuo y horizontal de internet constituye una distorsión para el desenvolvimiento normal de las competencias administrativas descentralizadas, obligando a la intervención de distintos actores administrativos y a un nivel de protección que puede ser heterogéneo en función del ámbito territorial para el que se diseñe o en el que se preste el servicio.

De este modo, la ubicuidad del entonces Ministerio de Ciencia y Tecnología (hoy Ministerio de Industria, Turismo y Comercio) en la adopción de medidas de restricción en internet se suprimió de la anterior redacción del artículo 11 LSSI por la modificación operada por la citada Ley 56/2007, de 28 de diciembre; de modo que son los propios órganos competentes los que, en ejercicio de las competencias que legalmente tengan atribuidas, se dirigirán directamente a los prestadores de servicios de intermediación, sin que sea necesario que un departamento ajeno, como es el citado Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, intervenga en un procedimiento en el que se diluciden asuntos en los que carece de competencias.

Por lo tanto, si nos encontramos ante la necesidad de que la Administración pública intervenga para adoptar medidas de restricción tales como la retirada de contenidos o la interrupción del servicio por atentar contra los principios señalados en el artículo 8 LSSI, las autoridades administrativas competentes serán el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio en el caso de la Administración General del Estado, o los órganos administrativos correspondientes del Estado o de las Comunidades Autónomas según su ámbito material y sectorial de actuación. Si estamos ante un supuesto de intervención administrativa que tenga como finalidad la protección del derecho fundamental a la protección de datos, la autoridad administrativa competente será la AEPD.

Esta explicación se ve reforzada por la mención que el segundo párrafo del artículo 35.1 LSSI realiza a los órganos competentes citados en varios preceptos de la norma, que habrá que entender hechas a los órganos judiciales o administrativos que lo sean en cada caso en función de la materia.

Así, en el ejercicio de la potestad inspectora y de control prevista en los artículos 35 y 36 LSSI, los órganos competentes serán el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio en el ámbito de la Administración General del Estado, y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas en su propio ámbito competencial y territorial. Si concurre una conducta de resistencia, excusa o negativa a la actuación inspectora de los órganos facultados para llevarla a cabo, la potestad sancionadora se atribuye al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Infor-

mación, en el ámbito de competencias de la Administración General del Estado.

Y en el ejercicio de la potestad sancionadora que prevén los artículos 37 a 45 de la LSSI, son órganos competentes para la imposición de sanciones los órganos administrativos o autoridades que dictaron la resolución incumplida o al que estén adscritos los inspectores. Si se trata de infracciones respecto a los derechos y garantías de los consumidores y usuarios, la competencia sancionadora corresponde a los órganos competentes en materia de consumo de las Comunidades Autónomas. Si se trata de infracciones muy graves, su incumplimiento será sancionado en la Administración General del Estado por el Ministro de Industria, Turismo y Comercio, y si se trata de infracciones graves y leves, al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información. Si se trata de infracciones en materia de protección de datos, la potestad sancionadora se atribuye a la AEPD.

Si nos encontramos frente a infracciones referidas a la contravención del deber de conservación de los datos generados o tratados por parte de los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, la competencia sancionadora se ha reservado (*ex* Ley 25/2007, que remite a la Ley LGTel) al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, en el ámbito de competencias de la Administración General del Estado.

b) Sujeto pasivo

Por lo que respecta al sujeto pasivo intervenido, un interesante y complejo problema que se plantea a la hora de analizar los ilícitos cometidos a través de internet es la determinación de este sujeto responsable de la conducta. No resulta tarea sencilla considerando el carácter mallar de la red y las posibilidades de que los servicios sean prestados por un proveedor situado en un Estado distinto de aquél en el que se localiza el servidor de contenidos, o incluso que el usuario o consumidor de la información esté en un tercer Estado. Esta es la razón por la que los regímenes jurídicos comparados tienden a hacer recaer la responsabilidad o bien en el proveedor de servicios de internet que ha permitido la transmisión y acceso a la información, en el creador originario de la información transgresora o en los propios usuarios finales que la aprovechan o utilizan la misma.

Es preciso, por tanto, tener claros ciertos conceptos en lo que respecta a los sujetos que intervienen en la prestación de servicios de la sociedad de la información:

- por una parte, el proveedor de información o creador de contenidos, que será la persona que introduce información en internet en cualquier formato. Son los que crean, producen y ponen a disposición de los usuarios los contenidos que posteriormente se difunden por la red, y sobre ellos recae una responsabilidad civil o penal, según los casos;
- en segundo lugar se encuentran los proveedores de servicios de internet (ISP, en sus siglas inglesas), que resultan ser unos intermediarios técnicos que proporcionan la infraestructura necesaria a través de la cual se transmite la información a los usuarios. Estos ISP ofrecen múltiples servicios, no sólo de acceso a internet, sino también de alojamiento de páginas *web* y cuentas de correo electrónico. No se encargan ni de la selección ni de la modificación de contenidos, y las leyes les imponen en la actualidad importantes obligaciones como la de identificar a los proveedores de contenidos, ejecutar las órdenes de interrupción de la prestación de un servicio así como las órdenes de retirada de contenidos cuando los órganos administrativos o judiciales competentes les requieran para ello, razón por la cual se viene entendiendo que los ISP actúan como comisionados técnicos de los órganos administrativos o de la autoridad judicial. De esta manera, las responsabilidades que se pueden derivar de estas normas no son sólo de orden administrativo, sino de tipo civil o pe-

nal, según los bienes jurídicos afectados y las normas que resulten aplicables;

– por último, el receptor de información, que resulta ser el usuario o consumidor final de la información o de los servicios que se prestan en internet.

La LSSI tiene como ámbito subjetivo de aplicación los prestadores de servicios establecidos en España, de modo que han de tener el establecimiento o lugar desde el que se dirige y gestiona una actividad económica —es decir, su domicilio social efectivo y operativo— en nuestro país; de esta manera se da cumplimiento al principio de aplicación de la ley del país de origen que establece la Directiva 2000/31/CE. Si hasta el año 2007 se requería, así mismo, la inscripción del prestador de servicios en los registros públicos correspondientes para que aquél adquiera personalidad jurídica, la modificación operada en virtud de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, suprimió la obligación de constancia registral de los nombres de dominio, dado que se ha venido revelando como poco operativa desde un punto de vista práctico.

Ahora bien, la norma también resulta de aplicación a quienes no residan en España pero prestan servicios de la sociedad de la información a través de un establecimiento permanente situado en nuestra geografía, si bien en este caso la sujeción a la LSSI es parcial, ya que se refiere sólo a los servicios que se presten desde España; con ello queda cubierto el régimen del derecho de establecimiento consagrado como una de las cuatro libertades en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) para los nacionales de un Estado comunitario que deseen establecerse en el territorio de otro Estado miembro. Ahora bien, si entra en juego el principio comunitario de libre prestación de servicios (*ex* artículo 56 TFUE), de modo que el establecimiento se encuentra en un Estado miembro de la Unión Europea (UE) o del Espacio Económico Europeo (EEE), la LSSI restringe el ámbito objetivo de aplicación a los servicios que afecten a unas determinadas materias, siempre que el destinatario de los servicios radique en España, obviamente. En este caso, la adopción de las medidas de restricción pertinentes siguen el procedimiento de cooperación intracomunitario establecido en el apartado 3 del artículo 8 LSSI. Por último, si el prestador de servicios está establecido en un tercer Estado no comunitario, el régimen jurídico aplicable es el que se prevea en los acuerdos y tratados internacionales correspondientes.

C) PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO APLICABLE

Los mecanismos de intervención administrativa en materia de internet hasta aquí expuestos seguirán, para su ejercicio, el procedimiento administrativo general en función de la potestad de limitación que se despliegue y que corresponda al ejercicio de la función pública propia del órgano competente.

Se tratará, en la mayoría de los casos, de la adopción de una orden de interrupción del servicio o de retirada de contenidos, cuya naturaleza jurídica es la propia de un acto administrativo de limitación, que emplea como parámetro de enjuiciamiento de la conducta privada unos conceptos jurídicos indeterminados como son el orden público, la protección de la salud pública, la dignidad de la persona o la protección de la juventud y de la infancia; todos ellos títulos de amplio contenido material sujetos a cierta discrecionalidad interpretativa por parte de la Administración competente. Siendo así que la vinculación del juicio administrativo al ordenamiento jurídico es más atenuado que en el supuesto de una orden que se adopta en despliegue de una potestad reglada, el control jurisdiccional contencioso-administrativo posterior también es de menor intensidad, si bien la Administración ha de respetar en todo caso los principios generales del ordenamiento jurídico administrativo. El enjuiciamiento contencioso posterior será de carácter negativo, es decir, que procederá a anular la decisión administrativa, pero no su sustitución por otra.

Por tanto, si se trata del dictado de órdenes preventivas o represivas que contengan medidas de restricción, los órganos administrativos habrán de respetar el procedimiento general para la elaboración de actos administrativos de carácter particular. El artículo 53 de la LRJAP y PAC dispone que los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido. El contenido de los actos administrativos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos.

Si la actividad administrativa que se despliega consiste en el ejercicio de las potestades de inspección y sanción, el procedimiento administrativo aplicable será el especial establecido en los artículos 35 a 45 de la LSSI, así como el procedimiento sancionador especial previsto en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, sin perjuicio de la aplicación del procedimiento general en los ámbitos en que el régimen especial no contenga regulación alguna. Dicho procedimiento general es el consagrado en el título IX de la LRJAP y PAC así como en la norma de desarrollo, el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

La conducta sancionada es la inobservancia de las previsiones legales y las obligaciones establecidas en la normativa aplicable, así como el incumplimiento de una orden dictada por un órgano administrativo competente. En todo caso, ha de concurrir el elemento de culpa en la conducta sancionada, lo que se cohonesta con el tradicional criterio subjetivo de imputación del Derecho Administrativo sancionador, si bien es cierto que la culpabilidad del autor en esta rama del Derecho se somete al parámetro de "diligencia exigible"; lo que, conforme a la doctrina, ha de atender a las circunstancias personales de cada uno: grado de cultura, medio en que vive, grado de proximidad del ilícito a sus actividades habituales y, sobre todo, profesión.

Ha de llamarse la atención, por constituir una cuestión debatida y cada vez más necesaria a nivel europeo, que en materia de servicios de la sociedad de la información, por el carácter transnacional de esta actividad, resultaría extremadamente útil contar con instrumentos eficaces de reconocimiento y ejecución de las resoluciones administrativas sancionadoras adoptadas por los órganos gubernativos competentes de los Estados miembros de la Unión Europea, más allá del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales para la ejecución automática de sanciones pecuniarias por infracciones penales en todo el territorio comunitario. La experiencia práctica demuestra los problemas que plantea la ejecución de sanciones impuestas a los sujetos que operan a través de internet en terceros Estados distintos de España, incluidos los Estados miembros de la Unión Europea, por la ausencia de una normativa apropiada que permita contar con un instrumento de ejecución transnacional de las sanciones administrativas.

5. EL CONTROL JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE INTERNET

El orden contencioso-administrativo es competente, *ex* artículo 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), para conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho Administrativo. Ello significa que cualquier acto dictado por la los órganos administrativos competentes por razón de la materia y del territorio, en ejercicio de las potestades de inspección, supervisión, control o sanción comentadas en los apartados anteriores, será fiscalizable ante la jurisdicción contencioso-administrativa dado su carácter revisor de actuaciones administrativas.

La competencia objetiva del órgano jurisdiccional (ya sean los Juzgados de lo Contencioso, los Juzgados Centrales, la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, la Sala de lo Contencioso de los Tribunales Superiores de Justicia o la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo) vendrá determinada por el órgano administrativo autor del acto que se enjuicia. Conforme a las previsiones de las dos normas básicas que regulan la intervención administrativa en materia de internet, la LSSI y la Ley 25/2007, los actos serán dictados por los órganos centrales del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (hasta el nivel de Secretario de Estado), por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en función de la materia y de su alcance territorial, y por la Agencia Española de Protección de Datos. En consecuencia, y conforme a este marco organizativo administrativo, los órganos judiciales que conocerán de los recursos interpuestos contra las órdenes preventivas o represivas en materia de internet, así como contra los actos administrativos sancionadores[8], serán:

- los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, si se trata de actos administrativos dictados por las entidades locales o por la Administración de las Comunidades Autónomas, salvo cuando procedan del respectivo Consejo de Gobierno, cuando tengan por objeto sanciones administrativas que consistan en multas no superiores a 60.000 € y en ceses de actividades o privación de ejercicio de derechos que no excedan de seis meses;
- si los actos administrativos sancionadores dictados por los órganos administrativos autonómicos exceden de dichos límites o son dictados por el Consejo de Gobierno, la competencia corresponderá en única instancia a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia;
- corresponderá a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo el conocimiento de los recursos contra actos administrativos dictados por los órganos centrales de la Administración General del Estado en los mismos supuestos que los establecidos para los Juzgados; es decir, si tienen por objeto sanciones administrativas que consistan en multas no superiores a 60.000 € y en ceses de actividades o privación de ejercicio de derechos que no excedan de seis meses;
- si los actos son dictados por los Ministros y los Secretarios de Estado en general, así como por la Agencia Española de Protección de Datos, la competencia objetiva corresponderá en única instancia a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional;
- por último, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo conocerá en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con los actos y disposiciones del Consejo de Ministros en la materia que nos ocupa.

Puesto que se analiza en este trabajo la intervención administrativa en materia de internet, resulta oportuno recordar que el control jurisdiccional posterior de los actos administrativos puede realizarse sobre actos en formato papel o en formato electrónico, vehículo formal que es altamente probable que empleen las Administraciones competentes para ejercer las potestades que les atribuyen las leyes en la sociedad de la información.

Por otra parte, cuando se entienda que se han vulnerado los derechos fundamentales y las libertades públicas que limitan el derecho a la información y a la libertad de expresión, en los términos a que se ha hecho referencia en un apartado anterior de este trabajo, el ciudadano puede recabar su tutela mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (*ex* artículo 53.2 CE), procedimiento que en la jurisdicción contencioso-administrativa está previsto en los artículos 114 a 122 LJCA. Serán objeto de este recurso especial aquellos actos administrativos, disposiciones, inactividad administrativa y actuación en vía de hecho que vulnere los límites previstos en el apartado 4 del artículo 20 de la Constitución.

Por último, hay que hacer referencia a otro ámbito en el que concurre el control jurisdiccional contencioso-administrativo, como es el supuesto de acceso a las instalaciones y consulta de documentación por parte de los inspectores que desplieguen la potestad de supervisión, inspección y control prevista en los artículos 35 y 36 LSSI. En este supuesto corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocer de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración Pública. Nos encontramos frente a la tensión existente entre el principio de autotutela administrativa y el reconocimiento constitucional del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, que ha de resolverse en sede judicial como máxima garantía de su ajuste constitucional y procedimental. Téngase presente que gran parte de las exigencias formales que han de rodear al acto administrativo no sólo van a condicionar la atención y la actuación del Juez, sino que determinarán la labor que va a realizar, que va a centrarse casi exclusivamente en corroborar las mismas y determinar que la medida solicitada se ajusta a los fines del acto, sin entrar a analizar la legalidad y conformidad a Derecho, esto es, el fondo del mismo.

6. UN PASO MÁS EN LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN INTERNET: LA REGULACIÓN INTRODUCIDA POR LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

La Ley de Economía Sostenible (en adelante, LES), publicado en el Boletín Oficial del Estado el 5 de marzo de 2011 introduce, en su disposición final cuadragésima tercera, una modificación en la LSSI de notable trascendencia, por cuanto se añade al artículo 8.1 de dicha norma un principio más cuya violación por los servicios de la sociedad de la información justifica la adopción por los órganos administrativos competentes de las medidas de restricción que correspondan: se trata de la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual. Asimismo, se introduce un nuevo apartado 2 al artículo 8 LSSI, de modo que se impone a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la obligación de facilitar los datos que sean necesarios y requeridos por los órganos administrativos competentes para identificar al responsable del servicio que está realizando la conducta vulneradora de los principios expresados en el apartado 1.

Esta modificación se ve acompañada por la introducción de una nueva disposición adicional quinta en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, de modo que se atribuye la competencia para velar por la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual por los responsables de servicios de la sociedad de la información al Ministerio de Cultura, residenciando por tanto en la Administración General del Estado dicha competencia, lo que afectará necesariamente a la competencia objetiva de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos. El propósito resulta claro y el salto cualitativo que se realiza también: si hasta ahora las medidas de restricción frente a actividades vulneradoras en materia de propiedad intelectual, tales como la retirada de contenidos, cese de la actividad ilícita, interrupción de la prestación del servicio y cierre o clausura de páginas *webs,* sólo eran adoptadas por la autoridad judicial en el marco de procesos penales por la comisión de algunos de los delitos previstos en los artículos 270 a 272 del Código Penal, o bien en procesos civiles instados por los titulares de derechos de propiedad intelectual conforme a los artículos 138 a 143 de la LPI, tras la entrada en vigor de la reforma que introduce la Ley de Economía Sostenible dichas medidas restrictivas pueden ser adoptadas por órganos administrativos. Así se sortea, al menos en un primer escalón no jurisdiccional, la no satisfacción para los titulares de estos derechos incorporales de tales medidas en la vía civil o penal, toda vez que son conocidas

las numerosas sentencias que, especialmente en vía penal, absuelven al denunciado por no apreciar la concurrencia de ánimo de lucro a que se refiere el artículo 270 del Código Penal. La insatisfacción de los titulares de estos derechos con esta interpretación jurisdiccional restrictiva de los preceptos penales (apoyado por idéntico criterio de la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2006, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de a Ley Orgánica 15/2003) seguramente ha encontrado eco en el Ejecutivo para la introducción de tales modificaciones legislativas a través de la Ley de Economía Sostenible.

Pero, además, con el fin de evitar una disparidad de criterios a la hora de interpretar qué conducta ha de entenderse como atentatoria del principio de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, se residencia en un órgano administrativo del Estado la decisión que corresponda, lo que tendrá el beneficioso efecto de reforzar el principio de seguridad jurídica, de gran trascendencia en un Estado de Derecho. No queda en manos de otros órganos administrativos competentes ni de la Administración General del Estado ni de las Comunidades Autónomas la interpretación de las actividades atentatorias contra esos derechos incorporales, dado que la competencia exclusiva en materia de legislación sobre propiedad intelectual corresponde al Estado, *ex* artículo 149.1, 9ª CE. El hecho de atribuir esta competencia al Ministerio de Cultura no sólo es coherente con las competencias materiales que este departamento viene asumiendo en materia de propiedad intelectual, sino que también permite mantener las "distancias" con el otro departamento ministerial competente en materia de servicios de la sociedad de la información y que pudiera tener una sensibilidad más cercana a la industria de internet, el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

El legislador persigue introducir un régimen de protección de la propiedad intelectual coherente con las previsiones de la LSSI, que tome en consideración las necesidades de una actuación ágil y efectiva frente a las vulneraciones de la misma realizadas mediante la puesta a disposición de contenidos en la *web*, como las garantías de los derechos que pudieran verse afectados; especialmente, la intervención judicial en garantía de la libertad de expresión e información. Todo ello se consigue mediante la intervención de un órgano administrativo central que adopte las medidas de restricción correspondientes, evocando la aplicación de los principios de celeridad, proporcionalidad y demás previstos en la LRJAP y PAC, y mediante la garantía de la intervención jurisdiccional cuando puedan resultar afectados los derechos del artículo 20 CE.

El órgano administrativo del Ministerio de Cultura encargado de salvaguardar los derechos de propiedad intelectual, respetando los principios de objetividad y proporcionalidad, frente a su vulneración por los responsables de los servicios de la sociedad de la información es la Comisión de Propiedad Intelectual, un nuevo órgano colegiado de ámbito nacional creado por la LES que se organiza en dos secciones, la primera de las cuales tiene atribuidas funciones de mediación y arbitraje, mientras que la segunda se encarga de la salvaguarda de los derechos mencionados.

Al modificarse la LPI, la Ley de Economía Sostenible, si bien se remite a los artículos 8 y concordantes de la LSSI, precisa las medidas de restricción que está facultada para adoptar la Comisión de Propiedad Intelectual: interrupción de la prestación del servicio o retirada de los contenidos que vulneren la propiedad intelectual por parte de un prestador con ánimo de lucro, directo o indirecto, o que haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial. Ahora bien, si la ejecución de esas medidas de restricción pueden afectar a los derechos y libertades regulados en el artículo 20 CE, se precisará autorización judicial para su adopción, conforme a un procedimiento especial que se introduce en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Precisamente sobre la intervención judicial en esta materia, la Ley de Economía Sostenible modifica la citada LJCA en cuatro aspectos:

– En primer lugar, atribuye la competencia a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo para autorizar, mediante auto, la ejecución de los actos o medidas de restricción adoptados por la Comisión de Propiedad Intelectual cuando se afecte a los derechos del artículo 20 CE (intervención judicial que concuerda con la previsión recogida en el último párrafo del apartado 1 del artículo 8 LSSI). Sorprende que esta competencia se atribuya a los Juzgados Centrales cuando el artículo 8.6 LJCA atribuye a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocer de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular siempre que proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración Pública, así como cuando esa autorización de entrada e inspección haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC). Es posible que esta atribución esté inspirada en la circunstancia de que la Comisión de Propiedad Intelectual tenga la naturaleza jurídica de órgano colegiado ministerial de ámbito nacional, lo que comulga con el conocimiento que corresponde a los Juzgados Centrales para conocer de recursos contra actos de los órganos centrales de la Administración General del Estado en ciertos supuestos. Tampoco es descartable que razones de pura eficacia hayan sugerido residenciar esta competencia en unos órganos unipersonales que no muestran excesivas bolsas de pendencia de asuntos, pudiendo dar una respuesta ágil a la ejecución de unos actos que, por la naturaleza del medio informático en que van a ser aplicados, requieren toda la celeridad posible en su adopción.

– En segundo lugar, se abre la vía al recurso de apelación en un solo efecto frente a los autos dictados por los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo que autorizan la ejecución de los actos administrativos de adopción de las medidas de restricción reseñadas. Para ello, se modifica la redacción de la letra d) del apartado 1 del artículo 80 LJCA.

– En tercer lugar, se introduce en la LJCA un nuevo procedimiento especial en el título V, adicionando un nuevo artículo, el 122 bis, de modo que si la adopción de las medidas de restricción comentadas pueden afectar a los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 CE, una vez adoptado el acto administrativo por la Comisión de Propiedad Intelectual, ha de solicitar al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo la adopción de un auto de ejecución de dicha resolución, que previamente ha de seguir un procedimiento acelerado en virtud del cual, en el plazo máximo de cuatro días siguientes a la recepción de la notificación de la resolución de la Comisión, y poniendo de manifiesto el expediente, el Juzgado convocará al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los titulares de los derechos y libertades afectados a una audiencia en la que el Juez oirá a todos los personados y dictará el auto que proceda. El contenido del auto sólo puede ser de autorización o denegación de la medida de restricción.

– Por último, la Ley de Economía Sostenible modifica el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la LJCA, de modo que los actos administrativos dictados por la Sección segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual serán recurribles en única instancia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, equiparando en cierta medida a este órgano administrativo colegiado con el resto de organismos públicos reguladores dotados por ley de un régimen de independencia funcional o de una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que no concurre en el caso de la Comisión de Propiedad Intelectual

del Ministerio de Cultura, que está plenamente integrado en la estructura orgánica jerárquica y funcional de dicho departamento.

NOTAS

1. El comercio electrónico o *e-commerce* ya supone el 10% del total de ventas en el Reino Unido (contabilizando más de 38.000 millones de libras ó 43.400 millones de euros en 2009), seguido de Alemania con más de 34.000 millones de euros de ventas por internet, y de Francia con 25.150 millones de euros, llegando en España en 2009 a casi los 8.000 millones de euros y los 10,4 millones de compradores.

2. Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000.

3. Sentencia del Tribunal Constitucional 52/1983, de 17 de junio.

4. Sentencia del Tribunal Constitucional 187/1999, de 25 de octubre.

5. Sentencia del Tribunal Constitucional 52/1995, de 23 de febrero.

6. Fuente: Memoria de la Fiscalía General del Estado, año 2010.

7. Autos del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2007, de 4 de marzo y 1 de octubre de 2009.

8. Conforme al artículo 39 LSSI, la cuantía económica de las multas puede oscilar entre 0 y 600.000 €, en función de la gravedad de la infracción.

Fecha de recepción: 25 de octubre de 2010
Fecha de aceptación: 4 de noviembre de 2011

VARIA

El arbitraje sobre reparto de los derechos de propiedad intelectual de *La Cumparsita.* Un ejemplo de arbitraje entre letristas y compositor

Juan Montero Aroca

EL ARBITRAJE SOBRE REPARTO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE *LA CUMPARSITA*

Un ejemplo de arbitraje entre letristas y compositor

Juan Montero Aroca
Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Valencia
Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia

Sumario: 1. Nace sin letra el tango más universal. 2. La invasión de Pascual Contursi en tangos ajenos. 3. La letra de Contursi a *La cumparsita* y la guerra de los veinticinco años. 4. Dos procesos contra Gerardo Matos. 5. El arbitraje en general y su base en la libertad. 6. La SADAIC y Francisco Canaro. 7. El arbitraje, el laudo de Canaro y sus insuficiencias. 8. El Convenio de 1952 para aclaración del laudo.

1. NACE SIN LETRA EL TANGO MÁS UNIVERSAL

En fecha todavía discutida, pero seguramente en el verano del hemisferio sur de 1917[1], un joven entonces aún menor de edad, Gerardo Hernán Matos Rodríguez, y en Montevideo, compuso la música del tango más universal. En aquellos tiempos, el tango lo era más de música para bailar que de letra para escuchar, pues aunque se estaba ya en las puertas no se había llegado todavía a lo que se llamará tango canción. Éste estaba a punto de aparecer... pero no adelantemos acontecimientos.

Los carnavales de 1917 se acercaban en el tiempo y los integrantes de la Federación de Estudiantes del Uruguay estaban en la ruina. No es que precisaran, es que les urgía con extrema necesidad disponer de una musiquita, para con ella salir marchando por las calles de Montevideo con la esperanza de recoger algunas monedas que aliviaran la penosa situación económica de la asociación. Les habían embargado los muebles y les habían desahuciado de su local. La ruina no empañaba la alegría de los integrantes de una Federación de Estudiantes que se caracterizaban por estar matriculados en la Universidad —eso, sí—, pero por no aparecer por las aulas. La ruina los estaba dejando hasta sin local y sin él... dónde podrían ver pasar las horas sin estudiar.

En el local de la Federación había un viejo piano, no propiedad de la colectividad, sino de uno de sus miembros; y en ese piano, antes de

que lo embargaran, es decir, a finales del mes de enero o a principios del mes de febrero de 1917, Gerardo Matos, con veinte años de edad y matriculado en la Facultad de Matemáticas de la Universidad del Uruguay, entretenía el tiempo aporreando las teclas. No sabía música, pero tocaba de oído o, como se dice en el Río de la Plata, tocaba de oreja. En ese aporrear el piano para entretenerse surgió una melodía, una marcha próxima al tango, que los estudiantes presentes aceptaron como musiquita estandarte en la búsqueda angustiosa de fondos.

Con esa música los estudiantes desfilaron como comparsa en el carnaval de 1917 que se inició el 17 de febrero. Para desfilar no hacía falta que la música constara escrita en papel pautado, bastando tenerla en la memoria, pero pasado el carnaval algunos empezaron a pensar que de la misma podía salir "algo". No sabían qué, pero "algo". Por ello varias personas, que tampoco se caracterizaban por sus conocimientos teórico musicales, quisieron escribirla, pero hay que esperar a que en el mes de marzo llegue a Montevideo uno de los grandes del tango de la época, Roberto Firpo.

Estaba Firpo actuando con su cuarteto en una confitería-café, llamada La Giralda y sito en el centro de Montevideo, cuando se le acercó un grupo de estudiantes con un papel y le rogaron que tocara la que ya se llamaba *La cumparsita*. Firpo debió ver algo en aquella música pues, primero, la arregló musicalmente, es decir, la puso técnicamente en papel pautado[2] y, luego, la tocó la noche de un viernes. Y con gran éxito. Tanto que se la hicieron repetir y el público sacó en hombros al joven compositor.

Casi inmediatamente, tres conjuntos procedieron a grabar el tango. No importa ahora el orden de las tres grabaciones, pero fueron los cuartetos de Alonso-Minotto, de Firpo y de Juan Maglio, llamado comúnmente Pacho. La grabaciones se hicieron muy pobremente, con los recursos técnicos del momento, y la música se oyó durante un poco de tiempo en los cafés de Buenos Aires, no mucho. *La cumparsita* pasó al olvido casi en el mismo año de su composición.

El tango se estaba aún oyendo por los cafés de camareras —un eufemismo para evitar la palabra adecuada— de Buenos Aires cuando Gerardo Matos vendió la propiedad de su obra. En los meses de abril y mayo de 1917 cedió la totalidad de los derechos a una empresa llamada Breyer Hermanos de Buenos Aires por 50 pesos argentinos, que se correspondían con 20 pesos uruguayos. El dinero no le duró en las manos. Todo se lo jugó en el mismo mes de mayo a un caballo en el hipódromo Maroñas de Montevideo y todo lo perdió.

Si alguien quiere saber qué eran 20 pesos uruguayos, que fue la moneda en que se pagó *La cumparsita*, puedo decirle que era el equivalente de tres trajes de mediana calidad. Y, si se tiene más curiosidad, les diré que el caballo por el que se apostó se llamaba Skat, y que el ganador de la carrera fue Peri Jaune. Todos estos datos no sirven para nada, por lo menos jurídicamente, pero reconozcamos que nos sirven para ponernos en situación. Dan color al cuadro.

En cualquier caso lo que nos importa en este momento es que, a mediados de 1917, el tango salió de la propiedad de su autor, Gerardo Matos, se incorporó a la propiedad de la Casa Breyer Hermanos, se publicó la partitura por esas fechas y el tango fue quedando en el olvido. En 1924 la propiedad del tango pasó a Ricordi Americana, S. A., que había comprado todo el catalogo de Breyer. Pero esto ya no le importó al autor de la música; éste estaba en Paris gastando el dinero que tenía y el que no tenía.

No es del caso ahora relatar cómo Gerardo Matos descubrió, siete años después de la venta, que había realizado el negocio jurídico cuando era menor de edad y tampoco voy a resumir cómo recuperó parte de la propiedad de la misma. Dejo simple constancia de que en 1926 se firmó un contrato entre Matos y Ricordi por el que el primero accedió a algunos derechos, especialmente económicos, pero la segunda siguió siendo la dueña de la obra. Y lo mismo hago con un contrato firmado en Paris en 1933 que es el que reguló desde entonces las relaciones entre las dos partes.

2. LA INVASIÓN DE PASCUAL CONTURSI EN TANGOS AJENOS

Antes de 1917 algunos tangos tuvieron letra, pero la misma estaba sujeta a diversas influencias, especialmente al genero chico español, y sobre todo al cuplé[3]. Las letras propiamente argentinas podían referirse a lo más chabacano[4] del prostíbulo[5] o a lo más típico del campo criollo[6]. Y así estaban las cosas cuando llegó Pascual Contursi.

Antes de Contursi, los tangos podían tener letra, pero desde él esa letra pasó a ser una historia, una especie de relato en tres minutos, que casi siempre transmitía dolor o desesperanza, una sensación de tristeza por el amor traicionado o desengañado. Fue Pascual Contursi quien caracterizó al tango, quien le dio la tristeza de fondo, el sentimiento de despecho que ha arrastrado durante décadas; no es la ternura, en general, elemento propio del tango, aunque no falte en ocasiones cuando se canta a la madre (a la viejita); lo que lo caracteriza es la soledad, la desesperanza; es el retrato del hombre que, apoyado en una esquina, ...espera, aunque no sabe ni qué ni a quién.

Pero empecemos por el principio. El tango en sus letras adquirió sentido propio, se individualizó respecto de otras "músicas", cuando Pascual Contursi procedió a invadir con sus letras terrenos ajenos. El inicio de la invasión y de las letras del tango en el nuevo estilo se produjo entre 1915 y 1917 cuando Pascual Contursi le pone letra a varios tangos ajenos. Empezó por el tango titulado *Lita* de Samuel Castriota y le cambió el título llamándolo *Mi noche triste*[7]. En ese momento se produjo un gran cambio en el mundo del tango[8], pero también empezaron los problemas de propiedad intelectual[9]. Pascual Contursi ya había iniciado la invasión de los tangos ajenos y no le había ido mal. La invasión, con todo, tendrá muchas más repercusiones con *La cumparsita*.

3. LA LETRA DE CONTURSI A *LA CUMPARSITA* Y LA GUERRA DE LOS VEINTICINCO AÑOS

En fecha y lugar no bien determinados, pero que pudo ser ya en 1917, Pascual Contursi le puso letra a *La cumparsita* y empezó a cantarla con acompañamiento de guitarra, precisamente en el cabaret del padre de Gerardo Matos, el Moulin Rouge de Montevideo[10]. Esto no tuvo trascendencia. Esta se inició realmente cuando en 1924 el tango con la letra de Contursi se incluyó en un sainete que se estrenó en Buenos Aires. En este momento es necesario incluir esa letra de Pascual Contursi:

Si supieras
que aún dentro de mi alma
conservo aquel cariño
que tuve para ti.
Quién sabe si supieras
que nunca te he olvidado,
volviendo a tu pasado
te acordarás de mí...
Los amigos ya no vienen
ni siquiera a visitarme,
nadie quiere consolarme
en mi aflicción.
Desde el día que te fuiste
siento angustias en mi pecho,
decí percanta, ¿qué has hecho
de mi pobre corazón?
Al cotorro abandonado
ya ni el sol de la mañana
asoma por la ventana
como cuando estabas vos,
y aquel perrito compañero
que por tu ausencia no comía
al verme solo, el otro día,
también me dejó...
Sin embargo
te llevo en el recuerdo
con el cariño santo
que tuve para amar
y sos en todas partes
pedazo de mi vida
una ilusión querida
que no podré olvidar.

El 6 de junio de 1924 la compañía teatral de Leopoldo Simari[11] puso en el teatro Apolo una de esas obritas, que pueden calificarse de sainete, que estaba de moda. Ésta se llamaba *Un programa de cabaret* y era obra de dos personas, de Pascual Contursi y de Enrique

Maroni. No se sabe seguro que para esa obra Contursi escribiera expresamente una letra de tango, que tituló *Si supieras*, pues es perfectamente posible que la letra estuviera escrita unos años antes y que con ella hubiera actuado en el cabaret Moulin Rouge de Montevideo. Lo indudable es que *La cumparsita* por el año de 1924 estaba medio en el olvido[12]. Aunque el sainete sea de Contursi y de Maroni, la letra del tango fue sólo obra de Contursi, y así lo admitió Maroni, aunque acabó cobrando y sus herederos lo siguen haciendo en la actualidad.

Rosario Infantozzi pone en labios de su tío abuelo estas palabras: "De cualquier manera sentí mucha bronca porque lo menos que hubiera esperado era que me pidieran autorización para hacerlo, sobre todo teniendo en cuenta que Contursi trabajaba en el cabaret de mi padre en Montevideo, por lo que no hubiera tenido ningún problema en buscarme y encontrarme. Me sentí invadido, o mejor aún, impotente, frente a este hecho consumado"[13].

Sea una u otra la fecha de la letra, lo cierto es que Gerardo Matos hubo de guardar silencio en 1924 cuando el tango se interpretó en un escenario y cuando lo grabó Carlos Gardel. Si Matos no era el propietario del tango, que estaba vendido a Breyer Hermanos, nada podía aducir. Las cosas van a cambiar con el contrato de 1926 entre Ricordi y Matos. En ese contrato, de 2 de septiembre de 1926, Matos se compromete jurídicamente a escribir una letra para el tango y a ceder la propiedad de la misma a Ricordi; es decir, la letra sería de su autoría, pero no de su propiedad. La letra efectivamente se escribió, y estuvo presta el 9 de noviembre de 1926[14]. Se inicia aquí el ataque defensivo frente a la invasión, pues inmediatamente se requirió a la entonces Asociación Argentina de Autores y Compositores para que impidiera que se tocara *La cumparsita* con letras o versos que no fueran los originales.

Esa defensa tuvo diversas manifestaciones exteriores, todas ellas dirigidas a las sucesivas entidades de gestión de derecho de la propiedad intelectual, y todas en el sentido de prohibir que se "tocara" su música con la letra de Contursi. Las dichas manifestaciones son muy variadas pero nos limitaremos a poner unos ejemplos, pues una guerra se sustancia bien en incidentes menores, bien en batallas, y no es preciso que la historia recoja todos los enfrentamientos para tener una idea general. Lo que importa en el final de la guerra:

1º) José de (a veces di) Clemente, que fue miembro de la Comisión provisoria inicial del Círculo Argentino de Autores y Compositores de Música[15], se dirigió por escrito a Gerardo Matos en 1934 intentando propiciar un acuerdo de éste con los autores de la letra. Matos ni contestó. Y empezó a dar muestras de una cierta posición de intransigencia[16].

2º) En 1940 Matos como socio de la SADAIC se dirigió por carta a su presidente Francisco Canaro[17] protestando de unas declaraciones hechas en la radio por Enrique Maroni.

3º) Ya en 1941, es decir, muerto hacía tiempo Pascual Contursi, su viuda, Hilda Briano, se dirigió por carta dos veces a Gerardo Matos en búsqueda de una solución amistosa. No se sabe que Matos contestara.

4º) En junio de 1942 Gerardo Matos volvió a prohibir de modo tajante, en telegramas tanto a SADAIC como a Odeón, que se procediera a la ejecución de su tango con cualquier añadido de letra o recitación diferente de la letra de su propia autoría. Esta prohibición se refería de modo principal, y casi único en aquel momento, a la grabación de Carlos Gardel en 1928, y ello suponía algo muy grave pues Gardel era el ídolo muerto que estaba más allá de cualesquiera críticas.

De este modo, se puede ir haciendo relación de una larga serie de incidentes, todos ellos bélicos, entre Gerardo Matos, por un lado y, por el otro, Hilda Briano de Contursi y José María Contursi, en tanto que herederos de Pascual Contursi, y Enrique Maroni. De ellos dijo Francisco Canaro: "Y resultó que a pesar de los reiterados requerimientos y gestiones de Contursi y Maroni para que Matos Rodríguez aceptara su colaboración en el tango, éste se mantuvo siempre empecinado en la negativa, que con el tiempo motivó un pleito"[18].

4. DOS PROCESOS CONTRA GERARDO MATOS

En realidad la guerra declarada entre letristas y compositor dio origen, no a un proceso, sino a dos:

a) El primer proceso, con demanda en 1946, se produjo entre Hilda Briano (de Contursi) y José María Contursi[19], herederos de Pascual Contursi, y Enrique Maroni como demandantes, contra Gerardo Matos, que fue el único demandado, y le correspondió al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil núm. 5 de los de esa Ciudad, del que era titular el Dr. Raúl Lozada Echenique y secretario el Dr. Antonio Collazo. En ese proceso la demanda contenía dos pretensiones, una de daños y perjuicios y otra de reconocimiento de derechos de coautores y cobro de pesos.

La búsqueda de ese proceso nos ha hecho conocer la ciudad de Buenos Aires. Hemos ido desde el Archivo Judicial, en los sótanos siniestros de la Corte Suprema, en la que hemos sido tratados de modo que hay que gradecer públicamente, hasta los despachos de los descendientes de los abogados que hubieran podido intervenir en el pleito. Y hemos llegado a una conclusión: El mejor modo de conocer una ciudad es buscar un proceso de hace más de cincuenta años. Puede que al final no se encuentre, como nos ha sucedido a nosotros, pero es muy ilustrativo, no ya de la vida judicial, sino de la vida en general de una ciudad, de sus barrios y de sus calles y, sobre todo, de sus personas.

En el Archivo Judicial quedó aclarado que los procesos en los que se ejercen pretensiones declarativas y de condena a pagar una cantidad de dinero se destruyen a los treinta años de su finalización. Es una lastima que esa destrucción no suponga un verdadero expurgo, es decir, una discriminación entre lo que puede destruirse por inútil y lo que merece conservarse por razones muy variadas, como puede ser el interés histórico. Un proceso entre los autores de *La cumparsita* debería haber merecido ser excluido del pasto de las llamas en la purificación por el fuego del archivo. Pero así son las cosas.

En los despachos de abogados no hubo más suerte. Empecemos por decir que al principio no teníamos noticia del abogado que defendió a los demandantes; que después llegamos a tener un nombre, el del Dr. Carlos Gregorio Menica, abogado de Enrique Maroni, avanzada ya la investigación, pero que por ese camino no encontramos salida. Desde el principio sabíamos quién fue el abogado del demandado, el mismo Dr. Pablo Calatayud que sirvió los intereses de Gerardo Matos en 1926 para la recuperación de los derechos. Ahora bien, este despacho de abogados se cerró en 1976, Calatayud no tuvo un hijo abogado y nadie parece haberse hecho cargo de los papeles de los viejos asuntos. Otro camino sin salida.

b) El segundo proceso, iniciado en abril de 1947 por José Razzano, como demandante, contra Gerardo Matos como demandado y contenía una única pretensión de daños y perjuicios. Esta segunda demanda requiere alguna explicación para los no versados en la vida de Gardel. Se trata de recordar dos cosas, una sobradamente conocida, y la otra no tanto.

1ª) En los inicios de la vida artística de Carlos Gardel, allá por el año 1911, se encontró con José Razzano, nacido en el Uruguay y conocido como "el oriental" con el que formó un dúo, para la interpretación de canciones criollas, que actuó hasta que Razzano perdió la voz a finales de 1925. Razzano se convirtió entonces en el apoderado de Gardel y así permaneció hasta 1931 en que se produjo la ruptura. Si se atiende a las primeras grabaciones de Gardel —no las de 1912[20], pero sí a partir de 1917[21]— se advertirá que hay muchos dúos con Razzano y que la mayor parte de las canciones han sido compuestas por los dos. Sólo los tangos fueron cantados siempre en solitario por Gardel.

2ª) Muerto Gardel en 1935, todos sus derechos, bien como autor bien como intérprete, los heredó su madre, Berta Gardes y, muerta ésta el 7 de julio de 1943, el heredero fue, según un testamento ológrafo, Armando Defino, el último apoderado de Gardel, un amigo de la juventud. No vamos a entrar en las pretensiones de Razzano sobre los derechos de sus obras en colaboración con Gardel, pero el caso fue

que, después de una negociación desarrollada en un almuerzo con Francisco Lomuto, Mario Bérnard y Francisco Canaro, se llegó al acuerdo de que Defino cedía los derechos a cambio de una indemnización de 30.000 pesos[22].

De este modo, Razzano se convirtió en titular de los derechos y en ese concepto demandó a Gerardo Matos. El sentido de la demanda era éste: Matos había impedido, desde 1926, pero sobre todo desde 1942, que Odeón, la discográfica de Gardel, pusiera a la venta los discos de éste en que grabó *La cumparsita* con letra de Contursi y con ello había causado un daño patrimonial al titular de esos derechos que era Razzano, por lo que éste pedía en su demanda la indemnización por perjuicios.

Este segundo proceso se empezó a tramitar ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil a cargo del Dr. César A. Fauvety y secretaría núm. 26 del Dr. Rafael M. Demaria. Naturalmente fue echado a las llamas treinta años después, y sobre su búsqueda puede repetirse lo que hemos dicho antes respecto del proceso primero, pero ya en tono menor pues con el primero aprendimos y no incurrimos en los mismos errores.

Ninguno de los dos procesos terminó con sentencia. En el primero, una vez muerto Gerardo Matos, las partes acordaron someterse al arbitraje del presidente de la SADAIC, Francisco Canaro, y en el segundo, a la vista de lo anterior, Razzano desistió para que todo se desarrollará pacíficamente[23].

5. EL ARBITRAJE EN GENERAL Y SU BASE EN LA LIBERTAD

El proceso primero estaba en marcha casi dos años, sin que en el mismo llegara a dictarse sentencia, cuando se produjo un acontecimiento fundamental: el 25 de abril de 1948 murió Gerardo Matos y se abrieron nuevas posibilidades. Había sufrido una hemiplejia en agosto 1944 que le había paralizado el lado izquierdo del cuerpo y que, sobre todo, había acentuado su incapacidad para aceptar arreglos basados en el pacto y la transacción. Por eso en los dos procesos mantuvo una posición intransigente en lo que creía su derecho. Con su muerte se produjo una nueva situación.

Gerardo Matos había muerto sin testamento, pero ello no supuso problema alguno dado que tenía una única heredera legítima: su Madre, Edelmira Rodríguez. Ahora bien, ésta se encontraba limitada intelectualmente y por ello su otra hija, Ofelia Isis Matos, puso inmediatamente en marcha la declaración de incapacidad. En el expediente "Rodríguez de Matos, Edelmira Agustina —Incapacidad— L. 36, F. 9" se dictó por el Juez Letrado de Primera Instancia en lo Civil de Sexto Turno de la ciudad de Montevideo auto de 30 de junio de 1948 nombrando curadora a Ofelia. Fue ésta, pues, la que a los pocos meses de la muerte de Gerardo Matos tenía las riendas de una posible negociación.

A estas alturas, no debería ser necesario que en un trabajo de esta naturaleza se escribieran unos párrafos sobre el sentido del arbitraje; pero es el caso que, en nuestra opinión, en los últimos años se ha iniciado un camino en la comprensión del arbitraje que es profundamente erróneo y que ha conducido al fracaso de la institución; se trata de entender el arbitraje como medio para "reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales". El error se advierte de modo muy claro en la exposición de motivos de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, cuando asume lo que se dice que el Comité de Ministros del Consejo de Europa, Recomendación 12/10986: los gobiernos deben adoptar las disposiciones adecuadas para que "en los casos en que se presten a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial".

El arbitraje se concibe de esta manera como un medio alternativo a la justicia del Estado, como instrumento para aliviar la sobrecarga de trabajo de los tribunales. Y en ello reside un gravísimo error. El arbitraje no es una alternativa a nada, pues el arbitraje es expresión de libertad frente a estatismo. Se trata de que el ciudadano sea capaz de resolver sus propios problemas acudiendo a la disposición de sus derechos materiales, de que no todo esté en la manos de para-es-

tado que resuelve los conflictos de sus súbditos, entendidos estos no como ciudadanos libres, sino como menores de edad o incapaces.

Las constituciones de los diferente países reconocen a los ciudadanos el derecho a acudir a los tribunales del Estado para que éstos les tutelen en sus derechos e intereses. Esto es lo que dispone, por ejemplo, el artículo 24.1 de la Constitución española de 1978 cuando dice que "todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos". Seguidamente, las constituciones proceden a poner las bases de la organización del poder judicial y dicen que la función jurisdiccional, es decir, aquella tutela efectiva, corresponde prestarla a los tribunales los cuales asumen de modo exclusivo el juzgar y el hacer ejecutar lo juzgado. Se configura de este modo primero un derecho de los ciudadanos, poder pedir justicia, y luego un deber del Estado, personalizado en los tribunales del mismo, proceder a prestar y a hacer efectiva esa justicia.

Este conjunto de derecho y de deber no impide algo que se corresponde con la libertad misma. Una cosa es que el ciudadano tenga el derecho de pedir justicia a los tribunales y otra muy distinta sería que no pudiera acudir a otros sistemas de solucionar los conflictos que surgieran entre ciudadanos. Las constituciones de contenido verdaderamente liberal han partido siempre de dos principios: 1) El Estado asegura a sus ciudadanos que les prestará su justicia cuando les haga falta, y 2) Pero ese mismo Estado reconoce que sus ciudadanos pueden acudir a otros medios para solucionar sus conflictos. Y el medio mejor es el arbitraje.

En la primera Constitución española, la de 1812, se decía, por un lado, en el artículo 242 que "la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales"; pero seguidamente se añadía, en el artículo 280, que "no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes". Y en la Exposición de Motivos se afirmaba rotundamente: "El derecho que tiene todo individuo de una sociedad a terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros está fundado en el incontrastable principio de la libertad natural".

Desde las consideraciones anteriores, en todos los países del mundo occidental se ha regulado el arbitraje y lo han hecho, bien en el código procesal civil, bien en una ley específica. A nuestros efectos, ello es indiferente, como también lo es la concreta manera de cómo se regulaba el arbitraje en Argentina en 1948. Lo que nos importa es que, muerto Gerardo Matos, la heredera fue su madre Edelmira, y que, estando ésta declarada incapaz, su hija Ofelia, como su curadora en la legislación uruguaya, llegó con los demandantes, que eran Enrique Maroni y, muerto Pascual Contursi en 1932, su viuda Hilda Briano y su hijo José María, al acuerdo de someter todo el asunto al arbitraje de Francisco Canaro que era, en aquel momento, el presidente de la SADAIC.

6. LA SADAIC Y FRANCISCO CANARO

Para entender este concreto arbitraje, y precisamente de Francisco Canaro, puede ser conveniente dar noticia de la SADAIC, es decir de la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música, y de cómo se constituyó, y también serán convenientes algunas palabras sobre Francisco Canaro[24].

En el origen de todo está la indefensión de los autores y compositores. En 1918, el entonces gerente de Breyer Hermanos, Sr. Guillermo Fischer, instó una reunión en la sede de esta entidad para constituir la que se llamó Sociedad Nacional de Autores, Compositores y Editores de Música. Fue un error; los intereses de los editores eran contradictorios con los de los autores y compositores. En 1920 apareció así la Asociación Argentina de Autores y Compositores de Música, que se domicilió en la casa de Canaro. Las luchas internas dieron lugar a que se escindiera de esta entidad el Círculo Argentino de Autores y Compositores de Música que se constituyó en 1930, siendo presidente del mismo el omnipresente Canaro. El

éxito primero de la entidad fue la Ley 11.723, de 26 de septiembre de 1933[25], que se debe a los trabajos de Mario Bernard (*El Flaco*), que luego fue director general de SADAIC.

Después de todas las luchas internas —los argentinos descienden de españoles y la sangre italiana injertada no ha limado el defecto de encontrar enemigos en casa propia—, se llegó el 9 de junio de 1936 a la creación de una única entidad: la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música (SADAIC) que inicialmente presidió Francisco J. Lomuto, pero que ya en 1937 pasó a presidir Francisco Canaro, que fue su presidente de modo casi continuado y que lo era en los meses iniciales de 1948.

Francisco Canarozzo, conocido como Canaro (1888-1964), fue uno de los grandes del tango, distinguiéndose menos como violinista, más como compositor y, sobre todo, como director de orquesta. Nació en Uruguay, hijo de sepulturero, y pronto con su familia se trasladó a Buenos Aires, donde su padre trabajaba de albañil. Se nacionalizó argentino en 1940. En sus inicios se asoció con dos grandes del tango: Vicente Greco, primero, y luego con Roberto Firpo, pero muy pronto puso en marcha su negocio de las orquestas, de las que tenía normalmente cuatro funcionando al mismo tiempo. Fue un empresario, pero de los de los tiempos viejos, un hombre de una sola palabra.

Se suele decir que su ingente obra de composición es dudoso que sea toda de él, pero los que ponen en duda su autoría no ofrecen más que su opinión, sin añadir otros elementos de juicio. Es sólo una murmuración, no sé si decir que de envidiosos. Entre estas obras hay algunas que han pasado a la historia de la música, como *Sentimiento gaucho*, *La última copa* (las dos con letra de Juan Andrés Caruso), *Madreselva* (letra de Luis César Amadori) o *Adiós, Pampa mía* (letra de Ivo Pelay y colaboración en la música con Mariano Mores).

Algunas de las innovaciones en el tango se deben a él. Por ejemplo la introducción del contrabajo en la orquesta o del cantante, si bien éste no para cantar toda la letra sino sólo el estribillo del tango o de la canción, dando lugar a los llamados *estribillistas*, el primero de los cuales fue Roberto Díaz (realmente Roberto Pablo Carvalho, 1900-1961).

Si tuvo éxito con la música, lo tuvo también con el dinero que ganó[26]. Era común decir: "Tiene más plata que Canaro", y se cuenta que, estando en el hipódromo Palermo de Buenos Aires, Carlos Gardel le pidió 500 pesos, que debía ser una cantidad muy importante, y Canaro se la entregó en el acto y para no ser devuelta, aunque el mismo Canaro asegura que unos años después se la pidió y Gardel le contestó: "¿No tenés vergüenza con el "Paco" que tenés pedirme los 500 mangos?": lo de "Paco" hace referencia al dinero ahorrado.

Al mismo tiempo que tuvo un gran éxito como empresario musical, fue el principal defensor de los derechos de propiedad intelectual de los músicos. Todas las entidades de defensa de éstos fueron encabezadas por él. Lo hacía con una actitud casi dictatorial; pero desde 1936 hasta su muerte en 1964 fue casi el permanente presidente de la SADAIC, si bien dejó que en fases pequeñas y transitorias otros asumieran la que consideraba que era "su" presidencia.

7. EL ARBITRAJE, EL LAUDO DE CANARO Y SUS INSUFICIENCIAS

En los archivos de la SADAIC, y en el expediente de *La cumparsita*, no están los documentos de cómo se confío a Canaro el arbitraje, aunque es manifiesto que en el mismo concurrían varios graves inconvenientes:

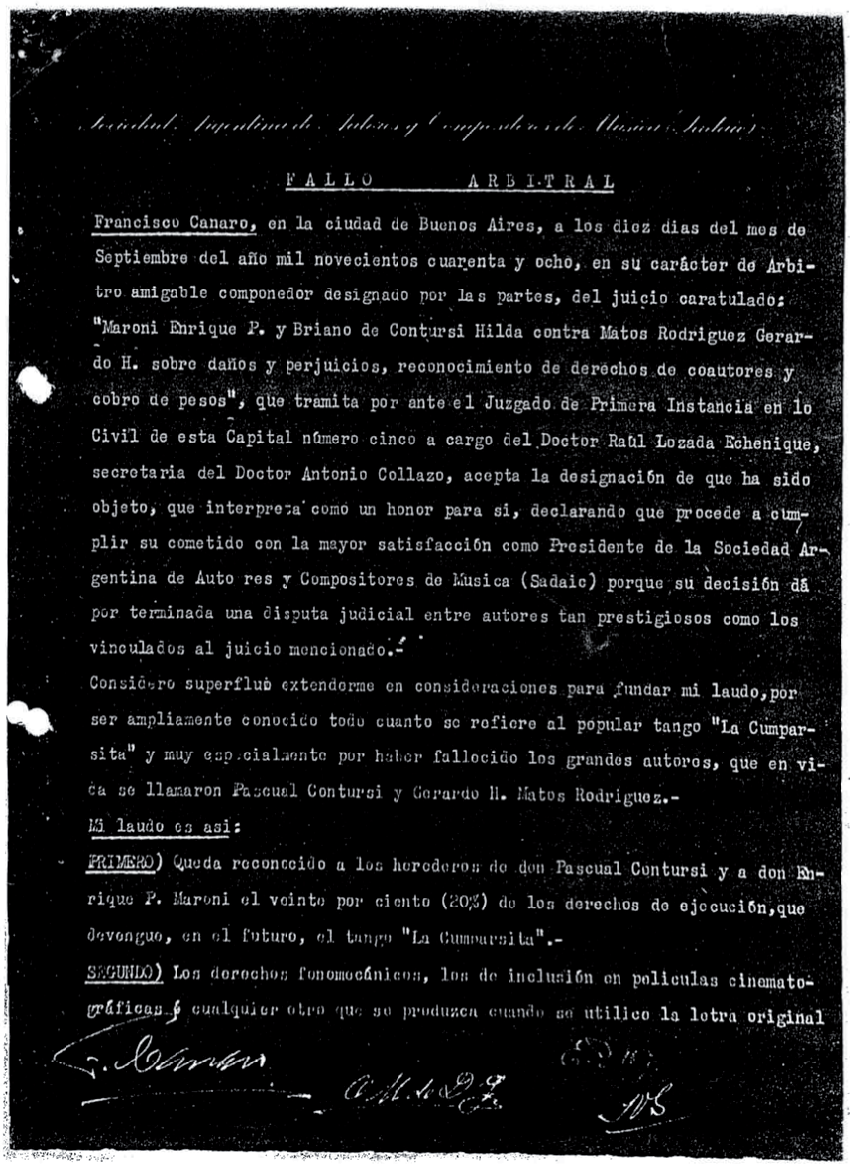
a) No queda claro en la documentación si lo que se pactó por las partes fue un arbitraje ritual u otro irritual, aunque todo parece indicar que se trata de lo segundo. De la misma manera, sí está claro que no se trató de un arbitraje de derecho, sino de otro de equidad; lo que en Argentina se llama de amigables componedores. Canaro no sólo no era abogado, sino que había pasado muy poco tiempo por la escuela elemental.

b) Lo peor de todo es que siendo el arbitraje y el laudo una especie de continuación de un proceso entre partes determinadas, únicamen-

te estas partes fueron las que se sometieron al arbitraje. En los derechos de propiedad intelectual de *La cumparsita* había en 1948 interesados que no estuvieron en el arbitraje, y de modo más destacado la entidad llamada Editorial Ricordi Americana, la cual era titular de una parte muy importante de los derechos.

c) Por si falta algo, debe advertirse que José Razzano, el demandante en el segundo proceso de que hemos hecho antes mención, tampoco fue parte en el arbitraje. Razzano había desistido de su proceso para no ser obstáculo, pero no se convirtió en parte en el arbitraje, lo que no impidió que en el laudo existiera pronunciamiento a él relativo.

Con estos males antecedentes Canaro dictó su laudo, lo que él llamó "fallo arbitral" el 10 de septiembre de 1948 y el mismo día es aceptado por todas las partes que firman su conformidad[27], sin expresar reparo alguno[28]. El laudo es conocido porque el propio Canaro lo hizo público en sus *Memorias*[29].



Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música (Sadaic)

FALLO ARBITRAL

Francisco Canaro, en la ciudad de Buenos Aires, a los diez dias del mes de Septiembre del año mil novecientos cuarenta y ocho, en su carácter de Arbitro amigable componedor designado por las partes, del juicio caratulado: "Maroni Enrique P. y Briano de Contursi Hilda contra Matos Rodriguez Gerardo H. sobre daños y perjuicios, reconocimiento de derechos de coautores y cobro de pesos", que tramita por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de esta Capital número cinco a cargo del Doctor Raúl Lozada Echenique, secretaria del Doctor Antonio Collazo, acepta la designación de que ha sido objeto, que interpreta como un honor para si, declarando que procede a cumplir su cometido con la mayor satisfacción como Presidente de la Sociedad Argentina de Auto res y Compositores de Música (Sadaic) porque su decisión dá por terminada una disputa judicial entre autores tan prestigiosos como los vinculados al juicio mencionado.-

Considero superfluo extenderme en consideraciones para fundar mi laudo, por ser ampliamente conocido todo cuanto se refiere al popular tango "La Cumparsita" y muy especialmente por haber fallecido los grandes autores, que en vida se llamaron Pascual Contursi y Gerardo H. Matos Rodriguez.-

Mi laudo es asi:

PRIMERO) Queda reconocido a los herederos de don Pascual Contursi y a don Enrique P. Maroni el veinte por ciento (20%) de los derechos de ejecución, que devengue, en el futuro, el tango "La Cumparsita".-

SEGUNDO) Los derechos fonomecánicos, los de inclusión en peliculas cinematográficas y cualquier otro que se produzca cuando se utilice la letra original

nal de Contursi y Maroni serán repartidos conforme a las normas reconocidas por la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Musica ó bien de acuerdo a los usos y costumbres de esta plaza.- Cuando solo se utilice la música del tango "La Cumparsita" los derechos se dividirán,entre las partes, en la mis ma proporción que el de ejecución.-

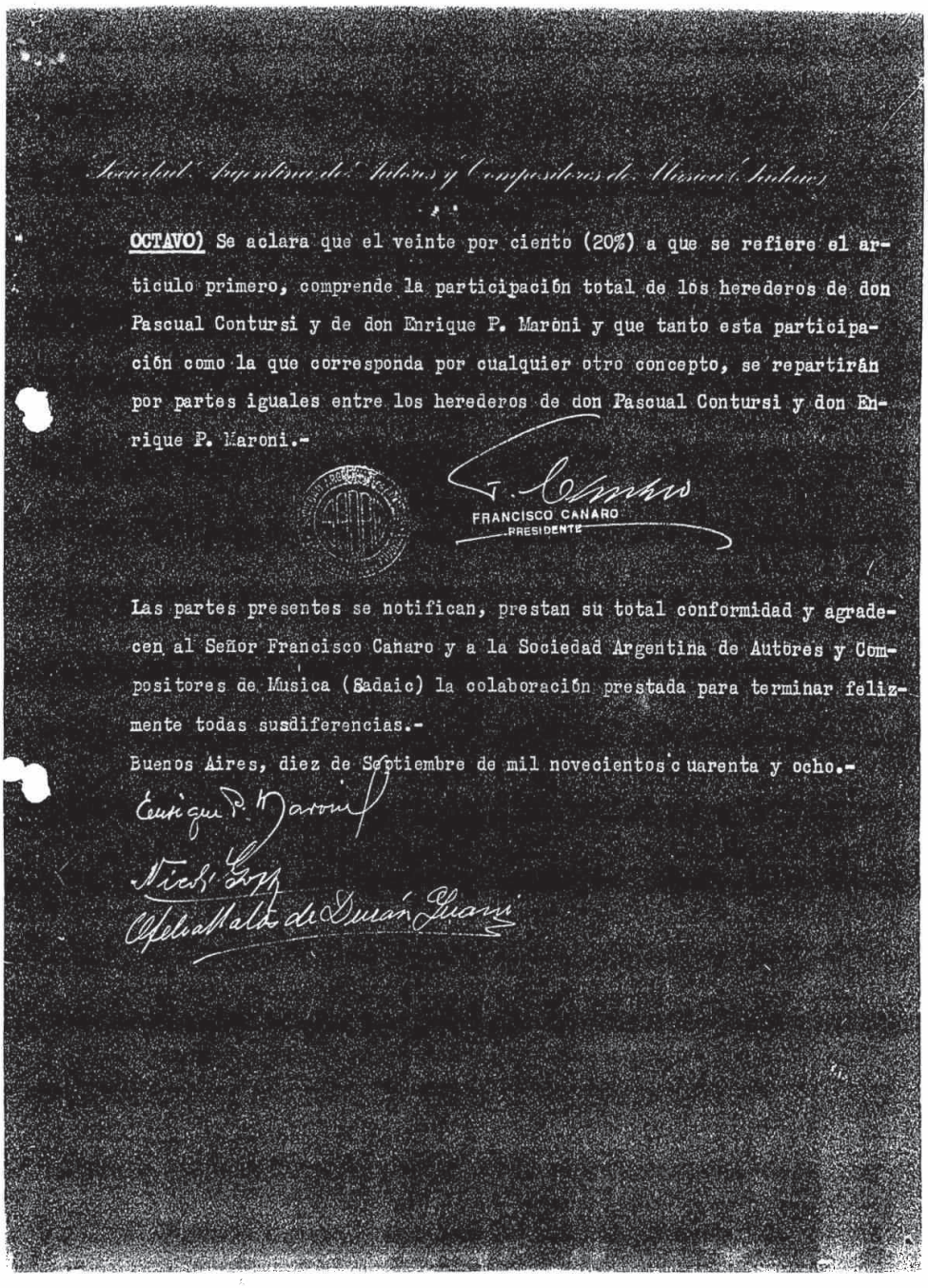
TERCERO) En las sucesivas ediciones de "La Cumparsita" (papel) deberán publicarse las dos letras, es decir, la de los señores Contursi y Maroni y la del autor de la música Don Gerardo H. Matos Rodriguez,con exclusión de cualquier otro.-

CUARTO) Sobre las sumas percibidas por don Gerardo H. Matos Rodriguez con anterioridad a la iniciación del pleito nada corresponde a los actores y han sido debidamente percibidas por el demandado.-

QUINTO) Los importes depositados en el juicio, hasta la fecha, con excepción del último efectuado por Sadaic, quedan a favor de la parte actora, con la obligación de pagar la suma de Cinco mil pesos moneda nacional ($ 5.000,00 m/n), a don JOSE RAZZANO, quien, bajo tal condición, ha subscripto un escrito desistiendo del juicio sobre daños y perjuicios que tiene promovido contra don Gerardo H. Matos Rodriguez y que tramita por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil a cargo del Doctor Cesar A. Fauvety, secretaria número veintiseis del Dr. Rafael M. Demaria.-

SEXTO) El importe del último depósito efectuado en el juicio,por Sadaic,pertenece a las partes en la proporción fijada en el punto primero.-

SEPTIMO) Las costas del juicio deberán ser abonadas en el orden causado,salvo las ya declaradas en el juicio.-



Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música (Sadaic)

OCTAVO) Se aclara que el veinte por ciento (20%) a que se refiere el artículo primero, comprende la participación total de los herederos de don Pascual Contursi y de don Enrique P. Maroni y que tanto esta participación como la que corresponda por cualquier otro concepto, se repartirán por partes iguales entre los herederos de don Pascual Contursi y don Enrique P. Maroni.-

FRANCISCO CAÑARO
PRESIDENTE

Las partes presentes se notifican, prestan su total conformidad y agradecen al Señor Francisco Cañaro y a la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música (Sadaic) la colaboración prestada para terminar felizmente todas susdiferencias.-

Buenos Aires, diez de Septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho.-

Enrique P. Maroni

Nicolás Olivari

Adela Mallo de Juan Guaní

La controversia, más fáctica que jurídica, entre los autores de la letra y el autor de la música, puede sintetizarse así: ¿Contribuyó la letra de Contursi a la difusión y éxito de *La cumparsita*? Si la respuesta es positiva la conclusión debe ser que los autores de la letra deben participar en los beneficios que se obtengan con todos los derechos propios de la propiedad intelectual. Si la respuesta es negativa esa participación carece de sentido. La respuesta que

dio Francisco Canaro consistió en que la letra contribuyó al éxito de *La cumparsita* y de ahí el contenido económico del laudo.

Canaro en su posterior libro de memorias[30] hizo una especie de fundamentación del laudo al decir que poco después de estrenada y grabada *La cumparsita* él la tocaba con su orquesta, pero que tuvo un éxito efímero, y añade: "Pero lo curioso es que al tiempo se repuso en los repertorios, se 'reestrenó', como se dice en jerga teatral; volvieron a ejecutarlo las orquestas de moda, se hicieron nuevas grabaciones de discos, la empezó a cantar Gardel como uno de sus números predilectos y continuaron difundiéndola cancionistas y cantores. Y así comenzó una nueva era para el inspirado tango, que in crescendo, fue reafirmando su popularidad y su éxito y alcanzó una difusión y una asombrosa preponderancia sobre los demás tangos de su época, constituyendo un suceso sin precedentes que todavía se mantiene en pleno apogeo, incluida en el repertorio de todas las orquestas típicas. Impuesto también en París y en los más importantes centros de Europa y de América".

Para comprender la decisión de Canaro y para compartirla o no, sería necesario situarse en 1948 y oír algunas de las versiones del momento. Por ejemplo, podría oírse la grabación de Carlos Gardel realizada en Barcelona el 10 de enero de 1928 en los estudios de Odeón, y ya con el sistema eléctrico, para luego oír alguna versión instrumental de calidad; no de las primeras de 1917, de Alonso-Minotto, Firpo o Maglio, que suenan muy viejas en calidad técnica, sino por ejemplo la del guitarrista Oscar Alemán de 1928, la de la Orquesta Típica de la Víctor de 1932 o la de la Orquesta de Francisco Lomuto de 1936. Después de oído esto, como condición imprescindible, se tendría base suficiente para opinar sobre el acierto o el desacierto de Francisco Canaro.

De ese laudo lo que nos va importar es la regulación que para el futuro hace del reparto de los derechos de autor, pero contiene alguna previsión respecto del pasado, de la que se hace aquí simple mención:

a) Lo percibido por Matos con anterioridad a la iniciación del proceso quedó incorporado a su patrimonio y de todo ello nada corresponde a los demandantes. Esto es, lo pasado está pasado y no se vuelve a tras. La iniciación del proceso en 1946 marca un antes y un después. Lo de antes ya no tiene remedio.

b) En el proceso de Contursi y Maroni contra Matos se había pedido por los demandantes medidas cautelares y se habían acordado por el Juzgado. La medida cautelar consistió en el embargo preventivo del 40 por 100 de las cantidades que debía abonar SADAIC a Matos y sobre esas cantidades se hace un doble pronunciamiento:

1º) Del primer embargo, por monto que desconocemos[31], la cantidad resultante se abonará a los demandantes Contursi y Maroni, si bien estos deberían abonar a Razzano la cantidad de 5.000 pesos moneda nacional. Esta es la compensación a Razzano por desistir de su proceso. Con ello Razzano queda fuera de los derechos de autor de *La cumparsita*; se entiende sin perjuicio de lo que pudiera corresponderle por la grabación de Carlos Gardel hecha en Barcelona en 1928 y en tanto intérprete.

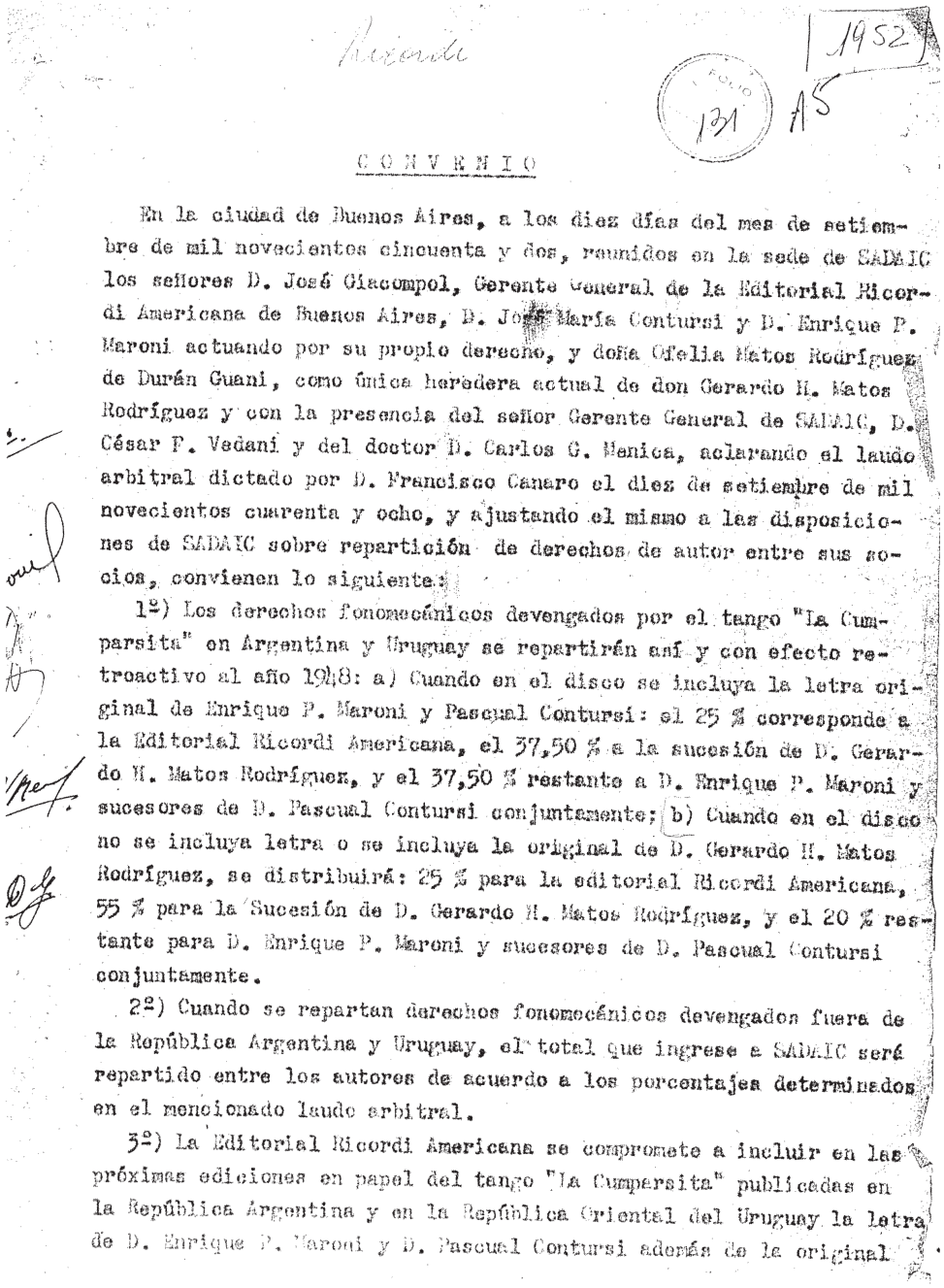
2º) La cantidad del segundo embargo se repartiría ya entre los autores de la letra y el autor de la música conforme a lo que se dice seguidamente.

Hasta aquí el laudo lo que hace es cerrar lo pasado. Lo que importa es el futuro.

8. EL CONVENIO DE 1952 PARA ACLARACIÓN DEL LAUDO

Ya hemos advertido que en el arbitraje faltaba alguien. Matos había vendido su tango en 1917 y, aunque se habían sucedido contratos en 1926 y en 1933, el caso seguía siendo que la Editorial Ricordi tenía algo que decir y que no había sido oída ni en el proceso ni en el arbitraje. Esto motivó un convenio posterior, fir-

mado el 10 de diciembre de 1952 en el que las partes anteriores, con el añadido de Ricordi, llegan a lo que se llama convenio de aclaración del Laudo de Canaro.



Ricordi

1952

FOLIO 131 A5

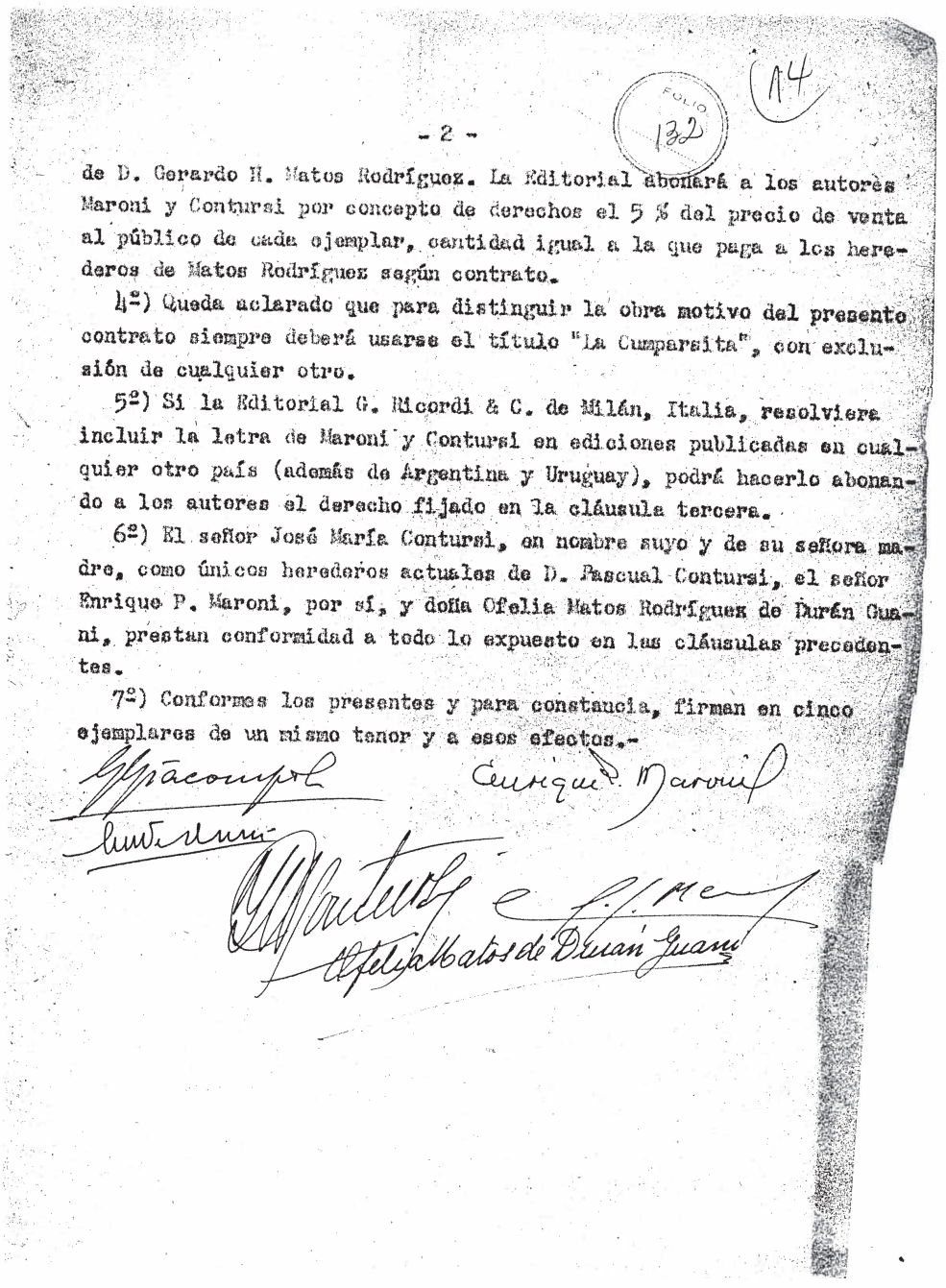
CONVENIO

En la ciudad de Buenos Aires, a los diez días del mes de setiembre de mil novecientos cincuenta y dos, reunidos en la sede de SADAIC los señores D. José Giacompol, Gerente General de la Editorial Ricordi Americana de Buenos Aires, D. José María Contursi y D. Enrique P. Maroni actuando por su propio derecho, y doña Ofelia Matos Rodríguez de Durán Guani, como única heredera actual de don Gerardo H. Matos Rodríguez y con la presencia del señor Gerente General de SADAIC, D. César F. Vedani y del doctor D. Carlos G. Manica, aclarando el laudo arbitral dictado por D. Francisco Canaro el diez de setiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, y ajustando el mismo a las disposiciones de SADAIC sobre repartición de derechos de autor entre sus socios, convienen lo siguiente:

1º) Los derechos fonomecánicos devengados por el tango "La Cumparsita" en Argentina y Uruguay se repartirán así y con efecto retroactivo al año 1948: a) Cuando en el disco se incluya la letra original de Enrique P. Maroni y Pascual Contursi: el 25 % corresponde a la Editorial Ricordi Americana, el 37,50 % a la sucesión de D. Gerardo H. Matos Rodríguez, y el 37,50 % restante a D. Enrique P. Maroni y sucesores de D. Pascual Contursi conjuntamente; b) Cuando en el disco no se incluya letra o se incluya la original de D. Gerardo H. Matos Rodríguez, se distribuirá: 25 % para la editorial Ricordi Americana, 55 % para la Sucesión de D. Gerardo H. Matos Rodríguez, y el 20 % restante para D. Enrique P. Maroni y sucesores de D. Pascual Contursi conjuntamente.

2º) Cuando se repartan derechos fonomecánicos devengados fuera de la República Argentina y Uruguay, el total que ingrese a SADAIC será repartido entre los autores de acuerdo a los porcentajes determinados en el mencionado laudo arbitral.

3º) La Editorial Ricordi Americana se compromete a incluir en las próximas ediciones en papel del tango "La Cumparsita" publicadas en la República Argentina y en la República Oriental del Uruguay la letra de D. Enrique P. Maroni y D. Pascual Contursi además de la original



- 2 -

FOLIO 132

14

de D. Gerardo H. Matos Rodríguez. La Editorial abonará a los autores Maroni y Contursi por concepto de derechos el 5 % del precio de venta al público de cada ejemplar, cantidad igual a la que paga a los herederos de Matos Rodríguez según contrato.

4º) Queda aclarado que para distinguir la obra motivo del presente contrato siempre deberá usarse el título "La Cumparsita", con exclusión de cualquier otro.

5º) Si la Editorial G. Ricordi & C. de Milán, Italia, resolviera incluir la letra de Maroni y Contursi en ediciones publicadas en cualquier otro país (además de Argentina y Uruguay), podrá hacerlo abonando a los autores el derecho fijado en la cláusula tercera.

6º) El señor José María Contursi, en nombre suyo y de su señora madre, como únicos herederos actuales de D. Pascual Contursi, el señor Enrique P. Maroni, por sí, y doña Ofelia Matos Rodríguez de Durán Guani, prestan conformidad a todo lo expuesto en las cláusulas precedentes.

7º) Conformes los presentes y para constancia, firman en cinco ejemplares de un mismo tenor y a esos efectos.-

Enrique P. Maroni

Ofelia Matos de Durán Guani

El contenido del Laudo de 1948 y del Convenio de 1952 pueden requerir alguna explicación y por ello pueden ser de utilidad los detalles siguientes:

a) Derecho de ejecución, el derecho derivado de la mera ejecución pública del tango, en cualesquiera lugares, desde bailes hasta televisiones, le corresponde a los autores de la letra el 20 por 100 de todo lo que devengue en el

futuro *La cumparsita*, de modo que a cada uno de ellos le corresponde el 10 por 100. Adviértase que no se dice que ese tanto por ciento se refiere al supuesto de que el tango se ejecute con la letra de Contursi y Maroni, sino en todo caso, aunque la ejecución sea únicamente instrumental. Cada vez que el tango suene en el mundo —por lo menos en los países civilizados que protegen los derechos de autor— los autores de la letra tienen derecho al 20 por 100, se entiende conjuntamente, de lo que se perciba como derechos de autor.

b) Derecho de inclusión en películas se divide de esta manera:

1") Cuando se utilice la letra de Contursi y Maroni, se estará a las normas reconocidas por la SADAIC, que normalmente dividían los derechos al 50 por 100.

2") Si no se utiliza la letra, es decir, si sólo se utiliza la música, entonces se estará a que los letristas les corresponderá el 20 por 100.

c) Derechos fonomecánicos, los relativos a los discos: Se procede a distinguir según el origen de los discos:

1º) Los derechos devengados en Argentina y en Uruguay se repartirán de este modo y con efecto desde 1948: +) Si en el disco se incluye la letra de Contursi y Maroni el reparto es éste: 25 por 100 a Ricordi, 37'50 por 100 a los sucesores de Gerardo Matos y 37'50 por 100 conjuntamente a Maroni y a los sucesores de Contursi, +) Pero si en el disco no se incluye letra alguna o se incluye la letra de Matos Rodríguez: 25 por 100 para Ricordi, 55 por 100 para sucesores de Matos y 20 por 100 conjuntamente para Maroni y sucesores de Contursi.

2º) Derechos devengados en todos los demás países: Todo lo que ingrese la SADAIC se repartirá según el laudo; es decir, si se utiliza la letra de Contursi y Maroni, se dividirán los derechos al 50 por 100; y si no se utiliza esa letra, a Maroni y a los sucesores de Contursi les corresponde conjuntamente el 20 por 100. Esto es muy importante por cuanto que en la actualidad los sucesores de Contursi y Maroni siguen percibiendo de todos los discos instrumentales de *La cumparsita* el 20 por 100, pero si se incluye la letra (caso por ejemplo del disco de tangos de Julio Iglesias) entonces perciben el 50 por 100 de los derechos generados y que haya recaudado la entidad argentina.

d) Para el derecho de edición también se distingue:

1º) Si se trata de Argentina y de Uruguay, de entrada la Editorial Ricordi Americana se comprometió a incluir en las partituras publicadas las dos letras, la de Maroni y Contursi y la de Matos Rodríguez, confirmando lo dispuesto en el laudo. En este caso la Editorial debía pagar a Maroni y a los sucesores de Contursi el 5 por 100 del precio de venta al público, que es lo mismo que ya pagaba a los sucesores de Matos Rodríguez[32].

2º) Para todos los demás países, la Editorial G. Ricordi & Co. de Milano no se comprometía a incluir en todo caso la letra de Contursi y Maroni, dado que no estaba obligada a ello, pero en el caso de que la incluyera debería abonar a Maroni y a los sucesores de Contursi el 5 por 100 del precio de venta al público.

Y hasta aquí un arduo problema jurídico al que pusieron fin primero el laudo de Canaro y, luego, la sensatez de todos los implicados. Lo que no se pudo hacer en vida de Gerardo Matos se acabó haciendo después de muerto. Y ahora queda una cuestión de hecho que cada uno debe decidir por sí: ¿la letra de Pascual Contursi añadió "algo" a la música de *La cumparsita*? ¿"Algo" que mereciera ser retribuido como lo ha sido y como lo sigue haciendo?

Cada uno tiene su respuesta. No la verdad, sino simplemente "su" verdad.

NOTAS

1. Una síntesis del debate sobre el año de composición (entre 1916 y 1917) podrá verse en MONTERO AROCA, J., *La cumparsita. Vida y Derecho en el tango más universal*, en prensa en Tirant lo Blanch.

2. Todo parece indicar que Firpo hizo algo más que escribir lo existente, pues está probado que escribió la tercera parte del tango partiendo de las notas de uno de sus tangos, *La gaucha Manuela*; pero el caso es que Firpo nunca reclamó nada respecto de la autoría de *La cumparsita*. Además, en la primera parte introdujo unos solos de violín que convirtieron la musiquita claramente en un tango y lo hicieron menos marchoso pero más romántico.

3. Sin duda, el personaje a citar en este lugar es Ángel Villoldo y sobre él PUCCIA, E. H., *El Buenos Aires de Ángel G. Villoldo (1860-1919)*, editorial Corregidor, Buenos Aires, 1997. Esa manera de entender el tango no pasó de la primera década del siglo XX; Villoldo murió en 1919 pero su manera de componer había muerto unos años antes que él.

4. El 23 de noviembre de 1913 Leopoldo Lugones publicó en el periódico La Nación de Buenos Aires un artículo en que se contenían expresiones como estas: "...hay temas imposibles, dada su bajeza, y el tango es uno de ellos" (...) "danza prostituta" (...) "el objeto del tango es describir la obscenidad" (...) el tango "resume la coreografía del burdel, siendo su objeto fundamental el espectáculo pornográfico". Leopoldo Lugones (1874-1938) fue en su vida el espíritu de la contradicción; poeta y escritor, en la vida política pasó de una organización a otra con una facilidad que siempre ha desconcertado; pero que han dado otros muchos, desde el socialismo de joven al apoyo a las dictaduras de mayor. Fue el enemigo público del tango hasta que descubrió en 1926 el amor en la persona de María Emilia Cadelago, una casi adolescente, con la que mantuvo una relación de doce años y con la que aprendió a bailar el tango. Acabó suicidándose con un whiskey mezclado con cianuro cuando sus familiares le impusieron separarse María Emilia. Puede verse Eduardo MUSLIP, *Fondo negro*, Buenos Aires, 1997; Jorge BOCCANERA, *La pasión de los poetas*, Buenos Aires, 2002. Ha sido Jorge Luis Borges quien ha elevado la figura de Lugones y lo ha puesto en lo más alto de la literatura argentina; así en el prólogo a *El Hacedor*, Buenos Aires, 1960, declarándose su heredero.

5. Como decían los hermanos Bates, "el tango vivió su infancia y buena parte de su pubertad en casas de baile de muy segundo orden, en 'peringundines' y lupanares. Las letras no hicieron más que reflejar el ambiente que les daba vida. Obscenas, procaces, indecibles en un medio, no diremos de cultura o de hogar, sino aun en la boca de personas de cierta educación, quedaron circunscritas a los muros que ocultaban la vergüenza de la ciudad" (en BATES, Luis y Héctor, *Historia del tango*, Buenos Aires, 1936, p. 75).

6. Sobre la letra y el tango existen algunas obras fundamentales, por ejemplo, Francisco GARCÍA JIMÉNEZ, *Así nacieron los tangos*, Buenos Aires, 1965 (2ª edición, editorial Corregidor, Buenos Aires, 2006); Jorge SARELI, *Libro mayor del tango*, México, 1974; José GOBELLO y Eduardo STILLMAN, *Las letras del tango de Villoldo a Borges,* Buenos Aires, 1966; José GOBELLO y Jorge BOSSIO, *Tangos, letras y letristas*, Buenos Aires, 1975; Raúl, OUTEDA, *La historia de 500 tangos*, Buenos Aires, 1997; José GOBELLO, *Letras de tango. Selección (1897-1981)*, Buenos Aires, 1997; Oscar DEL PRIORE e Irene AMUCHASTEGUI, *Cien tangos fundamentales*, Buenos Aires, 1998; Horacio LORIENTE, *Ochenta notas de tango*, Montevideo, 1998; Héctor Ángel BENEDETTI, *Las mejores letras de tango*, Buenos Aires, 1999; Juan Ángel RUSSO y Santiago MARPEGAN, *Letras de tango*, un primer volumen de 1999 y un segundo de 2000, los dos de Basílico, S. R. L., Buenos Aires; Eduardo ROMANO (coordinador), *Las letras del tango. Antología cronológica. 1900-1980,* 5ª edición, Rosario, 2000; Norberto, CHAB, *100 tangos con su historia, que no te podés perder*, Buenos Aires, 2010.

7. *Mi noche triste* ya descubre en su letra lo que iba a ser el tango en las décadas siguientes. Decía en su primera estrofa:

Percanta que me amuraste
en lo mejor de mi vida,
dejándome el alma herida
y espina en el corazón,
sabiendo que te quería,
que vos eras mi alegría
y mi sueño abrasador,
para mí ya no hay consuelo
y por eso me encurdelo
pa'olvidarme de tu amor.

8. Y siguieron *Flor de tango* (1918, de Augusto Gentile), *Ivette* (1920, de Augusto Berto y Julio Roca), *La he visto con otro* (de Antonio Scatasso), La *mina del Ford* (1924, de Antonio Scatasso y Fidel del Negro), y *Ventanita de arrabal* (1927, de Antonio Scatasso). La entrada de Carlos Gardel en el tango se hizo con letras de Pascual Contursi. Primero *Mi noche triste* en 1917, luego *Flor de fango* a finales de 1918. Al año siguiente, 1919, grabará el tercer tango *De vuelta al bulin*, letra de Pascual Contursi y música de José Martínez, y en 1920 *Ivette*, letra de Pascual Contursi y música de Enrique Costa y Julio Roca.

9. El poner letra a un tango ajeno, en este caso a *Lita* de Samuel Castriota, fue el principio de los problemas de Pascual Contursi con los compositores. En este caso se discutió, primero el título, pues si Castriota quería que se siguiera llamando *Lita*, Pascual Contursi se inclinaba por "Percanta que me amurastes"; al final se impuso la opinión de Carlos Gardel y de José Razzano: *Mi noche triste*. La discusión siguiente se refirió al reparto de los derechos de autor. Castriota quería imponer su 60 por 100 contra el 40 de Contursi, pero éste reivindicaba la mitad; en esa discusión Castriota llegó a afirmar: "¿Pero usted cree que ha escrito *La dama de las camelias*?". No había comprendido que la cuestión no era la calidad objetiva de la letra, sino si ésta había contribuido y en qué medida a la difusión del tango y, con ella, a la obtención de mayores ingresos dinerarios.

10. El padre de Gerardo, que se llamaba Emilio Matos, era hijo de españoles y era el propietario de un cabaret en Montevideo. En ese cabaret llamado Moulin Rouge había actuado Pascual Contursi durante dos o tres años, de 1915 a 1917, de modo ocasional. Este hecho fue una de las causas que originó, por lo menos en parte, la ira de Gerardo Matos. Contursi estaba en Montevideo cuando le escribió la letra a "su" tango y no le dijo nada.
Existe un detalle muy difícil de aclarar a esta altura de los tiempos. Cuando empezó la disputa entre Matos Rodríguez y Pascual Contursi, éste aseguró que contaba con el permiso de Matos para realizar la letra. Esto debe ponerse en relación con la fecha en que Pascual Contursi escribió la letra pues, si la hubiera escrito en 1917 y la hubiera empezado a cantar en el cabaret del Padre de Matos Rodríguez, en el Moulin Rouge de Montevideo, no estaría tan claro que la letra se escribió sin conocimiento de Matos. Nada impide que Matos oyera la letra, cantada por Pascual Contursi, una noche de las muchas en que coincidirían en el cabaret y que no le diera importancia. Si esto fuera así, la buena fe de Matos Rodríguez se pondría en cuestión cuando argumentó que en 1924 estaba en Paris y que por ello no pudo autorizar el añadido de la letra.

11. Puede verse de la dirección de Osvaldo PELLETTIERI, *Historia del teatro argentino en Buenos Aires, vol. II. La emancipación cultural. 1884-1930*, Buenos Aires, 2002, en donde se recoge la mayor parte de las obras de Simari.

12. Debe tenerse en cuenta que el añadido de la letra supuso una leve alteración en la música, para lo que Contursi contó con la ayuda de Antonio Scatasso (1886-1956), que era el director musical de la obra teatral, por mucho que se ha puesto en cuestión si llegó a saber música o si tocaba "de oreja". En esa obra el tango lo cantó primero Juan Ferrari y luego Carlos Carranza.

13. INFANTOZZI, Rosario, *De Matos Rodríguez, La cumparsita*, Doble clic Editoras, Montevideo, 2004, p. 95. Si se alude a que Pascual Contursi "trabajaba en el cabaret de mi padre en Montevideo" se está refiriendo a mucho antes de 1924, nada menos que a los años de 1915 a 1917, que son aquellos en los que Pascual Contursi sí trabajó en el Moulin Rouge. Fue entonces cuando lo pudo "buscar y encontrar". No tendría sentido que lo buscara en 1924 cuando estaba en Paris.

14. Esta letra no la vamos a incluir porque, primero no es necesario y, después y sobre todo, porque INFANTOZZI, Rosario, *De Matos Rodríguez, La cumparsita*, cit., p. 105, hace decir a su tío abuelo Gerardo Matos estas palabras: letra "que es un espanto, mal parida, escrita sin ganas y a regañadientes". Se trataba de tener argumentos para oponerse a la letra de Pascual Contursi.

15. El Círculo Argentino de Autores y Compositores de Música se fundó en 1930 con el fin de recaudar el derecho de ejecución del pequeño derecho y al mismo pertenecía Gerardo Matos. Uno de los que fundaron el Círculo fue este José de Clemente.

16. En carta dirigida por Gerardo Matos a su cuñado Enrique Durán Guani (*Coto*) el 6 de junio de 1939, desde Buenos Aires a Montevideo le decía: "Me he peleado con la Glücksmann, con la Columbia, con la Brünswick, con la Ricordi, con el editor de Brasil, con el editor de España y sólo me queda más o menos regular la relación con la Víctor y el editor Perrotti"; así en INFANTOZZI, Rosario, *De Matos Rodríguez, La cumparsita*, cit., p. 126.

17. En 1936 se produjo la fusión entre el Círculo Argentino de Autores y Compositores de Música y la Asociación Argentina de Autores y Compositores de Música, dando lugar a la Sociedad Argentina de Autores y compositores de Música (SADAIC) de la que era socio Gerardo Matos y Francisco Canaro presidente.

18. Francisco CANARO, *Mis memorias. Mis bodas de oro con el tango,* editorial Corregidor, Buenos Aires, 1999 (la primera edición es de 1956), p. 293.

19. Si las letras de Pascual Contursi abrieron una nueva etapa en el tango, las de su hijo José María (1911-1972, apodado *Catunga*) no le fueron a la zaga. Basten estos títulos: *Cada vez que me recuerdes*, *Como dos extraños*, *En esta tarde gris*, *Gricel*, *Han pasado los años*, *Sombras... nada mas*. Un esbozo de su figura puede verse en Juan MONTERO AROCA, *Bolero. Una historia cantada en 150 emociones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 149-151. Dijimos allí: "Si el padre se ríe de la vida para ridiculizarla y en sus letras usa normalmente del lunfardo; el hijo se toma las cosas más en serio y ya no utiliza el argot porteño. El hijo es un poeta que tiene una musa inspiradora Gricel, a la que dedica buen parte de su obra, mientras que el padre fue un bohemio y piensa más en las *minas*, en plural. El hijo tiene, claramente, una cultura mayor y se expresa poéticamente".

20. Puede verse el excelente libro de Héctor Ángel BENEDETTI, *Gardel en 1912. Historia de sus primeras grabaciones*, Éditions de la Rue du Canon d'Arcole, Buenos Aires, 2005.

21. La obra fundamenta es la de MORENA, Miguel Ángel, *Historia artística de Carlos Gardel*, 5ª edición, editorial Corregidor, Buenos Aires, 2008.

22. Dijo Francisco CANARO, *Mis memorias. Mis bodas de oro con el tango*, editorial Corregidor, Buenos Aires, 1956, pero cito por la edición de 1999 y en ésta p. 295: "En virtud de esa transacción generosa y caballeresca, Razzano realizó un negocio sin precedentes en los anales de nuestra entidad autoral (es la SADAIC), pues, por una suma de treinta mil pesos moneda nacional, adquirió la propiedad de un repertorio que representa una fortuna incalculable".

23. En el libro de Rosario INFANTOZZI, *De Matos Rodríguez, La cumparsita*, al que nos hemos referido reiteradamente en estas páginas, en las páginas 197 a 199 se hace figurar lo que se llama: "Fragmentos de un diario", como recurso literario para acabar el libro con palabras aparentemente escritas por el propio Gerardo Matos. En cualquier caso hay un ataque inútil contra Razzano. Al dar cuenta de la demanda de Razzano, se acaba diciendo: "Es preferible que este viudo de Gardel dirija sus ataques a otra parte". Son conocidas las dudas sobre la sexualidad de Gardel, y éste no es libro de chismes para entrar por ese terreno, pero sí lo es para decir que calificar a Razzano de "viudo de Gardel" cuando se está dando cuenta de una controversia económica no es lo que haría un caballero.

24. Puede verse Francisco CANARO, *Mis memorias. Mis bodas de oro con el tango,* cit., pp. 244 y ss., con la historia de la SADAIC.

25. Esta Ley sigue en vigor, aunque con varias modificaciones. En esa Ley 11.723 disponía el artículo 5: "La propiedad intelectual corresponde a los autores durante su vida y a sus herederos o derechohabientes, durante *treinta* años más". Después de la Ley 24.870, de 16 de septiembre de 1997, ese artículo 5 dice: "La propiedad intelectual sobre sus obras corresponde a los autores durante su vida y a sus herederos o derechohabientes hasta *setenta* años contados a partir del 1 de enero del año siguiente al de la muerte del autor". Esa Ley 24.870 es la llamada *Ley La Cumparsita*, pues se dio atendido que los derechos sobre este tango se terminaban en 1998, es decir a los 50 años de la muerte de su autor, muerte que se produjo en 1948. Naturalmente benefició a otros, como al hijo de Homero Manzi, Acho Manzi, pues, muerto aquél en 1951, los 50 años vencían en 2001 y ahora vencerán en 2021.

26. Canaro asumía todos los riesgos económicos tanto con las orquestas como en los espectáculos teatrales, de modo que los integrantes de las orquestas cobraban sueldo mensual, trabajaran más o menos, pero no participación ni en los beneficios, ni en las pérdidas. Se ha llegado a decir que también tenía a sueldo a los autores del texto de las comedias musicales, como Juan A. Caruso e Ivo Pelay. En todo ganó mucho dinero, salvo cuando se metió en el negocio del cine, en el que él decía: "Como productor cinematográfico no tuve suerte"; en realidad no fue cuestión de suerte, sino de que las películas que produjo eran malísimas. A su muerte la murmuración de la calle lo que discutía eran los millones de la herencia; la sorpresa vino cuando en el testamento dividió la herencia entre su familia, digamos legal, y dos hijos extramatrimoniales; puede verse Francisco GARCÍA JIMÉNEZ, *Memorias y fantasmas de Buenos Aires*, editorial Corregidor, Buenos Aires, 1994, pp. 281-287.

27. El 16 de septiembre de 1948 el laudo es protocolizado, es decir, es incluido en el protocolo notarial, por el letrado de Enrique Maroni, Dr. Carlos Gregorio Menica.

28. Luego en el citado libro de Rosario INFANTOZZI, en la página 201, se dirá: Canaro "aunque sabía mucho de tangos, muy poco sabía de leyes. Presionado por todos lados, pronunció el laudo final, de muy cuestionable justicia. Mi abuela, la famosa Becha, a quien le sobraba decencia y le faltaba ambición, lo aceptó".

29. Realmente en el libro de memorias de Canaro el laudo es prácticamente ilegible, dada la pésima calidad de las fotocopias de la página 294. Por eso hubimos de acudir a la calle Lavalle, 1545, sede de la SADAIC en Buenos Aires, para solicitar una fotocopia legible; de esa fotocopia proviene el escaneado de las páginas que se ofrecen en el texto. Hay que agradecer aquí a la Dra. María Alicia Muract Gola el interés que se tomó para que llegara a disponer de un texto legible.

30. CANARO, Francisco, *Mis memorias. Mis bodas de oro con el tango,* cit., pp. 244 y ss.

31. El monto total del embargo era de 84.657'16 moneda nacional argentina. En el escrito inicial del expediente de sucesión de Gerardo Matos tramitado en Buenos aires (y que tenemos a la vista) dice el abogado del estudio de Pablo Calatayud que lo firma, el Dr. Luis B. Joselevich, que el total del embargo era de 35.208'19 moneda nacional y que se debe dejar constancia de este importante dato a la hora de sucesión. Pero, como el tiempo fue pasando, el mismo abogado el 12 de julio de 1950 dijo por escrito de esa fecha que el importe era ya de 84.657'16 moneda nacional argentina y que los actores habían percibido 55.863'85 moneda nacional.

32. Cuando en 1998 el Parlamento uruguayo declaró que *La cumparsita* era Himno Cultural y Popular de la República Oriental del Uruguay se cuidó mucho de aclarar que esa declaración "comprende únicamente la música, no alcanzando las letras que se hubieren agregado a la referida pieza musical". De este modo, la letra de Pascual Contursi, argentino, no tiene proclamación alguna, cierto, pero tampoco la tiene la del uruguayo Gerardo Matos.

NORMAS DE LA REVISTA

I. EXTENSIÓN Y SOPORTE MATERIAL

Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales.

Los originales de los artículos de las dos primeras secciones (Debate y Estudios) tendrán una extensión entre 22.000 y 60.000 caracteres a espacio y medio y punto 12.

Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen o abstract de 10 líneas en castellano y en inglés, así como de cinco o seis palabras clave o key words en castrellano y en inglés.

Los artículos irán precedidos por un sumario.

Los originales han de enviarse por correo electrónico a la dirección de la coordinadora de la revista: teoria.derecho@uv.es

En el artículo deberá constar el nombre del autor o autora, la universidad o institución a la que pertenece y, en su caso, la dirección de correo electrónico y de correo postal de contacto.

En el caso de que el texto haya sido publicado anteriormente en otro medio impreso o se haya presentado como ponencia o comunicación, se incluirán los datos en el documento.

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 lo hará constar.

En el caso de las traducciones de textos publicados en la sección "Varia", obviamente no se han de cumplir estos requisitos.

II. ADMISIÓN DE ORIGINALES

Los originales serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a los editores de los números monográficos y a evaluadores externos. Cualquiera de los evaluadores internos o externos puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado, que serán comunicadas a los mismos, y en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las correcciones oportunas. En este caso, la publicación definitiva del trabajo será sometida, de nuevo, al Consejo Editorial de la revista.

III. ENVÍO DE ORIGINALES

Los originales pueden remitirse por cooreo electrónico a la dirección teoria.derecho@uv.es o por correo postal, enviando una copia impresa y soporte digital a la siguiente dirección:

Revista Teoría y Derecho
Tirant lo Blanch
C/Artes Gráficas, 14, entlo.
46010 Valencia

IV. SISTEMA DE CITAS

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 la posición del autor.

Excepcionalmente podrá utilizarse 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 IV. Si se citan varias obras del mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula. Por ejemplo: González Vicén 1979ª correspondería a "La obediencia al Derecho", Anuario de Filosofía del Derecho, XXIV, 1979, pp. 4-32 y González Vicén 1979b correspondería a "La Escuela Histórica del Derecho", Anales de la Cátedra Francisco Suárez, XIX, 1979, pp.1-48.

En todo caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma:

Apellido/s, inicial del nombre, Título, 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. Ejemplos:

1. Libro/monografía:

González Vicén, F.; *El Positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950, 96 pp.

2.- Artículo de revista:

González Vicén, F.; "La Filosofía del Derecho como concepto histórico", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, pp. 15-65.

3.- Trabajo o artículo incluido en libro:

González Vicén, F.; "Estudio preliminar a la traducción de Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia" de John Austin, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 17-33.

4.- Referencias a soportes informáticos.

V. MIEMBROS DEL CONSEJO Y DEL COMITÉ:

Para ser miembro del Consejo Editorial y/o del Comité Científico se requiere:

- Ser Catedrático de Universidad en activo en la propia Universidad y/o en centros de investigación.
- Ser mayor de 50 años.
- Tener un prestigio reconocido en el mundo académico.

Todas las condiciones han de cumplirse en el momento de ingresar en la Revista.

VI. BASES DE DATOS EN LAS QUE SE ENCUENTRA LA REVISTA:

LATINDEX: cumple 33 de los 33 criterios de calidad: 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: categoria B

CIRC-Calsificación integrada de revistas científicas: http://epuc.cchs.csic.es/circ/