

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. JUNIO 5/2009

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

* Por orden de edad

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@tirant.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. - PMc Media

SUMARIO

DEBATE

Autonomía de la voluntad y control registral

Controles públicos y tráficos privados.....	7
<i>Luis Díez-Picazo</i>	
El problema de la llamada “doble calificación” registral. No existen dos calificaciones superpuestas	15
<i>Roberto Blanquer Uberos</i>	
La intervención pública en la gestación y configuración de los derechos reales: el registro de la propiedad	39
<i>Nicolás Nogueroles Peiró</i>	
La pretendida doble calificación de los documentos notariales sujetos a inscripción...	67
<i>Esperanza Gallego Sánchez</i>	
La calificación registral de las resoluciones judiciales. Notas críticas	93
<i>Ángel López y López</i>	

ESTUDIOS

La derrotabilidad y los límites del positivismo jurídico	103
<i>Manuel Atienza Rodríguez y Juan Ruiz Manero</i>	
Ordenamiento laboral y disciplina del mercado	119
<i>José María Goerlich Peset y Adoración Guamán Hernández</i>	
Algunas reflexiones tras cuatro años de aplicación de la LO 1/2004 de violencia de género: propuestas de <i>lege ferenda</i>	139
<i>Elena Martínez García</i>	
Análisis de los fundamentos filosóficos de la propiedad intelectual.....	159
<i>Eugenio Pizarro Moreno</i>	
A propósito de lo digno y no discriminatorio: comentarios al caso <i>Wakenheim v Francia</i> sobre el “lanzamiento de enano”	183
<i>Mario Ruiz Sanz</i>	

TEMAS DE HOY

Los derechos fundamentales en la construcción del derecho privado contemporáneo brasileño a partir del derecho civil-constitucional	205
<i>Luiz Edson Fachin</i>	
La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios de las profesiones reguladas en España: en especial, de los abogados.....	223
<i>Augusto González Alonso</i>	
Las costas del monitorio	241
<i>José María Ruiz Relación</i>	

VARIA

Henry Sumner Maine (1822-1888). Fragmento de <i>Ancient Law</i>	247
Normas de la revista	253



DEBATE

Autonomía de la voluntad y control registral

Controles Públicos y tráficos privados

Luis Díez-Picazo

El problema de la llamada “doble calificación” registral. No existen dos calificaciones superpuestas

Roberto Blanquer Uberos

La intervención pública en la gestación y configuración de los derechos reales: el registro de la propiedad

Nicolás Nogueroles Peiró

La pretendida doble calificación de los documentos notariales sujetos a inscripción

Esperanza Gallego Sánchez

La calificación registral de las resoluciones judiciales. Notas críticas

Ángel López y López

RESUMEN

El problema de fondo que late en el tema de debate es la posible zona de fricción entre poderes de los privados y poderes públicos. Ello exige plantearse los fundamentos legales y constitucionales de la cuestión. En esta óptica se analiza el significado de la autonomía privada y de los límites a la misma, encontrando su entronque constitucional en la dignidad de la persona y la libertad de empresa y de mercado. Se aboga por la sustitución de la referencia a la moral como límite de la autonomía privada por la denominación "Buenas Costumbres". En cuanto a los controles públicos de dicha autonomía se sitúan en la órbita de las autoridades administrativas, con las misiones de defensa de la legalidad y de la seguridad del tráfico.

PALABRAS CLAVE

PODERES PRIVADOS Y PODERES PÚBLICOS; FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES; DIGNIDAD DE LA PERSONA; LIBERTAD DE EMPRESA; FUNCIONES ADMINISTRATIVAS DE CONTROL DE LA LEGALIDAD Y LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO.

ABSTRACT

The basic problem at the heart of the topic under debate is the possible area of friction between private authority and the public authorities. From this perspective the meaning of private autonomy and its limits are analysed. Its constitutional intersection is found in the dignity of person and the freedom of enterprise and market. With regard limits to private autonomy, the article advocates substituting reference to morality with the term "Best Practice". As for the public control of said autonomy, this comes within the orbit of the administrative authorities and has as objectives both law enforcement and traffic safety.

KEY WORDS

PRIVATE AUTHORITY AND PUBLIC AUTHORITY; CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS; DIGNITY OF PERSON; FREEDOM OF ENTERPRISE; ADMINISTRATIVE FUNCTIONS OF LAW ENFORCEMENT AND TRAFFIC SAFETY.

CONTROLES PÚBLICOS Y TRÁFICOS PRIVADOS

Luis Díez-Picazo

Catedrático emérito
Presidente de la Sección Primera (Civil) de la Comisión General de
Codificación

1.— El título que estas líneas reciben (que se debe a la iniciativa de los organizadores del correspondiente número de la revista) nos sitúa seguramente en un punto conflictivo y exige por ello plantearse la cuestión como un problema. El punto conflictivo es la posible zona de fricción entre las facultades o poderes de los privados y las potestades que tengan en determinados momentos respecto de lo que aquellos hagan los entes públicos. La necesidad de despejar los interrogantes exige encontrar fundamentos, no sólo legales, sino también constitucionales, y decidir la amplitud que unos y otros pueden y deben recibir.

El punto de partida se puede encontrar en algunas reflexiones que realicé en una reunión que tuvo lugar en el Senado de nuestro país en el año 1994, organizada por Antonio López Pina, cuyo nombre campea en la recopilación de los trabajos en que el encuentro se concretó (vid: A. López Pina, “*Democracia representativa y parlamentarismo*”, Madrid, 1994).

Me planteé en aquel lugar, desde el punto de vista de las fuentes y del Derecho público, un tema que, probablemente, en el Derecho privado podía considerarse desde antiguo como un tema manido. Y lo llamé, con el fin de propiciar el equivoco para luego desvanecerlo, la potestad normativa privada o la potestad normativa de los privados, señalando que es una realidad indiscutible en todos los sistemas jurídicos y políticos en que no se produzca una intervención absolutamente cerrada

de los poderes públicos, de manera que estos regulen todos los aspectos de las operaciones y de las actividades económicas, lo que, aproximadamente, desde el punto de vista histórico solo se ha producido en los llamados países del socialismo real que subsistieron entre 1945 y 1998.

Señalé también en aquel lugar que, en términos generales, se puede denominar potestad normativa privada a lo que usualmente, y de manera especial en la técnica del Derecho privado, se denomina autonomía privada. Aunque a veces, especialmente en la literatura de influencia francesa, se ha preferido la expresión autonomía de la voluntad, la autonomía no es de la voluntad individual, sino todo el poder de decisión de la persona. La existencia de un marco de autonomía de los particulares en el desarrollo de la vida jurídica es algo que en el Derecho privado se reconoce, cuando menos desde finales del siglo XVIII y principios del XIX, y está sin duda ninguna estrechamente emparentado con las concepciones liberales, entendiéndose por tales las que propendían a ampliar el ámbito de libertades individuales.

Por trasladarnos ahora a las sede de la cuestión en el Derecho privado, puede recordarse que allí se suele afirmar que la autonomía privada es el poder de dictarse uno así mismo la ley o el precepto a que se haya de obedecer y, traslaticamente, el poder de gobernarse uno a sí mismo y por sí mismo. Por razones similares podría definirse como el poder de gobierno

de la propia esfera jurídica. Y como la esfera jurídica está formada por relaciones jurídicas que son cauce de realizaciones de los intereses, la autonomía privada puede, igualmente, conceptuarse, como el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o puede llegar a ser parte. Este planteamiento obliga a deslindar dos campos de realización de la autonomía privada, uno de ellos en que el poder del individuo, de un solo individuo, es el que reglamenta una determinada situación, como ocurre, por ejemplo, en el ámbito de la sucesión *mortis causa* regida por el testamento, en que puede decirse que es la autonomía privada la que crea la *lex sucesionis*. En otro plano habrá que colocar aquellas situaciones que por ser bilaterales o plurilaterales exigen la concurrencia de los poderes de decisión de varias personas, que continúan siendo autónomas en la medida en que en todos ellos se plasma una autonomía privada, aunque exige inevitablemente la coordinación entre las decisiones de unos y de otros.

Por todo ello, es generalmente admitido que los actos de autonomía privada son los que, con carácter general, se denominan en la técnica del Derecho privado, “negocios jurídicos”, y que existe una correlación bastante clara entre autonomía privada negocio jurídico y lo que el epígrafe de nuestro tema denomina tráfico privado, pues en nuestra lengua, traficar vale tanto como comerciar o negociar, que, en términos generales, puede referirse a toda clase de operaciones económicas.

2.— En su estructura formal, los preceptos dimanantes de la autonomía privada, ejercicio de poder de decisión y de los que hemos llamado potestad normativa privada, son similares a los que derivan de un mandato de una autoridad pública. En uno y en otro existe el acotamiento de unos supuestos de hecho y el establecimiento para cada uno de ellos de unas determinadas consecuencias jurídicas. En este punto, la única cuestión es dilucidar si las normas jurídicas surgidas en el ámbito de los órganos en que plasma la organización política de una comunidad poseen un alcance y una

función diferente de los que reclama para sí el ejercicio de la potestad de los privados, de manera que se les puede llamar “normas” mientras los otros deban mantenerse dentro del campo de lo que pueden llamarse “preceptos”.

Concebida en los términos en que se ha hecho, la autonomía privada o poder normativo de los privados presenta un marco de actuación que es muy amplio, pues no sólo se refiere a los contratos o a la regulación de ciertos fenómenos, sino también a la creación y regulación de los estatutos internos de asociaciones, corporaciones y, en general, sociedades civiles o mercantiles.

El reconocimiento jurídico de la autonomía privada supone la traslación al ámbito de lo jurídico de aquello que en el campo de la organización social se denomina libertad individual, de suerte que reconocer autonomía privada es lo mismo que reconocer la validez, pero también la efectividad de los preceptos privados.

Ello significa que, cualquier tipo de sociedad en la que no todo queda en las manos del Estado, hay que reconocer libertad individual y, por consiguiente, autonomía privada, hasta el punto de que en la cultura de la Europa occidental la cuestión no ha sido nunca si existía o no existía, sino el problema de la recíproca relación entre los ámbitos de libertad individual y de autonomía privada y los ámbitos de actuación intervencionista de los poderes públicos, sin olvidar tampoco que la supresión de la autonomía lleva consigo la anulación total de la persona y la conversión de ésta en un puro instrumento. También puede decirse a la inversa. El reconocimiento de la persona impone el reconocimiento de su ámbito de autonomía. En la concepción tradicional, el poder normativo de los privados o el poder de autonomía privada aparece como una creación de la ley. Puesto que la constitución tiene solamente por objeto establecer las condiciones bajo las cuales se ejerce la soberanía por el parlamento, en la materia que ahora estamos estudiando ello conduce a la idea de que la soberanía del parlamento es plena en la materia que estamos estudiando, sin perjuicio de las implicaciones

políticas que el ejercicio en un sentido o en otro podría tener.

La colocación de la autonomía privada en el ámbito del ejercicio de la potestad legislativa conduce también a la idea de que la ley puede funcionar sin dificultades en el establecimiento de los límites bajo los cuales la autonomía privada se encuentra reconocida. En ese sentido, en la susodicha concepción el art. 1.255 CC no presenta problema ninguno. La autonomía de los particulares tiene sus límites en la ley, en la moral y en el orden público. Hay, sin embargo, en el constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX una pregunta que resulta necesario hacer y que, de alguna manera, condiciona el desarrollo ulterior de nuestro tema. La pregunta es si hay que buscar un fundamento suprallegal para la libertad contractual y la autonomía privada y si este debe ser un fundamento constitucional. Inmediatamente hay que decir que en la Constitución española no es fácil dar una respuesta a este interrogante, pues ninguno de los preceptos constitucionales parece referirse a esta cuestión. Y lo mismo se puede decir del resto de las constituciones aparecidas en el antes indicado periodo de tiempo.

Sin embargo, con mayor justificación respecto de otras institucionales donde siempre se ha tratado de escharbar en la búsqueda de un fundamento institucional, en este en el que ahora nos encontramos la referencia aparece indiscutible.

A mi juicio, el reconocimiento de un poder de creación normativa privado o de poder de autonomía privada, se encuentra enlazado con la Constitución por lo menos en tres puntos, estrechamente relacionados entre sí, pero en cierta medida también distinto.

a) Ante todo hay que volver a mencionar la dignidad de la persona. Solo se reconoce a un ser como persona cuando se le reconoce su poder de auto-reglamentación.

b) En segundo lugar se encuentra el hecho de que constitucionalmente se encuentra reconocida la libertad de prensa y la libertad de mercado, lo que está presuponiendo el reco-

nocimiento de cada uno de los seres humanos como posibles agentes económicos que actúan dentro de ese ámbito también en libertad, con la capacidad de decisión que se les supone y, posibilidad de quedar unos y otros vinculados por las decisiones que adopten.

c) En tercer lugar, se encuentra, asimismo, la inevitable relación que existe entre el tema a que estamos aludiendo y la organización política de la nación o, si se prefiere, el tipo de estado.

El hecho de que hayamos podido entroncar (o establecer) algún tipo de relación entre la autonomía privada o poder normativo de los privados, como la hemos denominado en este escrito, y de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de empresa u otros parecidos, no significa, ciertamente, que toda la regulación que atañe a la autonomía privada deba considerarse como desarrollo de derechos fundamentales y, por consiguiente, sea aprobado por ley orgánica, puesto que, en nuestra opinión, son dos cosas distintas, el enlace que puede establecerse y fundamentarse, y normas de concreción o de concretización y, por otra parte, hay alguna diferencia entre regular el desarrollo de los derechos fundamentales y regular legislativamente todas la materias que con ellos puedan tener relación.

Lo que anteriormente hemos dicho significa que, en el momento actual, el legislador no goza de la misma libertad, ni es igualmente soberano para introducir en la autonomía privada todos los límites que bien le parezca, sino solamente aquellos que puedan tener por objeto la protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos o protegibles.

Desde el punto de vista legal, ello significa que en la fijación de límites que se contienen en el art. 1.255 CC, habría hoy que cuestionar la referencia, sin paliativos y sin ningún tipo de matices, a la ley, que, aunque sea una ley de carácter imperativo, goza de los postulados a los que inmediatamente antes hemos llegado. Algo similar, aunque en otra dirección, habría que decir respecto de la consideración de la "moral" como un límite de la autonomía pri-

vada, que tiene por objeto procribir los negocios jurídicos inmorales y sus consecuencias. Es manifiesta la dificultad que presenta cualquier intento de puntualización de esta idea que forma parte del mentado art. 1.255. Respecto de ello se puede repetir alguna consideración que ya ha sido efectuada (cfr.: Díez-Picazo - Gullón, “*Sistema de Derecho Civil*” 11ª ed., vol. I, pág. 381).

Las consideraciones son básicamente tres. La primera es que al no positivizarse la moral de una forma concreta, el margen del intérprete juzgador para su aplicación es teóricamente amplísimo. En segundo lugar, parece también claro que la idea de moral del art. 1.255 CC no puede identificarse con los preceptos de este tipo de una determinada concepción religiosa, pues el pluralismo, el reconocimiento del principio de igualdad de todas las confesiones ante la ley, y el derecho de las personas a profesar cualquier credo religioso o a no profesarlo, o no profesar ninguno, impediría aquellas identificaciones.

En tercer lugar, es igualmente rechazable una identificación de la moral con la ética de cada individuo, pues si la norma jurídica se propone una ordenación uniforme de las conductas para alcanzar valores superiores como la justicia, carecería de sentido que, al mismo tiempo, permitiese con sus efectos las conductas que subjetivamente los destinatarios de las normas creyeran más ajustadas a sus personales juicios éticos.

Ocurre además, si las cosas se miran despacio, que la referencia a la moral del art. 1.255 CC, algo parecido a la que existe en relación con la causa torpe y con la proscripción de la *condictio de restitución* en el art. 1.306, pues las reglas o aforismos como son los que exigen que los litigantes se presenten ante el tribunal con las manos limpias, o el que prohíbe alegar la propia *turpitud*, se dice que encuentran su fundamento en tratar de evitar a los tribunales de justicia caer en el lodazal de decidir cuestiones que pongan en peligro su honorabilidad, aunque frente a ello siempre se haya dicho que los tribunales, especialmente los dedicados a las materias penales, juzgan toda clase de su-

puestos, sin quedar detenidos por la valoración que se pueda realizar de los hechos y todo ello sin perder de vista que no es la mejor manera de decidir un asunto iniciarlo con una valoración ética de la parte reclamante.

Todo ello probablemente en un momento como el actual aconsejaría prescindir de la referencia a la moral que hace el art. 1.255 CC, sustituyéndola por “buena costumbre” o simplemente no diciendo nada y suponiéndolo englobado en el concepto de orden público.

3.- Conviene ahora examinar los tipos de los que se puede llamar “controles públicos” y la forma como inciden en los negocios jurídicos privados. Inicialmente cabe una doble configuración de los controles, según los órganos a los que esté encomendado, y estos sean judiciales o administrativos, pues, en efecto, las dos posibilidades existen. Así, por ejemplo, la homologación de los convenios celebrados por el acreedor con el deudor común en los expedientes de concurso de acreedores se ponen en manos de la autoridad judicial, mientras que pueden existir otros que competan a autoridades administrativas. Dentro de las autoridades administrativas, debemos colocar todos aquellos que no son estrictamente órganos jurisdiccionales y que no forman parte del Poder Judicial. En este sentido, el confiar la documentación pública y fehaciente a personas investidas de la potestad de dar fe pública (vgr.: notarios, etc.) parece que debe situarse en la órbita de las autoridades administrativas, de la misma forma que acordar la inscripción de los negocios jurídicos privados en los registros de la propiedad o de la decisión de tomar cualesquiera otros asientos en cualesquiera otros registros.

Todavía por lo que se refiere a aquellos “controles” que se confieran o confieren a las autoridades del Poder Judicial, cabe distinguir según que se trata de actos de jurisdicción contenciosa o de jurisdicción voluntaria, sin que consideremos necesario, en estos momentos, penetrar en tan sutil y difícil distinción. Por regla general, una función de control forma parte más bien de la jurisdicción voluntaria,

pero no puede excluirse que determinadas materias resulten confiadas a órganos jurisdiccionales del Estado cuando estos puedan, además, actuar de oficio (p. ej.: las decisiones sobre la nulidad radical y absoluta de los negocios jurídicos).

Desde otro punto de vista, lo que hemos llamado “controles públicos” pueden distinguirse según la forma en que se inserten o se relacionen con los negocios jurídicos previstos que resulten “controlados”, pues, en efecto, cabe la posibilidad de que las decisiones de las autoridades públicas se inserten en el supuesto de hecho complejo y de formación progresiva acompañando en este sentido al negocio o formando parte de él, mientras que en otros casos quedan separados del negocio y son *a posteriori* condiciones de eficacia de los mismos.

Tal distinción puede tener trascendencia respecto de los defectos que pueda presentar o del acto de control o de la falta del mismo, pues en algunos casos lo único que hay es un *iter* negocial no concluido, mientras que en otro puede darse una hipótesis de nulidad del negocio por falta de las condiciones de validez. Es, de todas maneras, este un tema que no puede resolverse con carácter general y que requerirá, en cada caso concreto, un examen de la naturaleza de la decisión judicial o administrativa que hubiera que tomar y de las razones por las que se ordena y de la influencia que deba ejercer en los preceptos de autonomía privada.

4.— Para ir cerrando este esbozo o ensayo de una tipificación de las líneas de intervención de las autoridades públicas en los trámites privados, tal vez convenga volver los pasos atrás, pues unos pasos atrás habíamos advertido de la existencia de tres formas de intervención y tres tipos de finalidades que con ellas se pueden buscar.

a) La primera de todas ellas, es la defensa de la legalidad o el control de la legalidad. Se trata de determinar el mayor grado de certidumbre posible, si la actividad llevada a cabo por particulares se ajusta a normas jurídicas o, por el

contrario, se aparta de ellas. Se trata de una actividad que rigurosamente se puede llamar de homologación, puesto que esta comprobación es de cotejo, es aquello en que la homologación consiste.

Como hemos dicho ya, la homologación o el control de la legalidad puede dar lugar a una respuesta positiva o a una respuesta negativa, y en este caso producir una sentencia por virtud de la cual determinados datos se anulen por resultar contrarios a normas imperativas o prohibitivas, como dice el art. 6.3 del Código civil, lo que en un buen número de casos resulta exigido por las propias normas de Derecho imperativo y por su efectividad.

b) La segunda línea posible es la que toma bien en el principio de seguridad jurídica, tal como éste se encuentra consagrado en el art. 9.3 de la Constitución, y como se encuentra desarrollado en toda una serie de normas jurídicas de carácter legal. Como he dicho en otro lugar (cfr. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, pág. 53), se trata de conseguir que el desarrollo de los negocios y de las transacciones se realicen en un ordenamiento jurídico que esté dominado por la idea de seguridad. Dotar de seguridad a los negocios significa favorecerlos, y con ello una buena parte del desarrollo económico de toda la colectividad, que en tales negocios encuentra su fundamento. Desde este punto de vista, hemos señalado que seguridad jurídica no es solo exigibilidad o certidumbre del sistema normativo aplicable al caso, sino que es también seguridad de los derechos subjetivos pertenecientes a particulares, porque se considera de justicia que se respete la titularidad dominical o de cualquier otro derecho perteneciente a una persona. En este sentido, son intervenciones públicas tendentes a garantizar la seguridad de los derechos, aquellas que hacen a estos inmunes a posibles ataques procedentes de títulos, negocios o actividades que el titular, en el momento de llevar a cabo el negocio adquisitivo, ni conoció, ni tenía por qué conocer. En este punto, seguridad jurídica y seguridad de los derechos se liga inevitablemente con “seguridad del tráfico”. Como se ha dicho también, el tráfico exige que

la persona que interviene en él no tenga que llevar a cabo investigaciones agotadoras de los títulos del que negocia con ella, y que no tenga que ir más allá de lo razonable. Por consiguiente, la oportunidad de no quedar expuesto a pretensiones de fundamentos desconocidos o inesperados, la inmunidad frente a este tipo de pretensiones es una regla con una carga clara de seguridad jurídica. Es perfectamente claro también, que todos los mecanismos que tienden a formalizar inscripciones registrales en los registros públicos con el fin de que frente a los terceros pueda jugar, con ella, un principio o una pretensión de exactitud registral, persigue la misma finalidad.

c) La oportunidad y la efectividad de las medidas que puedan adoptarse.

Es la última de las finalidades que una intervención administrativa pueda perseguir. No sólo que la legalidad sea respetada. No sólo que los derechos de los actos de los particulares se puedan consolidar, sino también que las medidas adoptadas son útiles y razonables desde el punto de vista práctico. Esta regla de oportunidad puede acompañar a las medidas de respeto de la legalidad o pueden ir separadas

de ellas. Puede recordarse en este lugar, que las autorizaciones judiciales recaídas en expedientes de jurisdicción voluntaria para la defensa de bienes inmuebles o establecimientos mercantiles de menores de edad, no conllevan sólo el respeto de la legalidad en el acto de enajenación, sino también la utilidad del acto mismo respecto del patrimonio del menor.

En un terrero manifiestamente pactado del que se acaba de citar, como es lo que se ha llamado el “control de las concentraciones económicas”, aparece no siempre con la debida separación, las dos posibles actividades. Así, en el art. 10 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, no hay solo un control de legalidad de cumplimiento de los parámetros legales en la posible concentración de empresas, sino que hay también (cfr.: art. 10) un parámetro que consiste en atender a criterios de interés general, distintos de aquellos que tienen por objeto la defensa de la competencia en determinados aspectos como puede ser la defensa y la seguridad nacional, la protección de la salud pública, la protección del medio ambiente, la protección de la investigación y desarrollo tecnológicos, y la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos en las regulaciones sectoriales.



RESUMEN

No responde a un planteamiento exacto proponer el estudio de una doble calificación registral. Después de hacer una precisión terminológica y una referencia de técnica jurídica, se analiza la calificación del Registrador y sus funciones: la de control del título inscribible para decidir si es procedente su inscripción y la de selección de los elementos en el contenidos que deben constar en el asiento de inscripción. Sigue un repaso de los sistemas francés, alemán y holandés, para exponer resumidamente el derecho español. Se repasan las materias sujetas a calificación, explicitando que tanto la que se ocupa de las formas extrínsecas como la que controla la capacidad de los otorgantes se limitan a comprobar que en el texto de la escritura consta, como debe constar, la narración por el notario del cumplimiento de los deberes a su cargo; como también ocurre respecto de la representación. El control de la legalidad del acto dispositivo es la materia de mayor importancia, en la que deben tratarse separadamente, porque son materias diversas, al juicio de legalidad a cargo del Notario y a la calificación que debe realizar el Registrador. Concluyéndose finalmente que no se trata de una función que se ejerza duplicadamente sino de dos funciones concurrentes al servicio de la seguridad jurídica.

PALABRAS CLAVE

CALIFICACIÓN REGISTRAL; ESCRITURA PÚBLICA; TÍTULO INSCRIBIBLE; NOTARIO; REGISTRADOR; CAPACIDAD JURÍDICA; SEGURIDAD JURÍDICA.

ABSTRACT

The study of the registrar's statement of dual validity is not a precise proposal. After a clarification of terms and a legal technical reference, we analyse the registrar's statement of validity and its functions. These are: the checking of the registrable title-deed so as to be able to decide if its registration is appropriate and the selection of the contents that need to be recorded in the registration entry. There follows a review of the French, German and Dutch systems, before briefly presenting Spanish law. Subjects susceptible to validation are examined, while specifying that validation concerned with extrinsic forms and that concerned with checking the legal capacity of the executor are both confined to ensuring that the text of the deed accounts for, as it should do, the observance of the solicitor's obligations, as also happens with regard representation. Checking the legality of the ruling is the most important issue. Here, the discernment of legality by the Notary and the validation by the registrar should be dealt with separately, as they are distinct issues. Finally we conclude that we are not dealing with a duplicate function but rather with two concurrent functions at the service of judicial security.

KEY WORDS

REGISTRAR'S STATEMENT OF VALIDITY; PUBLIC DEED; REGISTRIBLE TITLE-DEED; NOTARY-REGISTRAR; LEGAL CAPACITY; LEGAL SECURITY.

EL PROBLEMA DE LA LLAMADA "DOBLE CALIFICACIÓN" REGISTRAL. NO EXISTEN DOS CALIFICACIONES SUPERPUESTAS

Roberto Blanquer Uberos
Notario Honorario

Sumario: 1. Una precisión terminológica. 2. A modo de introducción, una referencia de técnica jurídica. 3. La calificación del registrador, función de control y de redacción. 4. Referencia al registro de la propiedad y a la calificación del registrador en derechos europeos. 5. Exposición resumida del ordenamiento español. A) Calificación de las formas extrínsecas de la escritura pública. B) Calificación de la capacidad de los otorgantes. Capacidad natural según la escritura y según los asientos de resoluciones judiciales. La capacidad jurídica: (a) La calificación del negocio representativo. (b) La calificación de la legitimación dispositiva. 6. Especial referencia al control de la validez del acto dispositivo: A) introducción. B). El juicio de legalidad por el notario, llamado control notarial de legalidad. C). La calificación por el registrador de la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas. 7 A modo de conclusiones. Nota bibliográfica

1. UNA PRECISIÓN TERMINOLÓGICA

DOBLE, según el Diccionario de la Lengua: "dícese de **la cosa** que va acompañada de **otra** semejante y que juntas sirven para el mismo fin". De manera diferente, DUPLICAR significa "hacer doble **una cosa**". Conviene advertir que mientras en la palabra "doble" existen **dos cosas**, que son semejantes, una que acompaña y otra que va acompañada, y ambas sirven juntas para el mismo fin, en la palabra "duplicar" sólo existe **una cosa**, que se hace doble, de manera que ambas cosas, la inicial y la generada al

desdoblar, son iguales entre sí y sirven juntas o se acompañan.

CALIFICACIÓN, también según el D. de la L., es la acción o el resultado de "calificar"; y CALIFICAR, es un verbo transitivo que expresa la actividad de "Apreciar o determinar las calidades o circunstancias de una persona o cosa". Muy próximo está el sentido atribuido en el D de la RAE al sustantivo masculino "CONTROL", dice que significa "inspección, fiscalización, intervención"; y en el D de María Moliner tiene un primer significado de "inspección, observación, vigilancia". La acción de calificar recae sobre, o se refiere a, un objeto o

una conducta que son externos al que califica y el resultado de la calificación puede ser favorable o contrario a lo calificado; el control también se ejerce sobre un objeto o una conducta que por definición es externo a la actividad del controlador al que corresponde decidir acerca del resultado del control ejercido.

REGISTRAL, es palabra de uso frecuente que no aparece en el D. de la L.. Podemos entender que se trata de un adjetivo expresivo de la actividad del Registrador.

EL PROBLEMA planteado puede llegar a ser considerado ficticio y, en consecuencia, puede tener una solución aceptable mediante el análisis acerca de: a) si es posible la existencia real de una duplicidad de calificaciones, o de controles, que se solapan o superponen o b) de la realidad fáctica de la existencia de dos calificaciones, o dos controles, cada una de los cuales se produzca en un momento diferente y obedezca a finalidades que le sean específicas y estén diferenciadas, en sí y en sus efectos, de las que sean propias de la otra calificación o del otro control. Al estudio de este problema dedicaré mi atención, con una referencia final a una cuestión particular.

2. A MODO DE INTRODUCCIÓN, UNA REFERENCIA GENÉRICA DE TÉCNICA JURÍDICA

Se puede entender, tal y como se plantea el problema, que juzgo ficticio, que la “calificación registral” acompaña a, o va acompañada de, otra “calificación” previa (que sería la notarial) y que ambas sirven para el mismo fin. Pero en la realidad de las normas y de los acontecimientos, ocurre que cada una de estas calificaciones, o controles, tiene por objeto o materia la comprobación de determinadas calidades o circunstancias. Intentaré describir que ambas calificaciones, o ambos controles no se superponen y repiten, sino que se complementan. El tema de la “validez” merece es-

pecial atención, sin desdeñar la importancia de otras circunstancias objeto de calificación.

Como señaló algún autor (Sanz Fernández, 1955, 2ºT., 161), del sistema seguido por la RO de 24 de noviembre de 1874 y la LH de 1909, que sometía a la calificación del Registrador *la validez de las obligaciones*, produjo la existencia de una doble calificación: la del Notario autorizante del título y la del Registrador. Recientemente se ha negado la existencia de doble calificación; invocando que una vez producida la inscripción el derecho contenido en el título adquiere unos efectos que anteriormente no tenía (Gómez Gállego, 1997, 154). Esta argumentación no se ajusta a nuestro derecho; creo que los efectos de la inscripción no nacen de la calificación sino que tienen su raíz en la eficacia sustantiva que le atribuye la LH. Niego, como este autor pero con otro fundamento, la doble calificación; espero poder demostrarlo.

Al tratar de la “doble calificación” vemos cómo se hace, en realidad, referencia a dos cosas distintas, a cada una de dos calificaciones diferentes, la notarial y la registral. Siendo distintas, hay una coincidencia entre ellas, al referirse ambas a unas mismas cualidades jurídicas y servir para un mismo fin: la eficacia de la publicidad sustantiva del Registro en su cualidad de instrumento para lograr la seguridad jurídica del tráfico —de la adquisición y del crédito—, de la que nace la seguridad de ejercicio. Pero son distintas al presentar diferencias sustanciales, no obstante estar ambas al servicio de la seguridad jurídica; sus diferencias que se aprecian fácilmente valorando el momento de su producción: la una, la notarial, en el momento de la efectiva realidad del tráfico, en el de la realización de las transacciones con significado económico y patrimonial de presente, y la otra, la registral, en el momento de decidir acerca de la publicación de la mutación jurídica inmobiliaria ya producida a consecuencia de la transacción ya realizada.

Al servir, o estar destinadas, las dos distintas calificaciones a la obtención de un mismo resultado final, a la seguridad jurídica de las transacciones y de su resultado, una y otra se

complementan. Pero a consecuencia de producirse cada calificación en el momento oportuno y en el ámbito que le es propio, tiene cada una su peculiar significado que determina su diferente singularidad. Las notas de individualidad de cada una impide que entre ambas nazca solapamiento determinante de una duplicidad.

Puesto que el planteamiento del tema de debate toma en consideración a la “calificación registral” como “doble” respecto de la notarial, comenzaré con la exposición de mi punto de vista acerca de la función y del alcance de la calificación a cargo del Registrador. Luego comentaré lo que afecta a la actividad del Notario acerca del “acto o contrato que autoriza”, que es el “acto o contrato en que consiste el otorgamiento”.

3. LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR, FUNCIÓN DE CONTROL Y DE REDACCIÓN

I.— Según el maestro Roca Sastre, el principio de legalidad es el que impone que los títulos que pretendan su inscripción en el Registro de la propiedad sean sometidos a un *previo examen, verificación o calificación*, a fin de que en los libros hipotecarios solamente tengan acceso los títulos válidos y perfectos. En nuestro sistema los asientos practicados en el Registro se presumen o reputan exactos y concordantes con la realidad jurídica; es lógica la existencia de un previo trámite depurador de la titulación presentada. De lo contrario los asientos sólo servirían para engañar, favorecer el tráfico ilícito y provocar nuevos conflictos. Según la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, “el Registro debe contener las obligaciones que produzcan derechos reales cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquellos a que las leyes niegan fuerza coactiva”. Se considera criticable, añade, la dualidad que resulta de la apreciación jurídica de un mismo acto por el Notario y el Registrador, y que podría evitarse distinguiendo en los títulos inscribibles el ne-

gocio obligatorio y el negocio de disposición. (Roca Sastre, T 2., 6ª ed., 1968, 239, y ss.). Me atrevo a comentar que en nuestro ordenamiento cabe la distinción entre el contrato celebrado con finalidad traslativa (para que sirva de título a un modo traslativo), según su tipo, y la tradición, o entrega, que no es un negocio autónomo o abstracto de disposición, ya que se configura como un acto voluntario realizado con la finalidad de cumplir la obligación contraída en aquel contrato y de consumir el efecto traslativo; cuya distinción no excusa la necesidad de la existencia de vínculo causal entre el contrato con finalidad traslativa y la tradición mediante la que se consuma la transmisión (cfr. art. 609 C C).

La función de la calificación del Registrador se manifiesta con claro sentido cuando tiene por objeto el control de un obrar jurídico cuyo acceso al Registro se pretende para obtener la seguridad jurídica que la publicidad registral proporciona a la actividad jurídica controlada; cuya seguridad se añade a la que debe concurrir en el acto o acción de obrar jurídico, justificativo de la inscripción, a consecuencia de las notas características que son propias de su formación y de su formalización. Pero la función calificadora no concluye cuando el Registrador adopta una decisión referente al ingreso del acto en los libros del Registro; pues cuando fuese favorable debe proceder, además, a calificar aquella parte del contenido del título que, por tener trascendencia real, debe constar en el asiento, o en la inscripción, fijando “como un copista aquello que del documento debe ser trasladado a los libros con arreglo a las prescripciones legales” (así, Lacruz Berdejo, 2ª ed., 1957, 143). Así resulta de lo dispuesto en el art. 9. 2ª LH: “La inscripción expresará las circunstancias siguientes: 2ª. La naturaleza, extensión y condiciones suspensivas o resolutorias, si las hubiere, el derecho que se inscriba, y su valor, cuando constare en el título”. Una vez concluida la función calificadora el Registrador practicará la inscripción, en la que “el funcionario nada declara por sí, y se limita a trasladar lo que otros declararon” (Lacruz Berdejo, 2ª ed., 1957, 144). La inscrip-

ción (el acta de inscripción) es un documento que tiene valor probatorio variado; es prueba del título inscrito (art. 9, in fine, LH), prueba de segundo grado del título inscrito (cfr. art. 1222 CC y dos últimos párrafos del art. 1221 CC), el cual tiene valor probatorio de primer grado. En otra esfera jurídica el contenido de la inscripción, el texto expresado en su redacción, es prueba de primer grado de la materia publicada por el Registro; cuya materia es el contenido registral que, por la eficacia de la inscripción, presta amparo a la adquisición realizada y asegura el derecho adquirido (arts 32, 34, 37 y 38 LH) (Lacruz Berdejo, 2ª ed., 1957, 144 y 145). El Registro de la propiedad es un Registro de derechos, pero el título inscrito es el germen, la condición, límite y causa del modo, por tanto del derecho publicado por su inscripción; el derecho real es un pago o cumplimiento de una obligación de dar —traditio respecto de la compraventa—. (Núñez Lagos —Rafael— 1949-250, 145).

Es necesario que se logre el efectivo conocimiento (por vía de la facilidad de su publicación o de su publicación, hoy favorecida la inmediatez por medios electrónicos) de la inscripción vigente en la hoja o folio de un inmueble para que, “como dice Don Jerónimo González, puedan alcanzarse los fines jurídicos y sociales que la fe pública del Registro persigue” (Lacruz Berdejo, 2ª ed., 1957, 368) en beneficio de la seguridad del tráfico. El adquirente de un bien inmueble, o de un derecho sobre él o de un crédito con garantía sobre él, sólo habrá realizado una adquisición segura cuando pueda contar con que nadie ha de perturbarle en su derecho. Para ello tendrá que saber con toda certeza que quien le ha transmitido la cosa, o ha constituido el derecho o la garantía real sobre ella, era propietario de la cosa, y podía disponer de ella (Díez-Picazo y Ponce de León, III, 4ª ed., 1993, 294). No puedo detenerme en comentar la necesaria delimitación del contenido del Registro a las cláusulas de trascendencia real contenidas en el título inscrito; en la facilitación de la publicidad divulgativa de los asientos del Registro y en la conveniencia de evitar la expresión en

el asiento de datos extraños a la identificación del derecho real obrante en el asiento; tampoco en valorar, en relación con todo ello, que “el Registro de la Propiedad será público para los que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales anotados o inscritos” (art. 607 CC), y la eficacia que debe tener esta publicidad formal en relación con las necesidades del tráfico moderno.

El presunto, o pretendiente, adquirente debe poder solicitar y obtener, personalmente o por medio del Notario encargado al efecto, información del contenido de la inscripción que esté vigente, o de las inscripciones vigentes, en el folio del inmueble, o en los libros de incapacitados, pues dicho contenido configurará, en virtud de la fe pública registral, a efectos de la inscripción en el Registro y frente a otros terceros, ya inscritos o que después puedan pretender la inscripción de su título, la extensión de la adquisición realizada por aquél, en tanto que la firmeza de esta adquisición resultará de haberla realizado con la buena fe que resulte de su convicción en la exactitud del contenido registral o de su ignorancia inexcusable de la inexactitud de lo publicado.

II.— El Registro de la propiedad es un organismo establecido por nuestro legislador a fin de conciliar, en cuanto al patrimonio inmueble de una persona, tanto la seguridad de los derechos ya adquiridos como la seguridad de su obrar jurídico consistente en la adquisición de bienes inmuebles o de derechos reales sobre ellos; a esta última se llama seguridad del tráfico, y comprende la seguridad del comercio y la seguridad del crédito. (Lacruz Berdejo, 2ª ed., 1957, 1 y 2).

Acerca de la función encomendada al Registro de la Propiedad puede decirse con exactitud que “los efectos protectores del Registro provienen de una realidad compleja y unitaria: el título inscrito” (Martínez Sanchíz, 2000, 137)

La primera función, en sentido cronológico, propia del Registro al servicio de la seguridad del tráfico es la de proporcionar al adquirente

rente de un derecho o de una facultad sobre un inmueble inscrito la firmeza de su adquisición, ya realizada en el obrar jurídico entre las partes; la segunda función, en el tiempo, es la de proporcionar al adquirente cuyo derecho o facultad ya adquirido tuvo acceso al Registro la seguridad en el goce y en el ejercicio de su derecho, incluido el de las facultades de disposición de éste. El obrar jurídico precisa que le sea dispensada, en el tiempo de su realización, su propia seguridad, que es el punto de partida y de apoyo adecuado para proporcionar la seguridad en el tráfico y en el crédito, a la que sigue la obtención de la seguridad en el disfrute de los derechos adquiridos cuyo título haya sido inscrito.

En la realización de la función que procura la seguridad en el tráfico puede, y debe, prestarse atención a dos momentos diferentes de realización sucesiva. El primer momento consiste en la posibilidad, reconocida a quien proyecte adquirir un derecho o una garantía real, de obtener información acerca de la situación jurídica del inmueble a que se refiera la posible adquisición, de la situación que aparezca publicada en el asiento vigente, o en los asientos vigentes, del folio registral abierto al inmueble de que se trate. El segundo momento ocurre cuando el título, ya nacido en el ámbito del tráfico, es presentado en el Registro y, pedida su inscripción, se califica para decidir si procede, o no, su inscripción y, si procede su inscripción, para decidir la redacción del asiento correspondiente. El contenido registral, que resulte de la redacción del asiento, goza de presunción de veracidad y se considera una publicación exacta de la realidad extra registral, y presenta o expresa la legitimación —presunta en términos generales y efectiva a los efectos inmediatos nacidos de la inscripción— de quien resulte titular, y ampara la firmeza de la adquisición realizada, siempre que haya sido dispuesta por el titular registral y aceptada por el adquirente confiando, de buena fe, en la exactitud de la publicada titularidad de aquél.

El funcionamiento del Registro, concebido como organismo para proporcionar seguridad jurídica, presenta una estructura particular:

primero recibe el título, nacido en el tráfico; luego, en virtud de calificación favorable, lo representa en el texto de una acta de inscripción en la que se identifica “el derecho que se inscriba” “conforme con lo que resulte del título” (art. 9 2ª LH); y finalmente se ofrece mediante la publicidad formal, o la divulgación en la forma establecida, a cualquier interesado como posible adquirente, la obtención de información del contenido registral; el cual le proporcionará seguridad jurídica si procediese de buena fe por confiar en él y desconocer inexcusablemente la inexactitud del Registro, cuando la hubiese podido y debido conocer (cfr. arts. 34 y 36 LH). El funcionamiento del Registro sugiere la figura de una circunferencia incompleta, que estuviese abierta en un punto al tráfico, para dar entrada a la realidad jurídica de lo ocurrido en el tráfico y a su inseparable trascendencia patrimonial.

4. REFERENCIA AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y A LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR EN DERECHOS EUROPEOS

Conviene realizar una excursión por algunos sistemas continentales europeos. Nos basta contemplar las líneas generales de los sistemas más significativos.

Comento primeramente el sistema que puede denominarse francés, o de oponibilidad, carácter sustantivo más significativo que la transcripción como forma de la toma de razón. En este ordenamiento la transmisión de los inmuebles y la constitución de los derechos reales inmobiliarios se produce a consecuencia del mero consentimiento contractual (“solo consensu”) entre vendedor y comprador. La venta de la cosa de otro es nula; puede dar lugar al resarcimiento de daños y perjuicios cuando el comprador ha ignorado que la cosa fuera de otro y deba soportar que la reclamación del *verus dominus* tenga éxito. Una vez producida la mutación inmobiliaria tiene acceso al Regis-

tro de la propiedad, más propiamente según la terminología francesa: al “bureau des hypothèques” (que funciona en dependencia del Ministerio de Economía y Finanzas) a cargo de un “conservateur des hypothèques” (que es un funcionario público nombrado por la Administración de Finanzas, de la que depende en el ejercicio de su función). El “bureau” se lleva por sistema de fichas, que presentan la situación jurídica actual de cada inmueble; y la modificación de la situación jurídica de un inmueble, una vez publicada en el “bureau” dará lugar a una mutación catastral (pues existe una íntima conexión entre ambas instituciones). La inscripción en el “bureau” es necesaria para que los privilegios y las hipotecas produzcan efecto entre acreedores y frente a adquirentes posteriores; y es obligatoria para los demás derechos sobre un inmueble, distintos que los privilegios y las hipotecas: los documentos auténticos y las decisiones judiciales sujetos a publicidad que hayan incumplido esta obligación y no hayan sido publicados (inscritos) no son oponibles a los terceros que, sobre el mismo inmueble, hayan adquirido, del mismo causante derechos concurrentes en virtud de documento notarial o de decisión judicial sujetos a la misma obligación de publicidad y que hayan sido publicados (inscritos). De manera plenamente coherente con el sistema, el conservador de hipotecas (el Registrador) debe realizar una labor de control acerca: i) de la forma del documento (sea notarial o judicial) —referida a las formalidades que acrediten su autenticidad y a la exactitud, a la regularidad de los términos o expresiones empleados y a su adecuación para la publicidad inmobiliaria—; y ii) de que el contrato tiene como causante, transmitente o constituyente, al sujeto que aparece en el “bureau” como propietario. El documento referente a un privilegio o a una hipoteca debe reunir las cualidades y requisitos “sustantivos o estructurales” establecidos para su acceso al registro, a cuyo extremo se extiende también la labor de control del “conservateur”. Pero a éste no le corresponde juzgar acerca de la validez de fondo de los documentos presentados, materia sometida a la decisión de los tribunales ante

los que se plantee la oponibilidad de un documento inscrito frente a uno no inscrito.

En el sistema que puede denominarse alemán (o de inscripción constitutiva) las cosas ocurren de manera diferente, podríamos decir que opuesta. La transmisión de la propiedad inmueble y el establecimiento de los derechos reales inmobiliarios se producen a consecuencia de la práctica de la operación, o del asiento, registral que resulte procedente: la inscripción en el Registro es requisito necesario y por sí solo suficiente para la producción de la mutación inmobiliaria; la inscripción es constitutiva del efecto jurídico. La mutación inmobiliaria se produce mediante la extensión en el Registro inmobiliario del asiento correspondiente; las partes interesadas en la mutación (el transmitente o constituyente y el adquirente) deben formular una declaración de voluntad, empleando forma pública y auténtica, dirigida a la consecución de la mutación inmobiliaria mediante obtener la práctica de la operación registral adecuada; cuya declaración aparece desconectada de la operación contractual previa; la relación causal entre ésta, que tiene claro significado como precedente patrimonial y económico, y el efecto inmobiliario que justifica, se abstrae. En la doctrina se han estudiado los problemas y dificultades planteados por las exigencias de la justificación de los efectos jurídicos y del realismo en el tráfico patrimonial a consecuencia de la desconexión causal. En la práctica de los negocios ha sido la previsión notarial la que ha procurado reducir los riesgos nacidos de la abstracción causal bien mediante la solicitud por el Notario, al que se hubiese encomendado la gestión de la operación patrimonial y jurídica, de la anotación de reserva de rango en el Registro a favor de la mutación proyectada subsiguiente al contrato, o bien coordinando el pago del precio con la seguridad proporcionada por la reserva conseguida o con la práctica del asiento registral a favor del adquirente. Es frecuente que en un mismo documento notarial se formalice el contrato obligatorio previo y el negocio dispositivo abstracto. En Alemania el registro inmobiliario, en el que se produce la mutación inmobiliaria,

forma parte del Registro Civil de Primera Instancia y está a cargo de un funcionario judicial de tercer nivel. El control que el encargado del Registro debe realizar del documento presentado para su inscripción se limita al examen formal de la escritura notarial y de la suficiencia y adecuación de las declaraciones que contuviese para la práctica del asiento registral pretendido (me refiero al tráfico pacífico en la normalidad del derecho sin entrar en la toma de razón de los documentos judiciales); la calificación no puede referirse a ninguno de los aspectos del negocio causal (en sentido jurídico o patrimonial), ni mucho menos a su legalidad; es una consecuencia natural de su desconexión causal con el negocio dispositivo y abstracto dirigido a provocar la operación registral y, mediante ésta, la mutación inmobiliaria.

Es intermedio, en cierto modo, el sistema adoptado por el derecho holandés. En él tiene carácter constitutivo el binomio formado por el contrato y la inscripción. La inscripción del contrato en el Registro es necesaria para que se produzca la mutación inmobiliaria; pero la inscripción por sí sola no es suficiente. Resulta necesaria para la transmisión de la propiedad inmobiliaria la llamada “entrega jurídica de la propiedad”, cuya figura se consume mediante: a) el otorgamiento de una escritura notarial y b) su inscripción en el Registro. El elemento causal se sitúa en la escritura notarial (en la que además se formalice o en la que se otorgue el contrato causal) y la consumación del efecto traslativo causalizado en la inscripción de la escritura en el Registro. La Ley ha encomendado al Notario, sancionando una práctica notarial, la gestión adecuada para obtener la inscripción y para, una vez obtenida, pagar al transmitente el precio de la venta que el comprador dejó depositado en su poder al otorgar bajo su fe el contrato causal. En Holanda la oficina del Registro inmobiliario es una dependencia del Servicio del Catastro y los Registros Públicos; está gerenciada, o dirigida, por un empleado de dicho Servicio, que depende del Ministerio de Vivienda, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente. El responsable del Registro inmobiliario debe examinar los documentos

presentados para su inscripción en cuya labor observará el llamado principio de pasividad: conforme al cual el encargado del Registro inmobiliario se limita a comprobar que el documento (que debe ser un documento notarial en el que se formalice la “entrega jurídica”) reúne los requisitos formales y que el contenido del Registro no se opone a su recepción; añadiéndose de modo expreso que el encargado no tiene competencia para comprobar la exactitud o legalidad de los hechos mencionados en los documentos que les son presentados. Conviene advertir que entre los requisitos formales que debe reunir el documento se encuentra la constancia de los datos y extremos que deben consignarse en el asiento de inscripción, según la naturaleza y la sustancia del contrato formalizado.

Resulta imprescindible relacionar la extensión de la función de control, o de la calificación, atribuida al encargado del Registro de la propiedad en cada ordenamiento con una triple referencia: i) con el sistema de la transmisión de la propiedad inmueble y del establecimiento de los derechos reales inmobiliarios, ii) el título que motiva la operación registral, nacida de un negocio entre privados, es siempre una escritura pública notarial y iii) con los efectos sustantivos derivados de la práctica de la inscripción registral. El tráfico necesita que el Registro proporcione un servicio de llegada (publicidad sustantiva para la seguridad de los derechos y del resultado del tráfico realizado) y, con tanta o mayor intensidad, un servicio de salida (publicidad formal, que proporcione los datos que permitan la segura celebración en el tráfico patrimonial y jurídico de los actos y contratos que persigan una mutación jurídico inmobiliaria).

No entro con detalle en el papel que corresponde al Registro como instrumento divulgativo (publicidad formal) de la situación registrada (publicidad sustantiva) de la propiedad, de los derechos reales, de los privilegios y de las garantías hipotecarias; si bien resulta imprescindible destacar su importancia. El acceso al Registro del título inscribible, en sentido formal (documental) y material (acto o contrato

documentado), proporciona a su contenido, —a las situaciones y posiciones jurídicas que presenta—, una firmeza que significa seguridad jurídica. Aparte de ello, en el momento de negociar, de proceder la formación y a la celebración de los actos y de los contratos dirigidos a la producción de una mutación inmobiliaria los sujetos partícipes en el tráfico necesitan la previa obtención, mediante información diligente, precisa y concreta, de aquellos datos adecuados y precisos que les permitan confiar en el buen fin de sus negociaciones; y es el Registro inmobiliario la fuente de la que pueden obtener antecedentes “seguros”, dotados de presunción de veracidad y de validez, y noticia de la situación actual que consta inscrita, sobre cuyos datos apoyar los contratos proyectados de manera que su buen fin patrimonial y jurídico sea sólidamente esperable.

En el sistema francés la toma de razón en el “Bureau” publica quién es el sujeto propietario y, en su caso, las condiciones de su propiedad, o quién es el titular de un privilegio o de una hipoteca (definidos por las notas de constancia necesaria) o de un derecho sobre inmuebles distintos del privilegio o de la hipoteca (definidos según su tipo y los pactos de su establecimiento), los cuales gozan de una situación que es oponible en los términos que se explicaron. Con independencia de la técnica de la toma de razón (trascrición del título o su depósito con constancia en ficha) la información que suministra el Registro a “interesados legítimos”, para la adecuada composición de sus actos y contratos, se concreta a la identidad del titular de la propiedad y, en su caso, a las particulares circunstancias de ésta, a la identidad de los titulares de los derechos, y de los privilegios e hipotecas y a las notas de estos; pero sin comprender otros extremos del título trascrito o depositado.

La situación resulta notablemente simplificada en el sistema alemán. Al carácter abstracto del documento auténtico que motiva el nuevo asiento y la mutación inmobiliaria debe añadirse la objetividad que preside la enumeración, si procediese, de las notas diferenciadoras del tipo de propiedad de que se trate y la

tipificación legal de los posibles derechos reales en cosa ajena, sin perjuicio de la existencia de elementos singulares en los casos particulares y de los que necesariamente deben acompañar a la hipoteca. Cuando alguien que vaya a celebrar una operación negocial inmobiliaria (un contrato obligatorio seguido por, o vinculado a, un contrato abstracto dispositivo) solicite información expresiva de la situación sustantiva del bien, publicada en el Registro, la recibirá completa y veraz, pero exclusivamente referida, según los datos jurídico-reales que constan en el Registro, a los aspectos jurídicos del inmueble, de su titularidad y de los derechos inmobiliarios que lo gravan.

No resulta sencilla la exposición de lo que ocurre en el derecho holandés. El Registro publica la “entrega jurídica de la propiedad”; la inscripción (constitutiva de la transmisión, incluso entre partes) se produce por la presentación de la escritura notarial mediante la que se otorgue dicha entrega; pero el asiento registral se concreta a la “entrega”. Similar tratamiento se da al caso de constitución de un derecho real, típico, o de una garantía hipotecaria, con las menciones imprescindibles. Las relaciones obligatorias quedan ajenas a la “entrega”. Por todo ello, la información que el Registro debe facilitar a los interesados, que proyecten una operación patrimonial inmobiliaria, quedará concretada a los extremos que consten en el Registro, que no trascienden de la esfera inmobiliaria por lo que no comprenden la relación obligatoria nacida del contrato causal.

5. EXPOSICIÓN RESUMIDA DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

La mutación jurídica inmobiliaria, la transmisión de la propiedad o el establecimiento de derechos reales de gravamen, se producen extra-registralmente, fuera del Registro y con independencia de su inscripción; salvo en el caso de la hipoteca en el que la inscripción es obligatoria, o constitutiva, para la sujeción del bien a la seguridad del derecho de un acreedor y del privilegio de éste para ser pagado por

el orden resultante del rango registral en todo caso de realización o ejecución del bien hipotecado, incluso en un procedimiento concursal. En los tres sistemas europeos aludidos la intervención del Registro en la mutación inmobiliaria (sea para publicar la ya consumada —sistema francés—, sea para su producción mediante su publicación —sistema alemán—, sea para completar su producción y publicarla —sistema holandés—) se verifica en virtud de un documento auténtico, que cuando procede del tráfico entre privados es una escritura notarial. Igual ocurre en nuestro ordenamiento, las nutaciones inmobiliarias, los títulos materiales o sustantivos que las causen en el tráfico extrajudicial, sólo podrán ser inscritos cuando estén consignados en escritura pública, documento auténtico que presenta o formaliza al contrato causal de finalidad traslativa o constitutiva. No debemos ocuparnos de lo establecido, para casos ajenos al tráfico entre privados en la normalidad y sin conflicto, como es el caso de la ejecutoria (testimonio de sentencia condenatoria), o del documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos.

La presentación de la escritura pública es el momento que provoca el inicio de la actividad del Registrador; actividad denominada procedimiento de inscripción. Tiene singular relieve para el tema que nos ocupa el ejercicio de la función de control (la calificación) de las escrituras públicas presentadas. El Registrador controla la escritura presentada en su condición de funcionario a cuyo cargo está el funcionamiento del Registro de la propiedad. Este es una oficina pública que depende del Ministerio de Justicia a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado; cada Registrador forma parte de un cuerpo de juristas de reconocida capacidad. La función de calificación tiene, al menos, dos facetas: el control del título que haya sido presentado, en su aspecto formal y en el material, y la selección de aquella parte de su contenido que deba tener acceso al Registro y deba quedar integrado en el texto del asiento de inscripción (cfr. art. 9. 2.ª, 4.ª

y 6.ª LH), redactado de conformidad con el título presentado (art. 9. párrafo final LH).

El alcance, o la extensión, de la calificación, en su calidad de control sobre el título cuya inscripción se pretenda, está fijado en la LH en unos términos acerca de los que es conveniente una interpretación aclarativa.

A) Son objeto o materia de la calificación “las formas extrínsecas de la escritura pública en cuya virtud se solicite la inscripción”. Ha sido detenidamente estudiada la materia referente a las formas extrínsecas que debe reunir un documento que aparentemente sea una escritura notarial para serlo realmente y merecer el tratamiento correspondiente a un documento público (cfr. arts. 1216 y 1217 CC y la legislación notarial). No creo que quepa la posibilidad de una doble calificación. La conducta que ha de realizar el Notario en el ejercicio de su función comprende el cumplimiento de las formalidades establecidas; tiene una faceta “fáctica” y otra “presentativa”: en la primera se sitúan los hechos y los juicios del Notario y los hechos de los comparecientes, que deben ocurrir con ocasión de la realización del “acto del otorgamiento” (que podrían denominarse “formalidades extrínsecas” e incluyen lo referente a la redacción y confección material de la escritura), y en la segunda lo referente a la redacción expresiva, para unos representativa y para otros presentativa, del “acto en que consiste el otorgamiento”, cuyo acto realizado por los comparecientes, consiste en la prestación del consentimiento o el otorgamiento negocial (llamadas “formalidades intrínsecas”); unas y otras formalidades ajustadas a “las solemnidades requeridas por la ley”. El control que debe ejercer el Registrador sobre las llamadas “formas extrínsecas”, consiste en comprobar que la redacción del documento exprese, o acredite, el cumplimiento en el “acto de su otorgamiento” de las solemnidades requeridas por la ley y por la legislación notarial, cuyo cumplimiento determina que el documento sea escritura pública notarial y que valga como título formal de la inscripción solicitada. El control de las que podemos llamar “formas intrínsecas” consiste en la “calificación de la validez de los actos

dispositivos”, de la que nos ocuparemos más adelante.

B) “La capacidad de los otorgantes” también es objeto de calificación por el Registrador. Se comprenden varios supuestos en la expresión genérica “la capacidad de los otorgantes”.

El primer supuesto comprende la calificación de la “capacidad natural de los otorgantes”, de la aptitud para prestar o manifestar consentimiento, por lo que resulte de las escrituras públicas. Esta calificación no significa que el Registrador realice un control directo de la capacidad, sino que, de modo indirecto, lo ejerce por lo que resulte de las escrituras públicas, en la que el notario al dar fe conforme a las leyes debe valorar y enjuiciar la capacidad y la identidad de los comparecientes para otorgar el acto o contrato en que consiste el otorgamiento (arts. 1 y 23 LN). Debe entenderse que la calificación registral propiamente tiene por objeto el control de la constancia en la escritura de la manifestación hecha por el Notario de que a su juicio “los otorgantes tienen la capacidad natural para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiere”, cuya mención también es un requisito de forma extrínseca de la escritura, (cfr. art. 17 bis. 2. a) LN, en el que dice que “el notario deberá dar fe... de que tienen capacidad”, aunque esta impropia expresión impone al Notario el deber de formar y de narrar en el documento un juicio o una opinión que debe estar bien fundada). En esta calificación no concurren las notas de un control directo porque el Registrador no asiste al “acto del otorgamiento” y carece de datos presenciales o inmediatos que le permitan valorar personal y directamente la capacidad de quienes declaran o manifiestan voluntad en la perfección del “acto negocial en que consiste el otorgamiento”. El Registrador deberá calificar que en el texto documental de la escritura conste que el Notario da fe, o emite su juicio, acerca de la suficiente capacidad natural de los otorgantes. No hay dualidad o superposición de calificaciones; cada una se produce en un momento y con un significado propio y diverso del de la otra.

En segundo lugar, el control de “la capacidad natural de los otorgantes” puede ejercerse, además de por lo que resulte de la escritura, también por lo que resulte de los asientos del Registro en los que consten resoluciones judiciales “por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes”. El uso por el Registrador de los asientos del Registro para calificar es procedente tanto en la hipótesis de que dichas resoluciones hayan sido conocidas y valoradas por el Notario, que en consecuencia haya reseñado en la escritura el resultado de su calificación y su juicio de capacidad a la vista del testimonio de dichas resoluciones (sin excluir la posibilidad de que el resultado de la calificación y juicio del Registrador, vistos los asientos del registro, no coincida con el del Notario), como en el caso de que tales calificaciones judiciales no hubiesen sido conocidas por el Notario, al que se le hubiesen ocultado por cualquier causa o motivo.

Aparece un tercer sentido del juicio acerca de la “capacidad de los otorgantes” cuando se valora su capacidad jurídica, su legitimación adecuada para disponer o convenir el “acto o contrato en que consiste el otorgamiento” con eficacia respecto de su objeto; este sentido se desdobra en diversos casos: uno, cuando se trata de calificar o valorar la suficiencia de la facultad dispositiva nacida de la titularidad propia del otorgante sobre la materia que sea objeto del “acto dispositivo contenido en la escritura pública” (lo que nos conduce al tema de su *validez* —o más propiamente, de su idoneidad o eficacia para la práctica de la mutación jurídica pretendida y para obtener la inscripción solicitada—), y otro, cuando se califica la suficiencia de las facultades dispositivas que hayan sido atribuidas a un compareciente para contratar en nombre ajeno, a un representante —voluntario u orgánico—, lo que nos lleva a la esfera de la “capacidad del otorgante”, entendida como aptitud o cualidad para que el acto o contrato representativo en el que participe pueda producir sus naturales efectos.

Los dos casos comprendidos en este tercer sentido del juicio de capacidad, la legitimación

dispositiva, merecen tratamiento separado y propio.

(a) Comencemos por estudiar al negocio representativo, en particular desde la perspectiva que nos ocupa, y al juicio de suficiencia de los poderes de representación; se trata de un caso singular de calificación de la capacidad o de la legitimación del otorgante. El caso del apoderado, sea voluntario o sea orgánico, puede considerarse que es el de un sujeto legitimado por las facultades de representación.

El contrato celebrado a nombre de otro, el contrato representativo, adquiere completa eficacia y vincula al representado por la existencia de representación adecuada y suficiente.

Cuando la celebración de un contrato representativo sea el “hecho en que consiste el otorgamiento de una escritura notarial” el Notario, al dar fe “conforme a las leyes”, expresará (deberá expresar) en el texto de la escritura su juicio acerca de la suficiencia de las facultades de representación que se le hayan acreditado, e insertará en dicho texto una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada (cfr. art. 98 Ley 24/2001, de 27 de diciembre). Es evidente que el Notario, para realizar en el texto de la escritura tanto la “expresión” como la “reseña” indicadas, deberá estudiar, analizar o calificar la autenticidad del documento que le haya sido aportado y deberá formar su opinión o juicio, fundado en derecho, de la suficiencia de las facultades representativas que resulten acreditadas por el documento auténtico aportado para el otorgamiento del acto o contrato representativo de que se trate. Es oportuno comentar acerca de la posible conducta del Notario al que se proponga la autorización de un contrato representativo, sin acreditársele representación suficiente, ya que debe conducirse conforme a las leyes.

Cuando un compareciente alegase una representación que no pudiese acreditar o cuando la acreditada no fuese considerada suficiente por el Notario, éste advertirá de la imposibilidad de emitir juicio de suficiencia de la representación o del apoderamiento y de la de

autorizar una escritura completa (al no poder cumplir los imperativos legales: “insertará” y “reseñará”) en cuanto a las formalidades que deben concurrir en su redacción, por lo que el contrato que documente la escritura incompleta carecerá de su propia y plena eficacia, será un contrato claudicante y relativamente ineficaz de presente (cfr. art. 1259 CC); de lo cual resulta la posibilidad de que las partes comparecientes decidan proceder al otorgamiento del contrato representativo claudicante, por carecer de representación, y para ello acepten y declaren, y así se haga constar de manera en el texto de la escritura, que su eficacia representativa quede subordinada a que se acredite la representación en un momento posterior o a que después del otorgamiento del acto o contrato “escriturado” (representativo incompleto) se ratifique por el “representado”, dotándolo de eficacia representativa antes de que la otra parte contratante lo revoque dejándolo nulo.

Al igual que ocurre con la “capacidad de los otorgantes”, en cuyo caso la calificación del Registrador no recae sobre la “capacidad” en sí sino sobre el juicio que acerca de ella haya formado el Notario y sobre la manifestación (dación de fe) de dicho juicio hecha al redactar la escritura sujeta a calificación, en el caso de la “suficiencia de la representación alegada” la calificación registral no tendrá por objeto dicha suficiencia en sí misma considerada sino que recaerá sobre la adecuada narración en la escritura de la reseña identificativa del documento auténtico aportado al Notario para acreditar la representación alegada y del juicio formado por éste acerca de la suficiencia de las facultades representativas alegadas para el otorgamiento del acto o contrato representativo (art. 98. 2, segunda frase, Ley 24/2001)

Cuando en el texto de la escritura, por acuerdo de los comparecientes que confían en poder aportar después la prueba de la representación o en que se produzca la ratificación, no se hubiese narrado ni la reseña identificativa del documento auténtico que acreditase la representación ni el juicio de suficiencia de la representación alegada, el contrato presentado en la escritura aparece, valorado en lo sustan-

tivo, como claudicante y carente de las cualidades propias del título idóneo para causar un asiento de inscripción. El Registrador, a falta de prueba de la representación o de ratificación, no podrá practicar la inscripción, tanto por causa de la ineficacia sustantiva de presente del acto o contrato representativo como por la imposibilidad de extender el asiento de inscripción, según las normas del procedimiento que debe seguir el Registrador para practicarlos (cfr. arts. 20 y 9. 4ª LH).

No existe en este caso una dualidad de calificaciones que recaigan sobre una misma cosa; aparece adaptada cada una de ellas a las circunstancias particulares del momento diferente en el que se produce: una en el momento del “acto de la autorización y del otorgamiento” de la escritura que formalice o presente el “hecho en que consiste el otorgamiento” o sea el “contrato representativo” y la otra en el momento de la calificación de dicha escritura para controlar su idoneidad al efecto de servir como título para la práctica de un asiento de una inscripción en el Registro.

(b) El caso del que vamos a ocuparnos se refiere a aquellos derechos en los que las facultades dispositivas de su titular resultan afectadas, excluidas o limitadas, por consecuencia de la propia naturaleza del derecho que ostente, del régimen jurídico al que esté sujeto o de algunas reglas particulares establecidas en el título de su constitución.

Se trata de estudiar la calificación por el Registrador de un “acto dispositivo” que hubiese sido consentido u otorgado por un titular cuando de su propio derecho, según la inscripción correspondiente, resulte la exclusión o la limitación de las facultades dispositivas que normalmente corresponden al titular de un derecho de ese tipo o de esa especie. El notario deberá (futuro imperativo) haber dado fe de que a su juicio los otorgantes tienen legitimación (art. 17 bis. 2. a) LN). Puede suceder que el notario manifieste que el cumplimiento del mandato legal le es imposible y que no puede dar fe conforme a las leyes del contrato pretendido si fuese celebrado pura y simplemente, ya que resultaría ineficaz o no podría acceder al

Registro; en cuyo caso las partes podrían modalizar al contrato sujetándolo a aplazamiento o a condiciones adecuadas para su inmediata, aunque parcial, eficacia.

Dando por descontado que en la inscripción que publique el derecho ostentado por el “disponente” consten su naturaleza y su extensión, y por tanto las limitaciones que afectan a las facultades dispositivas de su titular, el Registrador calificará el “acto dispositivo” que se pretenda inscribir, en cuanto a la práctica de la inscripción, por lo que resulte de la escritura presentada y de los asientos en los que conste la inscripción en el Registro del derecho. Este caso no cabe en el supuesto de la calificación de capacidad, y nos introduce en el tema de la calificación, o el juicio, por el Registrador acerca de “la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas”.

Conviene analizar con cierto detenimiento el alcance de esta calificación de “validez”.

6. ESPECIAL REFERENCIA AL CONTROL DE LA “VALIDEZ” DEL ACTO DISPOSITIVO

A) INTRODUCCIÓN

La “validez”.— La palabra “validez” significa, según el Diccionario de la Lengua, de la RAE, “calidad de válido”. Y “válido”, según dicho Diccionario, es un adjetivo aplicable a lo “firme, subsistente y que vale o debe valer legalmente”. “Valer”, según el repetido Diccionario, es un verbo transitivo que expresa: “amparar, proteger, patrocinar”, o “redituar, fructificar o producir”, o “ser de naturaleza, o tener alguna calidad, que merezca aprecio y estimación”, o “ser una cosa de importancia o utilidad para la consecución o el logro de otra”. En su Diccionario del uso del Español, María Moliner, atribuye a “válido” (aplicado a compromisos, documentos en que constan, garantías, firmas, etc.) sentido de “con validez o capacidad para producir su efecto”. En el lenguaje jurídico “validez” se contrapone a “nulidad”; y “válido” se aplica al acto o con-

trato completo o idóneo para que su existencia sea reconocida o para que produzca los efectos propios de su tipo. No voy a intentar introducirme en la complicada teoría de la eficacia o ineficacia en general, en la que se estudian los problemas de la existencia o inexistencia, los de la validez o de la nulidad y la anulabilidad, y los de la eficacia o de la ineficacia en sentido estricto. Pero recordaré que en el derecho romano el adjetivo “nullus” se predicaba de los actos que no permitían el ejercicio de una acción, bien de ninguna acción o bien de la acción que correspondía a su índole o naturaleza; esto es, se predicaba de aquel acto al que no se reconocía aptitud para producir efecto, y resultaba rechazado porque no concurrían en el acto de su celebración los requisitos necesarios para el reconocimiento de su existencia y de su eficacia. “Nulo”, según el D. de la RAE., es un adjetivo que procede del latín *nullus* y significa “falto de valor y fuerza de obligar o tener efecto, por ser contrario a las leyes o por carecer de las formalidades que se requieren en la substancia o en el modo”. El CC (art. 6. 3.) dispone: “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”; la nulidad de pleno derecho significa la total falta de efectos, pero queda a salvo el acto contrario a la ley cuando ésta le atribuya algún efecto. Tiene serio fundamento sostener que válido es lo contrario de nulo o anulable; y que es válido el acto o contrato que sea conforme a las leyes y en cuya celebración concurren los requisitos establecidos; sin que podamos entrar en detalles acerca del fundamento de la exigencia de unos y de otros requisitos ni de la trascendencia de la falta de unos o de otros.

B) EL JUICIO DE LEGALIDAD POR EL NOTARIO, LLAMADO CONTROL NOTARIAL DE LEGALIDAD

Tengo clara conciencia de la delicadeza de este tema.

El Tribunal Supremo (Sentencia pronunciada por la Sección Sexta de su Sala Tercera, el

día 20 de mayo de 2008, en recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España contra el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de Organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944) estimó la pretensión de anulación de la mayor parte del artículo 145 del Reglamento Notarial (RN). Resumo la exposición, en los fundamentos de derecho, de la argumentación de la parte (demandante) que entendía: la inserción de un “control de legalidad” determinante de la “denegación de la autorización”, en los amplios términos en que se hace, es contrario (sic.; —¿es contraria la inserción? o ¿es contrario el control?—) a la legalidad vigente; señalaba que una cosa es “excusar su ministerio” (lo que puede hacer con las advertencias notariales) y otra “negar la intervención notarial”; y razonaba en concreto: A) Que el art. 145 implica una ampliación indebida de las funciones notariales y es contrario a los artículos 1, 2, 17 y 24 de la LN.; B) Que la función de control de legalidad tiene que venir impuesta por una ley y producirse cuando ya está realizado el acto o contrato y no antes; C) Que el pretendido “control de legalidad” notarial, denegatorio del otorgamiento, va en contra de derechos civiles fundamentales.

En el Fundamento de Derecho SEXTO se dice que la amplia argumentación de la recurrente cuestiona el alcance del control de legalidad atribuido a los notarios por el precepto, que dicho control debe concretarse al otorgamiento con las pertinentes advertencias, rechazando la denegación de otorgamiento que ha de establecerse expresamente por ley.

La S citada declaró nulo el texto del artículo 145 del RN a partir del punto en el que la autorización o la intervención del notario se declara obligatoria pero sólo una vez que los interesados le hayan proporcionado los “antecedentes” necesarios para ello; y además todo lo referente a la posibilidad, no obstante la obligatoriedad de la autorización o de la intervención, de que el notario, en su función del control de la legalidad, no sólo deba excusar su

ministerio sino negar la autorización o intervención en casos de infracción de una norma legal o de falta de acreditación de los requisitos legalmente previos, o de falta de capacidad legal necesaria por todos o alguno de los otorgantes, o de falta de acreditación de la representación legada (salvo que sea posible la ratificación posterior y concurra asunción de la situación por los posibles perjudicados y consentimiento de todos los otorgantes); la declaración de nulidad se extendió a la regulación reglamentaria de la conducta del notario al recibir un expediente administrativo o una resolución judicial que dieran lugar al otorgamiento de un instrumento público; y también, como consecuencia natural, se extendió al recurso ante la DGRN contra una negativa considerada injustificada. La S citada vino a admitir que la obligación del notario de proceder a autorizar o a intervenir un documento no depende de que se le hayan facilitado los antecedentes, datos, documentos, certificaciones, autorizaciones y títulos necesarios para ello; que el ejercicio de la función del control de legalidad debe concretarse al otorgamiento con las consiguientes advertencias notariales a los interesados; y que el ejercicio del control de legalidad material no puede justificar la denegación del otorgamiento, cuya facultad de denegación ha de establecerse expresamente por ley.

Pero éste no es el único pronunciamiento jurisdiccional recaído sobre esta materia; el Fundamento Jurídico núm. 8 de la S del Tribunal Constitucional 207/1999, de 11 de noviembre, dijo: “a los Notarios, en cuanto funcionarios públicos, les incumbe en el desempeño de la función notarial el juicio de legalidad, sea con apoyo en una ley estatal o autonómica, dado que el artículo 1 de la vieja Ley por la que se rige el Notariado, Ley de 28 de mayo de 1862, dispone que el Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales, función de garantía de legalidad que igualmente destaca el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944

en su artículo 145, párrafo 2, al imponer a los Notarios no sólo la excusa de su ministerio sino la negativa de la autorización notarial cuando... el acto o el contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres, o se prescinda por los interesados de los requisitos para la plena validez de los mismos. La función pública notarial incorpora, pues, un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que es objeto del instrumento público, y cabe afirmar, por ello, que el deber del Notario de velar por la legalidad forma parte de su función como funcionario público”.

No voy a dedicar mi esfuerzo a comentar la citada Sentencia del TS, ni en términos generales ni en concretos. No puedo sustraerme a señalar que muy probablemente un Notario en activo se negará a autorizar una escritura que formalice un acto nulo de pleno derecho por ser contrario a leyes imperativas o prohibitivas, o, más en concreto, que formalice una segregación o una parcelación cuando no se le acrediten las autorizaciones previstas en la legislación del suelo o urbanística, o una compraventa, sin cláusulas singulares o atípicas, cuyo precio no sea satisfecho conforme a lo previsto en la Ley de prevención del fraude. Resulta innecesario comentar otros ejemplos.

Creo que el notario no puede, ni debe, dar fe de los actos y contratos que no sean conformes a las leyes. La autonomía de voluntad privada tiene fundamento constitucional (arts. 10 y 38 CE, Díez-Picazo, V. I., 1993, 126) y reconocimiento legal, en su aspecto dispositivo (art. 1255 CC) y en su aspecto integrativo (art. 1258 CC). Pero el uso de la autonomía privada tiene límites: los contratantes no pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que sean contrarias a las leyes, a la moral o al orden público y deben cumplir lo expresamente pactado (dentro de dichos límites) pero no las consecuencias que según su naturaleza no sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley; el notario no puede dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales que no sean conformes con las leyes porque sus pactos cláusulas y condiciones desborden los límites que

están establecidos por la ley para el ejercicio de la autonomía privada..

Otro tema de reflexión es el comentario que en la citada S del TS se hace acerca del carácter “preconstitucional” de la norma impugnada y anulada; la “preconstitucionalidad” invocada por la “parte demandada” no limita, según la comentada sentencia, la aplicación del principio constitucional de reserva de ley, que no resulta satisfecho o amparado por lo dispuesto en el art. 1217 CC. El TS considera preconstitucional y carente de cobertura legal al artículo 145 del R 1944 que señalaba los casos en los que el notario “no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización notarial”. Pero, frente a este razonamiento, no puede ignorarse que el texto del art. 145 RN 1945, repite literalmente el del art. 145 del RN aprobado por D. de 8 de agosto de 1935, en periodo constitucional de la II República. Antes, en el RN de 7 de noviembre de 1921, promulgado durante la vigencia de la “Constitución de la Restauración”, se contenían dos normas que merecen recuerdo: una, la del art. 249, que disponía que el notario “deberá” negarse a autorizar la escritura (entre otros casos) cuando en el contrato se introduzcan pactos o reservas contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres o se omitan los que con arreglo a las leyes sean necesarios para la plena validez del contrato; otra, la del 255, referente a la falta de aportación de los documentos necesarios para redactar la escritura de manera que pueda obtener su inscripción, en cuyo caso, por regla general, se indicaba que el notario “la autorizará salvando su responsabilidad con la correspondiente advertencia” (de la previsible falta de inscripción), exceptuando de dicha regla general el caso “de que la inscripción sea forzosa, según la naturaleza del contrato, para que éste tenga validez” (caso de la hipoteca, del contrato de sociedad civil al que se aporten inmuebles, y de la enfiteusis; sin aludir a las sociedades mercantiles). Es claro que el RN 1921 empleó “validez” como sinónimo de eficacia. Por otra parte resulta apropiado, en apoyo la opinión que creo mejor fundada, en cuanto a este tema de la “preconstitucionalidad” y al de la reser-

va de ley, el recuerdo del criterio manifestado por el TC, cuando estimó la existencia de un juicio de legalidad a cargo de los notarios en el desempeño de la función notarial, apoyándose en el texto del art. 1 de la LN, (precisamente en su frase alusiva al “conforme a las leyes”), y señalando que dicha función de garantía de legalidad igualmente aparece destacada en el RN, en su artículo 145. Para el TC el juicio de legalidad a cargo del Notario en el desempeño de la función notarial que le incumbe en cuanto funcionario público resulta del art. 1 de la LN (está en la Ley), y resulta igualmente destacado en el art. 145 del RN (por tanto, sin infracción de reserva de Ley).

Comentaré, según mi punto de vista, muy individual y personal, apoyándome en la doctrina expuesta por el TC algunas otras facetas del juicio de legalidad que debe formar el notario, en cuanto funcionario público, respecto de los contratos y demás actos extrajudiciales de los que “dé fe” al autorizar un documento notarial, tanto sea entre vivos como sea un testamento.

“Autorizar” es un verbo transitivo que tiene, en lo que nos afecta, dos sentidos (según el D de la RAE y el de M. Moliner): 1) Dar a uno autoridad o facultad para hacer alguna cosa; 2) Dar fe el escribano o notario en un documento o, de manera más general, legalizar, legitimar o dar validez a un documento. Aparece usado en el primer sentido por el artículo 1º de la LN 1862 cuando dispone: “El notario es el funcionario público **autorizado** para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”. Y en el segundo lo usa el artículo 1216 del CC: “Son documentos públicos los **autorizados** por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley”.

El Notario está investido de una “facultad” por la que se le autoriza para dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales **conforme a las leyes**. Y cuando el notario, mediante el uso de dicha facultad, autoriza (es autor) con las solemnidades requeridas por la ley de un documento (que formaliza o presenta contratos o demás actos extrajudiciales), da a dicho

documento la validez o eficacia (la fehaciencia y la autenticidad) propia de los documentos públicos. El documento del que es autor un notario es documento público, y tiene valor o eficacia como tal, cuando el notario, al ejercer la función pública notarial, lo ha **autorizado** con las solemnidades requeridas por las leyes; y además, cuando al actuar como autor del documento ha formulado, como indica el TC, un juicio, conforme a las leyes, sobre la forma y el fondo del negocio jurídico documentado; de lo que resulta la observancia de la legalidad en cuanto a las formas extrínsecas y a las solemnidades sustanciales, unas y otras requeridas por la ley.

Una reflexión acerca del inciso adyacente circunstancial de núcleo de la oración **“dar fe”**; el papel circunstancial corresponde a las palabras **“conforme a las leyes”**, que aparecen intercaladas entre el verbo y su complemento directo o término adyacente. El inciso especifica con más precisión y en detalle la realidad que efectúa, o la actividad a que se refiere, el verbo o núcleo de la oración: **“dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales”** (Cfr. Alarcos Lorach, 1994, 257). La actividad encomendada al notario no es la de **dar fe** de una manera general e indeterminada, sino una más concreta definida por su complemento directo; es la de **“dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales”** (de los actos y contratos en que consista el hecho del otorgamiento), cuya actividad debe realizar, según dicho adyacente circunstancial, **“conforme a las leyes”**. Referir el complemento circunstancial “conforme a las leyes” exclusivamente al núcleo verbal “dar fe” omitiendo al complemento directo del núcleo verbal (“de los contratos y demás actos extrajudiciales”) no resiste el más elemental análisis gramatical; tampoco uno sistemático, pues la función pública y jurídica encomendada al notario no es la genérica e indeterminada de “dar fe” (función pública), sino la más concreta y definida de “dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales” “conforme a las leyes” (función jurídica que se añade inseparablemente a la pública). La actuación “conforme a las leyes” tiene amplia ascendencia normativa en nuestro

derecho; ya aparece en los siguientes textos del Fuero Real: “...estos escribanos fagan cartas... derechamente...” (I-VIII-I) “e fáganlas derechas en todas las otras cosas, así como mandan las leyes” (II-IX-3);

En el artículo 17 bis de la LN, texto introducido por el artículo 115 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social se dispone (a consecuencia de que la autorización o la intervención del documento electrónico debe estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos) que, con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, “el notario deberá **“dar fe”** ...**“de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad informada de los otorgantes o intervinientes”**. En la doctrina y en la práctica se distingue entre el “otorgamiento” como acto (“el acto del otorgamiento”) y el “hecho en que consiste el otorgamiento” (“el hecho que motiva el otorgamiento”); la prestación o la declaración del consentimiento contractual son el hecho que motiva el otorgamiento. El notario debe dar fe, o expresar su juicio, acerca de: i) que el consentimiento contractual ha sido libremente prestado; ii) que el “hecho en que consiste el otorgamiento” se adecua a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes (que perfecciona un acto o contrato); y iii) que dicho hecho de perfección contractual se adecua a la legalidad. He cambiado el orden de la frase del texto legal para destacar cómo la conjunción cumulativa **“y”** que une al “otorgamiento” con la “voluntad de los otorgantes” significa que la dación de fe, o la expresión de juicio, acerca de la adecuación a la legalidad se refiere cumulativamente a que “el consentimiento libremente prestado” integra el otorgamiento, que se adecua a la legalidad y, a la vez, a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.

Puede decirse con propiedad terminológica que el notario no ejerce un control de le-

galidad sobre una realidad, hecho o acto, ya existente, cumplido o realizado, sino que debe ajustar su propia conducta tanto al autorizar un documento notarial, haciéndolo documento público, como al autorizar un contrato o acto extrajudicial que se adecue a la legalidad y se constituya, se documente o se presente en el documento autorizado. El deber del notario de velar por la legalidad sobre la forma y sobre el fondo del negocio jurídico que es objeto del instrumento público forma parte de su función como funcionario público (cfr. S TC 207/1999, de 11 de septiembre, antes citada).

Merece atención lo establecido respecto al “Régimen disciplinario de los Notarios, que se encuentra en la norma “dos” del artículo 43, dedicado al “Régimen del Cuerpo único de Notarios”, de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Nos interesan, entre las infracciones tipificadas, dos: una muy grave y otra grave.

Se tipifica como muy grave: A)-c): “La autorización o intervención de documentos contrarios a lo dispuesto en las leyes o sus reglamentos, a sus formas y reglas esenciales siempre que se deriven perjuicios graves para los clientes, para terceros o para la Administración”. La conducta tipificada no es “la autorización o intervención [que sea] contraria a las leyes”, sino la “autorización o intervención de documentos contrarios [que sean] contrarios a lo dispuesto en las leyes...”. No es difícil entender que un documento puede ser contrario a las leyes y a sus reglamentos, entre otros supuestos, por vicios del contrato o del acto extrajudicial cuya perfección formalice o presente.

Las normas reguladoras del régimen disciplinario de los funcionarios civiles del Estado son subsidiariamente aplicables, por lo que el Notario, a su amparo, puede, y debe, formular un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que es objeto del documento autorizado o intervenido con la finalidad de evitar incurrir en una infracción muy grave; esta finalidad se suma, y no se opone, a la que corresponde a la función pública notarial al servicio de la seguridad jurídica.

Se tipifica, además como grave: B)-b): “La negativa injustificada y reiterada a la prestación de funciones requeridas...”

Esta infracción tipificada como grave debe ponerse en relación con alguna norma “clásica”. Por ejemplo, el artículo 2 de la LN, precepto vigente desde 1862 sin variación y conforme al cual: “El Notario que, requerido para dar fe de cualquier acto público o particular extrajudicial, negare sin justa causa la intervención de su oficio incurrirá en la responsabilidad a que hubiere lugar con arreglo a las leyes”. Es fácil interpretar este precepto en relación con la posibilidad de que un notario negare la intervención de su oficio en un caso determinado al amparo de una justa causa: no incurrirá en responsabilidad. No cuesta esfuerzo señalar que la negativa a la prestación de funciones puede estar justificada por diversas razones; entre ellas que el contrato o el acto extrajudicial sea contrario, conforme al art. 1255 CC, a lo dispuesto por las leyes, a la moral y al orden público. Otro ejemplo lo proporciona lo dispuesto en los artículos 21 y 22 LH, sin variación sustancial desde 1861, de ellos resulta: uno, que los documentos relativos a contratos o actos que deban inscribirse deberán expresar todas las circunstancias que debe contener la inscripción y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos; y dos, que el notario será responsable frente a los interesados de cualquier omisión que impida inscribir el acto o contrato. A nadie, tampoco al Notario, se le puede obligar a asumir una responsabilidad causada por una deficiencia de su propia actuación; advertida por el notario la deficiencia es muy defendible la existencia de una justa causa que justifique su negativa a la prestación de funciones para dar fe de un contrato o acto incompleto y con una eficacia deficiente; aunque nada impide que los comparecientes propongan llegar al otorgamiento del contrato o acto no inscribible por incompleto, exonerando al notario de la responsabilidad frente a ellos por dicha deficiencia (aunque esto nos conduce al problema de la “renuncia a la inscripción” o del “compromiso de no inscribir”).

Creo claro que el notario no controla la legalidad de algo que tenga existencia previa sino que debe proceder con las solemnidades requeridas por la ley al autorizar una escritura o al intervenir una póliza y debe ejercer su función de dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales conforme a las leyes; incluso cuando la disposición de voluntad consista en reconocer un contrato anterior o en modificar un documento notarial anterior.

El “Proyecto de Ley por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito”. Conforme a su artículo 1 (Ámbito de aplicación), lo dispuesto en dicha Ley será de aplicación a la contratación de los consumidores con las personas físicas o jurídicas que, sin ser entidades de crédito o sus agentes o que realicen actividades incluidas en la Ley de Venta a plazos de Bienes muebles, de manera profesional, (en adelante las empresas), realicen cualquiera de las actividades que consistan en la concesión de préstamos o créditos hipotecarios o cualquier otro medio equivalente de financiación o en la intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o de crédito. Interpreto que la referencia a la “contratación de los consumidores”, o a la “actividad de contratación” de la empresa (Capítulo II), debe entenderse hecha a la actividad de la empresa en la “formación del contrato”, o sea: las comunicaciones comerciales y la publicidad, la confección y entrega de un folleto informativo, el suministro de información previa al contrato en particular lo referente a la tasación del bien y a otros servicios accesorios, la oferta vinculante y las condiciones del contrato. En relación con la formalización notarial del contrato dispone que los notarios, “en su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y contratos que autorizan denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley”. Me basta destacar, sin comentar detalles de técnica jurídica,

que una vez promulgada la Ley proyectada un texto legal reconocerá a cargo del notario “un deber genérico de control de legalidad de los actos y contratos que autorizan” (que es una manera de expresar el deber de dar fe de los actos y contratos conforme a las leyes) y el deber de denegar la autorización cuando el hecho en que consista el otorgamiento no cumpla la legalidad vigente y, en particular, los requisitos previstos en esta ley para la fase de formación del contrato.

C) LA CALIFICACIÓN POR EL REGISTRADOR DE LA VALIDEZ DE LOS ACTOS DISPOSITIVOS CONTENIDOS EN LAS ESCRITURAS PUBLICAS

Acepto, en lo que toca al tema que nos ocupa, la doctrina que sostiene que en el Registro de la Propiedad se inscriben “los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas” con el resultado de publicar “derechos reales inmobiliarios”, (el primero, el de propiedad). Los derechos se publican según resulta de su título con la finalidad de producir los efectos sustantivos que resultan de su “toma de razón” en el Registro (publicidad material); a la vez son materia de la “Publicidad de los Registros” (publicidad formal) —Título VIII de la LH— establecida para satisfacer la utilidad de que el contenido de los Libros del Registro sea conocido, y su conocimiento preste al tráfico el servicio previsto en la Ley (el conocimiento de las titularidades registradas permite a los partícipes en el tráfico valorar la seguridad que puedan obtener del contenido del Registro).

Conviene un rápido repaso de la evolución histórica hasta llegar a la calificación de los “actos dispositivos” contenidos en las escrituras públicas.

El Proyecto de Código Civil de 1851, dispuso en su artículo 1821: “Solo podrán inscribirse los títulos que consten en escritura pública, y las providencias judiciales que consten de certificaciones expedidas en forma auténtica”; en el artículo 1883 disponía que el “tenedor del registro” “inscribirá bajo su responsabi-

lidad únicamente los (títulos) que estuvieren arreglados a la ley; en el 1884 distinguía el caso de suspenderse la inscripción, por advertir en el título algún defecto que sea subsanable, de aquel otro en el que se rehusase definitivamente la inscripción; y en el 1885 obligaba al “tenedor del registro” a dar certificación a cualquiera que lo exija (sic), pagando los justos derechos, de lo que en él conste, o de que nada resulta. (Cfr. García Goyena, III-IV, 1852, 234).

En la LH 1861 la calificación (art. 18) tenía por objeto “la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras, en cuya virtud se solicite la inscripción, y la capacidad de los otorgantes por lo que resulte de las mismas escrituras”. Su Exposición de Motivos justificó: “Solo han sido hasta aquí objeto de inscripción los títulos cuya autenticidad aparecía desde luego: los documentos privados no solían admitirse en los registros. Cambiar en este punto y por regla general lo existente, empeoraría en vez de mejorar la condición de la propiedad y del crédito territorial: no debe recibir el sello de un archivo público mas que lo que no deje dudas de su legitimidad. Por eso la comisión, siguiendo en parte lo propuesto en el proyecto de Código civil, propone que solo puedan ser inscritos los títulos consignados en escritura pública, en ejecutorias o en documentos auténticos, expedidos en forma legal por el Gobierno o por sus agentes” (Leyes hipotecarias, T. I., V. I., 1990, 244). La LH 1861, en los artículos 65 y 66, trató además, siguiendo al proyecto de CC 1851, de las faltas subsanables y de las insubsanables, definiendo unas y otras y señalando el respectivo régimen (eran subsanables las que afectaban a la validez del título sin producir necesariamente la nulidad de la obligación constituida —y producían el efecto de anotar preventivamente el título— y eran insubsanables las que producían necesariamente aquella nulidad —e impedían la anotación—). “La ley se ha limitado a las nulidades patentes, sin autorizar a los registradores a llevar más adelante sus investigaciones, ni entrar en el examen de la validez o nulidad de las escrituras bajos otros aspectos, cuya apreciación en su caso sólo co-responderá a los juzgados y tribunales” (Gó-

mez de la Serna, T. I., 1862, 530). Bienvenido Oliver inspiró la Orden de 24 de noviembre de 1874 que extendía la calificación “...a la validez de las obligaciones de las escrituras públicas”. Lo dispuesto en esta Orden pasó a la LH 1909.

Como señaló un autor (Sanz Fernández, 1955, 2º T., 161), el sistema seguido por la LH 1909, sometía a la calificación del Registrador *la validez de las obligaciones*, por lo que produjo como consecuencia la existencia de una **dobles calificación**: la del Notario autorizante del título y la del Registrador; cuya situación se había planteado ya desde la Ley Hipotecaria de 1861 por autores que habían deducido consecuencias de la redacción de sus artículos 18 y 65. Este autor criticó que la calificación hubiese tenido por objeto (LH 1909) la validez de las obligaciones porque, en su opinión, desde el punto de vista registral no debe interesar la validez de las obligaciones contenidas en el título sino la validez o nulidad del acto o contrato inscribible y, además, porque extendía la calificación registral a extremos que ni pueden ni deben caer bajo la competencia del Registrador. Y a seguido Sanz Fernández destacó cómo la reforma de 1944-46 “ha evitado estos inconvenientes” al referir la calificación que ha de realizar el Registrador a *la validez de los actos dispositivos*, es decir a la de los actos inscribibles contenidos en el título presentado; añadiendo que entre cuyos actos inscribibles, conforme al sistema de título y modo, se comprende la validez del contrato, precedente causal necesario e inexcusable para la validez del acto dispositivo. En mi modesta opinión podría resultar más exacto, en el marco de nuestro ordenamiento, omitir la referencia al juego entre el negocio obligatorio y el negocio dispositivo teniendo presente que la validez o regularidad del contrato es precedente causal necesario e inexcusable para que pueda producirse el efecto dispositivo; teniendo presente que el contenido del acto dispositivo, y no otros extremos, debe nutrir al texto del asiento de inscripción.

Procede, ahora, que analicemos el alcance de la “calificación de la validez”. No se trata de un

término que deba contraponerse a “nulidad”; expresa la cualidad de eficacia, o de idoneidad, para producir el efecto de una “mutación inmobiliaria” en la realidad jurídica y, producida ésta, para provocar y justificar la “toma de razón” en el Registro de la mutación ya acontecida. (No comento los casos de inscripción constitutiva; como es el de la hipoteca, garantía real cuya existencia y efectos se manifiestan exclusivamente mediante la inscripción de la escritura de constitución; tampoco el de otros derechos reales a cuyo titular corresponde la posesión del inmueble sobre el que recaen, y de los efectos que resultan de los negocios acerca de la situación nacida de la posesión en defecto de inscripción, según que exista o no un determinado cauce de necesaria observancia para la formación de dichos negocios.

La determinación de la función a la que sirve la calificación ha sido materia de estudio. La calificación no amplía la eficacia del título, que la lleva en sí mismo, sino que se limita a constatar su condición de inscribible a fin de darle asiento en el Registro. La calificación es una *conditio iuris*, pero no de la eficacia del asiento, sino de la práctica del mismo. La eficacia se predica del título inscrito, es decir de la inscripción y de su causa. (Martínez Sanchiz, 2000, 158 y 159). La calificación acerca de la “validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas”, referida al conjunto del título y modo determinante en nuestro ordenamiento de la mutación inmobiliaria (salvo cuando no concorra una posesión que sea materia de tradición), ha de controlar la efectiva producción de la “mutación inmobiliaria” y ha de seleccionar aquellos elementos componentes de dicha mutación que deban constar en el asiento de inscripción para servir tanto de base a la seguridad del derecho que resulta inscrito como a la publicidad que pueda servir de apoyo a la decisión de un presunto adquirente que pretenda gozar de la protección que le brinda el sistema registral.

Íntimamente ligado a lo que acabo de exponer aparece el ámbito en el que debe desenvolverse la calificación, lo cual no es un tema pacífico.

En un extremo podemos situar a quienes entienden que la calificación tiene por objeto el contenido íntegro del título, tanto al negocio obligacional como al negocio de disposición. Se indicó (hace años): a) que en la moderna legislación germánica la facultad de calificar ha quedado extraordinariamente limitada por la separación del acto causal, que apenas si es tenido en cuenta para los efectos del Registro, y el acto propiamente inscribible, cuyos elementos son pocos y simples, y b) que en nuestro sistema (dicha facultad) se ha desenvuelto en tan desmedidas proporciones que abarca todo lo divino y lo humano. (Jerónimo González, T. I., 1926-1948, 436 y 437). Se ha propuesto (Roca Sastre, 6ª ed. T. II., 1968, 242), para evitar dicha desmedida extensión, que podría adoptarse en nuestro derecho la misma diferenciación que en la legislación germánica (lo cual exigiría una modificación sustancial del sistema): el Notario podría limitarse al negocio obligacional y el Registrador al de disposición. Me interesa recordar que, conforme a la legislación germánica, este negocio abstracto de disposición también debe formalizarse en documento público, sujeto al deber de legalidad que debe cumplir el notario autorizante en el ejercicio de su función. En nuestro ordenamiento se sigue el principio causalista: la mutación real inmobiliaria se produce, en el tráfico, a consecuencia de ciertos contratos (título causal) mediante la tradición (modo causalizado); la calificación controla la eficacia del acto dispositivo y su idoneidad para producir efectos reales, por lo que no podrán tener acceso al Registro los actos o negocios que jurídicamente deban calificarse de nulos, inexistentes o anulables (Díez-Picazo Ponce de León, V.3.º, 4ª ed. 1995, 386). No es fácil que los fundamentos de estas causas de ineficacia resulten de la escritura notarial sujeta a calificación, atendida la cualidad de autenticidad y de fuerza probatoria de la escritura en la esfera judicial y por reflejo en la extrajudicial y la circunstancia de que el Registrador debe calificar por lo que resulte de la escritura; a salvo el caso de falta de legitimación que publiquen los asientos del Registro.

En otro extremo están quienes opinan que la extensión de la calificación viene definida y determinada por la función que sirve; por el servicio a la utilidad del sistema registral. El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos sobre bienes inmuebles, títulos que valen para una finalidad traslativa, constitutiva y extintiva (dicho con generalidad) (arts. 1 y 2 LH); el Registro es una institución destinada a proporcionar firmeza a los derechos y posiciones de naturaleza real que resultan de los títulos inscritos y son favorables a su titular según al asiento de inscripción (arts. 38 y concordantes) y a informar a los presuntos adquirentes, especialmente a los que sean terceros respecto de los títulos ya inscritos, de la situación jurídica existente, que puede y debe apoyar a la seguridad en la solidez de los derechos o de garantías que se adquieran confiando en la exactitud y veracidad de dicha situación (arts. 32 y 34 y concordantes). La calificación del Registrador, según esta opinión, debe limitarse al control de la regularidad del título en su función de fuente de una mutación jurídica inmobiliaria; lo cual tiene su apoyo legal en el artículo 9 LH, cuyo sentido conduce a estimar que la calificación del título (con el cual han de guardar conformidad las circunstancias que expresará la inscripción) debe contenerse en el marco definido por la extensión de la materia que debe constar en el asiento de inscripción del título.

La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado sobre la cuestión recientemente. En Resolución de 19 de abril de 2006 sostuvo que por imperativo del artículo 18 de la LH “la calificación que debe efectuar [el registrador], como núcleo de su función pública, tiene una premisa previa y es que la misma se extiende a aquellos pactos que tienen trascendencia jurídico real inmobiliaria, ya que son los únicos que deben acceder al Registro de la Propiedad”; la calificación, primero, ha de depurar lo que tiene trascendencia y lo que no, y, segundo, como control de legalidad, ha de determinar si lo inscribible puede acceder al Registro; ambas actividades

constituyen el marco y límites a que debe sujetarse la actuación del funcionario calificador a los efectos de permitir o negar la inscripción del título. La DGR y N, entre otras citadas en los “vistos” de éstas, en Resoluciones de 22 y de 24 (dos) de marzo, de 5 y de 6 de mayo y de 24 de julio, todas del año 2008, recuerda dicha doctrina que “circunscribe la actuación del registrador al contenido de su verdadera función —calificación del contenido de los actos y negocios jurídicos y de las cláusulas de contenido real inmobiliario (art. 18 LH)—, ya que son los únicos que deben acceder al Registro de la Propiedad, porque así se deriva del ámbito objetivo al que se refiere la inscripción en dicho Registro (arts. 1 y 2 LH y 4 y ss. RH), así como los efectos de ésta —publicidad *erga omnes* (que lleguen a ser terceros adquirentes inscritos) de tales derechos reales inmobiliarios—”, y destaca lo expresado al respecto en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, y el sentido de la modificación introducida en el artículo 12 LH.; conforme al cual, sea quien sea el acreedor a cuyo favor se haya constituido la hipoteca y como regla general, el registrador sólo puede calificar y, por tanto inscribir si su calificación es favorable, las cláusulas de trascendencia jurídico real inmobiliaria. Distingue así, el Centro Directivo, entre las cláusulas de trascendencia real y las restantes cláusulas que no son objeto de inscripción ni, por tanto, de calificación. Añade que el enjuiciamiento de validez o nulidad de las cláusulas de contrato formalizado en el título se halla reservado, como no puede ser de otra manera, a los órganos jurisdiccionales competentes. La expresión del artículo 18 LH relativa a la calificación de “la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas”, no significa, según la citada Resolución de 24 de julio 2008, la atribución al Registrador de una potestad típicamente jurisdiccional, como es la de declarar la nulidad o la validez de un negocio jurídico, lo que además exigiría un proceso contradictorio, sino tan sólo la de revisar si ese negocio jurídico es, desde la exclusiva perspectiva registral, inscribible; criterio corroborado por lo establecido en el artículo 66 LH.

El “Proyecto de Ley por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito”, antes aludido, dispone que los registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. Las palabras empleadas no son de fácil interpretación; la referencia al “incumplimiento de la legalidad vigente” podría servir para replantear la extensión de la función calificadora; pero con mejor criterio, en mi opinión, la legalidad vigente, referida a la inscripción de títulos constitutivos de hipoteca a favor de quien quiera que sea su titular, resulta de lo establecido en el artículo 12. 1., puesto en relación con lo dispuesto en el 18 LH, con el sentido y alcance definido por la doctrina de la DGR y N en las resoluciones, reiteradas y recientes, antes comentadas.

7. A MODO DE CONCLUSIONES

No existe una dualidad o duplicidad de “controles de legalidad” coincidentes que se repitan o superpongan.

La calificación registral significa un verdadero y propio control de algo que es “exterior” al Registrador y sobre lo que se proyecta, o recae, su actividad. Para ejercer dicho control se sirve de lo que resulte de la escritura pública presentada (que a la vez objeto del control) y de los asientos del Registro. El control tiene por objeto: las formas extrínsecas de la escritura, la capacidad de los otorgantes y la legalidad

de los actos dispositivos contenidos en la escritura calificada. Y por finalidad procurar que la inscripción de la escritura publique derechos y titularidades coincidentes con la realidad jurídica extra-registral; evitando en lo posible la inexactitud del Registro, de la que se seguiría notable daño para la seguridad jurídica.

El notario no ejerce una función o actividad de control (aunque se emplee este término) de legalidad sobre algo que le sea exterior o extraño. El notario en el ejercicio de su función pública se conduce, se debe conducir, ajustadamente a las leyes. En relación con el documento, con la escritura pública notarial: debe autorizarla “con las solemnidades requeridas por la ley”. En relación con el acto o contrato documentado o presentado en la escritura: debe dar fe de que es conforme con las leyes, sin distinción entre el acto de celebración y el contenido de la voluntad negocial que lo integra o constituye. El notario debe cumplir su deber de conducirse ajustadamente a las leyes siempre, tanto al documentar los actos dispositivos que produzcan una mutación inmobiliaria como al documentar los que formalicen el reconocimiento de una mutación ya realizada o su modificación; cuyo deber se extiende a todos los demás actos y contratos entre vivos con contenido distinto a una mutación jurídico-real inmobiliaria o a las disposiciones testamentarias. La conducta del notario, ajustada a las leyes, justifica la eficacia probatoria de las escrituras que autorice y su autenticidad formal y material; todo necesario para proporcionar seguridad jurídica al tráfico.

La calificación registral de legalidad es complementaria del deber notarial de proceder conforme a las leyes. Esta complementariedad sirve eficazmente a la seguridad jurídica privada en el campo inmobiliario.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, V. I. 4ª ed., Madrid, 1993 y V. III. 4ª ed. Madrid 1995.
GARCÍA GOYENA, *Concordancias motivos y comentarios del Código Civil Español*. Madrid, 1852, Tomos III y IV.
GÓMEZ DE LA SERNA, *La Ley Hipotecaria*. Comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera. Madrid, 1862, T. I.

GÓMEZ GÁLLIGO, *La calificación registral*. En la obra de varios autores, *La evolución del Derecho Registral en los últimos cincuenta años*. Madrid. 1997. *Leyes hipotecarias y registrales de España, Fuentes y evolución*, T. I. V. I., Madrid, 1989.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, DON JERÓNIMO, “Principio de legalidad”, en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*. Madrid, 1948 (tomado de RCDI, 1927, pág. 597).

LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 2.ª ed. Zaragoza 1957.

MARTÍNEZ SANCHÍZ, “Sobre el título inscrito”, *Revista jurídica del Notariado*, enero-marzo 2000.

NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL, “El Registro de la Propiedad Español”, *RCDI*, marzo 1949, núm. 250. y abril 1949, núm. 251.

ROCA SASTRE *Derecho Hipotecario*. T. II., 6ª ed. Barcelona, 1968.

SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*. T. II., Madrid, 1955.

Fecha de recepción: 15 de enero de 2009

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2009

RESUMEN

Este escrito pretende señalar la importancia del Estado en la protección y definición de los derechos de propiedad. El Registro de la Propiedad es Estado, es el mecanismo con el que obtener una declaración de derechos inatacable. Es un sistema que proporciona al mercado información cierta y confiable. Entre los diferentes sistemas registrales el Registro de Derechos es el más seguro y eficiente y supone una ruptura con el modelo anterior evitando investigaciones retrospectivas. El notario opera en el ámbito contractual y su función no se solapa con el Registro que ejerce la función de control.

PALABRAS CLAVE

REGISTRO DE DERECHOS; ESTADO DE DERECHO; TÍTULO INATACABLE; GARANTÍA DEL PODER PÚBLICO; CONTROL NEUTRAL.

ABSTRACT

This essay describes the role of the State in protecting and defining property rights. Land Registry belongs to the State and is the mechanism to obtain an indefeasible title. It provides reliable and exact information in the market. Within the various Land Registration systems, Title by Registration is the most secure and efficient representing a break with the former model cutting off the retrospective searches. Notary function rests in the contractual sphere not overlapping with the Land Registry. The regulation is performed by the Land Registry.

KEY WORDS

TITLE REGISTRATION; RULE OF LAW; INDEFEASIBLE TITLE; OVERLAPPING; STATE GUARANTEE; INDEPENDENT CONTROL

LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA GESTACIÓN Y CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS REALES: EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Nicolás Nogueroles
Registrador de la Propiedad

Sumario: 1. Introducción. 2. Los derechos de propiedad: sus características. 3. ¿Cómo surgen los derechos de propiedad? 4. La organización institucional: el estado. 5. La respuesta pública a la generación y negociación de los derechos de propiedad. 6. El registro de la propiedad como “sello de calidad” o como “patente”. 7. La intervención pública a través del registro de derechos es más beneficiosa para los consumidores. 8. La necesidad de controles públicos neutrales. 9. Fase obligacional y fase real: los servicios de la contratación. 10. A modo de conclusión. Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

Asistimos desde hace años a un debate, larvado y oculto las más de las veces, manifiesto y público las menos, sobre nuestro sistema de seguridad del tráfico inmobiliario. Para situar el debate, parece por ello conveniente recordar que el sistema español, del que es columna vertebral el registro de la propiedad, no es más que una copia original del modelo centroeuropeo, hoy dominante en el mundo, definido a mediados del XIX que tanto éxito ha tenido en Derecho comparado como lo demuestra el hecho de que haya sido finalmente recibido en países por principio tan refractarios a la intervención estatal como son los anglosajones. Las continuas reformas del Land Registry inglés o el éxito del sistema Torrens lo prueban cum-

plidamente de modo que se está produciendo la paradoja de que sean los países de tradición menos intervencionista (salvo en EEUU donde la política es más dubitativa) quienes están dando mayor protagonismo al Estado.

El sistema español, por una vez pionero en la recepción de una tendencia histórica irrefrenable, no constituye hoy una excepción en el contexto internacional sino una de las avandallas de una evolución cuya dirección parece a cada paso más firme. Por ello, muchas de las discusiones y planteamientos que se pretenden hoy “originales” no son otra cosa que la reproducción de una vieja cantinela, expresión de un pasado que no quiere pasar. Los problemas planteados no son desde luego nuevos, sino que, después de un minucioso debate,

por lo que a este país se refiere, encontraron respuesta hace más de un siglo en la “familia” liberal progresista, dominante entonces; ni por supuesto son distintos de los suscitados entonces en otros países. No deja de ser curioso que nuestros liberales decimonónicos, cuando de organizar el mercado inmobiliario se trataba, no hayan tenido empacho (como hizo también la reforma “Thacher” y después Blair) en dar todo el protagonismo al Estado. No se trata, por tanto, de un conflicto entre el sistema de derecho latino-germánico y el sistema anglosajón, entre el “civil law” y el “common law”; sino de un debate sobre la mayor o menor intervención que hay que reconocer al Estado en la generación de los derechos reales.

La reaparición del debate ha sido confirmada por el acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de agosto de 2008 en el que se prevé la elaboración de una “hoja de ruta” para modificar el sistema de seguridad jurídica evitando solapamientos y duplicidades en la actuación de notarios y registradores. Las expresiones “duplicidades” y “solapamientos”, sin previamente identificar dónde se produce ese solapamiento o la duplicidad, son trampas del lenguaje que evocan la existencia de un problema social donde no lo hay.

Considero que el problema adquiere una nueva perspectiva si se comprende el cambio radical que comporta para la generación, creación y protección de los derechos reales el instaurar un Registro de la Propiedad de Derechos. Las posibilidades son dos fundamentalmente: o el Estado se inhibe, el Registro es sólo un medio para dar publicidad a los documentos, en especial las escrituras públicas, y, en consecuencia, cada ciudadano tiene que componérselas por sí solo en el mercado para despejar las dudas sobre la eficacia y legalidad de los títulos, en caso de contradicción total o parcial, o de sospechas de defectos en su constitución; o, al contrario, el Estado interviene para garantizar la fiabilidad de los derechos publicados y el registro, por tanto, se constituye en un sistema de creación de titularidades inatacables con la garantía del poder público lo que evidentemente rompe y está en las anti-

podas del modelo precedente. Me inclino por esta última posición, por varias razones, que han quedado muchas veces oscurecidas en el actual debate, tan poco original, sobre los Registros.

En la exposición parto de la construcción de los “property rights” elaborada por los juristas y economistas del “Law and Economics” (Miceli, Shavell y Posner) y de la “New Institutional Economy” (North, Libecap y Barzel). Sin embargo, el concepto de derechos de propiedad que empleo no es el mismo del que se sirven algunos autores de esas corrientes doctrinales. Lo uso aquí en un sentido jurídico, como sinónimo de la expresión derechos reales y apunta especialmente a la idea de expeditividad o prontitud en la ejecución (enforcement). La ejecutividad de los derechos no es la misma y depende del número de excepciones que se admiten contra ellos en caso de ejercicio judicial. Los derechos reales son los más “reforzados” de los derechos porque menguan drásticamente la resistencia que puedan oponer terceros contra el uso o disfrute que prometen a sus titulares.

Intentaré mostrar el papel del Registro en la generación de estas titularidades inatacables y con ello en la producción de la información cierta o “patentada”, barata y fiable, sobre la asignación de recursos, que se negocian en los mercados inmobiliarios. Desde esta óptica resultará más fácil establecer el papel de los juristas especializados ante el Registro: llámense solicitors, notarios o conveyancers. Naturalmente, no desconozco que las funciones de los notarios no se agotan en la autorización de documentos que son presentados en los Registros.

La tesis que pretendo desarrollar parte de la dificultad y consiguiente complejidad de los arreglos institucionales que hay que hacer para generar derechos de propiedad fiables, debido a su especial eficacia, y por tanto de los, comparativamente con otros derechos, mayores costes en los que hay que incurrir (apartados II y III) para gestionarlos debido al papel esencial que el poder público debe jugar en su creación. La garantía de una pronta y expeditiva

protección del Estado es determinante para el juego confiado del mercado de la propiedad y especialmente del mercado de capitales —en directa dependencia de la solidez de las garantías— pero ni todos los Estados ofertan el mismo tipo de derechos ni su reputación es la misma ni su sistema de normas y de su ejecución judicial merece la misma confianza. Para el análisis de este punto siguen siendo de referencia obligada los trabajos de Douglas North (apartado IV).

Los mecanismos tradicionales para obtener una declaración definitiva sobre un derecho real (juicio universal de purga o usucapión), debido a su complejidad y lentitud, habían caído en un completo descrédito a principios del siglo XIX ya que no respondían a las necesidades de celeridad y fiabilidad en el tráfico que exigía el mercado que entonces se conforma como consecuencia del proceso desamortizador (apartado V). Frente a esos mecanismos tradicionales, los Registros de la Propiedad de inspiración germana se configuraron como una alternativa capaz de obtener resultados tan fiables como los que ofrecían la pesada purga o la vieja usucapión sin sus desorbitados costes de gestión o su extrema lentitud. Pero no todos los Registros son iguales: existen distintos modelos, y se trata de determinar cuál de ellos pareció entonces el más adecuado y por qué (apartado VI). En este sentido, recientes informes de entidades independientes han permitido verificar empíricamente el coste del funcionamiento de las instituciones así como los beneficios de optar por un modelo u otro (apartado VII).

Poca duda cabe de que la fortaleza de las declaraciones del Registro depende de los controles previos a la práctica de los asientos. La fuerza del efecto depende del rigor del procedimiento como bien saben los especialistas de la Teoría de la Organización. La fortaleza del efecto está aquí muy clara. Todos, hayan o no participado en el negocio de constitución del derecho, van a ser perjudicados por las declaraciones del asiento hasta el punto que verán reducida drásticamente su defensa procesal contra ellas. Menores garantías en la ejecución

exige mayores garantías en la constitución, afirmó ya en su día el TC en la Sentencia 41/1981 de 18 de diciembre precisamente sobre el sumario hipotecario ¿Quién debe defender a esos terceros ausentes en el proceso de documentación del negocio de la constitución del derecho? ¿Es posible que dichos controles puedan ser prestados en régimen de libre mercado? Se trata de decidir si quienes redactan los documentos pueden ejercer esa función de control al nivel requerido por la tremenda fuerza que se quiere reconocer a las declaraciones de los asientos registrales. Para ello realizo una comparación entre el procedimiento administrativo y el registral ya que actos administrativos y asientos registrales tienen eficacia parecida y alcance semejante (apartado VIII) deteniéndome en analizar los diferentes aspectos de la función registral y la notarial, los tópicos sobre el control notarial y la diferencia entre las presunciones de los asientos y las de las escrituras que pongo en directa relación con el distinto rigor procedimental seguido para la confección de unas y otras (apartado IX).

Las materias y problemas tratados en los diferentes apartados no están agotados. Únicamente he tratado de huir de casos concretos lo que es más propio de otro tipo de publicaciones.

2. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD: SUS CARACTERÍSTICAS

La protección y, por ende, la eficiencia de los derechos de propiedad requiere la facultad de excluir a otros de su uso. La posibilidad de cercar las tierras fue un elemento que ayudó a la explotación eficiente de los cultivos frente a las inmisiones de la ganadería. El cerramiento físico de las fincas es una manifestación de la facultad jurídica de exclusión que caracteriza a los derechos de propiedad. Pero la exclusión no es suficiente; además es necesario que los recursos puedan ser utilizados porque sacarán más beneficios de sus explotaciones y para ello

se requiere que los derechos sean enajenables. Por tanto, para que los bienes sean eficientes es preciso que los derechos sean exclusivos y transferibles. Se impone la creación de un mecanismo que garantice y haga posible estas dos cualidades: exclusividad y transferibilidad. Además, también ha de hacer posible la universalización del derecho.

La ausencia de la facultad de exclusión, desde una perspectiva estática, concluye habitualmente, si no se disponen mecanismos de vigilancia y ello no siempre es posible debido a la magnitud de los costes, en la sobreexplotación, y por tanto agotamiento, de los recursos. Cuando todo es de todos y por tanto no es de nadie, el consumo diferido implica siempre una pérdida individual porque lo que dejo de consumir, terminará por ser consumido inevitablemente por otros. De ahí la racionalidad en esta situación del acaparamiento, el abuso o el sobreconsumo. Asimismo, el no poder apropiarse de (recuperar) los beneficios futuros de mi trabajo o inversión, por no existir la facultad de exclusión de terceros aprovechados o gorriones, contemplado el hecho desde una perspectiva temporal que recibe el nombre de análisis dinámico, desincentiva la producción y fomenta la infrautilización de los recursos. En definitiva, la ausencia de derechos exclusivos de propiedad suele dar lugar a la infrautilización o sobreexplotación de los recursos

Sin embargo, un sistema de derechos de propiedad conlleva también importantes costes, tanto explícitos cuanto implícitos. Ninguna de las notas que hemos considerado necesarias para la eficiencia de los derechos, exclusividad y transferibilidad, están exentas de costes. La exclusividad de los derechos de propiedad es difícil de conseguir; no es por ello siempre óptima (no sólo por tanto porque está sujeta a limitaciones cuando la Política decide en determinado campo dar primacía al interés colectivo o público) y esto supone un coste implícito derivado de la incertidumbre. Cuanto mayor es la incertidumbre menor es el valor del activo porque su valor esperado es menor. También la enajenación de los derechos está sujeta a costes de transacción que son mayores

cuando el derecho tiene eficacia erga omnes, pues cuando el número de afectados se incrementa también aumentan los costes de negociación. Rige aquí en toda su plenitud el principio de eficiencia. Los costes de los arreglos institucionales que garantizan la exclusividad de los derechos, y su alienabilidad, no pueden superar los beneficios que genere su correcta definición.

No todos los derechos son iguales; los más fuertes son los derechos de propiedad porque tienen mayor eficacia ejecutiva. Los beneficios que prometen son menos inciertos, menos futuros. Así, en algunos derechos, la garantía de su plena y efectiva tutela en caso de conflicto posterior puede asegurarse, anticiparse, en el momento de su gestación, pero ello, claro ésta, requiere la intervención del Estado ya que es su protección la que se compromete. La producción de estos derechos es por ello bastante más compleja y, por tanto, más costosa.

3. ¿CÓMO SURGEN LOS DERECHOS DE PROPIEDAD?

Existen diversos factores que confluyen en el establecimiento de los derechos de propiedad:

1. Costes y beneficios. Cuando los costes de proteger y hacer efectivos los derechos de propiedad son superiores a los beneficios que se pueden obtener no surgen derechos de propiedad. En un reciente proyecto holandés sobre titulación de tierras en la selva de Guatemala, el coste de individualizar y conceder un título de propiedad de una parcela era superior al valor de la propia parcela y, naturalmente, el proyecto fracasó. La ausencia de beneficios estáticos y dinámicos impide la generación de derechos de propiedad.

Los derechos de propiedad son el resultado de los intentos de los individuos y comunidades por maximizar su riqueza, y sólo se organizan cuando las ventajas de la internalización de costes y beneficios de la inversión y el trabajo de cada uno son mayores que los costes en los

que hay que incurrir para evitar las externalidades que si faltan los susodichos derechos se producirán inevitablemente. Se trata de idear un mecanismo para que los beneficios futuros actúen como incentivo frente al primer impulso de centrarse exclusivamente en los beneficios inmediatos, de la misma manera en que, para garantizar la explotación racional de los recursos, hay que buscar fórmulas para que los cazadores prefieran respetar la vida del animal en espera de las crías o los recolectores eviten esquilmar la tierra en espera de los frutos y se transformen en agricultores.

2. Reglas claras y beneficio social. La incertidumbre sobre la titularidad de la propiedad genera enormes costes secundarios (de gestión del mercado). La no existencia de reglas claras sobre la titularidad de los objetos abandonados llevará a una competición en la que sólo uno de todos los participantes podrá apropiarse. Si se conociese el propietario por anticipado y con seguridad, no habría problemas de búsqueda y no se despilfarrarían recursos. Es necesario un sistema de derechos —y mecanismos sociales que los implementen— basado en reglas claras que eliminen la incertidumbre con el consiguiente beneficio para todos.

Toda inversión necesita, como mínimo, el señuelo de su recuperación; no se sembrará si no se puede cosechar, no habrá invención si no pueden apropiarse sus beneficios, ni tampoco existirán préstamos (ni hipotecas) si no puede recuperarse el capital prestado.

3. Definición de los derechos e identificación del titular. Los incentivos son promesas de beneficios futuros o de mantenimiento en el futuro de beneficios presentes. Pero las promesas son sólo promesas; por ello muchos se organizan como derechos y cuando más importantes son más se aseguran mediante la coacción del Estado. Los derechos de propiedad son los más fuertes de todos los derechos. Ahora bien, los derechos no tienen existencia física, son creaciones intelectuales y, por tanto, es necesario identificarlos, individualizarlos y delimitarlos. Si ya la identificación física de los bienes sobre los que recaen los derechos supone costes, mayores costes exigirá la iden-

tificación y delimitación jurídica de los que recaen sobre una misma cosa. Sin una adecuada identificación y delimitación no puede haber exclusión y resultará difícil por no decir imposible (por costosa y difícil) la transmisión de los derechos.

4. Marcas, sellos de calidad y patentes. En el mercado existen marcas comerciales que no sólo identifican los productos sino que garantizan su calidad y facilitan la toma de decisiones por los consumidores sobre qué cosas adquirir. También en los mercados financieros existen agencias de rating, que con más o menos acierto, califican los productos financieros para que los inversores puedan tomar sus decisiones. En el ámbito de los derechos de propiedad es necesario que una institución otorgue una “marca” a los derechos de propiedad, y esta marca no sólo ha de servir para identificar su titular sino también para garantizar su nivel de calidad. Esta marca puede operar, por un lado, como “sello de calidad” del derecho; lo que facilita su negociación o, incluso, como una “patente” con plenos efectos frente a todos y como único derecho vivo. Es decir la marca cuando la incertidumbre es excesiva es el presupuesto de la conversión del derecho en “marketable” (es decir, en comercializable). La opción por organizar derechos con “sello de calidad” o más bien “patentados” será una decisión del Estado. En cualquier caso son fórmulas de uso necesario ante la imposibilidad de realizar un juicio por cada transacción para obtener un título seguro

5. Complejidad y consentimientos en la generación de derechos de propiedad. La creación de los derechos de propiedad (frente a los de crédito) conlleva una mayor complejidad; mientras que el derecho personal supone únicamente la vinculación de la otra parte contratante, los derechos de propiedad suponen la vinculación de todos y por consiguiente la exclusión de todos. Es, por tanto, necesario instrumentar un medio o forma para que, ya que todos van a quedar vinculados por el derecho, todos participen de alguna manera en la creación del mismo, consientan la constitución. Los mayores requisitos para la creación

de los derechos reales están relacionados con la mayor fortaleza de estos derechos que se manifiesta no sólo en la extensión de la vinculación que producen (*erga omnes*) sino también en la mayor intensidad de su eficacia ejecutiva o “enforcement”. La especialización, y por tanto optimización, de los recursos requiere no sólo la libertad de contratar en forma diríamos débil sino también la posibilidad de crear y negociar derechos potentes, es decir, derechos reales o de propiedad.

Las diferentes esferas de utilidad de un mismo bien permiten construir diferentes derechos reales sobre un mismo objeto. Ahora bien la concurrencia de varios derechos reales sobre un mismo inmueble es posible si los derechos están bien delimitados, y por tanto son susceptibles de ejercicio separado. La precisión en la delimitación será mayor a medida que aumente el valor del bien ya que la mejor definición incrementará —y en su caso conservará— el valor del objeto. Propiedad auditada (es decir, fiable) es igual a propiedad revalorizada (como bien saben las empresas y los auditores). Pero no siempre por el hecho de que aumente el valor de un bien surgirá un derecho de propiedad; esto dependerá de otra variable que son los costes de aplicación.

4. LA ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL: EL ESTADO

En la creación de los derechos de propiedad, el Estado juega un papel decisivo. Veamos a continuación de qué manera incide en este cometido:

1. Estado, Derecho y certeza. El Estado posibilita la existencia de un orden jurídico, capaz de obligar a los individuos. Para ello se reserva el monopolio del uso de la fuerza que tiene como finalidad garantizar sin fricciones (lo que sería inevitable si el régimen fuese de autotutela) la protección de los derechos. Como consecuencia de la identidad entre el orden jurídico y el Estado corresponde a éste la exclusiva en la seguridad y protección de los

derechos. Pero no puede garantizarse la protección del Estado de los “derechos de propiedad” si, a su vez, no ostenta la facultad de intervenir en la definición de los derechos. Otra cosa sería una promesa o compromiso adoptado a ciegas. El Estado, cuando se trata de garantizar anticipadamente su protección, debe intervenir en el establecimiento del contenido y alcance de los derechos reales y, en general, en todo lo referente a la adquisición, uso y transferencia de las promesas de beneficios futuros o de mantenimiento futuro de los beneficios presentes en que consisten los derechos.

El Estado convierte un orden en permanente e inviolable y lo dota de sanción; es, por tanto, una condición del Derecho. El Estado ha de posibilitar que los ciudadanos puedan desarrollar su actividad libremente dentro de los límites señalados por el Derecho y para ello es necesario que los ciudadanos tengan asegurados sus derechos y estén dotados de certeza.

La certeza y predictibilidad de la actuación del Estado en relación con los derechos es un factor decisivo para confiar en el sistema jurídico. El compromiso del Estado en la protección de los derechos es determinante de la calidad de estos. El valor de los derechos de propiedad y, en última instancia, la existencia de los mismos, depende de la posibilidad de hacerlos valer frente a todos, ya sea constituyéndolos ya sea transmitiéndolos. Todo eso depende del marco institucional que llamamos o conocemos como Estado. La fiabilidad con la que el Estado respalde y respete los derechos es la tasa de credibilidad de los mismos. Por ello, no todos los Estados son iguales, no todos suscitan la misma confianza porque el compromiso en la defensa y respeto de los derechos es diferente.

En definitiva, la credibilidad de los derechos dependerá de la predictibilidad y certeza del comportamiento del Estado, de los límites a su actuación y de la ausencia de arbitrariedad. No obstante, la certeza en el mundo del Derecho nunca es absoluta; por ello en relación con los “derechos de propiedad” es necesaria la existencia de instituciones que reduzcan o eliminen la incerteza, que proscriban los comportamientos

arbitrarios y que garanticen que nadie será privado de su derecho sin su consentimiento. En la medida que estos últimos comportamientos tengan lugar, la reputación del Estado disminuye y con ella la confianza en los derechos y en particular en los de propiedad con todas las consecuencias que conocemos para el mercado de capitales (los recientes acontecimientos que han tenido lugar en Iberoamérica respecto a las inversiones extranjeras son una buena prueba de lo anterior).

2. Estado de Derecho y autolimitación del poder. La construcción del Estado de Derecho no es más que un mecanismo por el cual el Estado autolimita su actuación de conformidad con lo previsto en las leyes; con ello elimina la arbitrariedad y aumenta la confianza de los mercados. Sin embargo, como hemos dicho, la certeza no es absoluta, existe un margen de discrecionalidad que consiste en el paso de lo general a lo particular, del “deber ser” al “ser”, de la norma a la sentencia y de esta a la ejecución. La eliminación de esta incertidumbre se consigue con un pronunciamiento autoritario sobre el contenido y alcance de los derechos, en definitiva, sobre la protección que otorga el Estado. Este pronunciamiento corresponde en los Estados de Derecho realizarlo a los Tribunales, con lo que introduce un nuevo elemento de incerteza: la previsibilidad de los comportamientos de los Tribunales.

Al igual que para evitar la incerteza se han creado mecanismos para facilitar la prueba de la existencia y extensión de los derechos de propiedad, los Estados más avanzados han establecido sofisticados mecanismos para que sus declaraciones sobre derechos de propiedad vinculen anticipadamente a la jurisdicción. Con este mecanismo se ha compensado la creciente ampliación de los espacios de la jurisdicción, que ha caracterizado el Estado constitucional de derecho.

3. Estado fuerte y la protección de los derechos de propiedad como contenido del Estado mínimo. Hay que distinguir entre la fortaleza institucional de la organización estatal y la extensión del ámbito de sus funciones. Mientras que la fortaleza del Estado, capacidad de im-

poner el cumplimiento de las normas y decisiones, es una condición de posibilidad de los derechos de propiedad, la mayor extensión de las funciones estatales, el tamaño del Estado, no es una exigencia de la fortaleza del Estado (dependerá de la inmediatez del debate político y de la evolución de la sociedad). Por tanto, puede haber poco Estado y el Estado ser fuerte y, a la inversa, existir mucho Estado y este ser débil.

La aparición del Estado supone la existencia de una *res* pública, que no es directamente de un particular; y la fortaleza estatal es necesaria para evitar la captura por grupos, castas o corporaciones; dicho en otros términos, la patrimonialización del Estado por unos pocos, la confusión del interés público con el privado o del poder económico y el político. La debilidad o captura del Estado pondría al servicio del interés particular mecanismos públicos, y con ello los mecanismos de vinculación por anticipado de la jurisdicción en materia de derechos reales sin un previo control público (ejecuciones hipotecarias). La desigualdad en la sociedad se trasladaría al Estado y este se asentaría sobre el privilegio y no sobre el principio básico de su organización, que es la igualdad de los ciudadanos. La captura del Estado serviría para aumentar la desigualdad y disfrazar de interés público los intereses particulares.

Entre las funciones irrenunciables del Estado, aquellas sin las cuales se debilitaría el Estado o sin las que no existiría Estado de Derecho, se encuentra la protección y seguridad de los derechos con especial énfasis en el derecho de propiedad. Los economistas clásicos (A. Smith, J. S. Mill), frente a lo que generalmente se afirma, entienden que corresponde al Estado la garantía del cumplimiento de los contratos y la seguridad de la propiedad. Hoy la protección de los derechos de propiedad constituye una de las funciones mínimas que el Estado debe asumir (Banco Mundial, Informe sobre el desarrollo mundial 1997).

4. Estado, estructura de los derechos de propiedad y crecimiento económico. El Estado, al determinar la estructura de los derechos de propiedad se convierte en un factor deter-

minante para el crecimiento económico. Los incentivos o promesas de recompensa que necesitan los agentes económicos dependen de la estructura de los derechos de propiedad y ésta, como hemos dicho, es responsabilidad del Estado. Sin embargo, la historia demuestra que no siempre el Estado favorece una estructura eficiente, que no siempre hay crecimiento sino también hay estancamiento y declive económico. El Estado puede producir derechos de propiedad ineficientes (la concesión de privilegios a la Mesta por razones fiscales, en perjuicio de los agricultores, es un ejemplo clásico de una deficiente organización de los derechos de propiedad).

Aun así, el Estado es una necesidad social, pues el establecimiento de un marco normativo, la definición, protección y “enforcement” de los derechos no puede ser realizado por los particulares. El Estado goza del monopolio del uso de la fuerza y esto le otorga una ventaja respecto a los particulares que pretendiesen ejercer las mismas funciones. Además, esta función —definir y proteger los derechos de propiedad— el poder público la realiza a un coste inferior a los particulares.

Tanto el coste de definición del derecho cuanto el coste de negociación llevan consigo el coste de identificación de todos los perjudicados presentes o futuros y la prestación de su consentimiento; coste que resultaría excesivo y difícilmente realizado por los particulares. Además, existen también unos costes de conservación (aplicación) y otros costes de defensa o de hacer respetar los derechos, en especial el coste de exclusión ante las intromisiones ilegítimas. Los costes están interrelacionados entre sí de manera que si el derecho no ha sido adecuadamente definido o especificado no se podrá sustentar una demanda de exclusión por violación del mismo, y esto requiere la organización de los consentimientos y de esto depende la fortaleza del derecho.

5. Inconvenientes: costes de agencia y buscadores de rentas. El Estado precisa de unas instituciones y unos agentes (burocracias) para cumplir sus funciones y esto da lugar a un “coste de agencia” que en algunos supues-

tos pueden constituir o bien un obstáculo a la innovación y a la mejora institucional, o bien servirse de la estructura estatal en propio beneficio. También, en la medida que el Estado determina la estructura de los derechos de propiedad, existe la tentación por parte de los grupos de interés organizados de controlar el Estado, incrustarse en el mismo y capturar al regulador. Más de cuatro mil millones de ciudadanos en el mundo viven en Estados no sometidos al Derecho y, como se observa, el mercado no surge espontáneamente en un idílico estado de la naturaleza; sólo hay mercado con reglas y estas sólo son posibles en un marco institucional.

5. LA RESPUESTA PÚBLICA A LA GENERACIÓN Y NEGOCIACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

1. Introducción. Visto en el apartado anterior que la definición y protección de los derechos de propiedad es una función del Estado, corresponde ahora analizar las instituciones o mecanismos a través de los cuales el Estado logra dicho fin. El mercado exige que se dé respuesta a diferentes preguntas: a) ¿quién está legitimado para disponer?, b) ¿cómo hacer que los derechos sean exclusivos?, c) ¿cómo evitar la evicción?, d) ¿cómo conocer las cargas y gravámenes que afectan a un bien?, e) ¿qué es necesario para que la adquisición de un derecho sea inatacable? En definitiva, cómo se pasa del ámbito meramente obligacional a la fortaleza de los derechos reales y, además, a un coste de transacción razonable. La institución de la que se va servir el Estado es el Registro de la Propiedad y, en última instancia, los Tribunales de Justicia pues el Registro sólo cumplirá su misión: en la medida que el contenido de sus asientos sea tenido en cuenta por los Tribunales. ¿De qué manera cumple el Registro de la Propiedad los cometidos que tiene asignados? Éste va a ser ahora nuestro objeto de estudio.

2. Legitimación para disponer. El Registro ofrece un legitimado para disponer, identifica la

persona idónea con quien contratar de manera que nadie pueda ser privado de su derecho sin su consentimiento. En principio, protege la titularidad con una regla de propiedad (property rule), según la terminología de Calabresi y Melamed, aunque como enseñan estos mismos autores si los costes de transacción son muy altos, será preferible una regla de responsabilidad (liability rule). Por tanto, la identificación de las titularidades y determinación del “*verus dominus*” será un problema esencial estando su respuesta relacionada con el sistema registral.

3. Los riesgos de la evicción. Puede suceder que la calidad jurídica del bien inmueble adquirido no se ajuste a la ofrecida por el vendedor y se produzca un daño por evicción. La eficiencia del sistema exige que los daños sean asumidos por el que los hubiese evitado con más facilidad, es decir, a menor coste, y, por tanto, hay que diseñar medidas para que este evite el siniestro. En el ámbito inmobiliario, el que puede impedir a más bajo precio el daño de evicción (*best cost avoidance*) es el agente del siniestro que, a su vez, tiene los mejores incentivos para ocultarla. La evicción surge por la ignorancia de unos hechos pasados, que no necesariamente tuvieron lugar durante la titularidad del vendedor sino de cualquier eslabón de la cadena del que traiga causa. De este modo la evicción se vincula con la fiabilidad de la investigación de la titularidad del transferente y, por tanto, el mejor remedio para abordar el problema será la información abundante, exacta y barata. El Registro aparece como la institución que nos permite contratar sin temor a perder el bien adquirido por evicción, materia que estará estrechamente ligada con la calidad de la información.

4. La concurrencia de una pluralidad de derechos: la especialización funcional y la calidad de la información. La correcta definición de los derechos permite que sobre un mismo bien distintas personas ostenten derechos diferentes. La posibilidad de desmembrar el derecho de propiedad y separar distintas funciones aumenta la eficiencia económica de los recursos (propiedad y derecho de superficie, nuda propiedad y usufructo) porque permite

una asignación eficiente de los bienes y facilita la especialización funcional (propietario y arrendador cultivador; acreedor hipotecario y deudor empresario). Sin embargo, la existencia de una multiplicidad de derechos, cargas y gravámenes supone un aumento de los costes de búsqueda, negociación y obtención del consentimiento. Además, en la medida que los derechos pueden ser contradictorios o compatibles, es necesario invertir en costes para la resolución de conflictos; el problema se agrava si algunas de estas cargas son ocultas. Es necesario contar con instituciones que faciliten las búsquedas, la negociación y resuelvan la colisión de los derechos jerarquizando los compatibles y excluyendo, en su caso, los incompatibles. La multiplicidad de derechos pone de relieve la necesidad de contar con una información fiable y barata, pues no todas las informaciones son económicamente eficientes; únicamente lo serán cuando el coste de su obtención sea inferior a su utilidad. La realidad muestra en el ámbito inmobiliario que los privados no producen una información de la misma calidad que los sistemas registrales: no pueden hacer una inquisición general fiable y, además, en un mercado como el inmobiliario la velocidad y la agilidad vuelven obsoleta la información en un breve lapso de tiempo. La información será fiable y de calidad si el pronunciamiento sobre la existencia de derechos es inatacable (irreversible) y esto último dependerá del modelo de sistema registral. No todos los registros ofrecen la misma calidad de información porque tampoco tienen la misma fuerza sus asientos.

5. La inatacabilidad. Los derechos reales vinculan a todos y, por tanto, tienen carácter absoluto. Nadie puede estorbar o impedir el uso o goce que prometen. Si el derecho es irresistible frente a muchos pero hay alguien ante el cual sucumbe, pierde el carácter absoluto y se convierte en relativo; del ámbito real pasamos al obligacional. En Roma, el único medio que otorgaba una propiedad de carácter absoluto y, por tanto, que eliminaba cualquier otro derecho incompatible era la *usucapio* (Buckland). No quedaba rasgo de relatividad. En cambio, cuando se trata simplemente de probar que un

título es mejor que otro (*maius ius*) pero sin poder declarar que es el “único título”, nos encontramos ante el ámbito de la posesión pero no de la propiedad. El otro medio por el que podemos obtener un derecho inatacable es por medio de una declaración judicial. El derecho es seguro cuando ha sido aceptado por todos y esto históricamente tiene lugar en un procedimiento de purga en el que todos los interesados, conocidos o no, son genéricamente intimados a un proceso. A través de este proceso fingido, se extingue todo derecho contradictorio con el nuevo que nace. Sin embargo, estos mecanismos de seguridad resultan inadecuados para el mercado inmobiliario actual, que no puede esperar los plazos de la usucapión para obtener la seguridad ni tampoco puede realizar un procedimiento judicial de purga para cada transacción porque resulta antieconómico. No obstante, la respuesta pasa por una declaración del poder público que se asimile a una declaración judicial en un procedimiento sumario y que produzca los efectos de una usucapión abreviada. En definitiva, se trata de articular un mecanismo seguro, barato y sencillo.

La mayor o menor fortaleza de los derechos reales se determina a través de su eficacia ejecutiva. Se muestran como superiores aquellos derechos cuyo “enforcement” es posible a un menor coste, y ese coste se reduce cuando se restringen considerablemente las posibilidades de contradicción o de oposición al derecho. Pero este ahorro “ex post” en el proceso de ejecución se logra a través de una mayor complejidad y encarecimiento del proceso de constitución “ex ante”. El control del poder público en la constitución del derecho se compensa con una facilidad mayor para la ejecución como se observa con el derecho real de hipoteca.

6. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO “SELLO DE CALIDAD” O COMO “PATENTE”

La respuesta a los problemas enunciados en el apartado anterior está indisolublemente

unida a la opción por un determinado sistema de Registro de la Propiedad. No todos los Registros de la Propiedad responden del mismo modo y ni con la misma intensidad a los problemas planteados. En la medida que algunos de estos aspectos (legitimación, evicción, inatacabilidad) no queden resueltos, existirá un ámbito que propiciará la intervención de algunas profesiones jurídicas o compañías de seguros para suplir las insuficiencias del modelo. Por ello, no es de extrañar que históricamente estas profesiones o actividades se hayan opuesto al establecimiento de los Registros de la Propiedad, dificultado su desarrollo y que, aun hoy, propugnen la vuelta a modelos de Registros débiles, con toda la regresión que ello supone.

1. El Registro de Documentos como “sello de calidad”. El Registro de prioridad, también llamado Registro de Documentos o “Register of Deeds” no es prueba de la propiedad. El Registro no incorpora ningún juicio sobre la validez de lo publicado y por ello acceden los documentos aunque se refieran a derechos contradictorios. El Registro confiere prioridad y su principal efecto es la oponibilidad. Aunque en este sistema prevalecen los documentos sobre los asientos, cuando surja un conflicto entre varios contratos procedentes de un mismo causante se atenderá a la fecha del Registro y no a la de los contratos. En este sistema no hay cierre y, por tanto, los derechos contradictorios pueden acceder al Registro; tampoco hay tracto (en Italia hay una figura próxima y en Francia similar) y por ello no es preciso adquirir de titular inscrito; lo reflejado en la Conservaduría no es inatacable, puede ser vencido por otro derecho aunque no haya accedido al Registro; ni siquiera hay legitimación para disponer pues los asientos no gozan de una presunción de veracidad y exactitud; en definitiva, hay oponibilidad pero no fe pública.

La existencia de un débil control de entrada, generalmente distinto del de salida, permite que se publiquen cadenas de titularidades contradictorias. El último propietario puede ver derrumbarse su derecho no sólo porque su

título de adquisición esté viciado, sino también porque lo esté el de cualquiera de los eslabones anteriores de la cadena en que se sustenta. El título actual nunca se convalida, el Registro no lo protege de la nulidad de los títulos de los que traiga causa. Declarado nulo un título, se produce el “efecto dominó” y todos los posteriores caen, y cuando esto ocurre, recobra toda su fuerza la titularidad contradictoria que resultaba de otra cadena y parecía de menor vigor.

En las Conservadurías o Registros de Documentos no hay una atribución segura de derechos porque: 1) todos los documentos han sido admitidos, no ha existido un intenso control de entrada; 2) no ha tenido lugar una depuración de los derechos ni han sido eliminados los contradictorios, no hay tracto ni cierre; 3) todos los asientos están vivos y, por tanto, el fallo de cualquiera de ellos puede hacer caer todos los posteriores de la misma cadena. Por consiguiente, la información que suministran al mercado estos Registros no puede nunca tenerse por cierta; existe un margen de incertidumbre porque falta una declaración irreversible sobre el derecho. Si los datos de los que se parte no son inatacables la información no puede ser segura.

Las insuficiencias de este sistema intentan ser suplidas por la actividad de otros profesionales que, bajo diferentes denominaciones (notario, solicitador, conveyancer, abogado o compañía aseguradora de títulos) prestan asesoramiento, investigan los títulos, dictaminan sobre los defectos y la calidad de los títulos y, en algunos casos, ofrecen seguros de títulos. Frente a los sistemas de “private conveyancing” el Registro de Documentos supone un avance porque al contener depositados o transcritos los documentos y atribuirles prioridad facilita las investigaciones y búsquedas. Falta, sin embargo, un juicio del poder público sobre el derecho y mientras no exista hay que recurrir a los servicios de profesionales y, en muchos casos, contratar seguros y fianzas. La labor de investigación se ve facilitada actualmente por el empleo de las nuevas tecnologías, por la existencia de índices o ficheros de fincas

y por la introducción del tracto o figuras similares en algunos sistemas, aunque no del cierre registral.

La lógica del sistema es la publicidad de los títulos, prevalecen los títulos sobre los asientos registrales, existe un amplio campo para la actuación de las profesiones dedicadas al “conveyancing”, pues la falta de una garantía estatal de los derechos hace que los títulos tengan que ser investigados retrospectivamente en cada transacción asumiendo el riesgo y, por tanto, el coste el nuevo adquirente. La falta de una información depurada, la no existencia de una declaración del poder público sobre el derecho, impiden que la información procedente de este Registro sea “patentable” y, por ello, consideramos que se trata simplemente de un “sello de registro” que se concede a todos los derechos que entran en el Registro sin que ello suponga que “cada finca tenga un solo propietario y cada derecho un solo titular” (Pardo). Y aun en el caso de que así fuera, el derecho que no goza del “sello registral” podría prevalecer pues no existe un pronunciamiento “ex ante” del poder público que lo haga inatacable.

2. El Registro de Derechos como “patente”. En el Registro de tráfico, de fe pública o Register of Title, el asiento es la prueba del derecho. No todos los derechos pueden acceder, únicamente entran los válidos. La facultad de exclusión, característica de los derechos de propiedad, se manifiesta en el “cierre registral”: los derechos incompatibles o contradictorios con el derecho inscrito no entran en el Registro. La especialización que caracteriza los derechos reales exige la correcta definición de los mismos y esto se plasma en el ámbito registral en el principio de especialidad que exige que los derechos sean claros y determinados. El Registro responde de modo oficial a la pregunta ¿quién es el titular del derecho? Confiere el título de dueño; no dice que en determinada fecha un sujeto celebró un contrato sino que declara oficialmente quien es actualmente el titular. Esto último es la consecuencia de la presunción de exactitud del derecho que resulta de los asientos registrales, de la que carecen los Registros de Documentos, y que recibe el

nombre de principio de legitimación registral. Además de ofrecernos un legitimado para disponer, si el titular actual adquirió cumpliendo lo exigido por el ordenamiento jurídico (buena fe, a título oneroso, de titular inscrito e inscribe), la adquisición tiene carácter inatacable (conclusive o indefeasible). La legitimación, junto con la fe pública registral, permite afirmar que el derecho es lo que consta inscrito en el Registro y, por tanto, el asiento es el título (the register is the title).

Los anteriores efectos pueden conseguirse porque existe un control público de entrada que impide el acceso de cualquier derecho. Este control, que comprende no sólo aspectos formales sino también materiales, varía en los diferentes países según el sistema de transmisión de la propiedad (causal o abstracto). Es por ello que la información que procede de este modelo registral está basada en pronunciamientos seguros del poder público y por tanto las informaciones son consideradas ciertas y merecen credibilidad. Sólo son seguras las informaciones que contienen los libros del registro, porque sólo de ellas garantiza el Estado su fiabilidad (State guarantee). Este mecanismo, de atribución inatacable de derechos y el correspondiente sistema de información, sólo es posible en virtud de una decisión institucional sin que pueda ser realizado por el mercado. La dificultad de alcanzar acuerdos cooperativos debido a la indeterminación del número de propietarios pone de manifiesto que el mercado no puede cubrir la información socialmente necesaria. Ha sido la existencia de incentivos de carácter público (ventajas, sanciones o restricciones) lo que ha permitido la creación de los registros.

El papel de las profesiones que intervienen en las transacciones inmobiliarias cambia completamente en relación con el Registro de documentos; los incentivos también son distintos. El Registro ofrece un propietario para cada finca, no es necesario contratar el dictamen de un jurista ni el seguro de una compañía. El Registro ofrece los derechos depurados y “auditados”: dejan de ser necesarios unos servicios altamente especializados. El Registro dictami-

na sobre la calidad del derecho y lo garantiza. Sin embargo, hay siempre una necesidad de autenticación para evitar fraudes y falsedades (Gómez de la Serna en sus comentarios a la primitiva Ley de 1861 admite la aportación de documentos no notariales extranjeros siempre que se garantice su autenticidad). La aparición de la firma electrónica entendida como un mecanismo de autenticación documental (Land Administration in the UENECE Region, Comité Económico para Europa de las Naciones Unidas) viene a responder a esta necesidad y no es casualidad que hayan surgido importantes resistencias a su desarrollo. Las mismas resistencias que en el pasado dificultaron en diferentes países la implantación de un sistema de Registro de Derechos y, todavía hoy, dificultan su desarrollo o favorecen su regresión.

La fe pública es una decisión institucional que evita la incertidumbre. El titular del derecho es el que declara el Registro, aunque con ello la “regla de propiedad”, según la cual, sólo a través de un acuerdo se puede desalojar al titular, sea reemplazada por una “regla de responsabilidad”, que permite puede privarse al titular por medio de una indemnización fijada objetivamente. El fundamento económico de la fe pública se encuentra, por un lado, en la necesidad de proteger el uso más valioso. La asignación de los usos más valiosos se facilita negando a los propietarios un remedio de prohibición contra las invasiones y limitando el remedio al pago de daños, en un contexto de costes de transacción elevados, como acontece en el mundo de intercambios impersonales en el que las partes no se conocen y carecen de información. Por otro lado, la certidumbre que requieren los mercados exige que terceras partes no puedan alterar los atributos de los derechos inscritos y, por tanto, la información que obtengan del Registro sea completa y definitiva. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la fe pública y la legitimación son presunciones de derechos de origen legal; presumen la existencia actual de un derecho prescindiendo, una vez practicado el asiento, de todos los documentos que contengan la referencia a un hecho o negocio que aconteció

en el tiempo. Así el Tribunal Constitucional en la Sentencia 87/1997 de 24 de abril, en su FJ 5 señala *“En efecto, en un sistema de registro de inscripción y no de transcripción, como el que tradicionalmente ha imperado e impera en España, los documentos “en virtud de los que se practican los asientos”...agotan sus efectos ante el registro al servir de base para la calificación e inscripción registral. A partir de ese momento, al practicarse el asiento, es ese acto el que produce los efectos propios del registro... constitutivos, de presunción de exactitud, de publicidad, de fe pública registral, de inoponibilidad”*. En cambio, la prueba de los hechos compete a la actuación de los fedatarios públicos y no comprende la ausencia de hechos excluyentes o destructores. Las inscripciones registrales, como presunciones de derechos, son afirmaciones de derechos o relaciones jurídicas como existentes o no existentes. La fe pública opera como una presunción legal “absoluta”, “inderrotable” o “concluyente” en la terminología de Taruffo.

En el Registro de Derechos prevalece el asiento sobre los documentos y esto supone un cambio trascendental respecto al Registro de documentos. El esquema según el cual el Registro es un mecanismo para publicar los documentos que le llegan es superado cuando el Registro realiza una atribución de derechos y por tanto confiere un título inatacable que resulta de un procedimiento tabular. La publicidad no es el aspecto más importante del Registro; sin desconocer su importancia, lo determinante es el procedimiento de generación de titularidades de derechos con la garantía del poder público. Mientras que en el sistema de las conservadurías la investigación es retrospectiva, de manera que en cada transacción es necesario examinar la cadena de títulos, en el Registro de Derechos basta examinar el último asiento. El título no se deduce históricamente sino que resulta del pronunciamiento tabular. No es tanto una investigación cuanto una verificación. El asiento es autosuficiente en cuanto al derecho, contiene toda la información relevante. No hay que mirar “detrás” del Registro, principio del telón (curtain principle). Cada asiento supone una nueva atribución y por

ello sólo interesa el último; tiene lugar un corte con la situación anterior. Es por ello que las inscripciones se extinguen en cuanto a tercero por la inscripción de transferencia del dominio o derecho real inscrito a favor de otra persona —art. 76 LH—. La realidad jurídica es la que refleja el Registro (principio del espejo o mirror principle), salvo las excepciones a la fe pública (overriding interests), y el pronunciamiento registral sobre el derecho goza de la garantía estatal (State Guarantee). En caso de error la indemnización correrá a cargo del sistema registral (insurance principle) pero el que ha confiado en el Registro será mantenido en su adquisición (fe pública, indefeasibility). El principio romano “nemo dat quod non habet” es sustituido por la fe pública. La nueva lógica supone una redefinición de las funciones de los profesionales de la contratación en relación con el Registro, a los primeros les corresponden los aspectos contractuales mientras que al segundo le corresponden los aspectos reales. En este sistema el título es “fabricado” por el Registro y así en la terminología anglosajona se habla de “Title by Registration”. Supone una ruptura con el modelo anterior y la aparición de un nuevo mecanismo que transforma todo el proceso de transmisión de los derechos reales cuando la propiedad está inscrita.

Es por ello, que los pronunciamientos del Registro pueden ser patentados pues en ellos se ha eliminado la incertidumbre, tienen carácter inatacable y gozan del respaldo del poder público. Sólo las patentes proporcionan protección contra cualquier duplicación de la invención al igual que sólo el Registro de Tráfico evita la duplicación de los titulares de los derechos. Asimismo, las patentes no pueden ser registradas sin un previo examen, con el fin de evitar la concesión de patentes de dudosa validez. Prueba de ello es el hecho de que la llevanza del Registro de Patentes de EEUU durante el período 1793 a 1836 sin ningún control público de acceso se saldó con el colapso y fracaso de la institución. De igual modo, tampoco puede funcionar un Registro de Tráfico sin un previo control para evitar la existencia de derechos de dudosa validez o eficacia claudicante

El Registro de Derechos es una solución pública al tráfico inmobiliario; supone un grado mayor de intervención del Estado que el Registro de Documentos, pues realiza un juicio sobre quién es el titular del derecho y además lo garantiza. El poder público asegura el derecho y esta actividad no puede ser realizada por el mercado y, como veremos en el siguiente apartado, el poder público realiza esta actividad de modo más eficiente que el mercado.

7. LA INTERVENCIÓN PÚBLICA A TRAVÉS DEL REGISTRO DE DERECHOS ES MÁS BENEFICIOSA PARA LOS CONSUMIDORES

Las ventajas que ofrece el Registro de Derechos a los consumidores, por contraposición al Registro de documentos, han quedado constatadas en numerosas ocasiones a través de diferentes estudios. A continuación se exponen algunos de los trabajos más significativos en este campo.

1. Registro de Documentos versus Registro de Derechos: ventajas y desventajas. El Registro de Documentos presenta aparentemente como ventajas: la mayor sencillez de su procedimiento y por tanto el menor coste; el carácter voluntario de la purga y del examen de los títulos. El carácter voluntario de la purga y el examen de los títulos no son una exigencia legal del sistema y, por tanto, tendrían carácter opcional. Según los economistas, esto fomentaría la aparición de un sector privado que prestaría servicios de examen de títulos, subsanación de defectos y aseguramiento. En principio, la competencia entre los distintos prestadores de servicios debería fomentar una reducción de precios, una mayor adaptación a los cambios y el empleo de las nuevas tecnologías.

Sin embargo, la realidad desmiente las supuestas ventajas. No existe la pretendida reducción de costes: la evidencia empírica muestra que el precio del Registro de Documentos no

es inferior al precio del Registro de Derechos. Además, los servicios de notarios, abogados, conveyancers o compañías de seguros son superiores en el modelo de Registro de Documentos como resulta del *Doing Business 2009* del Banco Mundial. Tampoco la competencia produce los efectos deseados pues las profesiones, ya sea la notarial, o las empresas dedicadas al "title insurance" están fuertemente reguladas y acaban creándose monopolios naturales. Los precios están regulados y existen barreras de entrada ("Study Conveyancing Services Market" coordinado por el Centre of European Law and Politics ZERP para la Comisión Europea). Y por último, el examen voluntario de los títulos conduce en la práctica a un examen en cada transacción con las duplicidades que ello supone, sin que nadie asuma el riesgo del examen previo que no deja de tener carácter privado, ya lo realice el dictaminador de la compañía de seguros en Estados Unidos o el notario en Europa.

En cuanto al Registro de Derechos presenta como ventaja su mayor seguridad, pero como desventaja se dice que es más caro y también, dada su mayor complejidad, más lento. La mayor seguridad de este Registro es generalmente admitida, en especial, por la doctrina de aquellos países en los que conviven los dos modelos aunque con predominio del Registro de Documentos como son Italia, Francia y Estados Unidos. En lo referente a los costes ya hemos anticipado que es más barato no sólo por los costes de transacción explícitos sino también por todos aquellos costes que elimina. Los datos sobre costes están recogidos en los Informes de la Federación Hipotecaria Europea, del Banco Mundial y del ZERP. También la lentitud del sistema viene desmentida por los datos recogidos en los Informes antes mencionados.

2. Informe de la Federación Hipotecaria Europea 2003 titulado "Study on the Financial Integration of European Mortgage Markets" elaborado por Mercer Oliver Wyman. Entre las variables que son tenidas en cuenta para analizar el desarrollo del mercado hipotecario se encuentran: a) costes operativos asociados a los procesos de formalización y registro de

hipotecas; b) tiempo de registro de las hipotecas; y c) tiempo de ejecución o recuperación de las garantías. Comparando los cinco mayores países de la Unión Europea el resultado es el siguiente: el coste operativo sobre el saldo del crédito hipotecario en los países con Registro de Derechos (Alemania 0,43, Reino Unido 0,40 y España 0,38) es inferior al de los países con Registro de Documentos (Francia 0,72 e Italia 0,68); el tiempo medio de Registro de las hipotecas, contado en meses, es superior en los países con registro de documentos (Italia 1,2, Francia 1) que en los que existe un Registro de Derechos (Reino Unido 0,75, Alemania 0,35 y España 0,20); también el tiempo medio de ejecución de las garantías hipotecarias es superior en los países con Registro de Documentos (Italia 5 años) que en los países con Registro de Derechos (Reino Unido y Alemania 12 meses y España 9 meses) aunque esta última variable depende no sólo del sistema registral sino también del funcionamiento del sistema judicial y del tipo de procedimiento de ejecución.

3. El informe de la Federación Hipotecaria Europea 2005 titulado "Study on the cost of Housing in Europe". El estudio analiza los costes de transacción ligados a la adquisición de una vivienda en la Unión Europea y en particular los costes legales de la intervención de solicitors o notarios, por un lado, y los costes de registro por otro lado. En los países con Registro de Documentos (Bélgica, Francia, Grecia e Italia) el coste de la intervención de los solicitors o notarios supone el 1,9% del valor de la transacción mientras que en los países con Registro de Derechos (Dinamarca, Inglaterra, Alemania, España y Suecia) representa el 0,36%. Los costes del registro también son notablemente superiores en los países con Registro de Documentos 0,90% respecto a los países con Registro de Derechos 0,39%.

4. Doing Business 2009 del Banco Mundial. Los costes y trámites necesarios para registrar una propiedad es una de los aspectos que analiza el Banco Mundial en su informe anual "Doing Business". Comparando la situación de los Registros en las cinco principales economías de la UE —Alemania, Francia, Reino

Unido, Italia y España— se observa que el Registro español presenta los costes de transacción más reducidos. Para una compraventa estándar de un inmueble valorado en 1.145.125 € los costes del Registro español son 457 € mientras que en Francia e Italia, ambas con un Registro de Documentos, ascienden a 1.145 € y 1.004 € respectivamente. Sin embargo, más significativos son los costes de la intervención notarial que no baja en ningún país con Registro de Documentos de los 3.500 €. De las cinco principales economías, Francia es la que presenta unos costes notariales más elevados: 9.447 €. En el caso italiano, el notario además de cobrar 4.1094 € por la redacción del documento, incrementa sus honorarios en otros 1.700 € por investigar el título. En cambio, en España, donde no hay necesidad de investigar el título, el coste de la intervención notarial se reduce a 708 €. Este coste es más reducido en Austria, país en el que existe un Registro de Derechos, donde la intervención notarial es facultativa y únicamente se exige que las firmas estén autenticadas, cobrándose 111,30 € por firma autenticada. Distinto es el caso de los países en los que existe un Registro de Derechos y no se requiere la intervención notarial —Inglaterra, Dinamarca y Suecia—, pero en los que las transacciones se realizan habitualmente con la intervención de solicitors, como ocurre en Inglaterra. Sin embargo, este coste no ha sido tenido en cuenta en el informe.

Siguiendo con la comparación de las cinco economías más importantes, también es el sistema español el que practica los asientos en un tiempo más reducido, 18 días frente a los 113 días en los que se demora el procedimiento en Francia. También el número de trámites necesarios para registrar una propiedad es más elevado en países como Francia (nueve trámites) o Italia (ocho trámites). No obstante, dentro de los Registros de Derechos existen divergencias en cuanto a honorarios y tiempo, pero ello está relacionado con el modelo de gestión en la prestación del servicio; en otras palabras, con los costes de agencia.

5. Estudio sobre "Conveyancing Services Market" 2007, realizado por el Zentrum für

Europäische Rechtspolitik (ZERP) de la Universidad de Bremen y otras instituciones, por encargo de la Comisión de la Unión Europea, conocido como el “informe de Bremen”. Según este estudio, los costes de transacción, en una enajenación de un bien inmueble por valor de 250.000 €, referidos a la intervención de profesiones legales —notarios o abogados— y referidos a los países antes señalados, son los siguientes: Italia 1,38%, Francia 1,18%, Alemania 0,58%, Inglaterra 0,54% y España 0,48%. De nuevo los países con Registros de Documentos o Conservadurías presentan los costes más altos por la intervención de notarios u otros juristas, costes superiores al 1%. Esto mismo acontece en otros países con Conservadurías como son: Bélgica 1,23% y Grecia 2,6%. Por tanto, no es casualidad que el estudio recomiende los Registros de Fe Pública bajo la terminología “positive publicity”, porque sólo este modelo de Registro garantiza la adquisición inatacable del que adquiere confiando en el Registro. Es el Registro y no la intervención de un notario u otro profesional quien garantiza “the definitive substantive legality of the transaction under substantive law”. El Registro garantiza el carácter inatacable del derecho, protege de la evicción (“the absence of successful claims e.g. for restitution”). Ante la fuerza e importancia de los efectos que derivan del Registro, el estudio recomienda que en algunos Estados se reorganicen y se les dote de un mayor número de juristas.

6. En todos los informes y estudios se observa atendiendo a los datos empíricos que los Registros de Derechos reducen a la mitad los costes derivados de la intervención de notarios, solicitors u otras profesiones que participan en la fase contractual. Las investigaciones y exámenes retrospectivos de los títulos desaparecen. En general, también resultan más bajos los costes de registrar en un Registro de Derechos, aunque este dato más que ser una consecuencia del sistema depende de la manera de organizar la gestión. En definitiva en el Registro de Derechos son menores no sólo los costes de transacción explícitos sino también los implícitos; esto es, todos aquellos que evita

o ahorra por la depuración que realiza de la propiedad y fortaleza de sus pronunciamientos.

Si, desde el punto de vista doctrinal, los autores reconocen la superioridad del Registro de Derechos respecto del Registro de Documentos, en particular los autores de aquellos países en los que conviven los dos modelos, y también los datos empíricos muestran la mayor eficiencia en términos económicos de un modelo sobre otro, la pregunta es obvia: ¿por qué no ha triunfado legislativamente en todos los países el Registro de Derechos? Y lo que es más grave ¿por qué en los países en los que existe un Registro de Derechos que funciona eficientemente hay intentos de regresión, de vuelta al sistema de las conservadurías? El problema no es nuevo y ni siquiera es particular de España. La historia muestra que los Registros de la Propiedad se establecieron con la oposición de los solicitors, notarios, grandes propietarios o compañías de seguros, así aconteció en Francia, Inglaterra, Australia y Estados Unidos. El caso inglés es paradigmático; los solicitors pactaron no oponerse al Registro siempre que sus honorarios por la contratación aumentasen entre un 50 y 350%; el Registro sirvió para facilitar el trabajo de los solicitors, pero los costes de la contratación aumentaron para los ciudadanos. Los solicitors se apropiaron de las rentas que generaba el Registro al mantener inicialmente el monopolio de la contratación inmobiliaria, con lo cual, más que para beneficiar a los ciudadanos, el Registro sirvió para facilitar el trabajo de los solicitors.

La estrategia frente al Registro presenta unas pautas que se repiten en los distintos países: en una primera fase existe una oposición frontal a la implantación de los Registros, pero en una segunda fase, cuando estos parecen inevitables, se pasa a propugnar los Registros de Documentos o Conservadurías. Además, en las épocas de crisis inmobiliarias o fluctuaciones del mercado surgen situaciones de ansiedad e inseguridad. En España, la situación no es muy distinta a la vivida por otros países; en los años cuarenta algunos creyeron a Nuñez Lagos cuando decía que “toda orga-

nización del Registro de la propiedad debe ser vigilada por el notariado”; pero hoy, cuando el Registro cumple su función de control público independiente y, por tanto, los documentos autorizados por notario son objeto de calificación, surge la nostalgia por el sistema de las conservadurías que existe en otros países de la Unión Europea. Basta con observar la posición oficial del notariado español recogida en el informe del Consejo General del Notariado a la hoja de ruta prevista en el apartado vigésimo tercero del Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de agosto de 2008.

8. LA NECESIDAD DE CONTROLES PÚBLICOS NEUTRALES

1. Planteamiento de la cuestión. Los controles son necesarios en la medida en que benefician a todos, pero no cuando sólo benefician a los titulares de un “interés especial” en perjuicio del “interés de todos”, fenómeno que puede dar lugar a la tiranía de los controles. Se trata de controles en los que “nadie pierda”, en los que según la teoría de los juegos las situaciones de suma no nula se transformen en sumas positivas: se proteja la seguridad del tráfico y con ello la seguridad del derecho.

Partiendo de esta idea general, observamos que en el ámbito inmobiliario registral tales controles existen, si bien no muestran siempre la misma intensidad. Tal intensidad se muestra como directamente proporcional a la fuerza de los asientos registrales. En el caso del Registro de Derechos, los controles y los efectos son más fuertes que en el Registro de Documentos. La Fe Pública o indefeasibility es la máxima expresión de estos efectos, dando lugar a una situación inatacable a favor del que ha adquirido confiando en el contenido del Registro y ha cumplido los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico, que puede llevar a una “adquisición a non domino” o lo que algunos llaman “efecto expropiación”. El crear títulos ejecutivos de base registral en los que se reduce

el derecho de defensa o el reforzamiento de los existentes es otro poderoso efecto del Registro. Pues bien, la posibilidad de que tenga lugar una “adquisición a non domino”, así como la reducción de los medios de defensa, exigen un riguroso control de entrada para evitar que acontezca el “efecto expropiación” y que resulte razonable la limitación de las causas de oposición. En otras palabras, la fortaleza de los efectos está en estrecha relación con rigor del procedimiento de creación de títulos amparado por el Estado llamado procedimiento registral. Por este motivo interesa ahora examinar los controles del procedimiento registral y la función que cumplen. La limitación o retraso de la tutela judicial sólo puede justificarse por la existencia de un control en el procedimiento registral.

2. Acto administrativo y acto registral. Tanto los actos administrativos cuanto los registrales proceden del poder público (y son expresión de la actuación del Estado como tercero imparcial). Los efectos con los que el ordenamiento reviste a ambos son muy semejantes: a) presunción de legalidad (art. 57 de la LRJAEPAC y art. 38 de la LH); b) irrevocabilidad de las declaraciones de derechos que en ellos se contienen en beneficio de terceros de buena fe (art. 106 de la LRJAEPAC y art. 34 de la LH); c) habilitan para la ejecución sumarisima de los derechos reconocidos (arts. 94 y 111 de la LRJAEPAC y art. 692 de la LEC).

Sin embargo, estos efectos generalmente admitidos en relación con los actos administrativos, por ser la administración portadora del interés público, plantean el interrogante de por qué admitirlos en las relaciones entre privados. ¿Qué razón lleva a que el Estado conceda a un ciudadano frente a otros la presunción legal de existencia del derecho, el carácter inatacable del derecho declarado y el poner toda la coacción del Estado a su favor en contra de cualquier otro?

La respuesta está en el riguroso examen, no sólo de los aspectos formales sino también materiales, al que se someten los derechos que pretenden obtener el respaldo estatal derivado del pronunciamiento registral. El Tribunal Consti-

tucional al plantearse la constitucionalidad de procedimiento de ejecución hipotecaria de carácter sumario que tiene su fundamento en el asiento registral dice, en la Sentencia 41/1981 de 18 de diciembre, que “*la posición del acreedor está compensada con las garantías registrales que la ley concede*” y en el mismo sentido añade “*la defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también, durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar el procedimiento registral*” (FJ 7). La ausencia de este control supondría la concesión a los particulares de poderes de naturaleza pública. Y llevaría a la paradoja de que lo que el Estado no se permite cuando defiende el interés público lo estaría admitiendo cuando se concede ese mismo poder a un particular, en defensa de un interés privado, frente a otro particular.

3. ¿Puede el mercado realizar este control en régimen de libre competencia? Los escándalos protagonizados por las empresas Enron, Adelphia, WorldCom, en los que la contabilidad no reflejaba la situación real (el 40% de las inversiones de WorldCom eran ficticias), pusieron de manifiesto las insuficiencias de la actuación de las auditoras elegidas por la propia firma auditada, elección que les reportaba importantes retribuciones y con ello el interés en agradar a la empresa que les había contratado. En definitiva, fallaba el incentivo. Esto no significa que siempre las empresas de auditoría actúen incorrectamente, sino que cuando deseen hacerlo no encontrarán obstáculos sino todo lo contrario. Un comportamiento similar en la actual crisis financiera han tenido las agencias de rating: han otorgado calificaciones de triple A a productos financieros que se han revelado tóxicos. Sin embargo, aunque una agencia de rating hubiese querido actuar correctamente, la posibilidad de elegir otra se lo hubiese impedido, como nos recuerda Krugman. También resulta un obstáculo el que las agencias presten asesoría en el diseño de los productos y después emitan una valoración del mismo producto en cuya ingeniería han participado.

En cualquier caso, el problema es idéntico: las empresas eligen al auditor o agencia de rating, el perjudicado por los informes o calificaciones resulta ser un tercero, el inversor al que se le proporcionan datos erróneos para tomar sus decisiones, mientras que el beneficiado por el comportamiento es la misma sociedad que elige. A lo anterior se añade que se ha dificultado desde el propio gobierno a los organismos públicos el ejercicio de sus funciones de supervisión, bien privándoles de medios, bien reduciendo el personal cualificado, y también se han cambiado “las reglas del juego” provocando confusión y vacíos normativos que han permitido surgir las prácticas nocivas. Si esto ha ocurrido respecto de unas agencias o empresas auditoras que sólo emiten una opinión o juicio, el problema se agrava cuando se trata de atribuir derechos con eficacia frente a todos.

La existencia de efectos externos derivados de los asientos registrales impide que se atribuya sólo a una parte, portadora de uno de los intereses en juego, la elección del calificador. En el procedimiento registral no existe sólo el interés del que pretende la inscripción “*en el Registro cuando entra un derecho es porque sale otro y los asientos siempre benefician y perjudican al mismo tiempo a personas con intereses distintos y generalmente contradictorios*” (Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, Sección decimoséptima, 22 de enero de 2008). Además, los derechos de propiedad, como hemos visto, se caracterizan por ser exclusivos y ello supone necesariamente la existencia de intereses antagónicos. La libertad de elección protegería sólo al que pudiese elegir. Es por ello que la libertad de elección sólo sería admisible si en la elección participasen todos los afectados por el asiento.

Sin embargo, organizar un sistema en el que participen todos los afectados y la inscripción produzca efectos “*erga omnes*” sería complejo y con unos altos costes de gestión, los afectados pueden ser terceros inscritos o no, y estos últimos pueden estar determinados o ser indeterminados. La función de control no puede estar sujeta a la elección del mercado, y el Registro organiza un procedimiento sumario con el que

obtener y representar los consentimientos de todos los afectados.

Lo contrario sería poner a disposición de una parte la posibilidad de crear títulos con precisiones de legalidad, con carácter inatacable y con una tremenda fuerza ejecutiva. No sería coherente que el Estado, para concederse a sí mismo un título con eficacia ejecutiva, tuviese que seguir unos trámites y, en su caso, respetar las garantías de los administrados según la LR-JAEPD (que comprenden la libertad de prueba, la llamada a los perjudicados y la contradicción), y que dispensase de ese procedimiento cuando se trata de un particular contra otro y le concediese un título dotado de la misma fuerza. No es admisible que la función de control se conceda a un privado o a un funcionario con clientela, elegido por la parte beneficiaria del título que se pretende crear. Esto equivaldría a privatizar el control pero manteniendo los efectos públicos. De este modo, los negocios de los operadores más fuertes conseguirían la protección del Estado. Así, por ejemplo, en materia de hipotecas los diseños contractuales que salen de las asesorías de los bancos obtendrían una declaración del poder público susceptible de ser ejecutada por el juez como si de una sentencia se tratara. Esto difícilmente superaría un juicio de constitucionalidad. En este sentido, comprobamos que el ejecutivo hipotecario, de base registral art. 130 LH, tiene muy limitado el derecho de defensa art. 695 LEC a diferencia del ejecutivo ordinario (basado en un título notarial o una letra de cambio), en el que el demandado puede hacer valer todas las excepciones de fondo y forma admisibles en Derecho (arts. 557 y ss; y art. 613 y ss de la LEC). Los títulos de origen administrativo tienen una especial fuerza ejecutiva porque defienden el interés público y por tanto, cuando títulos de similar fuerza se ponen a disposición de un particular frente a otro han de cumplirse, como mínimo, las garantías institucionales básicas que se exigen para los públicos, entre ellas, un control imparcial.

4. El control público neutral ejercido por el Registro es la respuesta en el Derecho comparado. El Registro de Derechos no es una

peculiaridad de los países de tradición jurídica germánica, sino que se encuentra también en los países pertenecientes a la familia anglosajona y también en la escandinava. Es un tópico carente de base en el ámbito registral contraponer los sistemas de seguridad de tipo latino-germánico frente al anglosajón. El sistema registral español se parece más al sistema inglés que al sistema francés. Mientras que en un gran número de Estados en los Estados Unidos tienen un sistema registral similar al francés, salvo aquellos en los que perdura un sistema Torrens, que son minoría.

El control de acceso que realiza el Registro español es similar, pese al tópico de presentarlo como excepcional, al que tiene lugar en Europa; bien sea en países pertenecientes a la familia legal de influencia germánica: Austria (art. 94 Gründ Buch Gesetz), Suiza (arts. 965 y ss del Código Civil y arts. 13, 14 y 15 Ordonnance sur le Registre Foncier), Regiones del Norte de Italia (arts. 26, 93 y 94 (Disposizione relative ai Libri Fondiari nei territori delle nuove province)); bien en países de influencia anglosajona: Inglaterra (secciones 16, 17, 61, 193 y 197 Land Registration Rules, Irlanda (arts. 64, 88 y 93 Land Registration Act); o bien en países escandinavos: Suecia (secciones 18 a 20 Land Code), Finlandia (capítulos 12 y 14 del Código de Bienes Inmuebles). Sin embargo, existen algunas peculiaridades en atención al mecanismo de transmisión, como ocurre en Alemania, donde en principio el negocio obligacional, en atención a la abstracción, no llega al Registro, pero ello no significa que se reduzca la intensidad control que comprende la legitimación (parágrafos 19 y 20 Grund Buch Ordnung). Además, en ciertos casos puede pedirse el negocio obligacional. La práctica presenta algunas peculiaridades en las que no podemos detenernos. No es casualidad que en el ámbito anglo-sajón al referirse a las facultades del registrador se emplee la expresión “cuasi-judicial powers” (Para un estudio más detallado me remito a mi trabajo “La evolución de los sistemas registrales en Europa”)

Pues bien, en Europa la tendencia de las últimas reformas ha sido la de robustecer el

Registro y paralelamente liberalizar la prestación de los servicios de contratación (licensed conveyancers en Inglaterra). En 1979, Escocia abandonó el Registro de documentos (Deed System) para implantar un Registro de derechos (Title System) y simultáneamente se aprobó la Ley de derogación de los derechos feudales; en 1995, Finlandia, y en 2002, Inglaterra, en plena época Blair, reforzaron el Registro. Entre los requisitos para la adhesión a la Unión Europea figuraba que los países hubieran establecido un sistema de Registro y también, ha sido un denominador común, en todas las economías en transición, así como en los procesos de paz tras los conflictos bélicos regionales: el implantar un Registro.

9. FASE OBLIGACIONAL Y FASE REAL: LOS SERVICIOS DE LA CONTRATACIÓN

1. Introducción. El Registro de la Propiedad aparece unido a la generación o “fabricación” de derechos reales mientras que existe una fase previa y distinta constituida por la contratación en la que prestan sus servicios abogados, notarios o solicitors. En derecho español, fruto de la tradición romanista, los derechos reales tienen como causa generalmente un contrato y éste, a su vez, es fuente de obligaciones. Por tanto, los derechos reales aparecen insertos en un marco jurídico-obligatorio o entremezclados con los derechos de crédito que tienen eficacia sólo entre las partes contratantes. Por ello, es necesario separar el derecho real de aquellos otros de eficacia relativa o personales. Esta labor no siempre es fácil y puede dar lugar a confusiones entre los que intervienen en las distintas fases del proceso. Sin embargo, hay que señalar que es una constante en los ordenamientos distinguir claramente entre los que intervienen en la documentación y aquellos otros que inscriben en los registros.

2. La distinción está en el Código Civil. La sistemática del Código contempla las diferentes fases así como las diversas instituciones im-

bricadas en cada una de ellas. Mientras que la propiedad y demás derechos reales, así como el Registro de la Propiedad y el valor de sus asientos aparecen ubicados en el Libro II, la escritura pública y su valor están regulados en el capítulo referente a la prueba de las obligaciones, dentro del Libro IV de las obligaciones y contratos. Pues bien, las presunciones de los asientos y de las escrituras son completamente distintas. La fe pública notarial se refieren a hechos: así lo recoge el art. 1218 del CC y art. 319 de la LEC referidos a la fuerza probatoria de los documentos públicos, lo afirma la doctrina (Carnelutti,), el Tribunal Supremo y más recientemente también el Consejo General del Poder Judicial. Ni siquiera el art. 17bis de la Ley del Notariado establece una presunción de derecho pues únicamente presume la legalidad del otorgamiento, no del acto o negocio jurídico documentado. En cambio las presunciones derivadas de los asientos registrales se refieren a los derechos: que existe el derecho, que pertenece a determinado titular, que tiene la extensión determinada en asiento, que el derecho no se anulará ni resolverá por causas que no figuren en el Registro. No presumen la legalidad de ningún contrato ni de un documento (art. 33 LH), se refieren a los derechos reales por ello no hay ningún trasvase.

3. El trasvase inexistente. La pretensión de que el documento notarial “impregnado de una presunción de legalidad” es el que comunica ese valor al asiento registral y sirve de fundamento al principio de legitimación registral o el afirmar que la calidad y garantía del documento notarial es lo que permite que existan Registros que no sean de mera publicidad (Resolución 70/2005 de la Unión Internacional del Notariado) no se sustentan ni doctrinal ni empíricamente. Desde un punto de vista práctico el análisis de la realidad desmiente las anteriores afirmaciones. Hay Registros de Derechos que funcionan con documentos privados y sus asientos gozan de especial fuerza (Inglaterra, Australia, países escandinavos) y también hay sistemas en los que el particular puede elegir entre documento notarial o privado con firmas autenticadas y los asientos gozan de fe pública

(Austria, Italia del Norte) cualquiera que sea el documento empleado. Desde el punto de vista teórico, la eficacia registral no es una proyección de la eficacia documental; las presunciones operan en distintos ámbitos mientras que las presunciones del documento se refieren a la veracidad del hecho de la manifestación pero no alcanzan a la veracidad intrínseca de dicha declaración; en cambio, las presunciones de los asientos registrales se refieren al derecho y por ello presumen su contenido exacto e íntegro. Las presunciones y fuerza de los asientos no son consecuencia de los documentos sino del sistema registral; también en los Registros de Documentos hay documentos notariales y sin embargo, los asientos no gozan de las presunciones de exactitud. Los efectos los producen los asientos y no los documentos (STC 87/1997, de 24 de abril). La documentación notarial no es ninguna exigencia indispensable para la existencia de Registros de Fe Pública, pues los hay que funcionan sin ella y sin merma de seguridad, sino una opción de política legislativa en cada Estado. El que no sea una necesidad no significa que no existan razones para considerarla conveniente en un determinado país. Joaquín Costa, al estudiar la autenticidad, reconoció la posibilidad de una fe pública sin notariado.

4. La conveniencia de la documentación auténtica. Al Registro de la Propiedad no le interesa la llegada de documentos que contengan declaraciones falsas. Conviene que se pruebe la fecha, la identidad de los contratantes y las declaraciones. También interesa, salvo que se trate de formularios precalificados, que la redacción de los negocios sea realizada por un experto jurista con lo que se evitarán defectos. El notario, en tanto que depositario de la fe pública por un lado, y profesional del Derecho por otro lado, se encuentra en disposición de realizar esta función de manera eficiente.

Es por ello que entre la función notarial y el papel del Registro no tienen lugar solapamientos. Además, la función de redacción de los documentos con arreglo a las leyes y la evaluación de la legalidad nada tiene que ver con el control ejercitado por el Registrador, que

recibe el nombre de calificación. La pretendida instauración de un control notarial sobre la validez, similar al ejercido por el Registrador, ha sido rechazado por el Informe de Bremen por entender: a) que el notario, pese a su configuración en algunos países como una “autoridad pública” su función es “esencialmente económica”, sujeto a las leyes del mercado, b) que dicho control no superaría un test de proporcionalidad, c) que la intervención notarial puede llevar a engaño al consumidor si se le hace creer que es definitivo cuando existe un control posterior, d) que el referido control es ejercitado de modo más adecuado por el Registrador.

Tampoco el referido control tiene apoyo en el derecho español: a) En el Código Civil hay casos en que la invalidez del negocio o de una cláusula no impiden su documentación, si las partes están de acuerdo pueden elevar a público negocios inválidos (art. 1279 CC), b) la denegación de la autorización atacaría la libertad contractual (art. 1255 CC y 38 CE) y la libertad de forma (art. 1278 CC), c) existiendo un monopolio notarial de acceso al Registro (art. 3 LH), la denegación de la forma impediría la protección registral al no poder practicarse el asiento registral, privaría del rango e impediría el acceso a la propiedad (art. 1473 CC, arts. 32 y 34 LH), d) cuando el notario observe la existencia de defectos, como regla general procederá a autorizar y realizará las oportunas advertencias (art. 194 RN), pero cuando el negocio que se pretenda formalizar constituya un delito o existan leyes particulares que por razón de interés público lo dispongan, denegará la formalización. Esta es también la regla seguida en el derecho europeo (parágrafo 17.2 Ley de Documentación en Alemania, y el art. 53 del Reglamento Notarial de Austria). El TS en Sentencias de la Sala 3 de 20 de mayo, 7 de julio y 14 de octubre de 2008 ha anulado los preceptos del Reglamento Notarial que pretendían introducir un control de legalidad notarial.

5. La fe pública notarial y los “juicios u opiniones” del notario en el procedimiento registral. Si al utilizar la expresión “control de

legalidad notarial” únicamente quisiese decirse que el notario tiene obligación de cumplir con las leyes en el ejercicio de su actividad y emitir una opinión sobre la legalidad del acto, no plantearía especiales problemas, salvo la terminología empleada. Ahora bien, si el control de legalidad lleva a la “presunción de legalidad del documento”, (que no existe en ningún precepto, no la reconocen los tribunales y resulta inadmisibles según el art. 385 de la LEC), y con ello el amparo de los tribunales, los ciudadanos y las Administraciones Públicas no podrían desvirtuar los documentos notariales salvo que se entablase un pleito y se venciera. Desaparecerían los controles ulteriores, sólo quedaría el control notarial, y con ello se infringirían las normas que rigen el procedimiento administrativo, el tributario y el registral. Sin embargo, todo lo anterior carece de apoyo en el derecho positivo y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En el fondo, salvando cuestiones terminológicas, se está planteando a quién y qué vincula del documento notarial. En relación con el procedimiento registral, aunque es aplicable a todo procedimiento ante la Administración, las valoraciones jurídicas del notario, sus juicios u opiniones, como ocurre en otros países de Europa, no vinculan al registrador en su calificación (art. 18 LH). En cuanto al ámbito de la fe pública es preciso hacer constar que las últimas reformas que han abordado la regulación de la fe pública en algún caso han supuesto una disminución de su eficacia: A) Con la Ley 24/2001 se introduce el art. 17bis.2.b) en la Ley del Notariado, que reduce a presunción de veracidad e integridad lo que antaño era inoponibilidad. Así el documento privado hecho para alterar lo pactado en escritura pública “no producía efecto contra tercero” art. 1221 CC, pero hoy sólo hay una presunción que puede desvirtuarse con el documento privado. B) Con el RD 45/2007, de 19 de enero se introduce el art. 143.4 del RN, que permite desvirtuar los efectos de la fe pública notarial a las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias. El precepto ha sido declarado conforme a derecho por el Tribunal Supremo en Sentencias de la Sala 3 de 7 y 14 de octubre de 2008 pues

hay que contemplarlo en relación con las normas a las que remite. El registrador puede, en el ejercicio de sus competencias y en la medida que una norma con rango de ley le da cobertura, desvirtuar no sólo la veracidad intrínseca de las manifestaciones sino también los hechos recogidos en el documento notarial mediante otros medios de prueba que le sean aportados y teniendo presente la libre valoración de todas las pruebas en conjunto y siempre que exista motivación (Tribunal Constitucional Auto 271/1990, Sentencias 76/ 1990, 341/1993, 35/2006; Tribunal Supremo 10 mayo 1999, 12 de julio 1999, 16 de julio 2001).

6. Cambios en el mercado de prestación de servicios. Tradicionalmente el notario realizaba una función de asesoramiento, como consecuencia de su papel de profesional del Derecho, redactaba los negocios jurídicos, como “ingeniero transaccional” y como funcionario ejercía la fe pública. Sin embargo, el mercado actual es distinto del mercado de hace cien o cincuenta años: hoy existe una mayor especialización funcional y han surgido potentes operadores, en especial en el ámbito de la contratación hipotecaria, que interfieren en la prestación y organización de los servicios profesionales. En la función de asesoramiento el notario compite con los abogados especializados, en particular en el ámbito mercantil y societario. En el diseño contractual cada vez es mayor el número de documentos redactados con arreglo a minuta, piénsese en las hipotecas de los bancos que en los últimos años han supuesto alrededor de un millón y medio de documentos por año, redactados, salvo excepción, con arreglo a la minuta preparada por la asesoría jurídica del banco. Y por último, en la dación de fe ha surgido en los últimos tiempos un nuevo mecanismo de autenticación documental que recibe el nombre de firma electrónica. Este procedimiento de autenticación documental, llamado en el ámbito anglo-sajón “notarización electrónica”, compite adoptando la forma de entidades de certificación con las funciones notariales. Naturalmente hay diferencias, pero el proceso de comprobación de la autenticidad de los documentos electrónicos

no va referido a la intervención de un funcionario público, sino al tipo de firma utilizada. Si el documento ha sido firmado con la firma electrónica reconocida, el sistema de comprobación es semejante a los documentos públicos. Todos estos cambios no dejan de plantear interrogantes sobre la función notarial.

7. Identificación y consentimiento informado. La fase contractual y la fase real, la redacción del documento y la inscripción, son momentos que no sólo permanecen separados sino que también son desempeñados por distintos sujetos. La identificación y asesoramiento de las partes corresponden a la primera fase y, actualmente, en un mercado en el que las transacciones tienen lugar entre extraños, adquieren una importancia decisiva. Tal es así, que hoy el mayor número de fraudes y con ello la mayor vulnerabilidad del sistema se encuentra en la identificación. No es casualidad que las aseguradoras de títulos lo hayan detectado. Sin embargo, las últimas reformas legislativas han ido dirigidas a disminuir la responsabilidad por los errores en la identificación (art. 23 Ley del Notariado según la redacción dada por la Ley 36/2006 de 29 de noviembre). La prestación de asesoramiento, tras la crisis subprime, ha adquirido especial relevancia; Shiller opina que si las personas de bajos ingresos hubieran tenido acceso a un asesoramiento de calidad la crisis jamás se hubiera producido. Es por ello que propone la participación de un profesional similar al notario que pondría trabas a las agencias hipotecarias que decantan a sus clientes hacia abogados afines a ellas que no advierten adecuadamente a los clientes de los peligros a que están expuestos. ¿El asesoramiento notarial tendría lugar en todos los casos o sólo cuando intervenga una parte con pocos recursos económicos? ¿identificado el consumidor con la firma electrónica sería suficiente el asesoramiento de un abogado elegido por la parte?

10. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como hemos visto, el Estado desempeña un papel decisivo en la protección y definición

de los derechos de propiedad: la credibilidad de los derechos depende del compromiso estatal en su defensa y reconocimiento, la obtención de un título de propiedad seguro e inatacable requiere una declaración del poder público. Sin embargo, el mercado no tolera que para cada transacción se tenga que celebrar un juicio universal, ni tampoco puede esperar el cumplimiento de los plazos de usucapión. El Registro de la Propiedad aparece entonces como la institución que permite en un procedimiento sumario obtener una declaración del poder público de carácter absoluto, entendida como capaz de resistir cualquier pretensión contradictoria. Desde esta perspectiva la idea de publicidad es secundaria respecto a la previa declaración de derechos que realiza el Registro.

No obstante, no todos los sistemas registrales suponen el mismo grado de intervención pública ni realizan una declaración de derechos de igual valor. Sólo el Registro de Derechos o de Fe Pública es capaz de realizar una declaración que tiene carácter inatacable y por eso la información que suministra al mercado se tiene por cierta y merece credibilidad. La decisión de la autoridad se impone en estos casos, superando las dificultades, incertidumbres y elevados costes que en otro caso se generarían en el mercado. La Fe Pública va siempre acompañada de la garantía del poder público; el Registro “patenta” los derechos y evita duplicidades, y su eficiencia está contrastada por la evidencia empírica. Necesariamente ha de ser así, porque los derechos reales son los derechos con más fuerza ejecutiva y dan lugar a unos mayores costes de constitución, y requieren un procedimiento más riguroso. Todo ello es asumido por el poder público, que garantiza un control neutral que no podría prestarse en un régimen de libre mercado.

En este modelo de Registro de Derechos intervienen diversos profesionales, cada uno desarrollando una función distinta. La función del notario o de los abogados especializados ante el Registro pertenece al ámbito de la contratación, no se solapa por tanto con la función del Registro. Los efectos del documento públi-

co y de la fe pública notarial son distintos a los efectos derivados de los asientos registrales, de la misma manera que la calificación del Registro es diferente y no puede ser realizada ni por el notario ni por otro operador económico. Si

el Registro produce externalidades, todos los interesados deben poder participar en la elección o no sirve la libre elección. Lo contrario sería hacer pasar los controles de parte como controles neutrales.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Apartado II

En cuanto a las obras procedentes de autores de la Nueva Economía Institucional y del “Law and Economics” hoy existe una amplísima bibliografía y entre las obras generales podemos señalar:

R. COOTER y Th. Ulen *Law and Economics*. Pearson, 5ª edición, Boston 2007.

E. G. FURUBOTN y R. RICHTER *Institutions and Economic Theory*. The University of Michigan Press, 2ª Edición, Michigan, 2005.

T. J. MICELI *Economics of the Law*. Oxford University Press, Oxford 1997.

T. J. MICELI *The Economic Approach to Law*. Stanford Economics and Finance, Stanford 2004.

F. PARISI y Ch. K. ROWLEY (ed) *The Origins of Law and Economics*. Edward Elgar, Cheltenham, 2005.

R. A. POSNER *Economic Analysis of Law*. 7ª edición, Wolters Kluwer, Nueva York, 2007. La idea de análisis dinámico supone contemplar la actividad económica en una dimensión temporal, teniendo en cuenta los diferentes períodos en que tiene lugar —período de cultivo, período de cosecha—. Mientras que el análisis estático no tiene en cuenta la dimensión temporal y los ajustes se producen instantáneamente.

S. SHAVELL *Foundations of Economic Analysis of Law*. Harvard University Press Cambridge 2004.

Apartado III

Sobre cómo surgen los derechos de propiedad:

H. DEMSETZ *Toward a Theory of Property Rights*. American Economic Review 57, 1967, págs. 347-359.

J. R. UMBECK *A Theory of Property Rights*, The Iowa University Press, Iowa 1981.

G. D. LIBECAP *Contracting for Property Rights*. Cambridge University Press Cambridge 1989.

D. G. NORTH y R. P. THOMAS *El nacimiento del mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)* Siglo XXI, 5ª edición, Madrid 1991.

Y. BARZEL *Economic Analysis of Property Rights*. 2ª Edición, Cambridge University Press Cambridge 1997.

Sobre los costes de transacción, los trabajos básicos del premio Nobel y fundador del Análisis Económico del Derecho, Ronald Coase se encuentran traducidos y recogidos:

R. H. COASE *La empresa, el mercado y la ley*. Alianza Editorial Madrid 1994.

Una recopilación de trabajos sobre los property rights:

R. C. ELICKSON, C. M. ROSE, B. A. ACKERMAN *Perspectives on Property Law*. Aspen Publishers, 3ª edición, Nueva York 2002.

J. DUKEMINIER, J. E. KRIER, G. S. ALEXANDER, M. H. SCHILL *Property*. Aspen Publishers, 6ª edición, Nueva York 2006.

T. W. MERRILL, H. E. SMITH *Property: Principles and Policies*. Foundation Press, Nueva York 2007.

En cuanto a los derechos de propiedad como expectativas o promesas de beneficios, (the idea of property consists in an established expectation) J. BENTHAM *Principles of the Civil Code* incluido en *The Works of Jeremy Bentham*, Thoemmes Press, Vol. I, Bristol 1995.

Apartado IV

La teoría de los derechos de propiedad es incompleta sino va acompañada de una teoría sobre el Estado. Los trabajos del premio Nobel Douglass C. North desde la perspectiva de la historia económica de los derechos de propiedad constituyen una importante contribución.

D. C. NORTH *Structure and Change in the Economic History*. W. W. Norton, Nueva York 1981.

D. C. NORTH *Institutions, Change and Economic Performance*. Cambridge University Press, Cambridge 1990.

D. C. NORTH *Understanding the Process of Economic Change*. Princeton University Press, Princeton 2005.

En cuanto a la Teoría del Estado:

M. HAURIOU *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Comares, Granada 2003.

G. JELLINEK *L'Etat moderne et son droit*. M. Giard y E. Briere, Paris 1913. Especialmente interesantes son las críticas de este autor al concepto de "administración de derecho privado" acuñado por Haenel y posteriormente divulgado por Zannobini.

H. KELSEN *Teoría General del Derecho y del Estado*. UNAM, Quinta reimpresión, México 1995.

M. WEBER *Economía y Sociedad*. Segunda reimpresión, Fondo de Cultura Económica México 2002.

E. FORSTHOFF *Stato di diritto in trasformazione*. Giuffrè, Milán 1973.

E. W. BOCKENFORDE *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trotta Madrid 2000.

L. FERRAJOLI *Democracia y garantismo*. Trotta Madrid 2008.

La vinculación entre Estado y Propiedad está recogida en el pensamiento de los economistas clásicos. Destaca Adam Smith para el que la adquisición de la propiedad supone el establecimiento del gobierno civil. Donde no hay propiedad no es necesario el gobierno civil. Frente a Locke entiende que el gobierno civil no surge de un pacto sino del progreso natural de los hombres en sociedad.

A. Smith *Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones*. Edición conmemorativa del bicentenario de la primera edición de la obra a cargo de R. H. CAMPBELL y A. S. SKINNER, OIKOS TAU Barcelona 1988.

Sobre el papel del Estado en el pensamiento de los economistas clásicos:

D. P. O'BRIEN *Los economistas clásicos* Alianza Editorial, Madrid 1989.

Entre los trabajos más recientes que contemplan la relación entre el Estado y la protección de los derechos de propiedad y de los que no son parte en los contratos. En el Estado de la Naturaleza no existe el mercado:

F. FUKUYAMA *La construcción del Estado*. Ediciones B, Madrid 2004.

A de Jasay *The State*. Liberty Fund Indianapolis 1998.

M. OLSON *Poder y prosperidad Siglo XXI*, Madrid 2001.

Sobre el papel de las burocracias y la captura del regulador:

M. OLSON *The Logic of the Collective Action*. Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts 1971.

J. M. BUCHANAN *Constitutional Economics*. Basil Blackwell, Oxford 1991.

Sobre la calidad del respaldo estatal y el tipo de descuento de la arbitrariedad C. R. Pardo *Los costes del riesgo de evicción*. (En prensa)

Apartado V

G. CALABRESI y A. D. MELAMED *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*. Harvard Law Review 85, 1972, págs. 1089-1128.

G. CALABRESI *El coste de los accidentes*. Ariel, Barcelona 1984.

B. OLIVER *Derecho Inmobiliario Español* Sucesores de Rivadeneyra, Tomo I, Madrid 1892.

B. ARRUÑADA *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico*. Centro de Estudios, Madrid 2004. Este autor con anterioridad había publicado el *Análisis Económico del Notariado*. CGN. Madrid 1995.

W. W. BUCKLAND y A. D. MCNAIR *Roman Law and Common Law*. Cambridge University Press, 2ª Edición, Cambridge 1965.

C. R. PARDO *Entre la purga y la fe pública. Génesis del sistema hipotecario español*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 614, enero-febrero 1993, págs. 111-164.

Sobre el papel del mercado en la producción de información es importante la polémica entre H. Demsetz *Information and efficiency: Another viewpoint*. Journal of Law and Economics, 12, 1969, págs. 1-22 y K. J. Arrow *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Investment*, incluido en la obra *The Rate and Direction of Inventive Activity* Princeton University Press, 1962, págs. 609-625; y posteriormente *The Economics of Information*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts 1984.

Apartado VI

W. M. LANDES y R. A. POSNER *The economic structure of intellectual property law*. Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts 2003.

Una síntesis sobre el funcionamiento de los sistemas registrales en el derecho comparado:

J. GONZÁLEZ *Estudios de Derecho Civil e Hipotecario*. Ministerio de Justicia Tomo I, Madrid 1948.

C. R. PARDO *La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho comparado*. Incluido en la obra *Homenaje a José María Chico y Ortiz* Madrid 1995, págs. 711-736. Especialmente interesante es la distinción que se realiza en este trabajo sobre las relaciones entre título, asiento y derecho. La STC 87/1997 de 24 de abril recogerá posteriormente dichas distinciones.

B. ARRUÑADA *Property Enforcement as Organized Consent*. 19 Journal of Law Economics, and Organization, 2003 págs. 401-444.

B. ARRUÑADA *Property titling and conveyancing*. Incluido en la obra *Handbook on the Economics of Property Law* (En prensa).

N. NOGUEROLES *La evolución de los sistemas registrales en Europa*. Noticias de la Unión Europea número 52, febrero 2007, págs. 121-134.

El Registro de Derechos (Title Registration) supone una ruptura con el modelo precedente y por tanto una nueva lógica:

R. R. TORRENS *An Essay on the Transfer of Land by Registration*. Cassell and Company Limited Londres-Melbourne 1882.

A. POTTAGE *The originality of Registration* Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 15, núm. 3, 1995, págs. 371-401.

N. NOGUEROLES *La implantación del Registro inglés: enseñanzas de una lenta conquista*. Incluido en la obra *Historia de la Propiedad. Crédito y Garantía*. Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid 2008, págs. 790-866.

F. MÉNDEZ *De la publicidad contractual a la titulación registral*. Thomson-Civitas, Madrid 2008.

Las referencia al valor de las presunciones legales según M. Taruffo se encuentra en *La prueba*. Marcial Pons Madrid 2008. También L. Rosenberg *La carga de la prueba* B de F, 2ª edición, Montevideo-Buenos Aires 2002.

La seguridad del tráfico y la seguridad del derecho es un tema recurrente desde la obra de V. Ehrenberg *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*. Madrid 2003 que fue publicada en Alemania en 1903. Así C. Paz-Ares *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico* Revista de Derecho Mercantil 1985, págs. 7-40; C. R. Pardo *Seguridad del tráfico inmobiliario y circulación del Capital* Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 623, julio-agosto 1994.

Sobre la admisión de documentos auténticos extranjeros no necesariamente notariales la referencia se encuentra en:

P. GÓMEZ DE LA SERNA *La ley Hipotecaria comentada y concordada*. Tomo I, Madrid 1862 págs. 370-371.

La referencia a la firma electrónica como mecanismo de autenticación documental se encuentra en las guidelines de la United Nations Economic Commission for Europe *Land Administration in the Unece Region*, Ginebra 2005. www.unece.org/hlm/wpla.

Los principios del “espejo” (mirror) “telón” (curtain) y “seguro” (insurance) fueron formulados por el Registrador General inglés Th. B. F. Ruoff *An Englishman Looks at the Torrens System*. Sidney 1957.

Apartado VII

La valoración de los ventajas y desventajas de cada sistema se encuentra en las obras mencionadas en la nota bibliográfica del apartado anterior, en especial Arruñada. También existen estudios que junto con los sistemas de registro incluye el análisis del seguro de títulos de propiedad: B. ARRUÑADA *Sistemas de titulación de la propiedad* Palestra Lima 2004. Los estudios internacionales sobre costes de registro que he utilizado ninguno de ellos ha sido realizado por registradores ni tampoco han sido encargados por una institución registral. Los informes elaborados a petición European Mortgage Federation, *Study on the Financial Integration of European Mortgage Markets* 2003 y *Study on the cost of Housing in Europe* 2005, pueden consultarse en www.hypo.org. El informe del Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) sobre *Conveyancing Services Market* 2007 puede encontrarse en la página de la Comisión Europea ec.europa.eu/competition/sectors/professional_services/studies/studies.html o en la página del propio ZERP www.zerp.uni-bremen.de. El Doing Business de 2009 se encuentra disponible en www.doingbusiness.org. Aunque entre los estudios se observa algunas diferencias y podríamos realizar algunas matizaciones lo importante es señalar que en todos ellos se observa una misma tendencia sobre los costes y la importancia del modelo registral elegido.

La superioridad del Registro de Derechos o de Fe Pública respecto al Registro de Documentos o de mera oponibilidad (Conservadurías) ha sido reconocida por los autores de los países en los que rige un sistema de conservaduría y en algunos hasta conviven dos sistemas registrales distintos. En Italia puede citarse la opinión de N. COVIELLO *Della Trascrizione* Eugenio Marghieri y Unione Tip-Editrice Torinese Vol. I, 2ª edición, Nápoles-Turín 1924 pág. 123, F. GAZZONI *La trascrizione immobiliare* Giuffrè Tomo I, Milan 1998, pág. 20. En Francia existe también una vasta literatura al respecto baste citar a S. Piedelièvre *La publicité foncière* L.G.D.J. Paris 2000, pág. 20. También en Estados Unidos Miceli desde un punto de vista empírico ha puesto de relieve la superioridad del Title System: T. J. MICELI y J. KIEYAH *The economics of land title reform*. Journal of Comparative Economics 31, 2003, págs. 246-256; T. J. MICELI y C. F. SIRMANS *Torrens vs. Title Insurance: An Economic Analysis of Land Title Systems* incluido en la obra *Property* dirigida por DUKEMINIER, KRIER, ALEXANDER, SCHILL, 6ª edición, Aspen Nueva York 2006, págs. 618-623.

La oposición y las resistencias al establecimiento del registro en diferentes países la he tratado en mi estudio *La implantación del Registro inglés: enseñanzas de una lenta conquista* incluido en la obra coordinada por S. DE DIOS, J. INFANTE, R. ROBLEDO, E. TORIJANO *Historia de la Propiedad. Crédito y Garantía*. págs. 791-866. Se contienen referencias no sólo a Inglaterra sino también a Francia, Australia e Italia. La cita de Nuñez Lagos sobre el control del Registro por parte del notariado proviene de su trabajo *El Registro de la Propiedad Español*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 250, marzo 1949, pág. 138. Sobre el comportamiento de las compañías de seguros de títulos americanas J. W. EATON y D. J. EATON *The American Title Insurance Industry* New York University Press, Nueva York 2007.

Apartado VIII

Sobre la teoría de los juegos y, en particular, los juegos de suma positiva R. WRIGHT *Nadie pierde*. Tusquets, Barcelona 2005.

Especialmente interesantes son las reflexiones acerca del Registro realizadas por I. DE OTTO *Estudios sobre el Poder Judicial*. Ministerio de Justicia Madrid 1989. El Registro y, por tanto, sus certificaciones son declaraciones del poder público sobre la existencia de derechos. Las certificaciones de hipotecas son declaraciones del poder público no judicial susceptibles de ser ejecutadas por el juez como si de una sentencia se tratara. Y esto es posible porque hay un funcionario (el Registrador) que enjuicia la legalidad de la pretensión y la validez y eficacia de la mutación que se pretende inscribir. Esta intervención previa del poder público permite conferir al título resultante una especialísima eficacia.

En cuanto a la actuación de las agencias de rating y los escándalos empresariales en Estados Unidos en los que han fallado los controles elegidos por los controlados puede verse los escritos de P. KRUGMAN *El gran engaño* Crítica, Barcelona 2004.

En relación con las razones por las que no puede atribuirse funciones calificadoras a los notarios ni a ningún otro operador económico F. MÉNDEZ *Estado Propiedad y Mercado* Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 708, julio-agosto 2008, págs. 1497-1589.

Existe una tendencia dirigida a presentar el Registro español como una excepción, una isla en el mundo jurídico así la reciente respuesta del Consejo General del Notariado a la hoja de ruta para mejorar el sistema de seguridad jurídica preventiva insiste en esta idea (puede verse en www.arbo.org.es). La realidad, sin embargo, es distinta. Respecto al panorama europeo puede verse mi trabajo *La evolución de los sistemas registrales en Europa*, Noticias de la Unión Europea, número 52, febrero 2007, págs. 121-134.

Apartado IX

En cuanto al ámbito de la fe pública notarial resulta clarificadora la obra de F. CARNELUTTI *La prova civile* Giuffrè Milan 1992. Existe una amplia jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los documentos notariales de la que resulta: a) que los documentos públicos no hacen prueba de las apreciaciones o valoraciones jurídicas, b) que la fe notarial sólo acredita hechos pero no la certeza y veracidad intrínseca de las declaraciones (STS 26 de febrero 1990 RJ1990, 718, 24 de febrero 1986 RJ 1986, 935). También el Consejo del Poder Judicial en el informe al anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria distingue entre la dación de fe respecto a extremos perceptibles por los sentidos y el juicio de legalidad que lleva a cabo no como fedatario sino como conocedor del derecho.

Sobre la escritura pública como prueba y su valor F. DE CASTRO *El Negocio Jurídico*. Civitas Madrid, reimpresión 1997.

“La fe pública sin notariado” es una expresión utilizada por J. COSTA en *Reorganización del Notariado del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*. Biblioteca Costa, volumen XIII, 2ª edición, Madrid 1917.

En cuanto al sistema de derechos reales L. DÍEZ-PICAZO *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* Thomson-Civitas, Tomo III, 5ª edición, Madrid 2008. Señala este autor que es muy discutible que el juicio de suficiencia de los poderes, que es un juicio jurídico, pueda producir fe pública, que es calificación reservada a los hechos (pág. 443).

Acerca del control de legalidad notarial puede verse los pronunciamientos de la Sala 3, sección sexta, del Tribunal Supremo que desde el 20 de mayo de 2008 se han sucedido sobre la reforma del Reglamento Notarial aprobado por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero.

La distinción entre la función notarial y la registral está tratada por J. M. GARCÍA GARCÍA *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil* Thomson-Civitas, 5ª edición, Madrid 2006. La eficiencia de la intervención notarial F. MÉNDEZ *Función calificadoras: una aproximación desde el análisis económico del derecho*. incluido en la obra colectiva *La calificación registral* Civitas, tomo I, Madrid 1996, págs. 23-39.

La referencia a R. J. SHILLER procede de su obra *The Subprime Solution* Princeton University Press. Princeton 2008, pág.134.

Fecha de recepción: 24 de febrero de 2009

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2009

RESUMEN

Debido al principio de titulación pública que, como regla, rige en nuestro Derecho, salvo en contadísimas ocasiones, el documento de acceso al Registro, sobre el que se produce la calificación registral, es la escritura pública. Por tanto la calificación registral se proyecta sobre algo que ya ha sido calificado por otro funcionario, cual es el notario, lo que viene generando una notable tensión en el tráfico económico que, sin duda, pone en entredicho el papel de ambos y la propia eficacia del sistema de seguridad preventiva en el que ambos ejercen sus funciones. El objeto de este trabajo es definir y aclarar las funciones que el ordenamiento atribuye a estos dos funcionarios públicos, lo que se considera un paso previo esencial a cualquier reforma.

PALABRAS CLAVE

REGISTRO DE LA PROPIEDAD; REGISTRO MERCANTIL; NOTARIO; REGISTRADOR; FUNCIONES; COMPETENCIAS; CALIFICACIÓN REGISTRAL.

ABSTRACT

The protection of the Spanish land registry and business register is only available for public certificates made of professionals similar to the solicitors or barristers who also advise around the law applied to the agreement. But it is not enough to allow the entry in a Register System. It also requires a positive "qualification" about the validity of the agreement. Then, there are two different opinions about the same question. This special situation is generating a big tension in the economic traffic because the doubts about which is the preferential opinion make uncertainty. This paper aims to clear the competences and functions of both of these civil servants.

KEY WORDS

LAND REGISTRY; BUSINESS REGISTER; SOLICITORS; BARRISTERS; CIVIL SERVANT WHO REGISTER; FUNCTIONS; COMPETENCES; "QUALIFICATION" ABOUT THE VALIDITY OF THE AGREEMENTS.

LA PRETENDIDA DOBLE CALIFICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS NOTARIALES SUJETOS A INSCRIPCIÓN

Esperanza Gallego Sánchez

Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad de Alicante
Vocal permanente de la Comisión General de Codificación, sección mercantil

Sumario: 1. Consideraciones preliminares. 2. Funciones del Notario. A) Introducción. La doble función del Notario en el sistema español. B) La fe pública. C) Asesoramiento notarial. a) Asesoramiento notarial y gestión del Notario. b) El deber de asesoramiento notarial. Manifestaciones. a') Introducción. b') El deber de informar. c') El deber de asesorar en sentido estricto. d') El deber de informar y asesorar. Las "advertencias" y "reservas" notariales. 3. Funciones del Notario y calificación registral. Nota bibliográfica

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

No es preciso insistir ahora en los conceptos de seguridad jurídica, seguridad de tráfico y seguridad preventiva sobre los que, desde las distintas perspectivas que admiten, existen muchos y buenos estudios en nuestra doctrina (Por todo, Bolás Alfonso, 1993, 44 y ss; Blanquer Uberos y otros, 1990; Mezquita del Cacho, 1986, 53 a 144; Paz Ares, 1985, 8 y ss; Rodríguez Piñero, 1994; Rodríguez Artigas, 1995; Vallet de Goytisolo, (1980), 223 y ss).

Baste recordar que la seguridad jurídica se consagra en nuestra Constitución no como un mero instrumento técnico del sistema jurídico

sino como un valor, que admite dos dimensiones. Por un lado, en su aspecto objetivo, hace referencia a "un estado de certeza o no incertidumbre de la situación jurídica", a la certeza del Derecho; por otro, en su aspecto subjetivo, a "la posibilidad de que los ciudadanos puedan prever las consecuencias jurídicas de sus actos", esto es, a la previsibilidad de las consecuencias jurídicas. Así concebida, se aprecia en ella una doble vertiente que se proyecta sobre el aspecto estático, que interesa al titular actual del derecho, y sobre el dinámico, relativo a la seguridad del tráfico, sin que pueda apreciarse incompatibilidad entre las mismas.

Qué duda cabe de que en la medida en que la certeza y la previsibilidad puedan obtenerse

en un estadio anterior del desenvolvimiento de las relaciones jurídicas disminuye la eventualidad de los conflictos actuando a la vez como medio de prevenirlos. De ahí que lo que se ha dado en llamar sistema de seguridad preventiva alcance un valor determinante en el contexto del sistema jurídico y las relaciones interpersonales y socioeconómicas.

En este ámbito es afirmación generalizada que las funciones asignadas a notarios y registradores constituyen los pilares básicos de ese denominado sistema de seguridad preventiva.

Existen, en efecto, tres tipos de sistemas registrales (Méndez González, 2008, 37 y ss). Aquellos, propios de área anglosajona, que se limitan a facilitar la labor de búsqueda de la información, constituyéndose en meros instrumentos de investigación para la obtención de la información pertinente. Son, por tanto, sistemas de efectos débiles en la medida en que no son autosuficientes para producir el nivel de seguridad (eliminación de la incertidumbre) deseado y, en consecuencia, exigen que el mercado genere mecanismos complementarios para disminuir la incertidumbre, sustancialmente el seguro. Y, por ende, tienen barreras de entrada de perfil bajo.

Junto a ellos, existen otros, conocidos como sistemas de mera inoponibilidad, que son propios del área francófona, que delimitan o acotan el área de investigación. No informan a quien pretende adquirir un derecho sobre quién es el titular del mismo y demás extremos, sino únicamente de que es necesariamente uno de los varios que el Registro publica. Disminuyen la incertidumbre en comparación con los anteriores pero no la desechan en un grado aceptable por lo que no evitan la necesidad de recurrir a mecanismos complementarios de aseguramiento.

El último grupo, denominado de intabulación de derechos, es aquel en que el Registro proporciona de forma inmediata y autosuficiente la información relevante: titularidad, delimitación del derecho, cargas que lo gravan y facultades dispositivas del dueño. Allí donde existe, como en España, el mercado no genera

mecanismos complementarios de seguridad, porque, sencillamente, no los necesita. Su radical efecto, el derecho publicado es el único que necesita conocer quien pretende contratar, se consigue directamente, lo que elimina la necesidad de cualquier actividad de vigilancia por parte del dueño para evitar privaciones in consentidas, pues protege el derecho. Mediante la inscripción el titular del derecho transfiere al sistema institucional, representado por el registrador, la responsabilidad de protegerle frente a privaciones in consentidas de sus derechos. Sustituye vigilancia propia por heteroprotección, generándose, por tanto, un alto nivel de certidumbre.

Este esquema se reproduce al tratar del Registro Mercantil, adaptado a su característica peculiar de ser un registro de personas y actos y no de cosas. En los sistemas “fuertes” como el nuestro cabe atribuir dos efectos básicos a la inscripción (Gallego Sánchez, 2000, 187 y ss.). El primero se refiere a su eficacia respecto de terceros y se resume en el principio de publicidad material. El segundo se proyecta en el ámbito interno, en relación con el propio hecho inscrito.

La llamada publicidad material se ocupa de los efectos de la inscripción respecto de terceros, concretándose en que, una vez inscrito el hecho, se supone conocido por todos, pudiendo, en consecuencia, ser opuesto a terceros, dado que se presume su conocimiento, aún cuando éstos de hecho lo ignoren (publicidad material positiva); mientras, que, a la inversa, la no inscripción de un hecho, que debiera haberse inscrito, libera al tercero de la necesidad de conocerlo, equiparándose frente a él la no inscripción con la inexistencia (publicidad material negativa).

En nuestro derecho, no obstante, la producción del efecto positivo requiere, además de la inscripción, la publicación en el BORME. El art. 21 Ccom dispone, como es sabido, que los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el BORME, razón por la que es posible hablar en rigor de un “principio de oponibilidad”. Más aún, en la idea de procurar en la medida

de lo posible un conocimiento real se establece que cuando se trate de operaciones realizadas dentro de los quince días siguientes a la publicación, los actos inscritos y publicados no serán oponibles a terceros que prueben que no pudieron conocerlos. Al respecto hay que indicar, sin embargo, que la publicación determina sólo el momento de la oponibilidad, pero su contenido se rige por la inscripción, de tal manera que no se podrá alegar el desconocimiento de datos cuya publicidad no se exige, pero constituyen el contenido de la inscripción. En este sentido hay que interpretar la norma que permite al tercero de buena fe invocar el contenido de la publicación frente al de la inscripción, si aquel le fuera más favorable (art. 21.3 Ccom). La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que, en efecto, conocía la discordancia entre la publicación y la inscripción (art. 21.4 Ccom). En todo caso, quienes hayan ocasionado la discordancia entre el contenido de la inscripción y el de la publicación están obligados a resarcir al perjudicado (art. 21.3 Ccom).

Además de la eficacia que respecto de terceros despliega la inscripción, también ésta puede analizarse desde el punto de vista interno con relación al propio hecho inscrito. La cuestión de si cierto hecho ha de estar inscrito en el RM para tener existencia legal es distinta e independiente de la relativa a que al tercero no le sea oponible ese hecho entre tanto no esté inscrito. Bien es verdad que mientras ese hecho no se inscriba no podrá serle opuesto, pero ésta no oposición nada tiene que ver con la publicidad material negativa (efectos externos), sino con la circunstancia relevante de que ese hecho jurídicamente no existe ni frente a tercero ni frente a nadie (efectos internos).

Desde este punto de vista se distinguen en nuestro Derecho dos tipos de inscripciones: las constitutivas y las declarativas.

Que una inscripción tenga efectos constitutivos significa que la existencia del negocio o acto depende de su inscripción, que actúa como *condictio sine qua non* de la producción de los efectos pretendidos. Ejemplo de este tipo de inscripciones es la relativa a las socie-

dades anónimas y limitadas, que no existen como tales sociedades regulares hasta que no medie la inscripción.

La inscripción es declarativa cuando el acto o negocio existe y produce los efectos que le son propios con independencia de aquélla. Es la regla general en nuestro Derecho. No se admiten, sin embargo en él, las denominadas inscripciones sanatorias; esto es, aquellas que tienen eficacia convalidante de un acto nulo. En efecto, el contenido del Registro se presume exacto y válido (art. 20.1 Ccom y 7.1 RRM), de modo que, una vez inscrito el acto, se presume exacto y válido. Se trata del principio de legitimación. Eso mismo explica que los asientos del Registro estén bajo la salvaguarda de los Tribunales (arts. 20.1 y 7.1 RRM). Pero la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes (arts. 20.2 Ccom y 7.2 RRM), por lo que tal presunción puede ser destruida mediante resolución judicial donde se declare su inexactitud o nulidad. Hasta que ésta no sea inscrita, sin embargo, los asientos del Registro continúan produciendo los efectos que les son propios (art. 20.1 Cco y 7.1 RRM). La misma, además, no perjudica los derechos de tercero de buena fe adquiridos conforme a Derecho, entendiéndose adquiridos de tal forma los que resulten de acto o contrato válido con arreglo al contenido del Registro (art. 20.2 Cco y 8 RRM, que añadiendo este último inciso a lo dispuesto en el Ccom con la rúbrica de “fe pública” ha sido objeto de críticas por su excesivo mimetismo con el significado del principio de fe pública que rige en el Registro de la Propiedad, siendo éste un registro de cosas).

Con todo, hay que observar a este respecto que, si bien la inscripción carece en esos términos de eficacia convalidante, la limitación de las causas de nulidad que la Ley ordena en algunos supuestos produce de hecho unas consecuencias similares a la misma. Ejemplo paradigmático de estos casos constituye la disciplina de la acción de nulidad de las sociedades anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada (arts. 34 LSA, 152 Ccom y 16 LSL).

Pues bien, debido a estos “efectos fuertes”, los registros de esta índole requieren altas barreras de entrada. En este contexto se inscribe la calificación registral, atribuida con carácter exclusivo y excluyente a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

La calificación se desarrolla en dos momentos o fases. La primera, única a la que voy a referirme aquí, tiene lugar cuando se solicita la inscripción del derecho, por lo que ha sido denominada “calificación de entrada” (Méndez González, 2008, 43). A ella aluden los arts. 18 LH y 98 del RH y 18.2 Ccom y 6 RRM, conforme a los cuales consiste en el examen o comprobación que de los títulos sujetos a inscripción realiza el registrador para determinar si están o no ajustados a derecho y, en consecuencia, si merecen o no la protección y eficacia del Registro.

Entraña, pues, un juicio de legalidad que debe estimarse ha de ser más amplio cuanto más lo sea la eficacia atribuida a la inscripción. Se comprende, en efecto, fácilmente que el alcance y autonomía de la calificación registral ha de ser directamente proporcional a la eficacia de la inscripción, y, en esa medida, que uno y otra sean especialmente amplios en sistemas como el nuestro en los que se anudan a aquella efectos legitimadores y de fe pública, ya que estos son una consecuencia del principio de legalidad; esto es, de la calificación registral, porque es la calificación del registrador la que permite establecer tales efectos en forma de presunción impropia.

Conforme a ello, la calificación se ciñe al título, a lo que resulte de él y del contenido del registro, de modo que el registrador no puede tener en cuenta datos que conozca extrarregistralmente; pero, circunscrita a esos extremos, su alcance es especialmente amplio (Vidal Francés, 2008, 337, Méndez González, 2008, 43, 44.). Según prevén los textos legales citados, comprende la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos, la capacidad y legitimación de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en los documentos respectivos.

En este contexto se plantea el problema que me propongo tratar. Ciñéndonos al ámbito contractual, salvo en contadísimas ocasiones, el documento de acceso al Registro, sobre el que se produce la calificación, es únicamente la escritura pública. Debido al principio de titulación pública que, como regla, rige en nuestro Derecho, solo en aquélla puede plasmarse el intercambio o esquema negocial ideado por las partes si estas desean la inscripción.

Por tanto la calificación registral se proyecta sobre algo que ya ha sido calificado por otro funcionario, cual es el notario, lo que viene generando una notable tensión en el tráfico económico que, sin duda, pone en entredicho el papel de ambos y la propia eficacia del sistema de seguridad preventiva en el que ambos ejercen sus funciones.

Últimamente con especial crudeza se ha querido presentar esta particular situación como una lucha corporativa entre notarios y registradores que habría obligado a intervenir a la Dirección General de los Registros y el Notariado (en adelante, DGRN) y a la Administración, mediante la reforma del Reglamento notarial; incluso al propio legislador del tan comentado art. 98 de las Leyes 24/2001 de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y 24/2005, de 18 de noviembre, de Reforma para el Impulso a la Productividad.

Las cosas, sin embargo, suceden, a mi juicio, de otra manera. No se trata de un fenómeno aislado generado en el ámbito del ejercicio profesional de notarios y registradores, sino un reflejo de la indefinición propiciada por la particular forma de reglamentar, que no de legislar, en que está instalado nuestro sistema actual de generación de normas. Desprovisto de valoraciones coherentes sobre los fines perseguidos y del sistema en que han de inscribirse se ha emprendido una desenfrenada carrera de producción normativa en que se pretende regular hasta el más mínimo detalle en atención a consideraciones concretas apreciadas en contextos reducidos e insertadas en cualquier fuente normativa, prescindiéndose en más ocasiones de las deseables de los instrumentos

jurídicos idóneos, sustancialmente de la Ley y, casi siempre, de su inserción en el que debe ser su propio contexto, tanto desde el punto de vista formal como material. A ello contribuye sin duda la apuesta por la renuncia a redactar los textos correspondientes dentro de su ámbito propio prescindiendo de los organismos que tienen legalmente encomendada la función de elaborar las propuestas de normas y de valorar la opinión de los sectores profesionales implicados en atención a los fines generales que deben presidir la instauración de reformas legales.

En el caso que me ocupa considero, pues, que antes de valorar la procedencia de una reforma, el primer paso que debiera haberse dado tendría que haber sido el de constatar, definir y aclarar las funciones que el ordenamiento atribuye a estos dos funcionarios públicos. Eso es lo que me propongo en estas breves notas. A partir de ahí hubiera sido más fácil decidir lo que se quiere mantener y lo que es procedente cambiar. Pero a estas consideraciones *de lege ferenda* no voy a referirme ahora. Mi propósito, como digo, es mucho menos ambicioso. Trataré únicamente de esbozar unos apuntes introductorios en torno al ámbito de competencias, eventualmente concurrentes, que, en estos momentos, se atribuye a notarios y registradores.

2. FUNCIONES DEL NOTARIO

A) INTRODUCCIÓN. LA DOBLE FUNCIÓN DEL NOTARIO EN EL SISTEMA ESPAÑOL

Aun a riesgo de simplificar en exceso, conviene advertir que la primera y principal diferencia que existe en la organización de la fe pública en la Unión Europea deriva de la existencia de dos grandes sistemas jurídicos en los países que la integran: el del *common law* y el de Derecho Civil o Continental; que, a su vez, dan lugar, en materia de fe pública, a dos regímenes, el anglosajón o de documento privado y el sistema latino o de documento pú-

blico (Cfr. Resolución de 18 de enero de 1994, número A-0422/93, del Parlamento Europeo sobre “La situación y la organización del Notariado en los doce Estados miembros de la Comunidad”, DOCE 14 de febrero 1994).

Las características comunes a este último sistema son las siguientes:

1.^a) Delegación parcial de la soberanía del Estado para asegurar el servicio público de legalización de los acuerdos y de la prueba;

2.^a) Actividad independiente que se ejerce en el marco de un cargo público, bajo la forma de una profesión liberal;

3.^a) Sometimiento de esa actividad al control del Estado o del órgano estatutario designado por la autoridad pública, en lo que se refiere a la observancia de las prescripciones relativas a las escrituras públicas, de la tarificación reglamentada e impuesta en interés de los clientes, del acceso a la profesión o a la organización de la misma;

4.^a) Funciones preventivas de las judiciales, al eliminar o reducir los riesgos de litigio; estas funciones se llevan a cabo mediante la redacción y autorización de documentos válidos y conformes a la Ley, por lo que respecta a su contenido, y eficaces y ejecutorios, por lo que respecta a su forma;

5.^a) Funciones de asesoramiento y consejo asesor.

Por su parte la STJCE de 26 de marzo de 1987 se refiere a esta cuestión en términos similares advirtiendo de las funciones públicas y privadas que se atribuyen al notario, haciendo hincapié en el carácter dual del mismo como funcionario público y profesional liberal, propio de este denominado “sistema del Notariado Latino”, que es el vigente en la mayor parte de los países europeos, incluida España, y, en cuyo seno, el fedatario, como profesional del Derecho especialmente cualificado, no se limita a redactar y autorizar el documento público, sino que a ello precede una labor de recepción e indagación de la voluntad de las partes y de asesoramiento para adecuarla a la legalidad; constituyendo esta última una nota

de relevancia que los distingue de figuras en cierto modo próximas del ámbito anglosajón, como los *solicitors* o *barristers*, meros funcionarios de la Administración Pública encargados de legitimar documentos, pero sin funciones de asesoramiento e información.

En efecto, incluidos en el sistema latino, los notarios gozan en el Derecho español de una consideración dual. Por un lado, son profesionales del derecho especializados; por otro, funcionarios públicos. En estos términos se pronuncia el art. 1 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, Decreto de 2 de junio de 1944, reformado por el RD 45/2007 de 19 de enero, (en adelante RN). Conforme a él, como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara, a su vez, un doble contenido: “a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos y b) en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes”.

A su vez, según el mismo precepto, como profesionales del Derecho “tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar”.

Según declara la STS (Sala 3ª) de 20 de mayo de 2008 esta doble condición de funcionario público y profesional del Derecho se proclamaba ya en el Reglamento de 1935 y en el posterior de 1944 y se viene reconociendo por la jurisprudencia, entre otras, en sentencias de 23 de enero de 1990 y 26 de enero de 1996, haciendo referencia esta última, incluso, al amparo legal de tal consideración cuando dice que: “Junto a la función pública —dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales—, que puede explicar la condición de funcionario público, el Notario desarrolla una función profesional, de la que son exponente los arts. 13 y 17 de la Ley. El primero, en cuanto preceptúa que “Los notarios pagarán por ejercer su cargo el impuesto a que están sujetas las demás profesiones análogas” y, el segundo,

al disponer que “el notario redactará escrituras matrices”; previsiones que se han actualizado con la modificación operada en el art. 17 de la Ley del Notariado por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre y la inclusión del art. 17 bis por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que aluden expresamente a la adecuación del otorgamiento a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes. Lo que, en cierto modo, viene a salvar la omisión en que incurre el art. 1 de la Ley citada en tanto omite toda referencia al Notario como profesional del Derecho.

Por otra parte, en relación con esa doble condición de funcionario público y profesional del Derecho, la STS de 23 de enero de 1990, señala que “no corresponde a esta Sala entrar a considerar cuál de las dos vertientes prevalece sobre la otra, baste con señalar, al efecto que nos ocupa, que no es que el Notario ejerza a veces de funcionario público y otras de profesional del Derecho, es que ambos aspectos se hallan íntimamente relacionados en el Notario, lo que determina un complejo orgánico y funcional que no permite incluirlo nítidamente y sin reservas dentro del campo del Derecho público ni del Derecho privado”.

Según advierte la STS (Sala 3ª) de 20 de mayo de 2008 se viene a significar con ello que, en su configuración legal, el carácter de profesional del Derecho se predica del Notario a efectos del ejercicio de la función notarial en su conjunto o, como resulta del propio artículo 1 del RN, de asesorar y aconsejar a quienes reclaman su ministerio, es decir, a efectos del desarrollo integral de la función que legalmente se le atribuye y no como una actividad autónoma o paralela.

Se trata, en opinión de la doctrina, de funciones indisociables (Gómez-Martinho Faerna, 2001, 5-6; Raposo Fernández, 2001). En atención a ello, tanto da decir, declara la RD-GRN de 16 enero 1996, que el Notario es un profesional del Derecho, dotado de funciones públicas, como que es un funcionario que se rige en su actuación por criterios profesionales (cfr. art. 1 de la Ley del Notariado y art. 1 de su Reglamento). El Notario es, conforme a

ello, el funcionario público encargado de dar fe y, simultáneamente y de forma inescindible con ello, un profesional del Derecho encargado de asesorar a las partes intervinientes.

Ahora bien, según expresa la misma RD-GRN, es posible la distinción conceptual de esta doble faceta y, podríamos decir, que no solo es posible sino que es imprescindible en tanto la normativa aplicable a su actuación en cada caso y los efectos que derivan de ella no coinciden.

En los apartados que siguen me propongo comentar el alcance asignado a cada una de estas funciones y su contenido al objeto de contrastarlas, en el apartado III, con las que corresponden a los registradores.

B) LA FE PÚBLICA

A ella alude el art. 1 de la Ley del Notariado (en adelante, LN) al disponer que el notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales. Asimismo, conforme al artículo 17 bis.2. del mismo texto legal, introducido por Ley 24/2001, 27 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, “la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia: **a)** Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes; **b)** Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes”.

Por su parte, el art. 1 RN dispone que la fe pública notarial tiene y ampara un doble

contenido: “a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos y b) en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes”.

El art. 143 RN, redactado por el RD 45/2007, de 19 de enero declara que “los documentos públicos autorizados o intervenidos por notario gozan de fe pública, presumiéndose su contenido veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en la Ley”, añadiendo que “los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a la fe pública notarial sólo podrán ser negados o desvirtuados por los Jueces y Tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias”.

Art. 145 RN, redactado por mismo RD 45/2007, establece que “la autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes”.

Se observa, pues, de inmediato que la normas transcritas distinguen entre la dación de fe y la formulación de juicios por el notario, señalando en ambos casos su alcance que, en el caso de la dación de fe no puede ser valorado sin interpretarlo en el contexto de su sistema, esto es, en relación con las prescripciones de los arts. 1218 Cciv y 319 LEC (conforme, Carrasco Perera, 2007, 7. Y vid. Montero Aroca, 2003).

En atención a ellos es doctrina y jurisprudencia pacíficas (Asencio Mellado, 2001, 1-521 y ss., Guzmán Fluja, 2001, 2368) que los documentos públicos dan fe, esto es, hacen prueba plena, frente a terceros incluso, de la identidad del fedatario y de los otorgantes, así como del lugar y la fecha en que se produce el otorgamiento. Ahora bien, en cuanto al hecho, acto o negocio incluido en los mismos,

únicamente dan fe de lo que éste ha podido percibir sensorialmente; es decir, de la realidad de celebración del acto en su presencia y de las manifestaciones realizadas por los declarantes en el mismo. La fehaciencia, en otros términos, abarca todo lo llevado a cabo en unidad de acto desde la comparecencia de las partes ante el fedatario público y hasta la lectura y suscripción del documento, así como la realidad de haberse realizado unas determinadas manifestaciones, pero no de que estas sean verdaderas o reales. En modo alguno el documento público acredita, con valor pleno, la veracidad de las manifestaciones o del negocio que se afirma celebrar, ni de las declaraciones particulares que al mismo se incorporen. Todo ello queda fuera de la fe pública por lo que puede ser contradicho por otras pruebas. Aun entre los otorgantes, respecto de los cuales el documento prueba (da fe), igualmente, que realizaron las declaraciones incluidas en el título.

En esta misma línea la STS de 5 mayo de 2008 declara que el art. 17 bis 2 a) LN al disponer la equiparación de los documentos autorizados en soporte electrónico y sobre papel en cuanto a la fe pública de la que gozan y la presunción de veracidad e integridad de su contenido, no hace sino reiterar esa interpretación. Se refiere incluso a los términos del art. 1 RN estimando que, cuando declara que, en la esfera del Derecho, la fe pública notarial ampara “la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes”, quiere decir, en congruencia con lo dispuesto en el art. 1.218 del Código Civil, que los documentos públicos hacen prueba de la realidad de que se han efectuado tales manifestaciones. No se trata, por lo tanto, de acreditar la realidad de tales declaraciones sino de su mera expresión y constancia en el documento, de manera que la fe pública notarial se limita a las manifestaciones de los comparecientes en tal sentido sin otro alcance. No hay, por lo tanto, constatación de la acreditación de tales circunstancias, sino de las manifestaciones de los otorgantes al respecto y, como tal, ha de

valorarse, en su caso, por los funcionarios a los que la Ley atribuye la facultad de examen o calificación a los efectos oportunos.

C) ASESORAMIENTO NOTARIAL

a) *Asesoramiento notarial y gestión del Notario*

En este ámbito conviene distinguir, en primer término, las actividades de asesoramiento previo en la autorización de los documentos públicos que, como veremos, incluyen los medios legales más adecuados para que el negocio jurídico que se somete al notario surta efectos y la posible gestión o tramitación posterior de los mismos; esto es, la asunción por parte del Notario de la ejecución de los trámites posteriores al otorgamiento del documento notarial a fin de que, por sí solo o acompañado de otros que resulten necesarios, desenvuelva plenos efectos, ya sean civiles o administrativos, incluyendo su inscripción en los Registros jurídicos o administrativos correspondientes.

En el primer caso actúa como profesional-funcionario, esto es, en su condición de notario; mientras que, en el segundo, opera exclusivamente como profesional del Derecho, es decir, en un ámbito extranotarial.

En efecto, según reiterada doctrina de la DGRN la gestión o tramitación de los documentos no constituye propiamente una actuación notarial, ni, por tanto, está incluida dentro de las funciones intrínsecamente notariales. No se integran en su función pública, sino que se trata de actividades privadas que, en su razón, se encuentran regidas no por la legislación notarial sino por lo acordado entre las partes dentro de las normas correspondientes al contrato celebrado (depósito, mandato, arrendamiento de servicios...). Entre más cabe citar a este respecto las RrDGRN de 10 y 11 de marzo, 15 y 27 de abril, 14 y 15 de junio de 1994 o de 14 noviembre 1995. La RDGRN de 16 enero de 1996 declara que, no obstante ello, es criterio reiterado de ese Centro Directivo que, al llevarla a cabo, si bien no está actuando, desde luego, “como Notario”, sí lo

está haciendo “por ser Notario”; esto es, que la puede realizar como profesional integrado en un Colegio Profesional, lo que conduce a concluir que, sin perjuicio de las normas jurídico-privadas que regulan la actuación de la gestión, también hay que tener en cuenta que dicha actuación se rige por la Ley de Colegios Profesionales, a través del correspondiente Estatuto, o de las normas de otro carácter, aprobadas por el Órgano Corporativo competente. En ese contexto la RDGRN 14 noviembre 1995 dispone que, por ello, si bien la relación de gestión, fundada en la concreta relación contractual que se haya establecido entre el Notario y su cliente, entra dentro de la competencia exclusiva de los Tribunales de Justicia, sí es posible que la incorrecta llevanza de la misma por el Notario, causando perjuicios al cliente, o incumpliendo los deberes que como a todo gestor de negocios ajenos le serían exigibles al Notario, dé lugar al desmerecimiento en el concepto público del mismo, que constituiría una falta grave del mismo que debe ser sancionada. En el caso concluyó ordenando a la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Valencia la apertura de un expediente disciplinario al Notario, para determinar a través de él si en los términos indicados u otros pudo haber existido alguna conducta sancionable del mismo.

b) El deber de asesoramiento notarial. Manifestaciones

a') Introducción

A diferencia de esa actividad de gestión o tramitación, extra notarial, que tiene lugar, según lo dicho, tras el otorgamiento del documento notarial, la de asesoramiento sí se incluye en el núcleo de las funciones desempeñadas en su condición de notario, como un deber específico integrado en su estatuto jurídico.

A él aluden, en efecto, los arts. 1, 147 y 194 RN. Conforme al primero de los preceptos, el notario como profesional del Derecho tiene la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más

adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar. Por su parte, según el art. 147.1 RN, “El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes”, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado. Y a tenor del párrafo 4º, “sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios”. Por último, el art. 194 RN se refiere a las reservas y advertencias legales que debe efectuar el notario en el documento que autorice.

Como es común en la legislación notarial, tal y como ahora recuerda el citado art. 147.1 RN, las menciones legales relativas a este deber son mucho más escuetas. En síntesis se reducen a las declaraciones contenidas en el art. 17 bis 2 a) LN, a cuyo tenor “el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes”.

Sea como fuere, de todo ello es posible inferir la atribución al notario de un deber específico de asesorar en el cual se integran como mínimo, a juicio de la doctrina, un deber de asesorar en sentido estricto y un deber de informar.

b') El deber de informar

El objeto del deber de informar se extiende, al menos, a todos los requisitos necesarios para la validez y eficacia del negocio jurídico. No

puede restringirse, en efecto, a aquellos que afecten a la formación o conclusión del acto o contrato autorizado, sino que comprende todos los que resulten necesarios o convenientes para que el negocio produzca los efectos específicos queridos por las partes al contratar ya que tiene como presupuesto previo el deber del notario de indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico la voluntad común de los otorgantes, cerciorándose de que han comprendido el valor y alcance de su redacción. Conforme a ello, informará también sobre los requisitos externos, como autorizaciones administrativas, declaraciones posteriores, pago de impuestos, necesidad de inscripción en los Registros para que se produzcan determinados efectos y, en general, sobre el alcance y consecuencias del negocio que las partes pretenden.

Este deber de información resulta especialmente exigible en sus más amplios términos en el caso de que entre las partes exista una gran asimetría informativa y/o económica, especialmente, aunque no de forma exclusiva, ante condiciones generales de la contratación y contratos de adhesión en relación con el consumidor. Tal es así que se ha llegado a configurar como un deber específico, distinto del de información, denominado de asistencia (Raposo Fernández, 2001, 8 y ss). A ello alude el art. 147.4º cuando dispone que “el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra (...) y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella (...) y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios”.

Siempre sin perjuicio del deber de imparcialidad que, en relación con las partes, pesa sobre él en todo caso.

A estas cuestiones alude con acierto, a mi juicio, la RDGRN de 26 octubre de 1995, a cuyo tenor esta obligación comprende el deber que tiene el Notario de (...) informar a los otorgantes de forma exhaustiva sobre las circunstancias y los efectos del documento otorgado por los mismos, con una actuación profesional cuya imparcialidad, legalmente exigida,

implica “una asistencia especial al otorgante necesitado de ella” (artículos 1.2 y 147 RN).

Por lo mismo, no puedo coincidir con la misma cuando estima que una mera referencia formal en la escritura al dato relevante para la producción de los efectos suponga el cumplimiento del deber. En el caso se trataba de la autorización de una escritura de compraventa de un piso que formaba parte de una finca en régimen de propiedad horizontal, la cual no pudo ser inscrita por faltar la inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración de obra nueva y la división horizontal. En la escritura de venta del piso se decía por una parte que “en escritura asimismo a mi testimonio de fecha 21 de febrero de 1984, fue realizada la manifestación de obra nueva y división horizontal del edificio (...)”, y sobre la inscripción se decía “Referencia registral: No consta”. La DG estimó que la actuación del Notario fue, “desde el punto de vista formal, absolutamente correcta, puesto que la escritura reflejaba correctamente la situación documental y registral de la finca objeto de la escritura”.

Decisiones de esta índole vulneran el art. 17 bis 2 a) LN en la medida en que obliga al notario a dar fe de que el otorgamiento se adecua a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes, lo que compele a entender que el deber de información ha de ser cumplido sustancialmente, cerciorándose el notario de la comprensión por los otorgantes de los pormenores implicados, y no desde un punto de vista meramente formal.

En otro orden de cosas, en la medida en que integra el contenido de la función notarial, la existencia y alcance de este deber no precisa de declaraciones expresas que obliguen al notario a suministrar determinada información. De manera que las concretas previsiones reglamentarias en torno a estas cuestiones han de considerarse simples especificaciones de este deber general. Sucede así, por ejemplo, como recuerda la STS de 20 de mayo de 2008, con el art. 175 RN cuando “impone al Notario la obligación de comprobar (deberá) la titularidad y estado de cargas de los inmuebles correspondientes al acto o negocio jurídico de que se

trate”. Se trata de una “obligación propia de su función notarial”, es decir, “una manifestación del deber impuesto por la Ley del Notariado (art. 17.bis) de dar fe de que el otorgamiento se adecua a la voluntad debidamente informada de los otorgantes” en la medida en que se refiere a “la debida información a las partes en relación con un elemento esencial del negocio jurídico cual es la titularidad y estado de cargas de los inmuebles y la necesaria comprobación de tales circunstancias por el Notario”.

Por la misma razón entiendo que el fedatario público debe prestar la información en todo caso, aunque no exista concierto expreso con los otorgantes ni petición de los mismos. Y aunque estén asistidas por sus asesores. No puedo, por ello, coincidir con la conclusión a que llega la STS de 14 de mayo de 2008 cuando estima la irresponsabilidad del notario por incumplimiento de su deber de informar sobre una circunstancia que impidió la eficacia del acto autorizado por no constar que los otorgantes solicitasen información de su contenido jurídico al notario con anterioridad al otorgamiento de la escritura ni de la necesidad de su inscripción registral y por haber quedado acreditado que estaban asesorados por su letrado. La responsabilidad del letrado no oscurece la del propio notario por incumplimiento de su deber legal.

Ahora bien, como con acierto declara la STS de 20 de mayo de 2008, los preceptos aludidos generan una obligación del Notario, no de los otorgantes, que, en ese ámbito, ostentan un derecho, por lo que, consiguientemente, no pueden ser compelidos a recibir la información. Por tanto, el deber del notario acaba con el suministro de la información, en su caso, con la comunicación del derecho a obtener información. De manera que los otorgantes pueden lícitamente renunciar a recibirla.

El TS hace esta manifestación en Sentencia de 20 de mayo de 2008, al respecto del art. 175 RN en relación con el deber de informar a las partes sobre la titularidad y estado de cargas de los inmuebles y la necesaria comprobación de tales circunstancias por el Notario. Considera que la imposición de esa obligación ha

de ponerse en relación con el destinatario de la misma, el adquirente, que puede disponer de tal información y considerarse satisfecho al respecto, manifestándolo así al Notario, como resulta del n.º 5.b) del mismo precepto, que se ve liberado con ello de tal obligación de información, la cual no cabe imponer en contra de la voluntad manifestada del destinatario, para el que debe representar una aportación beneficiosa para sus intereses y no una carga. Así entendida la situación, considera que no se justifica la exigencia de que el adquirente haga constar, además, la urgencia de la formalización del acto en la escritura que se autorice, pues ello es tanto como imponerle en los demás casos la obligación de sujetarse a dicha información notarial, aun en contra de su voluntad manifestada y sus intereses, para proceder a la formalización del acto en la correspondiente escritura, lo que resulta contrario a la interpretación del alcance del precepto que ha indicado. En consecuencia entiende la Sala que debe anularse el inciso del n.º 5º del precepto “siempre que, además, haga constar la urgencia de la formalización de acto en la escritura que autorice”.

Estima, además, que la obligación impuesta no tiene otro alcance que el cumplimiento del indicado deber legal del Notario de informar adecuadamente la voluntad de las partes y, por ello, su incumplimiento afectará a la responsabilidad del Notario, pero no constituye una causa ni autoriza al Notario para denegar el otorgamiento de que se trate.

c') El deber de asesorar en sentido estricto

“A este aspecto del deber de asesoramiento aluden los arts. 1 y 147 del RN. Conforme al primero de los preceptos, según se indicó, el notario, como profesional del Derecho, tiene la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar”. Por su parte, según el art. 147.1 RN, “el notario redactará el instrumento público conforme a

la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, (...) de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado. Y a tenor del párrafo 4º, “sin mengua de su imparcialidad, el notario (...). También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios”.

En relación con ello el art. 17 bis 2 a) LN, dispone que “el notario deberá dar fe(...), de que a su juicio, el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes”.

A tenor de los preceptos mencionados, el deber de asesorar en este estricto sentido se diferencia del deber de informar, otra especie del mismo género, por cuanto la información es mera puesta en conocimiento; mientras que el asesoramiento implica el deber del notario de aconsejar a las partes “los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllas se proponen alcanzar”, “indagando, interpretando y adecuando al ordenamiento jurídico” la voluntad común de las mismas.

El deber de asesoramiento del notario constituye una de las facetas más relevantes de la labor que le encomienda el ordenamiento jurídico por cuanto a través de él se logra un alto grado de adecuación del mismo ordenamiento a las nuevas necesidades del tráfico económico. El notario valora los objetivos perseguidos por las partes y, conforme a ello, sirviéndose de su alta preparación técnica, propone la cobertura jurídica que, a su juicio, resulta más eficaz para alcanzarlos. Es bien conocido que muchas de las nuevas figuras negociales que ha generado el tráfico tienen su génesis en esta labor del notariado. Es la práctica notarial, por ejemplo, la que ha creado la tipología de las cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de acciones solo mencionadas, y muy parcialmente, en las Leyes de sociedades anónimas y limitadas y en el Reglamento del Registro Mercantil. Y muchas otras fórmulas y figuras de diversa índole.

Resulta claro, con todo, que, igual que antes, al deber notarial de aconsejar no corresponde un correlativo deber de las partes de seguir el consejo, ni, por tanto, de otorgar el documento en los términos sugeridos por el notario. En opinión de la doctrina (Raposo Fernández, 2001, 7 y ss, con más referencias), que comparto, este debe informarles de su derecho a requerir el consejo y a contrastarlo con la voluntad libremente formada. Es ésta la única vía que legitima a aquél para revisar los planteamientos que le son presentados desde calificaciones ya preestablecidas por la asistencia asesora de letrados profesionales y para sugerir su modificación, cuando proceda, a resultas de dicha revisión. En modo alguno puede imponerles la solución ideada por él. Desde la perspectiva del fedatario, asesorar es recomendar la estrategia legalmente más adecuada para conseguir los objetivos perseguidos por las partes al contratar, emitiendo un dictamen o consejo imparcial, pero asistencial en relación con la parte débil del contrato.

d') El deber de informar y asesorar. Las “advertencias” y “reservas” notariales

Tras el breve resumen efectuado en los epígrafes anteriores, ha quedado constatado que ni la Ley Notarial ni el Reglamento notarial configuran poderes al notario para imponer a las partes ni el contenido ni el marco jurídico del negocio que se proponen concertar mediante su intervención.

Ambos textos legales le imponen el deber de informar y el deber de asesorar a las partes. Nada más.

Esta conclusión se corrobora si, adicionalmente, recurrimos al Código civil, en la medida en que erige principio fundamental de nuestro sistema jurídico-privado el de libre autonomía de la voluntad. Las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, en los términos prescritos por el art. 1255 Cciv.

Interpretados conforme a este precepto los arts. 1 y 147 RN y 17 bis 2 a) LN no hacen

sino corroborar que el acto o contrato que conforma el documento público es el querido por las partes, en los términos y conforme a la legalidad que las partes consideren de procedente aplicación. El art. 147.1 RN es bastante explícito al respecto cuando dispone que, si bien es el notario quien redacta el instrumento público, debe hacerlo “conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico”. Asimismo el art. 17 bis 2 a) LN, insiste en esa misma programación al declarar que “el notario deberá dar fe (...), de que a su juicio (...); el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes”.

Cierto es que la referencia que se encuentra en ambos a que el notario deber adecuar tal voluntad al ordenamiento jurídico puede suscitar alguna duda en torno a los poderes que se confieren al mismo. Ahora bien, resulta claro que, hasta ahora, para efectuar tal adecuación no dispone de un poder coactivo, sino simplemente de un deber de informar y un deber de asesorar cuyo contenido ya ha sido explicitado antes.

Por otra parte ha de tenerse en cuenta que, según el art. 2 de la LN, la intervención del notario es obligatoria para él ya que no puede denegar su ministerio salvo que concurra “justa causa”. Y en ninguno de los preceptos indicados se autoriza al notario a denegar el otorgamiento en atención a circunstancias relativas a su juicio sobre la legalidad del acto.

De hecho cuando la ley ha querido prever tal consecuencia lo ha hecho expresamente. Entre otros casos, cabe citar el art. 84 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que impide a los notarios autorizar aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.; el art. 4.4 de la Ley 42/1998,

de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, según el cual los notarios no pueden autorizar una escritura reguladora de un régimen de aprovechamiento por turno, mientras no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en los apartados 1 y 2 del propio precepto; el art. 20 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que impide la autorización de escrituras públicas de declaración de obra nueva sin que se acredite la constitución de las garantías establecidas en el art. 19 de la Ley; o el art. 25.5 de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de Montes, que impide a los notarios autorizar las escrituras de adquisición sin que previamente se acredite la notificación fehaciente a la Administración, que exige dicho precepto.

En el resto de los supuestos, pues, el notario deberá autorizar el acto expresando en su caso su opinión acerca de la eventual vulneración de algún presupuesto legal, conforme al art. 194 RN.

A mi juicio, es ese precepto el argumento determinante para negar que estas cuestiones constituyan justas causas de denegación de la intervención notarial.

En efecto, los deberes de informar y asesorar en relación con las facultades de adecuación de la voluntad de los otorgantes a la legalidad que competen al notario adquiere una dimensión específica a través de las advertencias y reservas que el RN le obliga a efectuar en el momento del otorgamiento de la escritura. Conforme al art. 194 RN, “los notarios harán de palabra, en el acto del otorgamiento de los instrumentos que autoricen, las reservas y advertencias legales establecidas en los Códigos Civil y de Comercio, Ley Hipotecaria y su Reglamento y en otras leyes especiales, haciéndolo constar en esta o parecida forma: Se hicieron a los comparecientes las reservas y advertencias legales”. Esto no obstante, se consignarán en el documento aquellas advertencias que requieran una contestación inmediata de uno de los comparecientes y aquellas otras en que por su importancia deban, a juicio del Notario, de-

tallarse expresamente, bien para mayor y más permanente instrucción de las partes, bien para salvaguardia de la responsabilidad del propio Notario.

Las advertencias se refieren, pues, al juicio que formula el notario sobre la necesidad de cumplimiento de los requisitos legales necesarios para que el acto o negocio jurídico produzca los efectos deseados por las partes. En su modo ordinario se refieren normalmente a requisitos externos al acto que inciden, no obstante, en la eficacia del mismo, si no son cumplidos por las partes, bien antes del otorgamiento, bien después. Por su parte, las reservas expresan el juicio de disconformidad del Notario en torno al cumplimiento de los presupuestos legales sea de la validez como de la eficacia del acto, así como de cualesquiera normas que, según su opinión, puedan impedir la regularidad o legalidad del acto o contrato documentado.

Según declara la RDGRN de 30 de abril de 1992 “que la autorización sea en principio obligatoria para el Notario ello no implica que todos los extremos que conforman el contenido del instrumento público deban ser expresamente queridos por sus otorgantes. El Notario en el ejercicio de su función tiene también encomendado un importante control de regularidad y legalidad del acto o contrato documentado; por lo que hará constar entre otros extremos, las reservas y advertencias que a su juicio, —nunca al de las partes— puedan incidir en el supuesto concreto, bien para una mayor formación y conocimiento de las partes, bien en su caso para salvaguarda de su responsabilidad”.

Consecuentemente, el control de la legalidad que se dice se atribuye al notario se manifiesta precisamente en las advertencias y, en su caso, reservas que debe hacer en el documento autorizado por él. Si pudiera denegar su ministerio en atención a los pormenores sobre los que debe formular advertencias o reservas, no tendría ningún sentido el precepto que se comenta por cuanto devendría inaplicable. Nunca podrían formularse advertencias ni, sobre todo, reservas, ya que las cuestiones a las que

se refieren constituirían directamente justas causas de denegación de la intervención.

Por otra parte, en defecto de advertencias o reservas, el otorgamiento expresa el juicio del notario sobre la adecuación a la legalidad del acto o contrato que documenta como consecuencia de su labor previa de indagación e interpretación de la voluntad común de las partes y de sus deberes de informarlas, asesorarlas y aconsejarlas y, en su caso, asistirles. Un juicio es una opinión, qué duda cabe. Y es una opinión personal y subjetiva, no imparcial. Tal y como se ha indicado antes, el deber de actuar de forma imparcial que se impone al notario se refiere a las partes, no puede dar un trato de favor a una en detrimento de la otra. Pero no se extiende al contrato que ha intervenido puesto que, al hacerlo sin reservas, tiene ya un interés personal en que no se aprecien en él defectos que lo hagan ineficaz, ya que está ahí implicada su responsabilidad personal y patrimonial. Su opinión personal, por tanto, en torno a la legalidad del acto no tiene otro valor o alcance que la emitida por un profesional altamente cualificado jurídicamente; no se integra en su faceta de fedatario público *stricto sensu*.

Coincidiendo, no obstante, con la publicación de la Ley 24/2001, al amparo de la interpretación del tristemente famoso art. 98 de la misma y, en relación con el alcance del juicio notarial de suficiencia de poderes y correlativa restricción del poder de calificación de que habrían de estar investidos los registradores, la DGRN ha insistido en avanzar otra orientación que, por ahora, ha culminado entre otras, en las RDGRN de 14, 20 y 28 febrero 2007 y de 25 de enero y 12 y 13 de febrero de 2008.

Al hilo de ello, ha sentado una contundente y reiterada doctrina conforme a la cual, “El documento público notarial goza de tres presunciones previstas en una norma con rango de Ley como son las de veracidad, integridad y legalidad. Dichas presunciones tienen su origen en la imposición al notario de la obligación de velar por la regularidad, no sólo formal, sino material del acto o negocio jurídico que autoriza o interviene, lo que exige del mismo una serie de actuaciones positivas previas al mismo

hecho de la autorización o intervención; así, podemos destacar: asegurarse acerca de cuál sea la identidad de los otorgantes, indagar su verdadera voluntad y controlar la legalidad del acto o negocio jurídico que se pretende realizar desde las perspectivas formal y material (elementos esenciales, naturales y accidentales) a los efectos de su documentación pública”.

“Veracidad implica que desde la perspectiva de la narración de los hechos y del contenido del acto o negocio documentado el mismo se corresponde con la realidad extradocumental; por ejemplo, que los otorgantes son quienes se dice en el instrumento y que cuentan con capacidad natural y jurídica para la conclusión de lo documentado; que el acto o negocio jurídico concluido es el que es y no otro; que sus elementos esenciales, naturales y accidentales son los reflejados en su clausulado y que, en suma, la realidad extradocumental ha sucedido como se narra y refleja en el instrumento. Por ello, hasta el mismo Código Penal prevé un tipo de falsedad específico (artículos 390 y siguientes)”.

“Integridad supone que el documento no carece de ninguna de sus partes en el sentido de que narra toda la verdad. Por ello, un documento no sería veraz si recogiera una parte de la realidad y diera o elevara ésta a rango de totalidad de lo ocurrido”.

“La consecuencia de las dos presunciones expuestas es la de legalidad. Que una realidad jurídica se presuma conforme a la legalidad implica que su contenido y efectos están ajustados al ordenamiento jurídico. Dicho de otra forma, que el acto o negocio jurídico documentado y por extensión el mismo documento es conforme a la legislación que rige aquél, desplegando por ellos unos efectos privilegiados respecto de otros tipos documentales”.

“Y es que no se debe olvidar, desde esta perspectiva, que a los efectos de documentar el acto o negocio jurídico, el notario controla la legalidad del mismo. Ese control, calificación o juicio de legalidad en terminología del Tribunal Constitucional (STC 207/1999, de 11 de noviembre) no es una mera adecuación

en el sentido de encaje en el ordenamiento jurídico —lo que de por sí tendría gran trascendencia—, sino algo más, esto es, que resulta plenamente conforme a dicho ordenamiento. Así, la presunción de legalidad implica que el documento notarial goza no sólo de autenticidad formal sino también material. Y ello es así porque el Notario es un funcionario público especialmente habilitado para garantizar la estricta observancia de los presupuestos básicos previstos por las leyes para que la apariencia documental responda a la verdad e integridad del negocio o acto documentado. Así, el Notario ha de asesorar de forma imparcial para que las partes presten su consentimiento debidamente informado; ha de explorar la voluntad de las partes para, siguiendo sus instrucciones, conformarla y que la ratifiquen como suya; ha de controlar la regularidad del negocio y sobre todo ha de realizar una valoración de los fines perseguidos por si éstos fuesen simulados o fraudulentos; ha de controlar la legalidad vigilando el cumplimiento de las normas con especial tutela de los intereses generales y públicos; y por último autoriza el documento con arreglo a la forma prevista por las leyes. Por todo ello la Ley otorga al documento notarial efectos legitimadores tanto desde el punto de vista formal como material”.

“Y ello, porque lo que sí se le exige taxativamente al notario por su normativa [artículos 17 bis, apartado segundo, letra a) y 24 de la LN y 145 de su Reglamento es que niegue dicha autorización si considera que el acto no resulta conforme al ordenamiento jurídico. Obviamente, si el notario no sólo puede, sino que debe negar su función es porque ejerce un pleno control de legalidad a los efectos de denegar su autorización y documentación pública”.

“Así, lo expuesto (que el documento notarial está investido de una presunción de validez) resulta no sólo del artículo 1218 del Código civil, sino de la LN en sus artículos 1, 17 bis y 24, este último recientemente reformado por la Ley 36/2006 de 29 de noviembre, de medidas de prevención de fraude fiscal. Así el artículo 17 bis, apartado a) sostiene que el notario debe velar para que ‘el otorgamiento se

adecue a la legalidad', lo que implica según el apartado b) que 'Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en ésta u otras leyes'; todo ello conlleva según el artículo 24 de la Ley del Notariado que 'los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autoricen o intervengan', siendo así que la consecuencia es que el notario debe denegar su ministerio, esto es, debe negarse a autorizar o intervenir el acto o negocio jurídico cuando el mismo sea contrario a la legalidad vigente tal y como disponía el artículo 145 del RN en la redacción precedente y preceptúa en la actual. Así, se sostiene de modo taxativo en el número primero del párrafo tercero del artículo 145, según la redacción derivada del Real Decreto 45/2007 de 19 de enero, cuando establece que 'Esto no obstante, el notario, en su función de control de la legalidad, no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial cuando a su juicio: 1º La autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal, o no se hubiere acreditado al notario el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos'.

En síntesis, pues, la DGRN considera que el acto o contrato incorporado en el documento público se beneficia de una presunción de legalidad, de validez, que implica que su contenido es conforme al ordenamiento jurídico, por lo que produce los efectos generales y específicos asignados al mismo, debido al poder-deber que ostenta el Notario de controlar y hacer cumplir los requisitos legales implicados en él. El poder-deber de control de la legalidad supondría, pues, la decisión notarial sobre la determinación de la legalidad sustantiva del acto o negocio jurídico pretendido por los interesados, lo que estaría en condiciones de cumplir básicamente porque se le autoriza a denegar su autorización en otro caso. Todo lo cual se deduciría de las previsiones formuladas

en los artículos citados. Así concebida la presunción, habría que admitir que, por el hecho de estar contenido en el documento notarial, el negocio o acto material reúne todos los requisitos exigidos para su validez (capacidad de las partes, consentimiento no viciado, objeto, causa, forma, en su caso, no vulnera normas imperativas...) y le acompañan todos los demás necesarios para que produzca los efectos generales y los específicos queridos por las partes (poder de disposición del transmitente, ausencia de simulación relativa —donación y no compraventa, por ejemplo—, ha sido objeto de la calificación jurídica correcta —arrendamiento de obra y no de servicios...—).

La DGRN basa sus conclusiones en los arts. 1218 Cciv, 1, 17 bis. 2 y 24 LN y en el art. 145 del RN, según redacción efectuada por el R.D. 45/2007, de 19 de enero.

Pues bien, según se indicó antes, la única virtualidad a asignar a los arts. 1218 Cciv y 319 LEC consiste en que atribuyen a los documentos públicos eficacia probatoria (dan fe) de la fecha y de que las manifestaciones efectuadas por los declarantes se realizaron del modo transcrito en los mismos, pero no de que estas sean verdaderas o reales, ni, mucho menos, de que sean válidas y produzcan los efectos legales generales o específicos queridos por aquéllas. En este contexto, cuando el art. 1 LN dispone que 'el notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales', no hace otra cosa que reiterar que esa es la extensión que cabe conferir a la dación de fe.

Por su parte el art. 17 bis 2 a) LN, introducido por la Ley 24/2001, 27 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se limita a disponer que la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia, tal y como se indicó antes, 'a) con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los

otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes’.

Literal y sistemáticamente interpretado el precepto restringe la dación de fe a la identidad de los otorgantes; el resto de las manifestaciones son juicios, opiniones, del notario. Y, en relación al cumplimiento de los requisitos legales de validez y eficacia del negocio, únicamente reitera un aspecto del deber de información que compete al notario en los términos analizados más arriba.

Por lo demás, una interpretación, igualmente literal del inciso *‘el notario deberá dar fe (...) de que ‘a su juicio el otorgamiento se adecua a la legalidad’* y sistemática, en conexión con el párrafo primero del mismo precepto, obliga a estimar que el mismo se limita a reiterar el significado y alcance de la dación de fe por el Notario en el documento público con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga, como expresión de que el documento público electrónico ha de estar sujeto a las mismas garantías y requisitos que todo documento público notarial, según establece en el párrafo inmediatamente anterior, sin que, por tanto, se aluda a modificación alguna del alcance de la dación de fe en los términos de los arts. 1218 del Cciv y 319 LEC. En consecuencia la norma no introduce un control de legalidad ex novo, ni amplía el significado y alcance de la fe pública notarial extendiéndola a la legalidad sustantiva del acto o negocio jurídico. Se limita a reiterar que, entre aquellas garantías, se incluye el examen de la adecuación a la legalidad del otorgamiento en sí, no del negocio o acto material incluido en el documento, es decir, el juicio emitido por el Notario de que el otorgamiento ha tenido lugar en las circunstancias que expresa el art. 193 RN, hechas las reservas y advertencias legales a que se refiere el art. 194 RN y firmada la escritura en la forma dispuesta en el art. 195 RN.

De otro modo, el juicio sobre la adecuación a la legalidad que eventualmente se advertiría afectaría únicamente a que el Notario ha procedido conforme a la Legislación Notarial en el desempeño de su cargo; que ha redactado debidamente el documento, según al procedimiento previsto al efecto, y que no incurre en ningún defecto que provoque la pérdida de su condición de documento público (conforme CARRASCO 2007, 7).

Sistemática y teleológicamente interpretado, tampoco el art. 24 LN, instaura ese denominado control de legalidad, ni sienta presunción alguna de legalidad o validez del título material. Cuando señala que *‘los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autoricen o intervengan, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas’*, sus términos han de interpretarse en relación con la finalidad de la Ley 36/2006 de 29 de diciembre, a la que debe su redacción, esto es, con la prevención del fraude fiscal. Lo que corroboran los términos del último inciso citado y del párrafo siguiente, en tanto constatan que ese genérico deber de los notarios no tiene otra concreción que la especial obligación de colaboración que les obliga a prestar a las autoridades judiciales y administrativas, cumpliendo los deberes que, con aquel objeto, dispongan dichas autoridades en el ámbito de sus competencias. Y, en especial, con el que instaura la propia norma en los párrafos siguientes en relación con las escrituras relativas a actos o contratos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Esta última precisión es de la mayor relevancia puesto que pone de manifiesto otra vez que cuando la Ley ha querido atribuir al Notario un poder-deber de control de la legalidad con la amplitud que se pretende lo ha dispuesto expresamente, señalando su alcance. Así se contempla en los distintos supuestos relacionados antes a modo de ejemplo en que

se instauran controles de legalidad con dicha extensión.

Y es obvio que en ninguno de los preceptos comentados se advierte la atribución al Notario del poder para determinar la legalidad sustantiva del acto o negocio jurídico pretendido por los interesados en términos de imposición.

Es verdad que quien redacta el documento es el Notario, pero a efectos de documentar un convenio acordado por las partes, por lo que el intento de sujeción absoluta a los requerimientos de acomodo legal según el juicio del notario, cuando pueden ser varias las interpretaciones, cercena sin duda el derecho a la libre autonomía de la voluntad, elevado a categoría de principio en nuestro sistema contractual (art. 1255 Cciv, entre otros). Se privaría además a los particulares de la forma de documentación pública (arts. 1278 y 1279 Cciv) y de las correspondientes garantías y eficacia que de ella derivan (arts. 1218 Cciv, 319 y 517 LEC, entre otros); así como de las posibilidades de negociación que tales garantías facilitan y de la subsiguiente protección registral, si quiera sea provisional y temporal, que proporciona el acceso al registro a través del correspondiente asiento de presentación, comenzando por la posible subsanación y con los consiguientes efectos derivados de tal prioridad (arts. 17, 18, 24, 25, 32 LH; arts. 1473 párrafo segundo, 1526, párrafo segundo del Cciv, entre otros), por citar los aspectos más destacados. Lo que sin duda no deja de tener trascendentes consecuencias para los derechos de carácter patrimonial de los interesados y para el mercado en general, proyectándose además sobre el derecho de propiedad en atención a los efectos que sobre la seguridad del tráfico relativo al mismo despliega la inscripción registral.

De la Ley del Notariado no se desprende, por otra parte, la previsión sobre la posibilidad de denegación por los notarios de su ministerio en casos en que las partes no accedan a sujetar el negocio que pretenden concertar a los requerimientos legales sustantivos impuestos por aquel, ni la revisión de una eventual decisión en tal sentido. El art. 2 del texto legal indicado no puede estimarse como norma ha-

bilitante. Tal precepto impone genéricamente al Notario, requerido para dar fe de cualquier acto público o particular extrajudicial, a prestar su intervención, que no puede negar sin justa causa; de manera que no se contempla la concreta cuestión de denegación en razón de la valoración de la legalidad del acto o negocio de que se trate y, más aun, la excluye en tanto la dación de fe, según se ha indicado antes, no ampara sino los concretos particulares aludidos en los arts. 1218 del Cciv y 319.1 LEC. Y, sobre todo, interpretado conforme al art. 194 RN, no puede justificarse en modo alguno que tales pormenores constituyan motivo de denegación de intervención cuando expresamente solo lo son de formulación de advertencias o reservas.

Desligado el juicio notarial sobre la valoración de la legalidad sustantiva del acto de la función notarial de dación de fe, ha de estimarse que integra un aspecto distinto de su intervención, por lo que la negativa a prestarla en razón de ello exige una concreta habilitación legal que contemple ambas circunstancias, esto es, que le atribuya tal poder y que anude al mismo la posibilidad de negar su ministerio. De hecho, así ha sucedido hasta ahora. Ha sido una concreta habilitación legal la que ha atribuido la facultad de modo específico, señalándose al tiempo las concretas limitaciones de acceso a la autorización notarial de actos o negocios jurídicos.

A falta de disposición legal expresa ha de entenderse, pues, que el control de legalidad con el alcance denegatorio de la intervención notarial que la DGRN pretende no tiene cobertura legal.

Lo que, además, salvando los casos muy aislados de oposición radical del acto o negocio con normas imperativas, sería del todo ineficaz, dado el régimen a que está sujeto el notariado, integrado, como se sabe, por funcionarios de libre elección por los particulares. De este modo, denegada la autorización por un Notario, es perfectamente posible acudir a otro que, efectuando una valoración legal distinta, se pliegue a autorizar el documento en los términos queridos por los interesados.

Y, siendo éste el presupuesto de la pretendida presunción de validez, no parece aventurado afirmar que tal consecuencia desaparece en la misma medida en que lo hace su presupuesto.

La mayor parte de estas consideraciones se encuentran en la base los fundamentos aducidos por la STS de 20 de mayo de 2008 para decretar la nulidad de diversos preceptos del RD 45/2007 de 19 de enero. En especial alude a que todos ellos responden a la atribución directa o indirecta al Notario de un control de legalidad con un alcance que no estima amparado legalmente cuando debiera estarlo y a la pretensión de anudar al documento notarial una presunción de legalidad sustantiva del acto o negocio jurídico que incluyen, que tampoco encuentra cobijo legal.

En síntesis: la STS utiliza dos argumentos. En primer término, que un control de legalidad que atribuya al notario el poder de decidir sobre la adecuación del acto o negocio jurídico a la legalidad sustantiva, del que deducir una presunción de validez del documento notarial, otorgando a aquel para hacerlo eficaz la facultad de denegar su ministerio por tal motivo constituye una facultad que, por propia naturaleza, y, en cuanto afecta a la determinación de la legalidad sustantiva del acto o negocio jurídico pretendido por los interesados, requiere una habilitación legal expresa que incluya los términos o medida de aquel, así como el procedimiento y régimen de revisión de la decisión. En segundo lugar, que no existe tal habilitación legal.

La reserva legal se fundamenta en los derechos individuales que quedan afectados y en que la decisión del Notario así concebida constituye un acto administrativo.

En cuanto a los derechos, estima que la regulación de los preceptos reglamentarios anulados compromete los derechos y titularidades jurídicas de carácter patrimonial de los particulares, menoscabando el principio de libertad de pactos (art. 1255 Cciv), y privándoles de la forma de documentación pública (arts. 1278 y 1279 Cciv) así como de las garantías

y eficacia que de ella derivan (art. 1218 Cciv), de las posibilidades de negociación que tales garantías facilitan, y de la subsiguiente protección registral, lo que se proyecta, entre otros, sobre el derecho de propiedad, comprometido en gran parte de los actos o negocios jurídicos en cuestión, afectando a su adquisición, conservación y eficacia, materia que, por lo tanto, ha de entenderse sujeta a reserva de ley según resulta del art. 33.2 de la Constitución, en relación con el art. 53.1 de la misma, en cuando incide en aspectos sustanciales del ejercicio y alcance del derecho.

Por otro lado, considera que la atribución al notario del poder de denegar la autorización o intervención en los términos contemplados en los preceptos anulados, se hace en el marco de su condición de funcionario público: en relación, pues, con una actuación administrativa, y la revisión de este tipo de actos está sujeta a reserva de ley por disposición del art. 105 c) CE, según doctrina del mismo Tribunal sentada en un caso semejante contemplado en sentencia de 12 de febrero de 2002, que reitera la acuñada en sentencia de 22 de mayo de 2000.

Indica, con todo, que la reserva de ley no impide la colaboración reglamentaria siempre que se trate de desarrollar y completar las previsiones legales y que no responda a una remisión general e incondicionada que suponga la deslegalización de la regulación, pues, declara, 'como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 112/2006 de 5 de abril, con referencia a la sentencia 83/1984, de 24 de julio, el principio de reserva de ley 'entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho', siendo su significado último 'el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes', suponiendo que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que limite y condicione su ejercicio, precisa una habilitación legal —por todas, SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4 y 184/2003, de 23 de octubre FJ 6, a)—, señalando que no se excluye 'que las Leyes contengan remisiones a normas reglamenta-

rias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador' (STC 83/1984, de 23 de julio, FJ 4, confirmado, por todos, en el FJ 14 de la STC 292/2000, de 30 de noviembre). Las habilitaciones o remisiones legales a la potestad reglamentaria deben, según nuestra doctrina allí expresada, restringir el ejercicio de dicha potestad 'a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley', criterio 'contradicho con evidencia mediante cláusulas legales en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines y objetivos que la reglamentación ha de perseguir', criterio que proyecta sobre el derecho de propiedad señalando que este Tribunal, en su STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 3, tuvo ocasión de decir que esta reserva de ley 'prohíbe... toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada (estaba en juego la Ley andaluza de reforma agraria, aclaramos ahora) por reglamentos independientes o extra legem, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos''.

El TS concluye en que en el caso no se han respetado estos límites ya que el control de legalidad atribuido al notario en los preceptos que se anulan no está previsto en la Ley del Notariado, ni expresamente, ni puede estimarse incluido en los citados arts. 17 bis y 24 LN, a pesar de su modificación por las leyes 24/2001 y 36/2006, que no sirven de amparo para justificar un control de legalidad en los términos que pretende el Reglamento, ni contienen previsión alguna sobre la posibilidad de

denegación por los notarios de su ministerio y la revisión de una eventual decisión en tal sentido.

Añade que tampoco puede considerarse como norma habilitante el art. 2 LN aduciendo que el art. 3 del propio Reglamento reitera el carácter obligatorio del ministerio notarial, siempre que no exista causa legal o imposibilidad física que lo impida, sin ninguna precisión al efecto. En tal sentido, aun considerando que el concepto *justa causa* se refiriera genéricamente a cualquier circunstancia que pudiera calificarse como tal, incluido un juicio de legalidad desfavorable, el art. 2 de la LN, en el mejor de los casos, supondría una deslegalización de la materia, facilitando un desarrollo reglamentario independiente, en cuanto la Ley no contiene la mínima regulación que garantice que los supuestos de denegación de la autorización o intervención notarial responden a la voluntad del legislador, trasladando al ámbito reglamentario la facultad que la Constitución atribuye al legislador para su efectivo ejercicio y propiciando que, por vía reglamentaria, se configure un régimen de denegación de la intervención notarial, en virtud de un juicio desfavorable de legalidad, sin la necesaria precisión en cuanto al alcance de la deficiencia legal en que se sustenta el juicio desfavorable y sin ninguna valoración sobre la incidencia en los derechos tutelados y afectados por dicha denegación, que resulta insostenible como norma reglamentaria que carece de la necesaria cobertura legal.

En razón de ello la Sentencia citada anula, en primer término, la mayor parte del art. 145 RN, dejando vigentes únicamente el primer párrafo y la primera parte del segundo, precisando que ello incluye el último inciso del párrafo segundo en cuanto puede amparar la denegación de la autorización e intervención notarial en virtud de la valoración que pueda hacer el Notario de los amplios términos que se recogen en el mismo; sin que, por tanto, tenga la finalidad de excluir lo que pueda acordarse por aquel a efectos de que se complete la solicitud de autorización o intervención formulada por los interesados en los términos

que legalmente vengan establecidos. Anula, en efecto, por lo que ahora interesa, la excepción relativa a que la autorización e intervención del notario tiene carácter obligatorio “una vez que los interesados le hayan proporcionado los antecedentes, datos, documentos, certificaciones, autorizaciones y títulos necesarios para ello”. Y asimismo la declaración en que se atribuía al notario una “función de control de la legalidad”, a consecuencia de la cual “no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial cuando a su juicio: **1.º** La autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal, o no se hubiere acreditado al notario el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos. **2.º** Todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan. **3.º** La representación del que comparezca en nombre de tercera persona natural o jurídica no esté suficientemente acreditada, o no le corresponda por las leyes (...). **4.º** En los contratos de obras, servicios, adquisición y transmisión de bienes del Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia o el Municipio, las resoluciones o expedientes bases del contrato no se hayan dictado o tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas. **5.º** El acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes o al orden público o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para su plena validez o para su eficacia. **6.º** Las partes pretendan formalizar un acto o contrato bajo una forma documental que no se corresponda con su contenido conforme a lo dispuesto en el artículo 144 de este Reglamento.(...)”.

De forma coherente con ello, la nulidad alcanza también al art. 147 RN. Deja vigente el párrafo primero, a cuyo tenor “el notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado” y suprime el segundo, que disponía que “lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará incluso en los casos en que se pretenda un otorgamiento

según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado”; y el inciso en cursiva del siguiente: “asimismo, el notario intervendrá las pólizas presentadas por las entidades que se dedican habitualmente a la contratación en masa, siempre que su contenido no vulnere el ordenamiento jurídico anulado y sean conformes a la voluntad de las partes”.

Considera al respecto que la previsión del párrafo segundo responde a la concepción del control de legalidad notarial y su consecuencia denegatoria de la autorización que se recoge en el art. 145 del Reglamento que se ha considerado ilegal en cuanto cercena el principio de libertad contractual, respecto al que existe reserva de ley, al permitir al Notario imponer la alteración del negocio, sin que pueda ampararse en las previsiones del párrafo que le precede en cuanto invoca el art. 17.bis de la Ley del Notariado, pues, “al examinar la impugnación del referido art. 145 ya hemos señalado cuál es el alcance de dicho precepto legal —se refiere únicamente a la legalidad del procedimiento de otorgamiento— que no sirve de cobertura al precepto reglamentario ni por lo tanto a la interpretación que del mismo se refleja en el párrafo primero de este art. 147, lo que lleva a la anulación del párrafo segundo en cuanto se sujeta al referido control de legalidad y también el inciso ‘siempre que su contenido no vulnere el ordenamiento jurídico’, por las mismas razones, en cuanto se condiciona la intervención de la póliza al resultado del juicio de legalidad sobre su contenido efectuado por el Notario que, por su amplia formulación, constituye una nueva función del Notario en materia de pólizas, y es una variante del control de legalidad del art. 145 ya criticado antes”

Asimismo, del art. 197.4 ter, relativo a las pólizas, se suprime la consideración de que el inciso “con mi intervención” implique el control de legalidad por el notario y, en cuanto a las actas, se anula del art. 198.1.1º la referencia “a los efectos de su control de legalidad” y el número 6º en la medida en que disponía que “en todo caso y cualquiera que sea el tipo de acta, el notario deberá comprobar que el contenido de la misma y de los documentos a que haga refe-

rencia, con independencia del soporte utilizado, no es contrario a la ley o al orden público". Todo ello por cuanto vienen a amparar una denegación en razón del resultado de ese control de legalidad sustantiva, que no resulta admisible en los términos ya indicados.

Igualmente, anula el último párrafo del artículo 168, conforme al cual "cuando en la redacción de alguna escritura el notario tenga que calificar la legalidad de documentos otorgados en territorio extranjero, podrá exigir a su satisfacción que se le acredite la capacidad legal de los otorgantes y la observancia de las formas y solemnidades establecidas en el país de que se trate. En otro caso, el notario deberá denegar su función conforme al art. 145 de este Reglamento". El TS insiste en que la supresión se justifica en las mismas razones expuestas al examinar el art. 145, "pues la propia redacción del precepto refiere la denegación de la intervención precisamente a lo dispuesto en dicho art. 145 y, con ello, al control de legalidad en los términos y con el alcance allí establecidos que ha considerado ilegales y determinantes de la nulidad que, en consecuencia, también ha de predicarse de este último párrafo del art. 168, que, contrariamente a lo que se sostiene en la contestación a la demanda, introduce esa modificación sustancial en la redacción del precepto, contenida en el último inciso, al establecer la denegación de la función notarial como consecuencia del juicio de legalidad desfavorable".

3. FUNCIONES DEL NOTARIO Y CALIFICACIÓN REGISTRAL

Las declaraciones contenidas en la STS de 20 de mayo de 2008 corroboran, a mi juicio, la opinión que he sostenido más arriba; esto es, que la valoración de la legalidad sustantiva del acto o negocio por el notario ha de relacionarse con su faceta no de funcionario público, sino de profesional del Derecho altamente cualificado; esto es, con la dimensión asesora que se atribuye a la función notarial, cuyo soporte legal, según se indicó, se encuentra básicamente en el art. 17 de la Ley del Notariado, redactado

por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre y en el art. 17.bis 2 a) último inciso, según texto de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que alude expresamente a la adecuación del otorgamiento a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.

En este contexto, en relación con el principio de autonomía de la voluntad y libertad contractual, el deber de los notarios de velar por la regularidad formal o material de los actos o negocios jurídicos en que intervengan, incluyendo su opinión sobre el cumplimiento de los requisitos legales que les afecten alcanza a dos cuestiones. En primer término, si considera que el otorgamiento es ilegal, está en condiciones y, más aún, ostenta el deber de informar de ello a los otorgantes y de sugerir fórmulas alternativas, pero no de imponer la alteración del negocio, ni el cumplimiento de los requisitos legales que estime pertinentes, debiendo limitarse a intervenir el negocio con las correspondientes reservas y advertencias establecidas en la ley o, como resulta del art. 194 del propio Reglamento, en los Códigos Civil y de Comercio, Ley Hipotecaria y su Reglamento y en otras leyes especiales. Ahora bien, en segundo lugar, si prescinde de las advertencias o reservas eso no supone presunción alguna de legalidad del acto o contrato. Implica simplemente un juicio personal que efectúa en su condición de profesional del derecho, no como funcionario público. Es un juicio formulado por un profesional altamente cualificado, es cierto, pero no goza de fe pública, ni de un valor particular y distinto al de cualquier otro profesional ya que, en este contexto, no es imparcial, sino que está particularmente interesado en defender su legalidad puesto que en ello está implicada su eventual responsabilidad civil, por no mencionar el régimen disciplinario al que está sujeto.

La fe pública, por otra parte, tampoco se extiende a la realidad o veracidad de las manifestaciones de los otorgantes, sino estrictamente, a que aquellas se realizaron en la forma incorporada al documento. Adicionalmente, la presunción de veracidad que se atribuye a las mismas, que se asienta en el juicio no-

tarial, únicamente afecta a las partes y a sus causahabientes, no a terceros, que es el contexto que ha de ser valorado por el registrador, por lo que no puede obligarle. No hay, por lo tanto, constatación de la acreditación de tales circunstancias en el juicio notarial, sino de las manifestaciones de los otorgantes al respecto y, como tal, ha de valorarse por los funcionarios a los que la Ley atribuye la facultad de examen o calificación a los efectos oportunos.

A efectos del registro, se desvanece, por ello, la presunción de veracidad y, en cuanto, a la de legalidad o validez del acto o contrato documentado, inexistente en los términos indicados el presupuesto que la justificaría, es prudente sostener que también se extingue cuando la Ley no sienta presunción alguna de esta índole. El juicio positivo que formula el notario sobre la concurrencia de los presupuestos y requisitos legales de validez y eficacia del negocio al intervenir el instrumento que le documenta, en tanto proveniente de un profesional del Derecho especialmente cualificado, puede generar a lo sumo una apariencia de legalidad asimilable a una verdad interina sobre la validez, que, por eso mismo, admite un juicio contrario por quien está habilitado legalmente para formularlo en las condiciones que permita la legislación aplicable al caso.

En el marco del proceso, esas condiciones se inscriben, normalmente, en el contexto de las normas que regulan la carga y valoración de la prueba, a las que hay que remitir, por tanto, el tratamiento de los juicios u opiniones que la legislación notarial obliga a emitir al notario.

En el contexto de lo que se ha venido denominando seguridad preventiva, en especial en relación con el alcance de la calificación registral, el Registrador no está sujeto a aquellas normas, sino a los arts. 18 LH y 98 RH; así como a los preceptos concordantes del Ccom y RRM. Conforme a ello, los registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y

la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.

Limitado su examen a esos extremos, lo que resulte de las escrituras públicas y del historial registral vigente, el Registrador goza, pues, de plenos poderes, a efectos de la inscripción, para formular su juicio en torno a la concurrencia de los requisitos formales y materiales de validez del título y consecuentemente, para aceptar o denegar la inscripción, sin invadir la competencia de los tribunales, cuestión a la que, sin embargo, no voy a referirme aquí.

Hay que insistir que estas consideraciones se aplican a todas aquellas manifestaciones que la legislación notarial obliga a efectuar al Notario cuando les atribuya la condición de “juicios” u “opiniones” o de “presunciones impropias” y no lo dación de fe. Lo que incluye, en los términos del art. 17 bis 2 a) LN y 145 RN, “la capacidad y legitimación de los otorgantes, que el consentimiento ha sido libremente prestado y que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes” y, según el apartado b) del mismo precepto, la presunción de que su contenido es veraz e íntegro, “de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes”, a los que el precepto atribuye expresamente la consideración de “juicios” o “presunciones”, separándolos netamente de su obligación de dar fe.

Tratándose de una regla general, hay que estimar que resulta de aplicación en todo caso salvo que exista una disposición legal expresa en contra. Esto es lo que sucede, a mi juicio, con las previsiones formuladas en el art. 98 de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, máxime tras la redacción dada por la Ley 24/2005 de 18 de noviembre, de reforma para el impulso a la productividad. Conforme a él, el registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ASENCIO MELLADO, "La prueba", en *Proceso Civil Práctico IV*, Madrid, 2001.
- BOLÁS ALFONSO (dir), *La seguridad jurídica y el tráfico mercantil*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, Madrid, 1993.
- BOLÁS ALFONSO, "La documentación pública como factor de certeza y protección de los derechos subjetivos en el tráfico mercantil", en *La seguridad y el tráfico mercantil*, Madrid, 1993, págs. 44 a 47.
- BLANQUER UBEROS y otros, *Seminario sobre seguridad jurídica*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, Madrid, 1990.
- CARRASCO PERERA, "El título notarial se presume válido ¿tiene esta afirmación algún...?", *Aranzadi Civil* 3(2007), BIB 2007/381.
- GALLEGO SÁNCHEZ, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/GALLEGO SÁNCHEZ, "Fundamentos de Derecho Mercantil I. Introducción y Empresa. Derecho de Sociedades (parte general). Sociedades de personas", Valencia, 2000.
- GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, "La profesión notarial en la Comunidad Europea", *Diario La Ley*, 1991, pág. 923, tomo 1, *La Ley Digital* 15886/2001.
- Idem*. "El notario y su función en el momento actual, especialmente en los países pertenecientes a la Comunidad Europea", *Diario La Ley*, 1988, pág. 905, tomo 3, *La Ley Digital* 15883/2001.
- GUZMÁN FLUJA, "Fuerza probatoria de los documentos públicos", en *El proceso Civil III*, Valencia, 2001, págs. 2366 y ss.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, "La función calificadora: una aproximación desde el análisis económico del derecho" en *La calificación registral (Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral)* Tomo I, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 31 y ss.
- MEZQUITA DEL CACHO, "La función notarial en la prevención de la seguridad jurídica privada", en MEZQUITA DEL CACHO/ LÓPEZ MEDEL, *El Notariado y los Registros. Orientación vocacional y de estudios*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1986, págs. 53 a 144.
- MONTERO AROCA, "La justificación y la prueba de la existencia y de la suficiencia de la representación en el proceso", *Diario La Ley*, nº 5748, Sección Doctrina, 27 Mar. 2003, Año XXIV, Ref. D-72, *La Ley Digital* 403/2003.
- PAZ ARES, "Seguridad jurídica y seguridad del tráfico", *Revista de Derecho Mercantil*, 175-176 (1985), págs. 8 y ss.
- PRATS ALBENTOSA, "La calificación de los poderes: interpretación judicial y de la DGRN del art. 98 de la Ley 24/2001", *Diario La Ley*, Nº 5827, Sección Doctrina, 18 Jul. 2003, Ref. D-171, *La Ley Digital* 1388/2003.
- POVEDA DÍAZ, "El Registro de la Propiedad español y las recomendaciones del Banco Mundial", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-57, tomo 1, *La Ley Digital* 21811/2001.
- RAPOSO FERNÁNDEZ, "El asesoramiento notarial y la información en los contratos", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-38, tomo 1, *La Ley Digital* 21810/2001.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, "La fe pública como valor constitucional", en *La fe pública*, Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo Superior del Notariado, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, "La fe pública y la Unión Europea", *Diario La Ley*, 1995, pág. 1093, tomo 1, *La Ley Digital*, 12350/2001.
- VALLET DE GOYTISOLO, "La seguridad jurídica en los negocios dispositivos de bienes", *Revista de Derecho Notarial* 108 (1980), págs. 223 y ss.
- VIDAL FRANCÉS, "La problemática actual de la calificación registral", en *La calificación registral (Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral)* Tomo I, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. en págs. 326 y ss., 329.



RESUMEN

La calificación registral de resoluciones judiciales viene sometida a crítica, poniendo de manifiesto que, desde el sistema de la primitiva Ley Hipotecaria hasta nuestros días, el sistema de recursos contra la calificación ha menoscabado el papel del Juez. En el sistema actual hay dos datos de partida no sostenibles desde la congruencia del Ordenamiento, que son la ilegalidad del artículo 100 del Reglamento Hipotecario, y la incorrecta definición de la actividad del Registrador, como ejercicio de la jurisdicción voluntaria. Se finaliza defendiendo la necesidad de una reforma que restaure el control judicial exclusivo de las calificaciones del Registrador en procedimiento de plena jurisdicción.

PALABRAS CLAVE

CALIFICACIÓN REGISTRAL; RESOLUCIONES JUDICIALES; ILEGALIDAD REGLAMENTARIA; INCONSTITUCIONALIDAD; JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

ABSTRACT

The registrar's validation of judicial rulings is subject to criticism. It is evident that, from the time of the primitive Mortgage Act to this day, the appeal system against validation has undermined the role of Judges. In the present system there are two bits of initial data that are not sustainable in terms of its overall consistency. These are firstly the illegality of article 100 in the Mortgage Regulations and secondly the erroneous definition of the work of the Registrar as being the practice of voluntary jurisdiction. The article finishes by putting forward the need for a reform that restores full judicial proceedings as the exclusive means of control of the Registrar's validation.

KEY WORDS

REGISTRAR'S STATEMENT OF VALIDITY; JUDICIAL RULINGS; STATUTORY ILLEGALITY; UNCONSTITUTIONALITY; VOLUNTARY JURISDICTION.

LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. NOTAS CRÍTICAS

Ángel M. López y López

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

Vocal permanente de la Comisión General de Codificación (1ª sección, de lo Civil)

1. Desde muy antiguo se ha considerado un tema espinoso el de la calificación registral de las resoluciones judiciales. La propia historia así lo abona, si se considera el ángulo problemático de la calificación negativa, que supone, en sí misma considerada, el rechazo de un funcionario administrativo al cumplimiento de un mandato judicial; con lo cual, y puesto que no cabe la menor duda de que la calificación negativa se realiza amparada por el principio de legalidad, la cuestión viene a resolverse en el alcance y la interpretación de las normas que la habilitan.

2. Este planteamiento nos reenvía sin solución de continuidad al sistema de recursos contra la calificación, que tantas variaciones ha sufrido desde la Ley Hipotecaria de 1861 hasta su reforma en 2005, cristalizando en un especioso sistema, de bajos perfiles técnicos, y que

ha ahondado en la anomalía que ya suponía el sistema de recursos frente a la calificación en aquella Ley, hasta acabar configurando un papel del Registrador de la Propiedad y Mercantil de dudoso encaje constitucional, y en el que la corrección de sus calificaciones resulta un tormentoso e ineficiente camino de ida y vuelta, donde, además, el papel de la Autoridad judicial queda, a mi juicio, gravemente menoscabado.

3. Aunque el tema de debate del presente número de la revista afronta la cuestión de la mal llamada “doble calificación”, que en suma no es sino dilucidar el alcance de las relaciones entre la función notarial y la función registral, es obvio que dicha cuestión está condicionada por la atribución que se hace a los Registradores, como ya se verá con excesivo alcance, de funciones de control de la legalidad; y estas

funciones, al cabo, involucran el papel del Registrador en relación con el Juez. No parece, pues, fuera de lugar que intentemos ofrecer desde un ángulo lateral una perspectiva añadida al debate que aquí se desenvuelve.

4. En puridad, la calificación de los documentos no judiciales y de las resoluciones judiciales no parecen guardar una estrecha relación. Basta a este respecto contemplar lo dispuesto en el artículo 18, párrafo primero de la Ley Hipotecaria, el artículo 99 de la misma y el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Este último es el que indica las posibilidades de calificación indicadas por la ley cuando se trata de documentos judiciales, ciertamente diversas a la de las escrituras públicas, sobre todo en el aspecto crucial de la validez del acto dispositivo. Que un artículo de un Reglamento sea el vehículo de esta operación de diferenciación en tema tan clave ya provoca una primera perplejidad, a lo que se añade que los términos en que se manifiesta carecen ostensiblemente de suficiente cobertura legal: es cierto que el Reglamento Hipotecario tiene una larga tradición de desarrollo *ultra vires*, en la que aquí no nos vamos a detener, aunque en alguna ocasión haya sido objeto de sonadas declaraciones de ilegalidad; pero, en este caso, no estamos ante un desarrollo extralimitado, sino, como se expondrá mas adelante, en un desarrollo *contra legem*. Veámoslo.

5. Es bien cierto que el artículo 100 del Reglamento Hipotecario es de contenido extraordinariamente razonable desde el instante en que intenta marcar una diferente posición del Registrador en relación con la calificación de las escrituras públicas y la de los documentos judiciales, pudiendo con respecto a las primeras valorar la validez de los actos dispositivos contenidos en ellas y en los segundas no; pero la racionalidad termina ahí, porque un adecuado desarrollo de los artículos 18 y 99 de la Ley Hipotecaria solo podría llevar la calificación a las legalidades extrínsecas de los documentos judiciales, y solo para el caso de las cancelaciones la Ley extiende la calificación a la competencia del juez.

El Reglamento Hipotecario no podía ir mas allá a no ser que se quiera dar un sentido totalmente expansivo al artículo 99 de la Ley, extendiendo a todo asiento practicable en virtud de de resolución judicial lo prevenido para las cancelaciones, cosa harto discutible, y que en cualquier caso debería venir gobernada por el principio de superioridad del Poder judicial para resolver conflictos sobre cualquier órgano, funcionario o autoridad administrativa; y mala solución es ver la habilitación de la posición del Registrador en conferirle un sentido extensísimo a la mención de la legalidad de los documentos en el citado artículo 99; de esta forma, la calificación alcanzaría a cualquier aspecto formal o sustantivo de las resoluciones judiciales, lo que es incompatible con el propio dicho de la Ley: la legalidad es del documento, no del acto.

De este modo incorrecto de ver las cosas nos habríamos librado si se hubiera tenido claro que la única posibilidad de calificación del Registrador en relación con los documentos judiciales es verificar su formas extrínsecas; y que el incremento de rigor en la calificación con respecto a la cancelación no es extensible al resto de los asientos registrales y mucho menos cuando el título inscribible sea una resolución judicial. Desde el instante en que no existen en el ordenamiento jurídico español los denominados reglamentos independientes, no nos parece dudosa la existencia de importantes contenidos ilegales en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Pero lo peor del caso no es ya partir de tan endeble base jurídica, sino de la aplicación que se ha hecho de la misma, que ha venido en redundar en una posición privilegiada del registrador, de la que basta tan solo con ver el numeroso grupo de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado que han corregido sus excesos en esta materia, como para darse cuenta de que no estamos ante un problema ni inventado ni infrecuente.

Con todo, y a esto se quiere ceñir principalmente este artículo, estos excesos han ido incrementándose con las desafortunadas modificaciones legislativas desde 1861 hasta hoy

que, en la práctica, se pueden resumir en una efectiva pérdida de control de las calificaciones registrales en detrimento de la posición de la Dirección General y de la propia Autoridad judicial. Esto es, evidentemente, un camino poco congruente con los principios que rigen la actividad de la Administración Pública y el Poder Judicial.

6. Por ser rigurosamente fieles a los datos que nos arrojan las distintas Resoluciones de la Dirección General y de los Tribunales, no se puede dejar de señalar que, sobre todo en relación con las primeras, cabe apreciar una posición de mayor respeto a la posición de los jueces que la que, con demasiada frecuencia, ostentan las calificaciones de los Registradores de la Propiedad. A este respecto baste con traer aquí a colación lo que se afirma en esta materia por la citada Dirección General, con expresiones largamente reiteradas, de las que se pueden ver un ejemplo en los Fundamentos de Derecho segundo y tercero de la Resolución de 24 de febrero de 2006:

“2. Se plantea, una vez más, en el presente recurso la delicada cuestión de precisar el alcance de la calificación registral frente a las actuaciones judiciales. Según doctrina reiterada por este centro directivo, el respeto a la función jurisdiccional que corresponde en exclusiva a los Jueces y tribunales, impone a las autoridades y funcionarios públicos, incluidos, por tanto, también los registradores de la propiedad, el deber cumplir las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes, sin que competa, por consiguiente, al Registrador de la propiedad calificar los fundamentos ni siquiera los trámites del procedimiento que la motivan. No obstante, como también ha sostenido este centro directivo en contadas ocasiones el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de la interdicción de la indefensión procesal, que limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento, garantizando así la salvaguarda de la autonomía privada (y, con ello, el propio tracto sucesivo entre los asientos del Registro, que no es sino un trasunto de ella), impediría dar cabida en el Registro a una extralimitación del juez que entrañará una indefensión procesal patente, razón por la cual el artículo 100 del Reglamento Hipotecario (en consonancia con el artículo 18 de la propia ley) extiende la calificación registral frente a actuaciones judiciales a la competencia del juez o Tribunal, la adecuación congruencia de su resolución con el procedimiento seguido y los obstáculos que surjan del

Registro, aparte de a las formalidades extrínsecas del documento presentado.

Ese principio de tutela de la autonomía privada e interdicción de la indefensión procesal exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o sino, haya tenido, al menos, legalmente la posibilidad de intervención en el procedimiento determinante del asiento. Así se explica que aunque no sea incumbencia del registrador, calificar la personalidad de la parte actora y de la legitimación pasiva procesal apreciadas por el juzgador ni tampoco el cumplimiento de los trámites seguidos en el procedimiento judicial (a diferencia del control que sí le compete en cambio sobre los trámites e incidencias esenciales de un procedimiento o expediente administrativo si se compara el tenor del artículo 99 frente al artículo 100 del Reglamento Hipotecario), su calificación de actuaciones judiciales sí debe alcanzar en todo caso al hecho de que quien aparece protegido por el registro haya sido emplazado en el procedimiento, independientemente del modo en que se haya cumplimentado ese emplazamiento, cuya falta sí debe denunciar el registrador pero cuyo modo solo compete apreciar al juez”.

7. Esta postura tan templada de la Dirección General (aun partiendo de los términos ilegales del artículo 100 del Reglamento Hipotecario) que se refleja en el párrafo anterior, con demasiada frecuencia no es la adoptada por los Registradores; aunque también hay que decir que evidentes excesos de estos son también confirmados en la vía del recurso gubernativo. Se podría hacer un catálogo o enumeración de estos excesos que siempre tienen el mismo hilo conductor consistente en juzgar la corrección jurídica de lo actuado extrarregistralmente so capa de la compatibilidad o incompatibilidad con lo que resulta del Registro; ello es correcto como línea de principio, pero nos encontramos en bastantes ocasiones con la utilización de los principios hipotecarios, sobre todo el del tracto sucesivo, como una suerte de coartada para ir más allá de la apariencia registral. Un ejemplo significativo es el de la negación a la inscripción de un auto judicial en expediente de dominio arguyendo que el expediente de dominio arguyendo que dicho expediente no era el procedimiento indicado para reanudar el tracto, y que, en conclusión, falta el “mandato congruente” que exige el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Traigo a colación este ejemplo precisamente porque en él confluyen

dos de los grandes vicios que alteran la posición legal y constitucional del Registrador de la Propiedad o Mercantil; esto es, la ilegalidad del artículo 100 del Reglamento Hipotecario y la incorrecta invasión de la esfera jurídica extrarregistral so capa de protección del contenido del Registro.

Bien está que no se inscriba un título judicial en perjuicio de quien aparece como protegido por el asiento, pero para ello bastaría invocar lo obvio, esto es, que no se puede proceder al asiento de la resolución judicial por los obstáculos que resultan del Registro (artículo 100 del Reglamento Hipotecario, *in fine*); no hace falta traer a la resolución la interdicción de indefensión o la defensa de la autonomía privada; pero esta grandilocuencia, lo hemos de ver, es deliberada, y nada inocente, porque pretende sentar las bases teóricas de lo que el Registrador **no** es; pero lo que no es de recibo y es manifiesta e injustificada invasión de la esfera judicial es argüir sobre la adecuación o inadecuación de un procedimiento, cuando de él ha resultado un título inscribible con todas las garantías.

8. Un argumento que se emplea para defender la resistencia al asiento de resoluciones judiciales es precisamente que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales, y que no pueden ser modificados o alterados sino por decisión de estos, produciendo mientras tanto todos sus efectos (artículo 1, párrafo tercero de la Ley Hipotecaria).

La insuficiencia del argumento es manifiesta, porque vale sólo cuando es claro que la resolución judicial a asentar no puede serlo porque no es bastante para considerar destruida o superada la apariencia registral. Es decir, el argumento no sirve para el supuesto problemático, que es aquel en el cual la resolución judicial se dicta en un proceso que implica por sí mismo el cuestionamiento de aquella apariencia. Por contemplar el asunto en todas sus dimensiones, es obligado decir que una buena parte de los problemas que se suscitan en la materia de que tratamos ha resultado potenciada por la jurisprudencia, dada su extraordinaria flexibilidad, a mi modo de ver incorrecta, a la hora

de interpretar el párrafo segundo del artículo 38 de La Ley Hipotecaria, y no hacer inexcusable en todo caso de ejercicio de acciones reales sobre derechos inscritos la demanda de cancelación o nulidad del asiento contradictorio.

9. Todo lo anterior, empero, no es sino la consecuencia de una equivocada y gravísima percepción, por cierto bastante antigua, de cuál es la naturaleza de la función registral, en concreto su consideración como jurisdicción voluntaria.

Muchos años hace, se repite, que D. Jerónimo González, nada menos que D. Jerónimo González, exponía las causas de los conflictos entre Registrador y Juez, porque aquel era titular de la jurisdicción voluntaria, que asentaba actos en el Registro con eficacia *erga omnes*, mientras que el segundo dictaba resoluciones que, atendiendo a las reglas de la cosa juzgada, solo producían efectos *inter partes*. La colisión, entonces, entre la calificación negativa y la resolución judicial objeto de la misma era una colisión entre dos jurisdicciones, la voluntaria y la contenciosa.

Ahora bien, toda la argumentación está fundada en un principio de paridad, y de ahí, de relativa incomunicabilidad, entre función registral y función judicial, olvidando lo obvio: el Registro es el mecanismo de eficacia *erga omnes* que la resolución judicial no puede conseguir, y no por las reglas de la cosa juzgada, sino porque existe la posibilidad de que el tráfico inmobiliario sobre una finca se desenvuelva al margen del titular real, que es lo que pretenden evitar los mecanismos de la inoponibilidad y la protección del tercero. Los asientos registrales son instrumentales de las resoluciones judiciales sobre derechos reales, y subordinados a las mismas; por eso las funciones no son pares, ni incomunicables. Valga un ejemplo: a nadie se le ocurrirá decir que la sentencia estimatoria de una acción declarativa de dominio no constata un derecho oponible *erga omnes*, aunque no esté inscrito, porque en nuestro sistema la regla general es la inscripción declarativa. Es claro que esa sentencia no puede crear un título ni por sí mismo base de inoponibilidad en el caso de doble disposición

por quien obtuvo la declaración judicial favorable ni inatacable para adquirentes sucesivos del mismo, porque el *verus dominus* es alguien que no participó en el proceso declarativo; esto es elemental, pero ello no significa que la inscripción *materialmente* contenga un acto de jurisdicción distinto a la sentencia; y ello no es sino la consecuencia de que si bien en el Registro se inscriben actos, pero se publican derechos, y estos son solamente los contenidos en dichos actos, con la excepción de los casos de inscripción constitutiva. El gran maestro del Derecho Hipotecario no distinguía la ausencia de eficacia *erga omnes* del derecho declarado *en términos procesales*, por imperio de la eficacia relativa a los litigantes de la cosa juzgada, que es exigencia de cualquier proceso, de la misma eficacia siempre presente en *términos materiales*; y se fijaba en el dato de que la sentencia por sí misma no evitaba las dobles disposiciones y no era título suficiente para la adquisición *a non domino*; pero obtenía conclusiones equivocadas: si la resolución judicial era inscribible era porque contenía una declaración de la existencia de una titularidad jurídico-real, es decir, las que nuestro Derecho considera oponibles *erga omnes*, inscritas o no.

En la argumentación de que la supuesta jurisdicción voluntaria registral contiene declaraciones frente a todos, mientras que la jurisdicción contenciosa solo las contiene *inter partes*, hay el olvido de que aquella puede hacerlo desde los libros registrales cuando previamente lo ha hecho el título inscribible, para nuestro estudio la resolución judicial. Algo tan simple como que el Registro de la Propiedad no declara derechos que previamente no existan, y es sólo el instrumento de la seguridad del tráfico. Y bien, para eso, y de modo subordinado, está el Registro, y debería bastarle al Registrador cuando se tratare de documentos judiciales lo que la Ley Hipotecaria dice en su artículo 18, no su ilegal Reglamento en su artículo 100, es decir, le bastaría estar a las formalidades extrínsecas del título judicial, y a los obstáculos que surjan del Registro, siempre que el propio título judicial no los haya removido.

En conclusión, cuando de un título judicial se trata, no hay paridad en la posición del Registrador y en la del Juez, que es la preeminente, y las exigencias del sistema deben favorecer una mínima obstaculización para la entrada en el Registro de aquel título

10. Además, y elevando el argumento a las categorías generales, es del todo incorrecto calificar la actividad del Registrador, y en concreto la calificación, como desempeño de la jurisdicción voluntaria.

Es doctrina procesal inequívoca, y mandato legal expreso, artículo 1811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, vigente en esta materia, que no hay jurisdicción voluntaria sin Juez. En este punto la tesis criticada parte de premisas de escasa calidad técnica, pues arrancan de una confusión. Jurisdicción voluntaria no puede ser nada más que actividad jurisdiccional; cosa bien distinta es que los contenidos de la jurisdicción voluntaria puedan ser desempeñados por otros funcionarios públicos; pero entonces, y por razón del sujeto, inmediatamente son otra cosa, la “actividad administrativa para el Derecho Privado” de que hablaba hace muchos años Zanobini; pero actividad administrativa, al cabo; como actividad administrativa encomendada a la jurisdicción es la del Juez encargado del Registro Civil, pero la presencia de aquel la convierte automáticamente en jurisdicción voluntaria. Y es que en el Estado de Derecho no hay ningún órgano ni funcionario administrativo que desempeñe funciones jurisdiccionales, ni contenciosas, ni voluntarias. El estatuto del Juez como servidor público lo cambia todo, porque cada juez encarna, en el ámbito de su competencia, todo un Poder del Estado, nada menos que aquel al que le hemos confiado, entre otras cosas, la última palabra decisoria sobre los conflictos entre particulares entre sí, y entre estos con la Administración Pública.

Pretender que los Registradores de la Propiedad desempeñan funciones de jurisdicción voluntaria es desconocer lo que es ésta, y de paso desconocer la separación de poderes. Con el añadido de que para nada es necesaria esta calificación de la actividad del Registra-

dor para desempeñar su tarea, a no ser que se haya pretendido otra cosa, a mi modo de ver inaceptable, y es que la figura del Registrador y la del Juez están en paridad en sus respectivos ámbitos, desempeñando aquel una suerte de “jurisdicción retenida”, aunque sea, y ésta es la coartada, en el ámbito de una supuesta potestad de jurisdicción voluntaria, que no les compete. Si esta visión se consolida, además de su dudosa constitucionalidad, supone un retroceso de décadas en el Derecho Administrativo.

11. Hay razones más que de sobra para temer que esta posición incorrecta es la que se ha asumido por el legislador, cuando se contempla el sistema actual de los recursos contra la calificación (artículos 322 a 329 de la Ley Hipotecaria), que ha supuesto reforzar la autonomía del Registrador frente al Juez.

Esto no es normal, en el entendimiento constitucional de las relaciones entre Administración y Poder judicial; una visión normal es incompatible con el ámbito cuasi jurisdiccional (de jurisdicción voluntaria, como ya hemos expuesto y combatido) que se quiere otorgar a la actividad del Registrador. Para explicar que se ha perturbado gravemente la posición constitucional del Juez basta un botón de muestra: el Juez que ve denegada la inscripción de una ejecutoria se convierte en legitimado para un recurso gubernativo (artículo 325, c) de la Ley Hipotecaria), y si la Dirección General no revoca la calificación negativa, el Juez puede interponer demanda (artículo 328 de la Ley Hipotecaria, párrafo tercero). Verdaderamente, no se puede tener una idea más pobre de la función jurisdiccional y más alta de la registral cuando a un juez se le somete (la palabra es somete) al papel de legitimado administrativo para defender una resolución dictada en el ejercicio de su actividad jurisdiccional, y si no obtiene éxito, al extraño papel del Juez demandante, bizarra figura donde las haya.

12. Si a lo anterior añadimos el extraño recurso judicial contra la calificación negativa, recurso de anulación y no de plena jurisdicción, en contra de lo que es la tendencia general y consolidada de la justiciabilidad de

los actos administrativos, y la indefinición de cuestiones capitales, como la relación entre el objeto del juicio revisorio y el plenario sobre la validez o nulidad del título (artículo 328, párrafo séptimo), concluiremos que el sistema adolece de graves déficits técnicos.

A la hora de concluir, no está de más observar que el juicio plenario sí tenía una clara finalidad en la Ley de 1861, pues era en verdad la última palabra, y su ejecutoria se inscribía sin más, después de constatar la legalidad extrínseca del título, y siempre que los obstáculos registrales hubieran sido removidos en el proceso, como era perfectamente posible rogar por las partes. No deja de ser curioso que ni la Ley se ocupe de este juicio como es debido, ni merezca más que comentarios superficiales en sesudas y voluminosas obras dedicadas a la calificación registral.

13. Lo verdaderamente penoso de todo es que no había necesidad de llegar a esta situación, si el Reglamento Hipotecario dijese lo que debe decir, y las reformas de la Ley en materia de recursos contra la calificación no hubieran ido por donde con notorio exceso han ido. El sistema actual de control de la calificación registral es especioso, engorroso, deficiente técnicamente, y en el caso de la calificación registral de los documentos judiciales erige un Registrador par al Juez, en muchos casos; y esa consideración de su posición es dudosamente constitucional, apoyada además en un Reglamento ilegal.

14. Puede que no sea aún el momento de que el legislador haga sus deberes de otra forma, que debería partir, y no solo en el supuesto que nos ocupa, de instaurar un sistema de control de la calificación registral exclusivamente judicial, abreviado pero plenario, objeto solo de recursos extraordinarios. De momento, tal vez devolvería algo (no todo) de racionalidad al sistema derogar el escandalosamente ilegal artículo 100 del Reglamento Hipotecario. En fin, y visto que la evolución del control judicial de la calificación registral ha ido cada vez más a peor, llegando a involucrar valores constitucionales, como mínimo y de momento, *pas par cette voie, s'il vous plaît*.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

La literatura sobre el tema tratado es bastante extensa, aunque en muchas ocasiones repetitiva. Para obtener una información global, que cita los tratamientos doctrinales más importantes, basta con remitir a dos obras: el comentario de Pedro DE PABLO CONTRERAS, *sub. Artículo 18 de la Ley Hipotecaria*, en los **Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales**, dirigidos por ALBALADEJO, Tomo VIII, volumen 4º; y lo expuesto por José Manuel GARCÍA GARCÍA, en su **Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario**, tomo III, Madrid, 2002, págs. 331 a 1125. Ambas son de excelente calidad, y posiciones enfrentadas sobre el significado de la calificación registral. Aunque obra de otro tipo y finalidad, es muy importante para el objeto tratado la que recoge las ponencias sobre **La revisión judicial de la calificación registral**, ciclo organizado por el Consejo General del Poder Judicial y el Decanato de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Castilla y León, y dirigido por Gerardo MARTÍNEZ TRISTÁN y Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ, edición del mismo Consejo, Madrid, 2007. La opinión de Jerónimo González, sin duda determinante de la deriva criticada en el texto, habida cuenta de su enorme prestigio científico, puede verse recogida en sus **Estudios de Derecho Hipotecario y Civil**, tomo I pág. 434.

2009, N.º 5, PÁGS. 92-99

TEORDER

Fecha de recepción: 1 de abril de 2009
Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2009



ESTUDIOS

La derrotabilidad y los límites del positivismo jurídico

Manuel Aienza Rodríguez y Juan Ruiz Manero

Ordenamiento laboral y disciplina del mercado

José María Goerlich Peset y Adoración Guamán Hernández

Algunas reflexiones tras cuatro años de aplicación de la LO 1/2004 de violencia de género: propuestas de *lege ferenda*

Elena Martínez García

Análisis de los fundamentos filosóficos de la propiedad intelectual

Eugenio Pizarro Moreno

A propósito de lo digno y no discriminatorio: comentarios al caso *Wakenheim v Francia* sobre el “lanzamiento de enano”

Mario Ruiz Sanz

RESUMEN

El problema de la derrotabilidad es, a juicio de los autores, una parte del problema más general de las relaciones entre las exigencias que se derivan de las normas jurídicas vistas como directivas de conducta y las exigencias que se derivan de los valores y propósitos a que estas directivas de conducta sirven.

Por ello, el análisis de este problema requiere ir más allá de la visión del Derecho propia del positivismo fuerte o excluyente y asumir, como lo ha hecho la corriente principal de la teoría del Derecho contemporánea, una imagen de la dimensión regulativa del Derecho como una estructura de dos niveles en tensión entre sí: el de las reglas y el de sus principios o razones subyacentes.

Un ejemplo particularmente interesante de esta tensión entre reglas y principios se plantea a propósito de lo que los propios autores, en trabajos anteriores, han llamado “ilícitos atípicos” y que incluye tanto los ilícitos generados por analogía como los cubiertos por las figuras del abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder. Estas figuras son ejemplos no simplemente de argumentos o de premisas derrotables sino, cabría decir, de institucionalización de la derrotabilidad en el Derecho. Se trata de estructuras de razonamiento predispuestas por el sistema para facilitar y hacer más previsible la toma de decisiones en contextos en los que sólo pueden evitarse graves anomalías valorativas, si se deja de lado la solución que se deriva de la regla en la que el caso resulta de entrada subsumible.

PALABRAS CLAVE

DERROTABILIDAD; REGLAS; PRINCIPIOS; ILÍCITOS ATÍPICOS; ABUSO DEL DERECHO; FRAUDE DE LEY; DESVIACIÓN DE PODER; ANALOGÍA.

ABSTRACT

The problem of defeasibility is, according to the authors, a part of the general problem of the relationship between different demands: those arising from legal regulations seen as directives regarding conduct and those arising from the very values and ends that these directives serve.

To that end, an analysis of the problem requires going beyond the vision of Law as held by hard, exclusionary positivism, and assuming an image of the regulative dimension of Law as a two-tier structure, just as mainstream contemporary Law theory has done. There is a tension between the two tiers: regulations, on one level, and their underlying principles or reasons, on the other.

A particularly interesting example of this tension between regulations and principles arises in relation to what the authors themselves have called, in earlier works, “atypical wrongs”. These include as much general wrongs produced through analogy as those covered by forms of abuse of rights, abuse of law and *détournement de pouvoir*. These are examples not simply of defeasible arguments or premises but of the institutionalisation of defeasibility in Law. They are forms of reasoning predisposed by the system to facilitate decision-making and make it more predictable; decision-making in contexts in which grave anomalies in values can only be avoided if the solution offered by the regulation, under which the case is subsumed from the start, is ignored.

KEY WORDS

DEFEASIBILITY; REGULATIONS; PRINCIPLES; ATYPICAL WRONGS; ABUSE OF RIGHTS; ABUSE OF LAW; DÉTOURNEMENT DE POUVOIR; ANALOGY.

LA DERROTABILIDAD Y LOS LÍMITES DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Manuel Atienza

Juan Ruiz Manero

Catedráticos de Filosofía del Derecho
Universidad de Alicante

Sumario: 1. Introducción. 2. Ilícitos atípicos y lícitos atípicos. A) Fraude de Ley. B) Desviación de poder. 3. La resistencia de las reglas. 4. A modo de conclusión

1. INTRODUCCIÓN

1. Uno de los rasgos que caracterizan más decisivamente a las diversas teorías del Derecho —o quizás mejor, a la concepción general del Derecho que subyace a cada una de ellas— es, a nuestro juicio, la manera como cada una de estas teorías presenta la relación entre las exigencias que se derivan de las normas jurídicas, vistas como directivas de conducta, y las que se derivan de los valores y propósitos a los que esas directivas de conducta sirven.

En este sentido, el positivismo que es común llamar fuerte o excluyente, y del que teorías del Derecho como la de Alchourrón-Bulygin y la de Raz constituyen muestras particularmente claras, constituye uno de los modelos posibles¹. Las teorías de Alchourrón-Bulygin y de Raz, en efecto, tienen en común el ver la dimensión regulativa del Derecho exclusivamente en términos de directivas de conducta. En Alchourrón-Bulygin², cuya aproximación a las normas podemos calificar de estructural, el Derecho aparece como un conjunto de reglas que correlacionan, cada una de ellas, un cierto

caso genérico o conjunto de propiedades con alguna solución normativa (con la obligación, prohibición o permisión de una cierta acción). De tal modo que, enfrentado a un caso individual, la tarea del jurista se limita a comprobar si tal caso individual presenta o no un conjunto de propiedades que resulte subsumible en el conjunto de propiedades que constituyen el caso genérico configurado en una de esas reglas. Si el caso individual resulta subsumible en una de tales reglas, el caso individual tiene una solución jurídica predeterminada, que es la prevista en la regla en la que resulta subsumible, esto es, en la regla que contempla el caso genérico correspondiente. Si no es así, porque no haya regla en la que subsumirlo (supuestos de laguna o irrelevancia normativas) o porque pueda subsumirse en más de una regla con soluciones incompatibles (supuestos de antinomia) o porque resulte dudoso si las propiedades que presenta el caso individual resultan o no subsumibles en las propiedades genéricas contempladas en la regla (supuestos de lagunas de reconocimiento), el caso ha de ser resuelto discrecionalmente por el órgano aplicador.

De forma que, para Alchourrón-Bulygin, caben dos y sólo dos posibilidades en relación con un caso individual. La primera es que el caso reciba una solución por subsunción en alguna de las reglas explícitas que forman la base del sistema, o en alguna otra que se infiera deductivamente de las mismas. Si esto es lo que ocurre, el caso está, sin más, jurídicamente solucionado. La segunda posibilidad es que tal subsumibilidad no se dé, o sea dudoso que se dé, o se dé respecto de reglas antinómicas. En tal caso el Derecho no tiene nada que decir: el juez sólo podrá cumplir su deber de solucionarlo haciéndolo desde la absoluta discrecionalidad —o, como dicen ellos, partiendo exclusivamente de “sus criterios personales de preferencia”—. Pues el Derecho no contiene nada más allá de las reglas jurídicas explícitas y sus consecuencias lógicas. O subsunción en una regla predispuesta o discreción en el sentido más fuerte: en tal disyunción se agota, para Alchourrón y Bulygin, el ámbito de la justificación de decisiones jurídicas.

Importa subrayar que, de acuerdo con Alchourrón-Bulygin, no hay espacio para la derrotabilidad de las reglas, pues no hay circunstancias en las que las mismas puedan resultar derrotadas. La afirmación de que un caso individual presenta, junto con las propiedades mencionadas en la regla en la que resulta subsumible, otras propiedades que exigen un tratamiento diferente es, para ellos, una afirmación que no tiene otro sentido que el de expresar un desacuerdo valorativo con lo que el Derecho exige, pues lo que el Derecho exige es, sin más, lo que la regla ordena. De esta forma, un caso como el famosísimo *Riggs vs Palmer* debería, de acuerdo con Alchourrón-Bulygin, leerse de la siguiente manera: lo que el Derecho exige en tal caso es lo mismo que exige la regla en la que el caso resulta subsumible, a saber, que sea entregada la herencia al nieto que la reclama; apelar a la circunstancia de que el nieto ha matado al abuelo como razón para no entregarle la posesión de la herencia de éste no es más que una manifestación de disconformidad con lo jurídicamente debido.

La posición de Raz es, desde luego, distinta de la de Alchourrón-Bulygin en varios aspectos importantes. En primer lugar, si estos últimos ven las normas jurídicas, desde un enfoque estructural, como reglas que correlacionan casos y soluciones, Raz las contempla desde un enfoque en términos de razones para actuar, desde el que aparecen todas ellas como razones protegidas o ejecutivas. Tales razones protegidas o ejecutivas son, desde luego, el fruto de la deliberación de las autoridades jurídicas acerca de las razones en pro o en contra de un determinado curso de acción, dadas ciertas circunstancias. Pero, una vez emitidas por las autoridades, las normas jurídicas —y por ello precisamente deben ser entendidas como razones protegidas o ejecutivas— pueden ser entendidas y seguidas sin necesidad de reabrir el proceso deliberativo. Y ésta es, a juicio de Raz, la principal ventaja que justifica disponer de autoridades y de normas emitidas por ellas. Y es en razón de la preservación de esta ventaja por lo que, a juicio de Raz, “la identificación de una norma como norma jurídica consiste en atribuirla a una persona o institución relevante (esto es, a una fuente), como expresión de su decisión y expresión de su juicio” y “tales atribuciones pueden basarse únicamente en consideraciones de hecho”, pues la argumentación valorativa “puede establecer qué es lo que las instituciones jurídicas deberían haber expresado o sostenido, pero no lo que en realidad expresaron o sostuvieron”³.

La visión de Raz del papel de las normas jurídicas en el razonamiento práctico de sus destinatarios y, especialmente, en el de los órganos de aplicación es, pues, tan insensible como la de Alchourrón-Bulygin a los valores y propósitos a los que se supone que las mismas tratan de servir.

Siendo esto así, hay, sin embargo en Raz una importante distinción que está por completo ausente en Alchourrón-Bulygin: la distinción entre el “razonamiento para establecer el contenido del Derecho”, del que hasta ahora nos hemos ocupado y en el que no habría cabida alguna para evaluaciones y el “razonamiento con arreglo al Derecho”. Este último, que

es el propio de los órganos de aplicación, debe integrar el dato, que vendría registrado por el “razonamiento para establecer el contenido del Derecho”, de que éste concede discreción a los jueces para apartarse de lo ordenado por el propio Derecho, siempre que haya razones morales importantes para hacerlo⁴. Pero sostener tal cosa, en nuestra opinión, parece invalidar la propia tesis de Raz relativa a la principal ventaja de disponer de un sistema jurídico, a saber, ahorrarse los costes de la deliberación. Pues tal ventaja se desvanecería por completo a la hora de la aplicación judicial del Derecho. Y, si se ha desvanecido para los jueces, no se ve cómo los particulares —sobre cuya situación normativa inciden decisiones judiciales— podrían conservar para sí esa misma ventaja.

Parece claro, en todo caso, que teorías como las de Alchourrón-Bulygin o Raz llevan a cabo una reducción por empobrecimiento de la variedad de normas jurídicas regulativas y de las maneras cómo las mismas inciden en el razonamiento práctico de sus destinatarios: en el Derecho hay normas —como los principios, las directrices o, en general, las que utilizan conceptos valorativos en su formulación— que ni encajan con el modelo Alchourrón-Bulygin de correlación entre caso y solución ni pueden integrarse sin deliberación, contra la tesis raziana de las razones ejecutivas, en el razonamiento práctico de sus destinatarios. Pero lo que nos importa ahora es subrayar que aquello que es común a ambas teorías —a saber, la reducción de la dimensión regulativa del Derecho a las puras directivas de conducta emitidas por actos de autoridad— parece conducir a un dilema: o se entiende que tales directivas de conducta poseen, de acuerdo con el Derecho, autoridad absoluta (al modo de Alchourrón-Bulygin) o se acaba admitiendo que tales directivas de conducta no pretenden autoridad en absoluto, al menos sobre los órganos de aplicación.

2. Cuando en 1967 Ronald Dworkin publica *Is Law a System of Rules?*⁵, el blanco de su ataque no está constituido, desde luego, por posiciones asimilables a las de Alchourrón-Bulygin o Raz, sino —como es bien sabido— por el positivismo metodológico hartiano, del

que arranca lo que hoy se llama positivismo incluyente⁶. Pero el giro que en la corriente principal de la filosofía del Derecho vino a producir el impacto de la obra de Dworkin podemos cifrarlo en la asunción ampliamente mayoritaria de una concepción del Derecho que viene a ser la contrafigura de la de Alchourrón-y Bulygin o Raz. En concepciones como las de Alchourrón-Bulygin, lo ordenado por el Derecho no es nada distinto, como acabamos de señalar, de lo ordenado por sus reglas y, por otro lado, a la hora de determinar lo que cada una de ellas ordena no hay otro instrumento más que los criterios semánticos compartidos respecto del significado de los términos empleados en ellas. Y ello también es así, si cabe aun en mayor medida, como también acabamos de ver, en la visión de Raz acerca del razonamiento para establecer el contenido del Derecho: para determinar qué es lo que las razones ejecutivas en que consiste el Derecho exigen nos está vedada cualquier referencia a los valores a los que las mismas tratan de servir. En la concepción del Derecho que se manifiesta en la obra de Dworkin, por el contrario, tiene particular importancia la consideración de que tales reglas tienen un sentido, esto es, sirven a ciertos propósitos y valores que no sólo forman parte también del Derecho, sino que tienen una cierta primacía frente a las reglas por medio de las cuales se trata de implementarlos. Esta primacía se traduce en que el significado y alcance de las reglas debe interpretarse fundamentalmente a la luz de estos valores y propósitos, en que las exigencias que se derivan de los mismos pueden justificar introducir excepciones a las reglas que estas no prevean —esto es, que esas reglas resulten derrotadas— y también en que valores y propósitos posibilitan determinar qué sea lo jurídicamente debido en casos respecto de los cuales las reglas guardan silencio o estipulan deberes incompatibles.

Pues bien: en nuestra opinión, y con independencia del juicio que a cada uno le merezca la contribución de Dworkin y con independencia también del lugar en que cada uno se ubique respecto a las diversas subcorrientes en que cabe dividir la corriente principal de la fi-

losa del Derecho contemporánea, el ver el Derecho como una estructura de dos niveles parece ser hoy día un elemento asumido por toda esta corriente principal. Y también parece comúnmente asumido que el primero de esos niveles está integrado por reglas que resultan derrotables por consideraciones derivadas de los valores y propósitos —o, por decirlo más sumariamente, de los principios— que integran el segundo nivel. Y es que, también en nuestra opinión, todo ello es lo que permite dar cuenta del Derecho, por un lado, como un dominio singular, dotado de especificidades que posibilitan que supere deficiencias operativas que presenta el mero ejercicio de la razón práctica, pero, por otro lado, como un dominio singular ubicado en el ámbito general de esta misma razón práctica⁷.

En efecto, el Derecho aparece, ante todo, como un mecanismo que posibilita, por un lado, la adopción, dentro de plazos temporales limitados, de decisiones investidas de autoridad sobre disputas y controversias prácticas y que posibilita también, por otro, la reducción de la complejidad en la toma de estas mismas decisiones: reducción de la complejidad que se lleva a cabo no sólo reduciendo el ámbito de las razones admisibles a aquellas contenidas en el propio Derecho y a aquellas a las que éste remite, sino, sobre todo, configurando, bajo la forma de reglas, ponderaciones entre razones que establecen, para determinados conjuntos de circunstancias genéricas (o casos genéricos), la obligación, prohibición o permisión de ciertas conductas y que, al establecerlo así, posibilitan disponer de soluciones predispuestas para un número en principio ilimitado de casos individuales.

Estos elementos marcan las especificidades del Derecho frente al discurso práctico general. Los dos primeros —existencia de límites temporales para la adopción de decisiones y el que tales decisiones no requieran el consenso unánime de los afectados, sino que se fundamenten en la autoridad de los órganos que las dictan— son condiciones necesarias no sólo para hablar de “Derecho”, sino para que éste pueda proveer remedios a los déficits que el

discurso práctico general presenta inevitablemente como método de resolución de disputas y controversias prácticas.

La reducción de la complejidad parece completar, por su parte, el elenco de propiedades definitorias de “Derecho” o “sistema jurídico”: pues no calificaríamos como tal a un sistema del que formaran parte normas que invistieran de autoridad a ciertas personas para resolver autoritativamente las disputas, pero que, por lo demás, habilitara a esas mismas personas para adoptar estas resoluciones sobre la base, no de un cuerpo de normas preexistentes, sino meramente de su personal apreciación de cuál fuera la mejor decisión a adoptar teniendo en cuenta todas las razones que pudieran considerar relevantes para el caso. Tal sistema —que constituiría, como el de la República de Platón, un sistema de discreción absoluta para quienes hubieran de resolver las disputas— no reuniría los requisitos que habitualmente asociamos a los términos “Derecho” o “sistema jurídico”. Pero no se trata sólo, ni sobre todo, de un problema definitorio (que siempre se podría soslayar, por lo demás, cambiando la definición). Si el hecho de que las decisiones de los tribunales hayan de fundamentarse en un cuerpo de normas que les preexisten forma parte de lo que habitualmente entendemos por “Derecho”, ello se debe a que el basarse en tal cuerpo de normas preexistente ha sido considerado casi unánimemente, a lo largo de la historia, y con buenas razones, como el mejor esquema de fundamentación posible no en condiciones ideales, sino en las condiciones del mundo real. En las condiciones del mundo real, porque si no fuera por esta restricción no habría dudas acerca de cuál sea el mejor fundamento: a saber, el constituido por todas las razones válidas que sean aplicables a cada caso. Pero en las condiciones del mundo real, la opción por un esquema en el que las decisiones de los órganos de resolución de las disputas hayan de estar basadas en un cuerpo de normas preexistentes, integrado muy principalmente por reglas en el sentido descrito, es una opción en cuyo favor militan muy poderosamente razones de, al menos, cuatro tipos distintos,

aunque relacionados: en primer lugar, razones relativas a la reducción de los costes de las decisiones; en segundo lugar, razones relativas al déficit de equipamiento epistémico por parte de los órganos de resolución de disputas para evaluar todas y cada una de las razones que pudieran ser aplicables, así como de desconfianza ante eventuales prejuicio o sesgos del razonamiento por parte de esos mismos órganos; en tercer lugar, razones relativas a la distribución del poder, en el sentido de atribución de competencia para determinar los criterios sustantivos con arreglo a los cuales deben resolverse las disputas; en cuarto lugar, razones relativas a la previsibilidad de las decisiones de los órganos de resolución y, a su través, razones relativas a la previsibilidad de las consecuencias de una u otra conducta por parte de los destinatarios de tales decisiones. Y la previsibilidad de las consecuencias que la propia conducta puede traer aparejadas en forma de decisiones de los órganos es, como algunos han insistido reiteradamente⁸, condición necesaria de la efectividad de la autonomía personal.

Todas estas razones militan a favor de un Derecho de reglas y de un modelo de fundamentación de las decisiones de los tribunales del que deriva que, en principio, éstos deben adoptar aquellas decisiones, y sólo aquellas decisiones que se inferan deductivamente de dichas reglas. Pero si todas estas razones son razones muy fuertes a favor de tal modelo de Derecho y de tal modelo de fundamentación de las decisiones judiciales no son, sin embargo, razones absolutas, sino razones que deben ser ponderadas con razones, que también las hay, a favor de un modelo de Derecho y de un modelo de fundamentación de las decisiones judiciales que no vea únicamente a las reglas como elementos integrantes del Derecho y que no entienda que la subsumibilidad de un caso individual en una regla es la única y última palabra en la justificación de decisiones por parte de los tribunales.

Pues hay razones para entender que el Derecho no está compuesto sólo por reglas, sino también por los valores y propósitos (esto es, por los principios, en sentido amplio) explíci-

tos o implícitos, a los que las reglas sirven. Y esas mismas razones apoyan entender, asimismo, que las reglas pueden resultar derrotadas por consideraciones derivadas de los principios. La más importante de esas razones es la siguiente⁹: si partiésemos de una imagen del Derecho como compuesto exclusivamente por reglas, no dispondríamos de mecanismo alguno para evitar que el conjunto de las decisiones fundadas en Derecho (aun las fundadas en las mejores reglas concebibles, servidas por los mejores aplicadores que quepa imaginar) presentase un cierto número de graves anomalías valorativas. Y ello porque ningún legislador, por no ser omnisciente, puede prever todas las combinaciones de propiedades que puedan presentar los casos futuros, lo que implica que, por cuidadoso que sea en el diseño de los casos genéricos, no pueda nunca evitar por completo los fenómenos, subrayados por Schauer, de la suprainclusión y de la infrainclusión. Esto es, de incluir en el ámbito de aplicación de las reglas casos que no debieran estar incluidos a la luz de los propios valores y propósitos subyacentes a la regla de que se trate y de no incluir en ese mismo ámbito de aplicación casos que sí debieran estar incluidos a esa misma luz. Pero, por otro lado, un modelo de adopción de decisiones basado exclusivamente en principios o, si se prefiere decirlo así, que no pudiera recurrir a otra cosa, para fundamentar las decisiones, más que a valores y a propósitos, multiplicaría los costes de las decisiones, volvería a éstas más difícilmente previsibles y sería incompatible con la lógica de la división de poderes. Todo ello es lo que explica el que, a lo largo de la historia de la cultura jurídica, el acento haya ido desplazándose más o menos según los períodos y los sistemas jurídicos, pero situándose siempre en algún punto intermedio, a lo largo de un continuo que va desde el extremo de ver en el Derecho exclusivamente un conjunto de reglas inderrotables —en la terminología de Regan, entender las reglas como absolutamente opacas frente a los principios que las dotan de sentido y las justifican— al extremo de ver las reglas como pautas meramente indicativas que deben ser excepcionadas —derrotadas— en cada ocasión en

que su aplicación sea incongruente en relación con esos mismos principios —en la terminología de Regan, entender las reglas como absolutamente transparentes en relación con esos mismos principios—. De forma que, a nuestro juicio, uno de los criterios centrales desde los que evaluar distintas teorías del Derecho es el de su capacidad para dar cuenta de cómo, y en qué punto intermedio, se articula y resuelve la tensión entre lo que podríamos llamar el polo de las reglas —vinculado a la predecibilidad y a la reducción de la complejidad en la toma de decisiones— y el polo de los principios —vinculado a la coherencia valorativa de esas mismas decisiones.

2. ILÍCITOS ATÍPICOS Y LÍCITOS ATÍPICOS

1. Un ejemplo particularmente interesante de esa tensión entre reglas y principios se plantea a propósito de lo que en trabajos anteriores¹⁰ hemos llamado ilícitos atípicos y que incluye tanto los ilícitos generados por analogía como los cubiertos por las figuras del abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder.

Los ilícitos son acciones (entendida la expresión en su sentido más amplio) opuestas a normas regulativas de mandato, o sea, normas que ordenan o prohíben la realización de una determinada conducta. De aquí se infiere que no puede haber ilícitos que se opongan a permisos (pues, si una acción y su omisión están permitidas, entonces tanto realizar esa acción como no realizarla es lícito) o a normas constitutivas (pues dichas normas no tienen carácter deóntico, sino que establecen las condiciones para la producción de un cierto resultado institucional o cambio normativo). Como las normas de mandato pueden ser reglas o principios, existen dos tipos de ilícitos: los típicos, que son acciones opuestas a reglas de mandato; y los atípicos, que son acciones opuestas a principios de mandatos.

Por ilícitos atípicos entendemos acciones que, *prima facie*, están permitidas, pero que,

una vez consideradas todas las circunstancias, deben considerarse prohibidas. El cambio de status deóntico (el paso de permitido a prohibido) tiene lugar en virtud de un proceso argumentativo en el que se pueden distinguir dos formas, dos mecanismos, que llevan, en consecuencia, a ampliar el campo de lo ilícito.

Uno es el de la analogía, en el que cabe distinguir a su vez los supuestos de *analogia iuris* y de *analogia legis*; en ambos supuestos se parte de una permisión débil en el nivel de las reglas (la acción está, *prima facie*, permitida, en el sentido de que no resulta subsumible en ninguna regla prohibitiva), pero el cambio de status deóntico puede producirse de manera distinta en uno y otro caso. En el caso de la *analogia legis*, la razón para la prohibición consideradas todas las circunstancias es la semejanza que el caso no regulado tiene con otros u otros casos en los que opera una regla prohibitiva; y la justificación para ello es que las razones (el balance entre principios) que justifican la prohibición en estos últimos casos se dan también en relación con el caso que aparece como no regulado: o sea, dicho balance entre principios exige la generación de una nueva regla prohibitiva en el que subsumir el caso en cuestión. En los supuestos de *analogia iuris*, la generación de la nueva regla prohibitiva viene exigida directamente por el balance entre los principios del sistema aplicables al caso, aun cuando no hay una regla prohibitiva aplicable a casos semejantes.

El segundo tipo de mecanismo (al que obedecen las figuras del abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder y que a nosotros nos interesa de manera especial) opera de la siguiente manera: el punto de partida es la existencia de una permisión expresa: la acción está, *prima facie*, permitida, en el sentido de que hay una regla regulativa que la permite; el cambio de su status deóntico se produce como consecuencia de que la subsunción del caso en dicha regla permisiva resulta incoherente con el balance entre los principios del sistema aplicables al caso (el caso constituye, pues, una *laguna axiológica* del sistema de reglas¹¹) y ese balance exige el surgimiento de una nueva re-

gla prohibitiva en la que subsumir el caso. Los ilícitos atípicos plantean, en consecuencia, una situación distinta a los conflictos entre reglas o entre principios, pues lo que ellos suponen es o bien un conflicto entre reglas y principios (abuso del derecho, fraude de ley y desviación de poder) o bien entre falta de reglas y principios (analogía).

La existencia de ilícitos atípicos obedece a una necesidad de coherencia (de coherencia valorativa o justificativa) del sistema jurídico: se trata de que se produzca un ajuste entre la dimensión directiva y la justificativa del Derecho, entre las reglas y los principios. En algunos sistemas (los de *civil law* o de Derecho continental) eso se logra recurriendo a los dos mecanismos que se acaban de mencionar: la analogía y las figuras del abuso de derecho, el fraude de ley y la desviación de poder. En otros (los de *common law*), la analogía está también muy presente, pero el equivalente funcional de las otras instituciones seguramente habría que buscarlo en la técnica del *distinguishing* o en el recurso sin más a los principios¹². En ese sentido, puede decirse que la categoría de los ilícitos atípicos es común a todos los ordenamientos jurídicos evolucionados, puesto que resulta necesaria para evitar el formalismo extremo en la aplicación del Derecho, que conduciría a la incoherencia valorativa de las decisiones jurídicas.

2. No podemos entrar aquí en un análisis pormenorizado de las tres figuras mencionadas, pero sí ofrecer una “definición explicativa”, ilustrada con un ejemplo que podría calificarse de canónico, de cada una de ellas:

Abuso del derecho:

“La acción A realizada por un sujeto S en las circunstancias X es abusiva si y sólo si:

1) Existe una regla regulativa que permite a S realizar A en las circunstancias X. Esta regla es un elemento del haz de posiciones normativas en que se encuentra S como titular de un cierto derecho subjetivo.

2) Como consecuencia de A, otro u otros sujetos sufren un daño, D, y no existe una regla regulativa que prohíba causar D.

3) D, sin embargo, aparece como un daño injustificado porque se da alguna de las siguientes circunstancias:

3.1) Que, al realizar A, S no perseguía otra finalidad discernible más que causar D o que S realizó A sin ningún fin serio y legítimo discernible.

3.2) Que D es un daño excesivo o anormal.

4) El carácter injustificado del daño determina que la acción A quede fuera del alcance de los principios que justifican la regla permisiva a que se alude en 1) y que surja una nueva regla que establece que en las circunstancias X’ (X más alguna circunstancia que suponga una forma de realización de 3.1. ó 3.2) la acción A está prohibida”.

Ejemplo: El Consorcio de la Zona Franca de Barcelona (se trata de una famosa sentencia del Tribunal Supremo español de 14 de febrero de 1944) tenía una concesión administrativa para extraer arenas de las playas del litoral barcelonés. Una compañía eléctrica poseía una central de energía eléctrica situada junto a la desembocadura de un río y en las inmediaciones de una playa en la que el Consorcio procedió a la extracción de arenas. La extracción de arenas produjo la desaparición de las defensas naturales que protegían a la central eléctrica frente a los desbordamientos del río y la acción del mar. En esta situación, tuvieron lugar unos temporales particularmente fuertes que produjeron importantes daños a la central. La sociedad propietaria de la misma se dirigió a los tribunales solicitando ser indemnizada por el Consorcio, pretensión que fue estimada por los tribunales.

A) FRAUDE DE LEY

“La acción A realizada por el sujeto S en las circunstancias X es fraudulenta si y sólo si:

1) Existe una regla regulativa que permite a S usar la regla que le confiere poder para producir el resultado R al realizar A en las circunstancias X.

2) Como consecuencia de R, se produce un cierto estado de cosas E que, de acuerdo con el balance entre los principios que justifican la permisión anterior y otros principios del sistema, supone un daño injustificado o un beneficio indebido, y no hay una regla regulativa que prohíba producir R, aunque puede haber una regla dirigida a evitar E.

3) R es un medio para E:

3.1.) bien en sentido subjetivo: dado que, al realizar A, S no perseguía otra finalidad discernible más que alcanzar, por medio de R, la consecuencia E y que R es objetivamente adecuado para E.

3.2) bien en sentido objetivo: dado que R es objetivamente adecuado para E, aunque S no tuviera ese propósito al realizar A.

4) El balance entre los principios mencionados en 2) tiene fuerza suficiente para generar una nueva regla que establece que en las circunstancias X' (X más alguna circunstancia que suponga una forma de realización de "y de 3.1 ó 3.2) está prohibido usar la regla que confiere poder de forma que se alcance, por medio de R, la consecuencia E. Por ello, el resultado R debe considerarse como inválido en la medida en que conduce a E".

Ejemplo: El pacto comisorio es una cláusula contractual que permite a cada una de las partes la rescisión de un convenio si no cumple el otro obligado. Tal pacto no se considera lícito en los contratos pignoratícios. Así, cuando para garantizar una deuda se constituye un derecho de prenda, de hipoteca o de anticresis a favor del acreedor —nos dicen, por ejemplo, los civilistas españoles Díez Picazo y Gullón—, una vez llegado el vencimiento, si el deudor no paga, el acreedor no puede apropiarse sencillamente de las cosas dadas en garantía. Ha de seguir el procedimiento marcado legalmente para la satisfacción de su interés: enajenación forzosa, mediante subasta, del objeto de la garantía, etc. Pues bien, a fin de eludir esta prohibición se utiliza (fraudulentamente) la figura de la compraventa con pacto de retro, esto es, una forma contractual en la que no rige esa prohibición: "El prestatario (A)

concierta la venta de la cosa con el prestamista (B) reservándose el derecho de recuperarla (pacto de retro) en un plazo determinado (el de la duración del préstamo), y con un precio (el importe de lo prestado), figurando como contraprestación de (B) el importe del préstamo que ha hecho a (A). Si al expirar el plazo el deudor-vendedor no hace uso del retracto, el acreedor-comprador adquiere irrevocablemente el dominio)¹³.

B) DESVIACIÓN DE PODER

"La acción A realizada por un órgano público O en las circunstancias X supone una desviación de poder si y sólo si:

1) Existe una regla regulativa que permite al órgano O usar la regla que confiere poder (público) para, en las circunstancias X, realizando A, producir como resultado R un acto administrativo o una disposición jurídica.

2) Como consecuencia de R, se produce un cierto estado de cosas E, que, de acuerdo con el balance entre los principios que justifican la permisión anterior y otros principios del sistema, supone un daño injustificado o un beneficio indebido, y no hay una regla regulativa que prohíba producir R (la disposición jurídica en cuestión) aunque pueda haber una regla dirigida a evitar E.

3) R es un medio para E:

3.1) Bien en sentido subjetivo: dado que al realizar A, O no perseguía otra finalidad discernible más que alcanzar, por medio de R, la consecuencia E y que R es objetivamente adecuado para E.

3.2) bien en sentido objetivo: dado que R es objetivamente adecuado para E, aunque O no tuviera ese propósito al realizar A.

4) El balance entre los principios mencionados en 2) tiene fuerza suficiente para generar una regla que establece que en las circunstancias X' (X más alguna circunstancia que suponga una forma de realización de 2 y de 3.1 ó 3.2) está prohibido usar la regla que confiere poder de forma que se alcance, por medio de R, la consecuencia E. Por ello, el resultado R

(el acto o disposición jurídica de que se trate) debe considerarse como inválido (regulativamente) en la medida en que conduzca a E”.

Ejemplo: En los famosos *Ârrets Lesbats* de 15 de febrero de 1864 y de 17 de junio de 1866, el Consejo de Estado francés declaró que “si un prefecto utilizaba la potestad de regular la permanencia y circulación de vehículos en las plazas cercanas a la estación de ferrocarril, para asegurar el monopolio de la única empresa que tenía un contrato con la Compañía de Ferrocarriles, cometía un exceso de poder, ya que estaba usando la autoridad para un fin diverso de aquél que el legislador había concebido”¹⁴. La novedad con respecto a la anterior situación en el Derecho francés es que ya no se trata de que la autoridad ha desbordado lo que sería la esfera propia de su competencia (lo que constituiría un simple exceso de poder), sino de que ejerce la competencia para lograr un fin no previsto por el legislador.

De manera que (dejando a un lado la analogía), las tres figuras que conforman la categoría general de los ilícitos atípicos tienen los siguientes elementos en común: a) la existencia, prima facie, de una acción permitida por una regla; b) la producción de un daño como consecuencia, intencional o no, de esa acción; c) el carácter injustificado de ese daño a la luz del balance entre los principios relevantes del sistema; d) la generación, a partir de ese balance, de una nueva regla que limita el alcance de la primera, al calificar como prohibidos comportamientos que, de acuerdo con aquélla, aparecían como permitidos.

3. Ahora bien, si existen ilícitos atípicos, parecería que también cabe la posibilidad de lícitos atípicos, esto es, de supuestos en los que se produce un paso de lo prima facie prohibido por una regla a lo finalmente permitido como consecuencia de los principios relevantes del sistema. O sea, en los ilícitos atípicos, lo que resulta derrotado es bien una permisión débil, por ausencia de regla (supuestos de analogía), o bien una permisión fuerte, por presencia de regla permisiva (supuestos de abuso, de fraude o de desviación). Mientras que en los lícitos atípicos lo que resulta derrotado, por

el contrario, es una regla prohibitiva. En nuestra opinión habría tres modalidades de lícitos atípicos:

a) Cuando se trata de un caso que está fuera del alcance de una regla prohibitiva, porque las razones que respaldan la regla no son aplicables al caso. Un ejemplo sería el siguiente: Pensemos en una regla que prohíbe la entrada de vehículos en un determinado parque y que la misma ha sido establecida para hacer que prevalezca la seguridad de los usuarios del parque sobre la agilización del tráfico rodado que supondría la permisión de entrada de vehículos. Imaginemos que se trata de montar una exposición de vehículos en el parque y que, para ello, éstos son introducidos en el parque en horas en que se encuentra cerrado. Este caso parece estar fuera del alcance de la regla prohibitiva, porque la introducción de vehículos en tales condiciones no pone en peligro la seguridad de nadie (ni tampoco afecta en absoluto a la fluidez del tráfico rodado)¹⁵.

b) Cuando se trata de un caso que es una excepción a una regla porque, aun aplicándose al mismo las razones que justifican la regla, se aplica también una razón más fuerte que justifica la permisión. Como ejemplo podría servir el mismo parque del ejemplo anterior, en el que penetra ahora una ambulancia para recoger a un herido que podría desangrarse de no recibir una asistencia inmediata. Ciertamente, la ambulancia podría poner en cierto peligro la seguridad de quienes fueran usuarios del parque en ese momento, pero la necesidad de salvar una vida humana parece ser una razón que debe prevalecer¹⁶.

c) Cuando se dan las razones que justifican la regla prohibitiva, pero en un grado tan mínimo que resulta injustificada la prohibición (principio de tolerancia). Ejemplos muy característicos de esta tercera posibilidad vendrían proporcionados por aquellos casos cubiertos por lo que, en el ámbito penal, se suele llamar “principio de insignificancia”, en virtud del cual no se castigan conductas subsumibles en la descripción contenida en una regla penal, pero que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico en un grado mínimo. Así ocurre en

materia de tráfico de drogas, cuando las sustancias se encuentran extremadamente desnaturalizadas (los grados de pureza son prácticamente irrelevantes) o cuando la cantidad objeto del tráfico es ínfima.

En relación con el elemento del daño que utilizábamos para construir las figuras de lo ilícito atípico (el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder) aquí —en lo ilícito atípico— cabría decir que el daño: o no se produce (en [a]); o está compensado por un bien superior (en [b]); o es insignificante (en [c]).

3. LA RESISTENCIA DE LAS REGLAS

A esa concepción de los ilícitos atípicos y, por tanto, de la derrotabilidad de las normas se le han dirigido diversas críticas¹⁷. Algunas de ellas se basan —creemos— en malentendidos y no entraremos aquí a discutirlos: se trata, por ejemplo, de la objeción de que nuestro planteamiento se queda corto, debido a nuestro anclaje en el paradigma positivista, lo que supone restringir el alcance o la fuerza del elemento valorativo en los supuestos mencionados; de que las tres figuras no tienen un alcance general y no agotan el campo de los ilícitos atípicos; o de que los supuestos señalados pueden analizarse satisfactoriamente en términos de reglas, sin necesidad de recurrir a principios. Pero hay una crítica en la que merece la pena detenerse ahora y que se refiere a la sobrevaloración que estaríamos haciendo de los principios, lo cual llevaría a infravalorar las reglas y, en el límite, a considerarlas como irrelevantes. Bruno Celano expresa así esa opinión:

“En la teoría de A&RM la ilicitud no deriva nunca de la contrariedad a reglas (la contrariedad a una regla no es ni condición necesaria ni condición suficiente de ilicitud). Para establecer si un comportamiento contrario a una regla es o no ilícito es preciso mirar a los principios aplicables. No hay, por la misma razón, ilícitos típicos, si con esta expresión se entienden comportamientos cuya licitud deriva

de su conformidad a reglas. Hay un solo factor determinante a los fines de la licitud e ilicitud de un comportamiento: su conformidad o no con lo que es exigido o permitido por el balance de los principios aplicables al caso [...] La licitud o ilicitud de la conducta es, pues, independiente de su conformidad o no con lo exigido o permitido por una regla. Para los fines de la calificación jurídica de un comportamiento como lícito o ilícito, las reglas son, en la teoría de A&RM, irrelevantes”.

“[L]as reglas son, en la teoría de A&RM, superfluas: no cumplen ninguna función. De las reglas depende sólo la posibilidad de atribuir, a los comportamientos lícitos o ilícitos (en razón de su conformidad o no a los principios aplicables) la etiqueta, carente de consecuencias, de ‘típicos’ o ‘atípicos’”¹⁸.

El cargo es sin duda serio. Pues si en nuestra teoría las reglas aparecieran, en efecto, como ingredientes “irrelevantes” o “superfluos” del Derecho, habría que entender que, sólo por ello, nuestra teoría fracasa como teoría pretendidamente reconstructiva de la manera como operan nuestros sistemas jurídicos. Y fracasa porque, de ser así las cosas, sería incapaz de dar cuenta de un aspecto central de nuestras prácticas jurídicas que nadie niega: a saber, que la inmensa mayoría de los casos reciben solución mediante su subsunción indisputada en reglas.

Creemos, sin embargo, que Celano no tiene razón. Y que nuestra teoría permite dar cuenta de la diferencia implicada por la presencia de reglas y del papel de las mismas en el razonamiento jurídico. Nuestra construcción de los ilícitos (y de los lícitos) atípicos tiene como finalidad dar cuenta de la derrotabilidad de la regla permisiva (o de la regla prohibitiva) predisuestas cuando la solución del caso atendiendo a las mismas resulta valorativamente anómala de un modo intolerable. Se trata, como hemos visto, de un tipo de razonamiento en que se pasa de una regla —la regla predispuesta— a una nueva que fundamenta finalmente la solución, como resultado del balance entre los principios relevantes del sistema. Pero que la regla —la regla predispuesta— resulte,

al final del proceso argumentativo, derrotada, no quiere decir de ningún modo que juegue un papel irrelevante en ese proceso.

Y es que Celano asimila algo apresuradamente —nos parece— dos tesis muy distintas: una es la de que todas las reglas pueden ser derrotadas en circunstancias que no resultan enteramente anticipables (si tales circunstancias fueran enteramente anticipables y el legislador fuera medianamente cuidadoso, no habría lugar para la derrota de la regla, puesto que ésta se habría formulado con las correspondientes excepciones). Y otra tesis, por completo distinta, es que la presencia de la regla no marque diferencia ninguna, porque ésta no ejerza ninguna resistencia frente al balance de los principios del sistema que resulten relevantes en relación con el caso.

Nosotros suscribimos claramente la primera tesis y ello, según Celano, nos conduce —so pena de inconsistencia— a la segunda. Pero esta opinión de Celano se basa en no tener en cuenta que, en situaciones caracterizadas por la presencia de reglas, han de entrar en línea de cuenta no sólo los principios sustantivos del sistema aplicables al caso, sino también los principios (principios institucionales) vinculados al seguimiento de reglas (tales como la estabilidad, la predecibilidad, el respeto a la distribución de poder ordenada por la Constitución o por las leyes, etc.) y de los que hablábamos al comienzo de este trabajo¹⁹. De manera que las reglas son derrotadas en aquellos casos, pero sólo en aquellos casos, en los que el balance entre los principios que sustentan el apartarse de la regla tiene un peso mayor que el de los principios institucionales vinculados al seguimiento de reglas. Lo cual queda, a nuestro juicio, muy lejos de la consideración de las reglas como irrelevantes o superfluas.

Para ver en qué consiste esa “resistencia” de las reglas, nada mejor que acudir a algún ejemplo en que ese desplazamiento no se produce, esto es, la regla no resulta derrotada, a pesar de que se dan los elementos de las definiciones que antes indicábamos como 1), 2) y 3), pero no se da 4), porque el balance entre los principios no permite dar ese paso. Tomaremos un

caso de lo que podría ser —pero no es— un ilícito atípico y otro de lo que podría ser —pero no es— un ilícito atípico.

Las normas del tráfico rodado en España (como en muchos otros países) incluyen una regla que establece, de manera rígida, la prohibición de circular a más de 120 kilómetros por hora en autopista. Las razones que justifican la regla son claras: se trata de incrementar la seguridad y de evitar accidentes. Ahora bien, ¿qué pasa si un automovilista, en una mañana espléndida de perfecta visibilidad, en una recta prolongada, sin tráfico y conduciendo un automóvil en perfecto estado y equipado con la mejor tecnología en materia de seguridad, sobrepasa un poco esa velocidad? ¿Se le debe multar? El balance entre los principios sustantivos relevantes en el caso nos diría sin duda que no. En esas condiciones concretas no habría simplemente ningún riesgo (o ningún riesgo superior al de circular con otro automóvil de inferior equipamiento, en un día con lluvia, etc. a menos de 120 km/h), de manera que estaríamos ante un supuesto en el que las razones que respaldan la regla no son aplicables al caso. Sin embargo, si recurriéramos la multa, quizás pudiéramos tener algún éxito poniendo en cuestión la prueba del hecho (por ejemplo, la fiabilidad del aparato medidor de la velocidad), pero es seguro que no lo tendríamos si adujéramos las anteriores razones (si consideráramos, en definitiva, que se trata de un ilícito atípico). ¿Quizás porque la autoridad que resolviera en esa forma los recursos aplicaría el Derecho de manera equivocada? Creemos que no. Resulta plausible pensar que el balance a efectuar en el caso lleva a no derrotar la regla, por una variedad de razones (todas de considerable peso): el riesgo de arbitrariedad que supone conceder a los agentes de tráfico discrecionalidad en esta materia; los efectos negativos que podría tener en el conjunto de los conductores que tenderían a pensar que está permitido circular a más de 120 km/h. en circunstancias en las que realmente (efectuando una ponderación adecuada, esto es, de acuerdo con el balance de los principios) no lo estaría; etc.

Veamos ahora un tipo de conducta que podría constituir un ilícito atípico; exactamente, una desviación de poder. El Derecho español atribuye al Consejo General del Poder Judicial la competencia para efectuar los nombramientos de altos cargos judiciales. Se trata de un poder altamente discrecional que, sin embargo, tiene ciertos límites: el más importante parece ser el del respeto a los principios de mérito y capacidad, reconocidos en la Constitución. De manera que la situación podría describirse así. A fin de lograr que esos nombramientos recaigan en las personas con la mayor capacidad técnica, experiencia profesional, independencia, imparcialidad y que mejor puedan satisfacer determinadas políticas judiciales (fijadas por el Consejo, pero que sean compatibles con la Constitución: por ejemplo, favorecer el ascenso de mujeres, cierto equilibrio geográfico en cuanto a la procedencia de los magistrados, etc.), el legislador ha entendido que debía conceder al Consejo una amplia discrecionalidad; discrecionalidad, por tanto, para perseguir fines lícitos, conformes con la Constitución. En la práctica, sin embargo, el Consejo parece haberse apartado en diversas ocasiones de esas finalidades y diversos magistrados aspirantes a ocupar esos cargos y preteridos frente a otros presentaron recurso ante el Tribunal Supremo con una suerte varia. La tarea del Tribunal Supremo (de su Sala tercera) ha consistido en controlar ese ejercicio de discrecionalidad. El problema es sumamente complejo²⁰, pero lo que a nosotros nos interesa aquí es solamente un aspecto del mismo: al otorgar la competencia al Consejo, el legislador estableció la regla de que la decisión se adoptaría mediante votación, sin necesidad de que los vocales del Consejo tuvieran que motivar (justificar) el sentido de su voto. O sea, existe una regla que permite nombrar a los magistrados sin necesidad de motivar el voto (sin motivar ese elemento crucial del proceso). Esa circunstancia lleva a (o, al menos, favorece) el nombramiento de magistrados atendiendo a simpatías políticas partidarias, en lugar de a las finalidades que justifican el poder concedido discrecionalmente. ¿Cabría entonces entender que se trata de algo así como una desviación de poder, que

los vocales del Consejo tienen la obligación de motivar (la omisión de motivar pasa de permitida a prohibida) y que, en la medida en que no lo hayan hecho, los nombramientos resultan inválidos? En nuestra opinión, no. Hay razones institucionales poderosas (básicamente, referidas a la distribución constitucional y legal de competencias) que tienen aquí un peso decisivo (aunque no tanto como para impedir cualquier tipo de control material por parte del Tribunal Supremo). La regulación del Consejo General del Poder Judicial es sin duda defectuosa en este y en muchos otros aspectos, pero esa es la establecida por el legislador y el Tribunal Supremo incurriría en un injustificado “activismo judicial” si pretendiera en este aspecto ir “más allá” de dónde lo hizo el legislador.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como recuerda Giovanni Sartor²¹, la noción de derrotabilidad fue usada ya por Hart, en 1951, en relación con el concepto de validez, esto es, en relación con la calificación de los estados de cosas (los resultados normativos) a que da lugar el uso de normas constitutivas. Así, puede decirse que un contrato es válido si se han cumplido ciertas condiciones, $x, y \dots z$, y siempre que no se presente alguna otra circunstancia: $x', y' \dots z'$, capaz de derrotar a ese juicio de validez. Pues bien, el concepto de validez (e invalidez), en relación con las normas constitutivas, es el equivalente al de licitud (e ilicitud) en relación con las normas regulativas: un comportamiento es lícito (o ilícito) si es conforme (o inconforme) con lo establecido en aquellas normas regulativas en cuyas condiciones de aplicación $x, y \dots z$, resulta subsumible el caso correspondiente y siempre que no se presente alguna otra característica: $x', y' \dots z'$, capaz de derrotar ese juicio de licitud (o ilicitud).

La distinción que, en el campo de las normas regulativas, suele hacerse entre reglas y principios puede entenderse en el sentido de que las reglas establecen cuáles son las condiciones normalmente suficientes para efectuar

el juicio de licitud (ilicitud) correspondiente; mientras que los principios operan en una especie de segundo nivel de razonamiento que, muchas veces (en la mayor parte de las ocasiones), respalda el juicio de licitud o ilicitud establecido (*prima facie* o, si se prefiere, *pro tanto*) por las reglas, pero que, en unas pocas ocasiones, suministran razones para *derrotar* el anterior juicio, dando lugar a una nueva regla, según la cual, cuando, además de las circunstancias x, y...z, aparezca también alguna otra: x'y'...z', entonces la conducta correspondiente pasa de ser lícita a ilícita (o al revés). La licitud o ilicitud *típica* es la referida a las reglas (y, si se quiere, implícitamente, también a los principios: pero como estos cumplen simplemente la función de respaldar las reglas, su papel pasa más o menos inadvertido). La licitud o ilicitud *atípica* es la que considera también el juicio de los principios, cuando estos tienen fuerza suficiente como para *derrotar* a las reglas; mejor dicho, a las reglas predispuestas: una función fundamental de los principios —nunca se insistirá suficientemente en ello— es la de producir nuevas reglas (o “reformular” las existentes), razón por la cual la contraposición entre reglas y principios, si nos fijamos en cómo operan en el razonamiento jurídico, no puede verse en términos simplemente disyuntivos.

Ahora bien, las figuras de los ilícitos atípicos (abuso de derecho, fraude de ley y desviación de poder) en las que hemos centrado nuestra atención se refieren tanto a acciones que constituyen simplemente el contenido de normas regulativas (abuso de derecho) como a acciones que consisten en usar una norma constitutiva, una norma que confiere poder (fraude y desviación de poder). Por eso, en el primer caso (el abuso de derecho) la definición termina con el paso de lo lícito a lo ilícito (de lo permitido a lo prohibido); mientras que en

el otro (fraude y desviación de poder) se añade a ello que el anterior cambio (de lo lícito a lo ilícito) implica también el de lo válido a lo inválido. Con ello, nos parece, no es que se confundan los juicios de licitud (ilicitud) y de validez (invalidéz), sino que se muestra cómo están conectados entre sí.

En conclusión, lo que hemos presentado en las páginas precedentes constituye un análisis de figuras que aportan ejemplos no simplemente de argumentos o de premisas (normas) derrotables, sino, cabría decir, de institucionalización de la derrotabilidad en el Derecho. El abuso, el fraude y la desviación son figuras jurídicas que vienen a ser algo así como estructuras, esquemas, de razonamiento predispuestas por el sistema para facilitar y, en cierto modo, hacer algo más previsible la toma de decisión en contextos en los que, si no se quiere incurrir en graves anomalías valorativas, no basta la mera subsunción en reglas; se trata, por ello, de contextos en los que la argumentación deductiva no puede jugar más que un papel bastante modesto. Todo lo cual hace pensar en lo acertado que andaba Toulmin cuando, en un famoso libro de 1958 (*The Uses of Argument*)²², invitaba a ver la “lógica” —término que empleaba para hacer referencia a lo que llamaríamos hoy más bien “teoría de la argumentación”— como “jurisprudencia generalizada”. Como se sabe, Toulmin defendió allí una concepción pragmática —dialéctica— del razonamiento (que oponía al modelo clásico de la lógica deductiva), dirigido a tratar con los argumentos que tienen lugar en el marco de lo que él llamaba “empresas racionales” (como el Derecho, la ética, la medicina, los negocios...), y en donde el aspecto de la derrotabilidad (plasmado en sus conceptos de *rebuttal* y de *qualifier*) tiene una especial importancia.

NOTAS

1. Sobre esto, cfr. Juan Ruiz Manero: “Algunas concepciones del Derecho y sus lagunas” en Atria, Bulygin, Moreso, Navarro, Rodríguez y Ruiz Manero: *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

2. Lo que sigue debe entenderse referido a lo que cabe llamar el *modelo clásico* de Alchourrón y Bulygin. Entendemos por *modelo clásico* el contenido en *Normative Systems* (Springer Verlag, Wien-New York, 1971) y en los trabajos, conjuntos o por separado, de ambos autores que resultan consistentes con esa obra (la inmensa mayoría de los trabajos de ambos). Parece plausible suponer que los últimos trabajos de Alchourrón sobre los condicionales derrotables hubieran acabado implicando una revisión profunda de tal modelo, pero esta cuestión no será abordada aquí. Eugenio Bulygin, sin embargo, ha permanecido centralmente fiel al *modelo clásico*, como muestran sus contribuciones al libro colectivo de Fernando Atria, Eugenio Bulygin, José Juan Moreso, Pablo Navarro, Jorge Rodríguez y Juan Ruiz Manero: *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005. Por otro lado, la presentación que hacemos aquí del modelo de *Normative Systems* no toma en consideración la posibilidad de prescindir de la concepción del Derecho positivista fuerte que le subyace y de tomar el modelo exclusivamente como una *reconstrucción de microsistemas de normas* que, como tal, no se encontraría vinculado a ninguna concepción específica del Derecho. José Juan Moreso (en “A Brilliant Disguise: entre fuentes y lagunas”, en el libro colectivo recién citado) ha insistido en que, este es bajo este enfoque como la contribución de Alchourrón-Bulygin revela sus aspectos más fructíferos.

3. Joseph Raz: “Autoridad, Derecho y moralidad”, en *La ética en el ámbito público*, Gedisa, Barcelona, 2001, pág. 250.

4. Cfr. Joseph Raz: “La autonomía del razonamiento jurídico”, en *La ética en el ámbito público*, Gedisa, Barcelona, 2001, pág. 14; y Raz “Postema on Law’s Autonomy and Public Practical Reason: a Critical Comment”, en *Legal Theory*, 4, 1988. Sobre este punto, cfr. Juan Carlos Bayón: “Derecho, convencionalismo y controversia”, en Pablo Navarro y Cristina Redondo (eds.): *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2000.

5. Ronald Dworkin: “Is Law a System of Rules?”, en Robert S. Summers (ed.): *Essays in Legal Philosophy*. Basil Blackwell, Oxford, 1970.

6. Sobre las diversas modalidades de positivismo jurídico presentes en el debate actual hemos tomado posición en Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero: “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en José Antonio Ramos Pascua y Miguel Ángel Rodilla González (eds.): *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, 2006, págs. 765 y ss. También en *Isonomía*, nº 27 (2007), págs. 7 y ss.

7. En este sentido, cfr. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero: “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica”, en *Doxa*, nº 24, 2001.

8. Muy especialmente Francisco J. Laporta, en una amplia serie de trabajos que culminan en el libro *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007. Sobre las tesis de Laporta, y en el sentido del texto, puede verse Juan Ruiz Manero: “Las virtudes de las reglas y sus límites. Una discusión con Francisco Laporta”, en Fernando Serrano y Rodolfo Vázquez (coords.): *Ciencia jurídica y Constitución. Homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, Porrúa-UNAM, México, 2008.

9. Seguimos aquí lo ya expuesto en Juan Ruiz Manero: “Las virtudes de las reglas ...”, cit. en n. 6.

10. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero: *Ilícitos atípico. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2000.

11. La definición de *laguna axiológica* con la que operamos es la siguiente: “Un cierto caso constituye una laguna axiológica de un cierto sistema jurídico si y sólo si (1) ese sistema contiene una regla que soluciona el caso, pero (2) sin que dicha regla considere como relevante una propiedad que, de acuerdo con las exigencias que se derivan del balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico, sí debiera considerarse como relevante” (Juan Ruiz Manero: “Algunas concepciones del Derecho y sus lagunas”, cit. en n. 1). Este concepto de laguna axiológica constituye una versión modificada, para adaptarla a una concepción del Derecho que integre a los principios, del concepto propuesto por Alchourrón-Bulygin en *Normative Systems*, cit. en n. 2..

12. Véase, en todo caso “Fraud on the Law – The Doctrine of Evasión” en 42 *Columbia Law Review*, 1942, págs. 1015 y ss. y Robert Venables: “Abuse of Rights in EC Law”, en *Tax Adviser*, octubre 2003, págs. 16 y ss.

13. Luis Díez Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho civil*, tomo 1, vol.1, Civitas, Madrid, 1994, pág. 200

14. Carmen Chinchilla: *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 1999 (2ª ed.), pág. 31.
15. Como se habrá advertido fácilmente, el ejemplo es una mera variante del propuesto por Fuller en polémica con Hart: el de la colocación en el parque, sobre un pedestal, de un camión utilizado en la segunda guerra mundial: Cfr. Lon L. Fuller: "Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Profesor Hart", en *Harvard Law Review*, 71, 1958.
16. En relación con los conceptos de "fuera del alcance" y de "excepción", véase Joseph Raz: *Practical Reason and Norms*, 2ª ed., Princeton University Press, 1990 y Ángeles Ródenas: "Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial", en *Doxa*, 21/I, 1998.
17. Especialmente relevantes nos parecen las contenidas en la revista italiana *Europa e diritto privato*, 2006 (3), en la que se discute la versión italiana de *Illeciti atípicos* (cit. en n. 8): *Illeciti atípicici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, trad. italiana de Valentina Carnevale, presentación de Mauro Barberis, Il Mulino, Bologna, 2004. Entre ellas, Luca Nivarra: "Un dibattito palermitano su illeciti atipici", págs. 1019 y ss.; Francesco Donato Busnelli: "Illeciti atipici e il dibattito su regole e principi". págs. 1035 y ss.; Carlo Castronovo: "Abuso del diritto come illecito atipico", págs. 1051 y ss.; Bruno Celano: "Principi, regole, autorità", págs. 1059 y ss; Guido Corso: "Gli illeciti atipici tra regole e principi", págs. 1087 y ss.
18. Bruno Celano: "Principi, regole, autorità", cit. en n. 13.
19. Si se quiere expresarlo en términos de Schauer: "The values secured by rules (e.g. stability, notice, predictability, allocation of power among decision-makers) may themselves occupy a status equivalent to the status of other mid-level principles [...] In other words [...] rule-generating justifications may be equivalent in importance to those substantive justifications external to this rule that may override this rule" (Frederick Schauer: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pág. 110. De forma que, como dice el mismo Schauer, la resistencia de las reglas frente a la solución que resultaría del balance entre los principios sustantivos aplicables es una cuestión de grado, pues "rule-based decision-making exists only insofar as the instantiation resists continuous modification in the service of its generating justification [...] This resistance need not to be absolute [...] For rule-based decision-making to be other than a different name for particularistic decision-making, the rules employed in the former must pre-exist any particular application of them, and must supply some resistance in that application" (pág. 84 y nota al pie).
20. Un análisis más pormenorizado puede verse en M. Atienza, "Discrecionalidad y juicios comparativos", en *Jueces para la democracia*, 61, marzo 2008, págs. 77-86.
21. Giovanni Sartor: *Defeasibility in Legal Reasoning*, artículo todavía inédito.
22. Stephen Toulmin: *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 1958.

Fecha de recepción: 19 de febrero de 2009

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2009

RESUMEN

Aunque se han desarrollado tradicionalmente en paralelo, existen obvias relaciones entre el derecho de la competencia, en sus diversas facetas, y el ordenamiento laboral. En los últimos tiempos estas relaciones se han hecho notorias, tanto en el ámbito europeo como en el nacional, y de forma no siempre equilibrada. En el trabajo se hace un análisis de los distintos elementos del problema así como de sus manifestaciones, para acabar formulando alguna propuesta que permita suavizar las tensiones.

PALABRAS CLAVE

CONTRATO DE TRABAJO; NEGOCIACIÓN COLECTIVA; DEFENSA DE LA COMPETENCIA; COMPETENCIA DESLEAL

ABSTRACT

Although traditionally they have been developed in parallel, there are obvious links between competition law, in its various aspects, and labour law. In recent years, these relations have been evident, both at European and national level, and not always in a balanced way. The following paper is an analysis of the various elements of the problem and its manifestations. It finishes formulating a proposal to allow to ease those tensions.

KEY WORDS

EMPLOYMENT CONTRACT; COLLECTIVE BARGAINING; ANTITRUST; UNFAIR COMPETITION

ORDENAMIENTO LABORAL Y DISCIPLINA DEL MERCADO

José María Goerlich Peset
Catedrático

Adoración Guamán Hernández
Profesora ayudante doctora

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València

Sumario: 1. Introducción. 2. Ordenamiento laboral y tutela de la competencia en el mercado. 3. Libre prestación de servicios, libre competencia y normas laborales en el Derecho comunitario. 4. Normas laborales y derecho de la competencia en el Ordenamiento laboral español. A) La extensión del conflicto B) ... y las dudas respecto a su solución. 5. El papel del ordenamiento laboral como garantía de la igualdad en el mercado. A) Legalidad laboral y ventajas competitivas. B) Incumplimiento de normas laborales y competencia desleal. 6. Algunas consideraciones para la reflexión. Nota bibliográfica

1. INTRODUCCIÓN

La autonomía del Derecho del Trabajo alimenta históricamente una utopía: la posibilidad que el ordenamiento laboral constituya un derecho “de clase”, cuya única finalidad sea la emancipación de los trabajadores subordinados. Algunas de sus estructuras normativas fundamentales parecen ubicarse en esta línea. Cabe aludir, de un lado, y en el terreno formal, a sus específicos sistema de fuentes y criterios de aplicación (cfr. art. 3 ET); y, desde una perspectiva sustantiva, a la relevancia definitoria que adquiere el concepto de “trabajo” y de la persona que lo desarrolla, el “trabajador” (cfr. art. 1.1 ET). Esta última constatación, en efecto, parece situarnos en un contexto en el que el “empresario” resulta ser una noción de

carácter reflejo —que se extrae por referencia a la primordial de trabajador— de modo que la empresa no aparece como protagonista del contrato de trabajo sino como mero referente espacial en el que se desarrolla.

Por supuesto, no hace falta insistir demasiado en lo simplista que resulta el planteamiento anterior. Las cosas son mucho más complicadas. Desde antiguo sabemos que el empresario y la empresa coprotagonizan junto con los trabajadores el ordenamiento laboral: sí, desde una perspectiva subjetiva, el estatuto de la empresa incide en la conformación y efectividad de las garantías jurídico-laborales, desde la objetiva, las necesidades empresariales, o si prefiere el interés de la empresa, nunca han sido perdidas de vista por las normas laborales.

Como es sabido, éstas no tienen una finalidad unidireccional —como la que postula la utopía a la que se ha hecho referencia más arriba—, sino que resultan de una suerte de transacción entre los intereses de los trabajadores y los de los empresarios, cuyo objetivo principal es la preservación del sistema capitalista. Obviamente, ello hace que la conformación del ordenamiento laboral resulte de un delicado y mutable equilibrio. De hecho, en las últimas décadas, éste viene cambiando en una línea inequívoca: la de un creciente protagonismo en la configuración de las instituciones laborales de las figuras del empresario y la empresa, de los requerimientos de su estatuto jurídico y de la tutela de sus intereses en el sistema económico.

El siglo XXI parece haber puesto sobre el tapete un nuevo episodio de esta tendencia: la irrupción de cuestiones vinculadas a la disciplina del mercado en el que se mueven las empresas en el juego de las instituciones jurídico-laborales. Una serie de decisiones normativas, judiciales y administrativas, emitidas en diferentes ámbitos, así como el correspondiente análisis doctrinal, permiten avanzar la conclusión de que existe un nuevo punto de conflicto entre el estatuto empresarial “extralaboral” y el ordenamiento laboral, con la consiguiente insistencia en la negación de la “autosuficiencia” de este último.

2. ORDENAMIENTO LABORAL Y TUTELA DE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO

Por disciplina del mercado entendemos el conjunto de reglas e instituciones cuyo objeto es garantizar la libre e igual actuación de las empresas en el mercado. Aunque seguramente desde un punto de vista técnico, la noción se extiende a otros temas, a los efectos que aquí interesan incluye, de un lado, las reglas de garantía del libre acceso de las empresas al mercado así como de su libre actuación en él, con

los consiguientes límites a las actuaciones que en este terreno pueden desarrollar las autoridades así como las entidades particulares presentes en el mercado; y de otro, las que garantizan la igualdad entre empresas tanto en el acceso como por lo que se refiere a su situación en el mercado, con paralela imposición de límites a las actuaciones de las autoridades y de las demás empresas presentes en él.

El objeto de esta disciplina del mercado —que, insistimos, incluye múltiples facetas algunas de las cuales no serán objeto de consideración en este análisis— es el correcto funcionamiento del mercado, que en el sistema capitalista continúa considerándose, aun con todas sus limitaciones, como el mejor mecanismo de determinación de necesidades y asignación de recursos. Las principales normas que, en nuestro sistema jurídico, se ocupan de establecerla dan cuenta de estas ideas. Según la Exposición de Motivos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), el funcionamiento adecuado del mercado y, en concreto, “la existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad”. Es por ello por lo que a la postre en el adecuado funcionamiento del mercado concurren una pluralidad de intereses de naturaleza dispar. Así lo indica la Exposición de Motivos de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD) que se refiere a la concurrencia de tres: “el interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado”.

Si nos preguntamos acerca de las relaciones que el ordenamiento laboral mantiene con el funcionamiento del mercado y, por tanto, con

su disciplina, podemos advertir que son dos. De un lado, el Derecho del Trabajo, al poner en cuestión o, al menos, matizar seriamente el principio de autonomía privada, aparece como un conjunto institucional contrapuesto a la libre dinámica del mercado y, con ello, a su eficiencia natural. Desde esta primera perspectiva, la fijación de estándares de protección de los trabajadores en que se concreta el ordenamiento laboral no solo interfiere el funcionamiento de un mercado “libre” de trabajo sino que, en cuanto se concreta en trabas económicas u organizativas al funcionamiento de la empresa, dificulta su libre actuación en el mercado de bienes o servicios. De otro lado, y en un sentido radicalmente diferente, el hecho de que las normas laborales garanticen una protección mínima a los trabajadores de forma generalizada es una directa garantía de que las empresas que los contratan se encontrarán todas en una posición similar en el mercado. Las normas laborales y otras instituciones propias del Derecho del Trabajo son, desde esta segunda perspectiva, mecanismos que ponen a cubierto a los empresarios de la desigual incidencia que la acción sindical puede tener en función de sectores productivos o tipos de empresas.

Cada una de estas dos distintas relaciones ha prevalecido, en cierto modo, en dos distintos momentos históricos del desarrollo del ordenamiento laboral. Si, en su génesis, el papel fundamental ha correspondido, sin duda, a la primera aproximación (a), después de la consolidación del Derecho del Trabajo como un ordenamiento autónomo, dotado de especialidades respecto del común, la segunda ha sido dominante (b). Ocurre, sin embargo, que en la actualidad da la impresión que esta evolución está siendo objeto de revisión, abriéndose paso una nueva fase en la que nuevamente la primera aspira a la prevalencia (c).

a) Después de la Revolución Liberal, y antes de que las normas laborales comenzaran a cristalizar, los esfuerzos organizativos del movimiento obrero así como las primeras manifestaciones de conflictividad laboral dirigidas a obtener mejoras en la situación de los tra-

bajadores fueron objeto, como es sabido, de incriminación. El correcto funcionamiento del mercado y la libre actuación en él de las empresas se ha garantizado, en otras palabras, mediante el intento de anular el funcionamiento de las incipientes organizaciones obreras. Aunque en nuestro sistema jurídico no existió una norma tan contundente como la ley Le Chapelier (1791), la combinación de las distintas disposiciones que abolieron los gremios en la época de Cádiz —y, después, en 1834-1836— y el Código Penal producían un efecto similar. En este último sentido, el de 1848 incluía entre las “maquinaciones para alterar el precio de las cosas” la conducta consistente en coligarse “con el fin de encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo o regular sus condiciones” —que se agravaba en caso de ser jefe o promotor o de emplear violencias o amenazas— (art. 543).

Lógicamente, el hecho de que el principio de libre actuación empresarial, sin interferencias derivadas de las exigencias del incipiente movimiento obrero, se intentara garantizar directamente en el terreno del mercado de trabajo ha hecho que, en la fase histórica que consideramos, la potencialmente conflictiva relación entre disciplina del mercado, en su faceta de garantía de la competencia, y normas laborales haya permanecido en estado “embrionario”: la criminalización directa de la acción sindical ha jugado el papel que podría haber correspondido a aquélla. El conflicto entre las libertades de las empresas en el mercado y la presión de los trabajadores para conseguir mejores condiciones aunque sea a costa de restringirlas se ha resuelto, si se nos permite la expresión, por un “atajo”. El conflicto entre unas y otro ha permanecido así camuflado tras el conjunto de medidas antiobreras del Estado liberal. Cabe, sin embargo, señalar que el mismo se ha desplegado en toda su crudeza en sistemas jurídicos, como el norteamericano, que se han mantenido fieles a los principios del liberalismo económico en mucha mayor medida, y durante mucho más tiempo. La aplicación a la acción sindical de los criterios derivados de la legislación antitrust de finales del XIX (Sher-

man Act de 1890) muestra, en este sentido, cómo es perfectamente posible que, una vez que el movimiento obrero comienza a funcionar dentro de mínimos cauces de normalidad, sus actuaciones pueden presentarse como contrarias a la disciplina del mercado en la medida en que suponen trabas u obstáculos a las libres decisiones de las empresas.

b) Por el contrario, la aceptación, primero, y la normalización, después, de la intervención normativa del Estado así como de la acción sindical como vehículos para superar el conflicto social que se había extendido a lo largo del siglo XIX, cambió la óptica a través de la que se contemplaban las relaciones entre mercado y normas laborales. Su extensión, cuantitativa y cualitativa, ha ido acompañada de un proceso de interiorización de su existencia cuyo resultado es su aceptación. Es claro que en este proceso se han extendido las trabas y vínculos que experimentan las empresas para acceder al mercado, para moverse en él y, en su caso, para abandonarlo. Pero también lo es que, a cambio, el Ordenamiento laboral ha actuado sobre otra faceta de la disciplina del mercado: la igualdad, puesto que los estándares protectores generales y uniformes que le son propios no pueden sino garantizarla. El sacrificio de la libertad, al ser generalizado, se constituye en una nueva salvaguarda del mercado.

Esta evolución ha sido causa y, a la vez, ha encontrado fundamento en el constitucionalismo social propio del siglo XX. Este, al incluir junto a los derechos característicos del primer liberalismo los derechos sociales de nuevo cuño, ha puesto las bases para una coexistencia pacífica del ordenamiento laboral y el derecho de la competencia. No solo porque, como se acaba de indicar, en un cierto sentido y desde un determinado punto de vista, ambos pueden ser cara y cruz de la misma moneda, sino también, y sobre todo, porque las limitaciones al libre acceso y libre funcionamiento de las empresas en el mercado derivadas de las normas laborales encontraban el mismo fundamento constitucional que la libertad de empresa. Ello explica que las aristas conflictivas que pueden existir entre aquellos y estas no se

hayan concretado en específicas cuestiones interpretativas. De hecho, durante mucho tiempo, éstas han sido prácticamente inexistentes. Y algo parecido puede predicarse en el plano comparado.

c) En todo caso, no cabe pensar que esta evolución se encuentre definitivamente cerrada. De entrada, hay sistemas jurídicos en los que la evolución expresada no se ha producido o sólo se ha producido limitadamente; y, por ello, el conflicto se muestra en toda su crudeza. Es el caso, como ya se ha dicho, de la experiencia norteamericana pues la introducción de exenciones a la aplicabilidad de las leyes antitrust tanto por vía normativa como jurisprudencial no ha conseguido zanjarlo. Pero, además, una experiencia mucho más cercana pertenece a este género. Es lo que ocurre, en efecto, en el ámbito comunitario en la medida en que la Unión Europea se viene construyendo fundamentalmente sobre el mercado único, estando en segundo plano los aspectos vinculados a la ciudadanía y a la protección social. En este contexto, los avances en la construcción del mercado europeo han ido acompañados de la paulatina y creciente aparición de fricciones entre las exigencias derivadas de la ordenación de un mercado único y libre y las instituciones jurídico-laborales de los estados miembros (3).

En si mismo, se trata de un fenómeno preocupante, aunque sea porque los criterios comunitarios en el terreno que nos ocupa están llamados a prevalecer. De hecho, las últimas evoluciones interpretativas en el ámbito comunitario han sido objeto de una airada reacción en atención a sus posibles repercusiones sobre instituciones centrales del Derecho del Trabajo. Pero, además, lo es tanto más en la medida en que parece comenzar a reproducirse en el ámbito interno. En el sistema jurídico español estamos asistiendo, en efecto, a dos nuevos fenómenos en la interrelación entre normas laborales y disciplina del mercado que acaso supongan un cambio en los equilibrios preexistentes: de un lado, la creciente prevalencia como límite a las normas laborales de los criterios impuestos por la defensa de la

competencia (4); y, de otro, el descuido del papel que aquellas cumplen en la garantía de la igualdad de la situación de las empresas en el mercado (5).

3. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, LIBRE COMPETENCIA Y NORMAS LABORALES EN EL DERECHO COMUNITARIO

Como se ha venido señalando, la configuración del mercado interior comunitario está afectando de manera creciente a las normas estatales de carácter laboral. Los ordenamientos laborales estatales deben adecuarse, no ya sólo a las normas sociales comunitarias sino a las exigencias de la construcción del mercado interior, adaptándose para ello al desarrollo del derecho comunitario de la competencia y de las libertades de circulación económicas.

En ausencia de una articulación normativa expresa en las normas comunitarias entre las cuestiones sociales y las normas que disciplinan el mercado interior, que facilitarían la mencionada adecuación, los límites de la interacción señalada los ha fijado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En esta operación, el Tribunal ha afirmado como punto de partida que, aun reconociendo las competencias estatales en materia laboral y los límites derivados del art. 137.5 del TCE, “el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros en materia de política social no puede justificar que se vulneren los derechos que confieren a los particulares las disposiciones del Tratado que reconocen sus libertades (económicas) fundamentales”.

Con esta base, el Tribunal comunitario se ha ocupado de mediar entre la realización de los valores sociales y económicos, presentes en un conflicto que, nacido en el seno de la libre circulación de mercancías, se ha extendido hacia el conjunto de las libertades comunitarias y de las normas antitrust. Así, a través de su competencia prejudicial, y teniendo en cuenta la centralidad y el carácter fundamental de

las libertades económicas en el edificio de la Unión Europea, la tendencia del Tribunal ha sido la de ampliar el ámbito de aplicación de las normas de libre circulación y competencia, incluyendo dentro de dicho campo a las disposiciones laborales estatales. En esta operación, el Tribunal ha establecido una suerte de prelación implícita, a pesar de partir de una supuesta equivalencia entre los fines recogidos en el art. 2 del Tratado CE resultado de la introducción de las cuestiones sociales en las sucesivas reformas del Derecho originario, primando los objetivos económicos sobre los sociales.

De esta manera, servicios de empleo, regímenes de protección social e, incluso, convenios colectivos han sido cuestionados por el Tribunal comunitario a la luz del derecho de la competencia (a). Por otro lado, y en paralelo, las libertades de circulación, en especial la de prestación de servicios pero también la de mercancías y la de establecimiento, se han confrontado en numerosos asuntos con disposiciones estatales relativas a las relaciones laborales (b). La acción del TJCE ha sido completada con diversas actuaciones normativas orientadas a gestionar el conflicto, sin que por el momento hayan dado resultado (c).

a) Aunque las normas sobre competencia parecen dirigidas a las empresas, el TJCE ha ampliado este concepto, sustituyéndolo por el más funcional y lábil de “actividad económica”. Con ello ha conseguido extender el ámbito de aplicación de los arts. 81 y ss. del Tratado CE a zonas habitualmente exentas de esta consideración, como los servicios públicos de empleo o diversas entidades encargadas de la protección social. En particular, respecto de los servicios públicos de empleo estatales, el Tribunal ha afirmado que las actividades de colocación son actividades económicas y que las instituciones públicas que ofrecen estos servicios deben ser consideradas como empresas, siéndoles por tanto de aplicación las normas antimonopolio y en particular la prohibición del abuso de posición dominante del art. 82 TCE. En el ámbito de la protección social, el Tribunal ha construido una limitada excepción social que abarca a las entidades que participan en la gestión del ser-

vicio público de la Seguridad Social, siempre y cuando las mismas desempeñen una función de carácter *exclusivamente social* y ejerzan una actividad que se base en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa. La aplicación estricta de estas condiciones le ha llevado a considerar como entidades sometidas a las normas de la competencia a sistemas de pensiones complementarios y facultativos aun cuando no tuvieran ánimo de lucro y estuvieran dirigidos a mejorar la situación de los trabajadores dado el carácter mínimo del régimen estatal básico.

Es verdad que la extensión ha encontrado una barrera en los convenios colectivos. Pero se trata de una barrera débil. En efecto, el Tribunal ha construido respecto de ellos una suerte de *inmunidad básica*, afirmada por primera vez en 1999 en una serie de asuntos, *Albany*, *Brentjens* y *Drijvende Bokken*, donde se resolvían diferentes litigios entre diversas empresas y los fondos de pensiones sectoriales a los cuales estaban afiliadas de manera obligatoria en virtud de sendos convenios colectivos. En estos casos, el Tribunal, basándose en la necesidad de realizar una lectura conjunta y coherente de la normativa comunitaria, afirmó que un convenio colectivo no puede calificarse como un acuerdo entre empresas, en razón a su naturaleza y su objeto, sin efectuar mayores precisiones. Con este razonamiento el TJCE evitó construir una excepción a la aplicabilidad de las normas sobre competencia basada en la condición sindical de los firmantes, eludiendo así lo que parecía la vía que proporcionaba a la negociación colectiva una mayor seguridad jurídica. Posteriormente, en el asunto *Van der Woude* el TJCE precisó que por convenio colectivo debe entenderse lo que las partes consideren en función de su propia legislación y procedimientos, despejando la duda respecto de la primera cuestión. Sin embargo, respecto del objeto o contenido del convenio, que se ha demostrado como la cuestión más compleja de delimitar en el plano normativo interno, la jurisprudencia del Tribunal parte de la idea de que no cabe su fiscalización desde la perspectiva de la competencia mientras se muevan en el

terreno que les es propio. El resultado de esta jurisprudencia es *de facto* la sujeción al derecho de la competencia de los convenios colectivos que no cumplan los requisitos derivados del doble test de inmunidad, naturaleza y contenido, quedando el segundo elemento derivado al análisis casuístico en sede jurisdiccional.

b) Por otro lado, la interacción entre las libertades de circulación, especialmente la libre prestación de servicios, y los ordenamientos estatales laborales ha ido *in crescendo*. La situación ha devenido especialmente problemática tras las dos últimas ampliaciones de la Unión Europea y con el progresivo aumento de las situaciones de utilización por parte de las empresas de los diferentes estándares laborales existentes en los Estados miembros como vía para obtener un mayor beneficio, el manido *dumping social*.

En particular, la libertad para prestar servicios ha sido utilizada en numerosas ocasiones como parámetro para valorar normas estatales de carácter social como el Código de Seguros Sociales de Luxemburgo, la normativa belga relativa a la explotación de las oficinas de colocación privadas, la ley holandesa reguladora de la cesión de mano de obra y la disposición griega que imponía un vínculo laboral para determinados guías turísticos, entre otras disposiciones. El Tribunal de Justicia, resolviendo estos asuntos, ha ido imponiendo cambios en las regulaciones estatales de las relaciones laborales y de seguridad social, a efectos de evitar que las mismas supusieran un obstáculo a la libre circulación de los servicios en el ámbito comunitario. Junto con estas cuestiones, destacan las múltiples ocasiones en las que el TJCE ha evaluado la aplicabilidad de una norma estatal a trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios, a la luz del art. 49 TCE y la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. En estos casos se evidencia una constante práctica empresarial de utilización de los desplazamientos de servicios como técnica de elección de la norma social aplicable más beneficiosa, práctica contra la

que se han alzado tanto normas estatales como acciones sindicales, siendo consideradas en su mayoría contrarias a la libertad fundamental mencionada, aun cuando sean la plasmación del ejercicio de derechos sociales como la libertad sindical o la negociación colectiva (los ya famosos asuntos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*).

c) Acompañando a esta jurisprudencia, distintas normas relativas al funcionamiento del mercado interior han tratado, de manera predominantemente parca y marginal, la relación entre la aplicación del derecho de la competencia, la promoción de las libertades de circulación y los derechos laborales reconocidos a los trabajadores en los Estados miembros. Por un lado, y en el ámbito de las normas antimonopolio, el considerando 37 del Reglamento 1/2003 prevé que las normas de la competencia no afectarán a los derechos fundamentales, dentro de los cuales según el tenor de la Carta de Niza se encuentra la negociación colectiva; por otro, ya en relación con las libertades comunitarias, pueden encontrarse un mayor número de referencias. Así, a finales de los 90, y planteándose como reacción clara a un pronunciamiento del Tribunal de Justicia, el Reglamento 2679/1998 de 7 de diciembre, sobre funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías incluyó la primera disposición normativa orientada a mediar entre estas dos lógicas contrapuestas, afirmando que el respeto a los derechos fundamentales, incluido el derecho o la libertad de huelga, es el límite de las obligaciones impuestas a los Estados por la vía de las libertades económicas fundamentales. La alusión a los derechos fundamentales como frontera de la construcción del mercado interior se encuentra de nuevo en la Directiva de Servicios de 2006. En la misma se establecen los siguientes límites relacionados con las cuestiones sociales: las normas sociales comunitarias; el Derecho laboral estatal; la legislación nacional en materia de seguridad social y el ejercicio de los Derechos Fundamentales, con especial mención a la acción sindical. Más allá de estas dos escuetas menciones de la cuestión, existe una intervención normativa directamen-

te orientada, o al menos así se afirmó en su trámite y nacimiento, a la gestión de la relación entre los derechos laborales establecidos en el ámbito estatal y la promoción de la libertad de prestar servicios que ostentan los agentes económicos en el mercado interior, la Directiva 96/71 sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios. Sin embargo, la rígida interpretación que de esta norma ha venido haciendo el TJCE la ha convertido en un instrumento limitador de la capacidad estatal de regular las condiciones laborales en su territorio, eliminando su potencial como norma gestora del conflicto.

A modo de breve y preliminar conclusión puede afirmarse que, como demuestra la jurisprudencia del TJCE y las escuetas referencias normativas orientadas a articular la cuestión, tanto las libertades de circulación como el derecho de la competencia comunitario están produciendo un importante impacto en los ordenamientos estatales que el actual nivel de reconocimiento de los derechos sociales en el ámbito comunitario no alcanza a moderar o articular. Este impacto es particularmente grave cuando se producen situaciones de *dumping* social, puesto que la conciliación impuesta por el Tribunal de Justicia entre los estándares laborales estatales, ya deriven éstos de normas colectivas o heterónomas, y las libertades de circulación se ha materializado en una preponderancia de las segundas frente a los primeros, siendo indiferente el carácter de derecho fundamental que el propio TJCE y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea han reconocido a los derechos sociales colectivos.

4. NORMAS LABORALES Y DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL ORDENAMIENTO LABORAL ESPAÑOL

A) LA EXTENSIÓN DEL CONFLICTO...

Frente a la extensa gama de problemas que las relaciones entre la libre actuación empresa-

rial en el mercado y las normas laborales han planteado en el ámbito comunitario, el tema apenas ha comenzado a generarlos en el ámbito español. Con todo, es obvio que se encuentra en rápido crecimiento por cuanto que, en un período de tiempo relativamente breve, se han incrementado tanto las cuestiones afectadas (a) como los sujetos implicados en su resolución (b), hasta el punto de haber llegado a intervenir el propio legislador (c).

a) Por lo que se refiere a los temas afectados, el debut de la cuestión se produjo en 1993 en relación con un episodio singular vinculado a la dispensación de medicamentos para los trabajadores del Ministerio de Defensa por parte de las Farmacias militares. Al dispensar éstas medicamentos más baratos, los trabajadores resultaban “extraídos” del mercado farmacéutico ordinario, con la consiguiente lesión de terceros encarnados en la correspondiente corporación profesional que planteaba la demanda cuyo conocimiento motivó un pronunciamiento final de la sala de lo social del TS.

De manera prácticamente simultánea se suscitó la cuestión de los límites a la apertura en festivos derivados de los convenios colectivos. Los empresarios trataban de liberarse de los límites al respecto, inicialmente mediante el recurso a la modificación sustancial de condiciones de trabajo; y, con posterioridad, en fecha reciente, mediante la impugnación del convenio colectivo con base en la libertad de empresa. En un caso como en otro, y tanto por los tribunales contencioso, que inicialmente eran competentes, como por los del orden social, las pretensiones empresariales han sido rechazadas.

El final de la década de los 90 y el inicio del siglo alumbró un tercer problema en el terreno que nos ocupa: el de las restricciones establecidas en los convenios colectivos respecto al recurso por las empresas obligadas a mecanismos de externalización. A estos efectos, la negociación colectiva recurría a varias técnicas: bien a la extensión a los trabajadores de las empresas subcontratistas —o cedentes de mano de obra en el caso de recurso a empresas de trabajo temporal— bien directamente

a la prohibición de recurrir a técnicas descentralizadoras como la subcontratación de obras o servicios o la contratación a través de ETT. En ambos casos, el contencioso se planteó a propósito de la imposición de limitaciones al funcionamiento de estas empresas, en caso de recurrir a la primera de estas técnicas, o de la exclusión de una parte del mercado, la correspondiente al sector de que se tratase, para su libre funcionamiento.

Con posterioridad, en lo que es por ahora el último episodio de este crecimiento temático, ha surgido la cuestión de la fijación de precios de los servicios. En el año 2007 hubo de ser resuelto, en efecto, el tema de la determinación de precios mínimos para la prestación de servicios por las empresas afectadas. En el caso, se planteaba, desde el punto de vista de la defensa de la competencia, la legitimidad de una cláusula convencional que, para evitar la competencia desleal entre las empresas afectadas por el convenio, fijaba un precio mínimo para las ofertas a realizar por estas ante las entidades que contrataban sus servicios. Existen además varios expedientes abiertos pendientes de resolución ante la CDC estatal o ante alguna de las autonómicas por el mismo motivo respecto de otros convenios.

b) El último episodio descrito permite, además, advertir un segundo fenómeno: el aumento de los sujetos que se implican en la lucha contra las presuntas prácticas restrictivas de la competencia protagonizadas por las normas laborales y, muy señaladamente, por los convenios colectivos. En efecto, la mayor parte de las cuestiones que se han analizado en el apartado anterior fueron resueltas por los tribunales del orden social de la Jurisdicción —o del ámbito contencioso en atención a las competencias que correspondieron a la Administración hasta 1994—. Es más, parecía claro que era precisamente en esta sede donde habían de plantearse y solucionarse, sin injerencia en consecuencia de los organismos administrativos encargados de velar por la competencia. En marzo de 1993 la Sala de lo Social del TS, ante la excepción de incompetencia formulada por el Abogado del Estado en el ya citado caso de las farma-

cias militares, afirmaba expresamente que “la competencia que al Tribunal de Defensa de la Competencia atribuye la Ley 16/1989, de 17 julio, respecto a lo que dicha Ley denomina “conductas prohibidas”, “abuso de posición dominante” y “falseamiento de la libre competencia por actos desleales”, afecta a actuaciones que tiendan a perjudicar la competencia en el mercado, sin que obviamente incluya el control de legalidad o de lesividad de convenios colectivos; control que... corresponde al ámbito jurisdiccional del Orden Social”.

Sin embargo, de forma prácticamente simultánea, las empresas que se sentían perjudicadas por las normas convencionales comienzan a acudir ante los órganos administrativos encargados de la defensa de la competencia. Y a pesar del planteamiento que acabamos de ver, estos no renunciaron a intervenir. En marzo de 1993, aparece una primera resolución en este sentido. En ella, una empresa impugnaba ante el entonces llamado Tribunal de Defensa de la Competencia la decisión del Servicio de Defensa de la Competencia de archivar expediente en relación con el contenido de un convenio que se seguía contra las organizaciones patronal y sindicales que lo habían firmado. Si el Servicio había cerrado el expediente sancionador por considerar que era inviable en la medida en que los firmantes no actuaban como operadores económicos, el Tribunal rechazó esta conclusión y ordenó la continuación del procedimiento. A juicio de este último, y, desde un punto de vista sustantivo, “la normativa de competencia, desarrollo del art. 38 CE, es general y obliga a todos los contratos o acuerdos a ajustarse a sus producciones”, lo que supone inequívocamente la idea de considerar que también los convenios colectivos pueden ser objeto de control desde la perspectiva de aquella. Ello supone, desde la óptica procedimental, que no cabe excluir la posibilidad de que el TDC se pronuncie sobre el particular por el hecho de que aquellos sean negociados por sindicatos puesto que, junto con ellos, intervienen las organizaciones patronales a las que no cabe negar la condición de “operador económico en sentido estricto” y que

podrían “obtener por vía laboral una restricción de competencia intolerable y fuertemente sancionada como concertación horizontal de empresarios”.

Con posterioridad, en una resolución de diciembre de 1996, el TDC volvió al tema y dio un paso más. En el caso, uno de los planteados a propósito del trabajo en domingo, se cuestionaba un acuerdo suscrito por organizaciones empresariales y sindicales respecto a la limitación de las posibles actividades a desarrollar en festivo. En la tramitación, el Servicio de Defensa de la Competencia había acordado sobreseerlo respecto de las organizaciones sindicales, decisión que quedó firme por inacción de los demás interesados. Estos, sin embargo, en la fase final del procedimiento cuestionaron tal decisión y, aunque el TDC no la revisó en atención al momento procesal en que se encontraba, sí que afirmó no compartir “la motivación utilizada por el Servicio de Defensa de la Competencia para sobreseer el expediente con respecto a las Federaciones de Alimentación de CCOO y UGT. A este respecto el Tribunal considera que no puede negarse a los sindicatos la condición de operadores económicos por principio. En cada caso deberá analizarse si han actuado en defensa de los intereses que les son propios o al margen de aquéllos, en cuyo caso, podrían incurrir en las prohibiciones establecidas en las normas reguladoras de la libre competencia”.

La culminación de esta evolución se ha producido en enero de 2007, en la resolución del TDC que ha resuelto el asunto sobre la fijación de precios en el convenio de asistencia domiciliaria. En ella, el Tribunal no sólo ha entrado al conocimiento del asunto sino que ha entendido que existía una práctica restrictiva de la competencia y ha sancionado a las dos organizaciones firmantes, tanto la patronal como la confederación sindical, por haberla protagonizado.

c) Hay que notar, en tercer lugar, que no sólo se han interesado por la cuestión la jurisdicción laboral y los órganos administrativos especializados en defensa de la competencia. El propio Legislador acaba de mostrar también

su preocupación por las relaciones entre la protección de los trabajadores y las reglas del libre mercado. En efecto, el Estatuto del Trabajo Autónomo, aprobado por la Ley 20/2007, ha establecido, como es sabido, un marco específicamente protector de aquellos trabajadores autónomos que se consideran económicamente dependientes. Entre las instituciones que conforman este marco, ocupa un papel esencial el reconocimiento de la posibilidad de que las condiciones de desarrollo de su actividad sean fijadas a nivel colectivo, mediante los llamados acuerdos de interés profesional que, sin llegar a ser convenios colectivos —y aunque presentan significativas diferencias con ellos—, ocupan un papel similar (cfr. arts. 3.2 y 13). Sin embargo, por lo que aquí interesa, este reconocimiento se hace expresamente sin perjuicio de lo que resulte de las normas de defensa de la competencia. El último inciso del art. 13.1 LETA es taxativo al respecto: “en todo caso”, afirma, “los acuerdos de interés profesional observarán los límites y condiciones establecidos en la legislación de defensa de la competencia”.

B) ... Y LAS DUDAS RESPECTO A SU SOLUCIÓN

Todo lo anterior muestra la expansión relativamente rápida que ha experimentado en nuestro sistema el conflicto entre normas laborales —con referencia especial a los convenios colectivos— y defensa de la competencia. Interesa ahora dar un paso más y observar la solución que se ha dado a estos conflictos. De entrada, lo primero que se advierte es que la solución no aparece pacífica. De hecho, no es infrecuente que, para conflictos similares en cuanto al tema, se hayan propugnado soluciones diferentes (a). Es probable que ello se deba a la lógica utilizada por el operador jurídico de que se trate para resolver la cuestión que se le suscita: ya se sabe que muchas veces las cosas dependen del cristal con el que se las mira. Lo que pasa es que es muy probable que, cada día más, la óptica que se utiliza es la de la disciplina del mercado (b). Veamos estas ideas con algo más de detalle

a) Que la cuestión planteada aparece como dudosa en cuanto a su decisión se advierte en las sentencias que han resuelto alguno de los episodios a los que se ha hecho referencia más arriba. En el caso de las farmacias militares, las dudas se manifiestan en el “interior” de la propia sentencia: es cierto que la postura mayoritaria fue favorable a estimar la impugnación del convenio, pero también lo es que se formuló un voto particular contrario. La primera postura se fundaba en que, de acuerdo con la normativa aplicable, “la dispensación de medicamentos por las oficinas de farmacia corresponde a las mismas en términos de generalidad, sin otras excepciones que las legalmente previstas, ... sin que por vía de convenio colectivo pueda ampliarse el de estas últimas, con la correlativa restricción del de las primeras, pues, conclusión contraria, atendería contra el interés de éstas, protegido por el ordenamiento jurídico”. Aunque no se menciona la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, es obvio que se está pensando en la privación de un sector del mercado como fundamento para la anulación del precepto impugnado. Por el contrario, el voto particular se sitúa en la lógica del carácter protector de las normas laborales y, con ello, llega a un resultado diferente: dado que la apertura de las farmacias militares a los trabajadores supone que estos mejoran su situación, “es claro que se trata de una materia de acción social que encaja en el contenido normal del convenio colectivo según el artículo 85.1 del ET”; de este modo, aun admitiendo que “puede provocar una disminución del núcleo de usuarios de oficinas de Farmacia”, no puede derivarse automáticamente de ello su lesividad puesto que “en todo caso, cualquier acuerdo de acción social o asistencial que se pacte en un convenio colectivo (economatos, comedores, etc...) causa un perjuicio efectivo a los comerciantes del ramo correspondiente, pues se reduce su potencial clientela y no por eso se estima que produce la lesividad que el art. 90.5 del ET contempla como causa de nulidad del convenio”. Por ello se concluye en la opinión discrepante que “es razonable entender que la lesión a tercero por sí sola no tiene operatividad si la cláusula lesiva no viola al

mismo tiempo una norma del ordenamiento jurídico”.

La doble óptica se advierte también en el tratamiento de las restricciones convencionales a la descentralización productiva. Las sentencias de los TTSSJJ que, a finales de los 90 y principios de siglo, enjuiciaron la cuestión de la equiparación salarial de los trabajadores de las ETT impuesta por el convenio se inclinaron mayoritariamente por la lógica de la disciplina del mercado. Para llegar a ella, además de la eficacia relativa del convenio colectivo —que le impide “establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación”—, se argumentaba que la equiparación salarial se concreta “en un encarecimiento de costes del contrato de puesta a disposición que afectará a la competitividad de las ETT en el sector de actividad al que se refiere el convenio... (ya que, al producir) encarecimiento de costes, (supone) la ausencia de estímulo de las usuarias para acudir a este sistema de contratación regulado por ley en determinados casos, y en definitiva, reducción del volumen de sus transacciones” (STSJ Murcia de 5 de junio de 2000).

Por el contrario, cuando en 2001 la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional enjuició una cláusula convencional que restringía a las empresas afectadas por el convenio colectivo la posibilidad de recurrir a la subcontratación, se situó en una óptica diferente y llegó a la conclusión de su legitimidad. En lugar de mirarla desde la perspectiva del volumen de negocio de las empresas indirectamente afectadas, procedió a analizarla desde la de la finalidad perseguida por los negociadores. Desde este segundo punto de vista, “es una cláusula de fomento del empleo por cuenta ajena a través de la “internalización” del trabajo, y que se explica en una realidad laboral en la que se ha empleado con profusión la externalización como técnica de flexibilidad productiva”. En este contexto, no cabe “considerar ilegítima tal política laboral, del mismo modo que no lo es un programa de fomento de la contratación indefinida (ya que) en ambos casos se persigue garantizar un estatus de mayor estabilidad al ciudadano

que oferta su actividad personal a cambio de dinero en el mercado laboral”. La conclusión es clara: “el fomento de la contratación por cuenta ajena, frente a la subcontratación, o sea la satisfacción preferente de las necesidades laborales de la empresa con personal interno, propio no constituye una política ajena al ámbito de la potestad normativa de la autonomía laboral, que delinea el art. 85 del ET y desde luego no supone práctica restrictiva de la competencia al tratarse de una norma “ad intra” de la empresa, esto es dirigida a distribuir sus elementos constitutivos, y sin proyectarse “ad extra”, al mercado competitivo”.

b) Ocurre, sin embargo, que la perspectiva vinculada a la disciplina del mercado y, dentro de ella, a la defensa de la competencia parece ganar terreno. No se trata solo de que ésta haya sido la predominante en los dos conflictos a los que se hace referencia en el apartado anterior —en la medida en que supuso el parecer mayoritario del TS, en el primero, y existen muchos más pronunciamientos en la primera línea que en la segunda, en el otro—. Además, en los últimos conflictos que se han suscitado la dimensión social parece dejarse completamente al margen.

Lo advertimos, de entrada, en la cuestión de la fijación convencional de precios mínimos de los servicios. La idea que maneja el TDC para concluir la existencia de práctica restrictiva de la competencia y condenar por ella a los firmantes, incluyendo como sabemos a una central sindical, es muy sencilla: “un convenio colectivo no puede regular cualquier materia, ya que su ámbito se circunscribe a las condiciones de empleo y a las relaciones de los trabajadores con los empresarios (pero, en el cuestionado,) se establecen los precios de los servicios y ofertas comerciales que las empresas deben aplicar a sus clientes... lo que queda fuera del ámbito de negociación colectiva y ... supone ... regular el beneficio empresarial y eliminar la competencia en precios en el mercado de la prestación de servicios”. Desde la perspectiva de la defensa de la competencia, la argumentación es probablemente indiscutible. Es claro, sin embargo, que olvida completamente los intereses sociales que subyacen a la cláusula cuestionada. El sindicato los

había puesto de manifiesto extensamente: con la fijación de precios se intentaba evitar la competencia desleal —mediante la presentación de ofertas por debajo del coste salarial—, lo que se presenta como una garantía directa para las empresas pequeñas pero que indirectamente, cabría añadir, se erige en garantía de la efectiva percepción de los salarios pactados. Para el TDC, sin embargo, la primera conclusión no queda enervada en atención a que “se trate de evitar la competencia desleal (puesto que la) rigidez a la baja en precios perjudica a los clientes del servicio y al propio empleo en el sector”.

Algo parecido ocurre respecto a la relación entre autonomía colectiva y derecho de la competencia en el Estatuto del Trabajo Autónomo de 2007. Todavía es pronto para determinar con exactitud los límites que éste impone al contenido de los acuerdos de interés profesional. Y muy probablemente la interpretación que termine por imponerse se mantenga en un terreno intermedio entre la que resulta de la interpretación literal del precepto y la que hace hincapié en la cobertura legal de estos acuerdos y su relativa importancia a efectos de hacerlos inmunes al control desde la perspectiva de la defensa de la competencia. Pero no puede desconocerse que la literalidad del art. 13.1 LETA apunta a una clara restricción de los contenidos negociables: no es de despreciar en este sentido la taxatividad que muestra el precepto al imponer que, *en todo caso, se observarán* las normas sobre competencia; ni tampoco debe pasarse por alto su silencio respecto a un claro contenido posible para acuerdos de este tipo: la fijación de las tarifas por los servicios que prestan los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

5. EL PAPEL DEL ORDENAMIENTO LABORAL COMO GARANTÍA DE LA IGUALDAD EN EL MERCADO

La segunda vertiente de las relaciones entre ordenamiento laboral y disciplina del mercado, esto es la vinculada a la garantía de la

igual situación de las empresas con sus competidores, está menos explorada quizá porque los fenómenos en los que se concreta no son tan vistosos como los que se han analizado en el apartado anterior. En todo caso, es necesario adentrarse en ella por dos razones: de un lado, porque también afecta a cuestiones fundamentales en la ordenación de las relaciones laborales; de otro, porque confirma la percepción que puede extraerse del análisis anterior de la existencia de una doble metodología para aproximarse al tema que incide en las conclusiones a las que se llega.

Las cuestiones de igualdad competencial que pueden plantearse en el terreno jurídico-laboral son de dos tipos diferentes. Unas se suscitan “dentro” del Derecho del Trabajo mientras que otras que se plantean “fuera” del mismo. Con estas dos expresiones de carácter espacial nos referimos, de un lado, a las que se vinculan a la legítima diversificación del estatuto empresarial, esto es, la que permiten las propias normas laborales y que, por tanto, se producen en el interior del Ordenamiento laboral (A), y, de otro, a aquellas que quedan en su exterior por resultar ilegítimas desde su perspectiva al ser consecuencia del incumplimiento por el competidor de las normas laborales (B).

A) LEGALIDAD LABORAL Y VENTAJAS COMPETITIVAS

Por lo que se refiere al primer punto de vista, debe tenerse en cuenta que las normas laborales, aun cuando, como se ha señalado más arriba, resultan ser garantes de la uniformidad de la situación empresarial por lo que se refiere a los costes de personal, no garantizan una absoluta igualdad en este terreno. Por el contrario, dentro de la “legalidad” laboral, diversos factores posibilitan que el estatuto aplicable al personal de los competidores resulte diferente y, con ello, aparezcan ventajas o desventajas competitivas. Sin embargo, mientras estas diferencias y las correspondientes ventajas en cuanto a la posición competencial aparezcan como legítimas, es claro que deben prevalecer

sobre las exigencias de la disciplina del mercado. Esta es, desde luego, la solución que se advierte tanto en los pronunciamientos judiciales como en los administrativos.

a) La solución se advierte con toda claridad en los casos en los que una empresa es acusada de competencia desleal porque maximiza la eficiencia de su política de personal, dentro de la legalidad. Existen algunas resoluciones administrativas sobre este primer tema que mantienen la misma solución: la conducta de las empresas supera con facilidad el control desde la perspectiva de la disciplina del mercado. Y es lógico que así sea. En efecto, si en las políticas de personal se apura, por vías legales, la posibilidad de abaratar los costes de personal, se obtiene una mejor posición competitiva; pero no puede negarse que esta es perfectamente legítima puesto que se encuentra al alcance de todas las empresas. El desaparecido TDC lo ha puesto de manifiesto para las empresas que aprovechan subvenciones o ayudas públicas o que recurren a formas o modalidades contractuales que por sus características resultan más eficientes, en términos de coste y/o de flexibilidad. Como ha puesto de manifiesto en 1996, a propósito de la acusación de competencia desleal vinculada al uso por una empresa de la posibilidad de contratar servicios con el organismo de gestión de trabajos penitenciarios, es verdad que “quienes contratan con dicho Organismo se ven beneficiados de menores costes que las empresas que realizan tales trabajos con mano de obra contratada con arreglo a la legislación laboral” pero ello no supone alteración de la igualdad puesto que la posibilidad de recurrir a este sistema lo tienen el “conjunto de las empresas del ramo”.

b) Existen, en otro orden de consideraciones, pronunciamientos judiciales vinculados a la desigual situación competitiva relacionada con la estructuración de la negociación colectiva. Cabe traer a colación de nuevo el problema de la apertura en festivo. En el primero de los asuntos referidos a este tema desde el punto de vista que aquí interesa, suscitado en 1987 ante el desaparecido Tribunal Central de Trabajo, se planteó el tratamiento desigual derivado de

la existencia de distintas reglas convencionales aplicables dentro de un mismo sector respecto a la apertura en domingos: el convenio provincial de sector era mucho más estricto que el que habían negociado algunas de las empresas afectadas por aquel aprovechando el período entre la pérdida de su vigencia y su renovación. La impugnación de aquel no prosperó ya que la afectación de las expectativas de las empresas sujetas al convenio sectorial, afirmó entonces el TCT, es “consecuencia de una distinta organización empresarial de otros competidores dentro del marco de la legalidad”. De igual modo, tampoco han prosperado otras impugnaciones del convenio de empresa basadas en su disconformidad respecto al sectorial siempre que aquel se haya negociado conforme a las reglas legales.

La idea fuerza que guía estos pronunciamientos es similar a la que se ha examinado en el apartado anterior. Es verdad que la ordenación de la negociación colectiva puede suponer que situaciones similares sean tratadas de forma diferente con la consiguiente aparición de costes diferentes entre las empresas afectadas. Pero no es menos cierto que tal situación no solo encuentra cobertura constitucional en el principio de autonomía colectiva (art. 37.1 CE) y legal en las normas estatutarias que disciplinan la estructura de la negociación y la concurrencia entre convenios (cfr. arts. 83 y 84 ET) sino también, y sobre todo, que está al alcance de forma igual para todas las empresas puesto que pueden ejercitar sus facultades negociables en sentido similar al de sus competidores. En esta línea la jurisprudencia comunitaria parece poner de relieve que otra solución se impondría si esta igualdad no se detectara.

Conviene notar, en fin, que problemas de este tipo pueden ir en aumento. Si ya se plantearon en la década de los 80, las nuevas orientaciones en materia de negociación colectiva introducidas a raíz de la gran reforma estatutaria de 1994 y en las que se ha insistido con posterioridad pueden incrementar su posible planteamiento. Los distintos fenómenos en que aquellas se concretan han de apuntar en esta línea. El retroceso del papel regulador

de la ley, la admisión de la llamada concurrencia convencional descentralizadora (cfr. art. 84. 2 ET) y, sobre todo, la dinamización de los acuerdos colectivos de empresa, en especial los que suponen el posible “descuelgue” (cfr. arts. 41.2 y 82.3 ET) abren muchas más posibilidades de que las empresas competidoras se encuentren sujetas a estatutos diferentes en puntos relevantes. La incidencia entre la creciente descentralización/“empresarialización” y la competencia desigual entre empresas es tan obvia que no requiere demostración. De hecho, en alguna sentencia de suplicación, relacionada con el juego del llamado “descuelgue” salarial, se encuentra expresa alusión a la misma: esta institución, que permite dejar de aplicar la tabla retributiva fijada a nivel sectorial, “no deja de ser una inaplicación de la eficacia general de los convenios colectivos a que se refiere el artículo 37.1 del texto constitucional (que) puede incluso incidir en terceras empresas ..., en cuanto que suponga una situación de competencia desigual entre ellas, atendiendo a un diferente coste laboral” (STSJ Castilla-La Mancha 28 de mayo de 2002). Con todo, la solución al problema se ha encontrado nuevamente en el ámbito de la legalidad laboral: si la condición laboral de que se trate se encuentra justificada en este terreno, es ocioso cualquier análisis desde el punto de vista de la competencia desleal puesto que, aparte de legítima, quedará al alcance de todas las empresas competidoras que se encuentren en análoga situación.

B) INCUMPLIMIENTO DE NORMAS LABORALES Y COMPETENCIA DESLEAL

Las facetas anteriores no agotan el problema. Cabe, de otro lado, plantearse la cuestión de las ventajas competitivas obtenidas de manera ilegítima por las empresas, a través del incumplimiento de las normas laborales o de seguridad social. En este sentido, las reglas en materia de competencia desleal establecen que los incumplimientos normativos pueden llegar a constituir, en ciertas condiciones, ilí-

bitos competenciales. De acuerdo con el art. 15 LCD, “se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes”, si bien “la ventaja ha de ser significativa”. Cabría en consecuencia considerar que, en los casos en los que un empresario infringe normas laborales y de Seguridad Social y, por tanto, puede producir con menores costos que sus competidores incurre en deslealtad con respecto de éstos que, en su caso, podrían iniciar las correspondientes acciones civiles a las que se refiere el art. 18 LCD. Es más, en ciertos casos la cuestión podría dar lugar a una conducta atentatoria de las reglas sobre defensa de la competencia y ser objeto de represión en vía administrativa puesto que, de acuerdo con el art. 3 LDC, “la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público”.

a) Lo cierto es, sin embargo, que la aplicación judicial —y administrativa— de estas reglas es sumamente limitada y, desde luego, no proclive a hacerles jugar el papel de apoyo a la efectividad de las normas laborales y de seguridad social que a buen seguro podrían tener si la interpretación fuera más generosa. Ello se explica en atención a diversos criterios interpretativos que dificultan su juego. De un lado, el art. 15.1 LCD se refiere a la “infracción de las leyes”, lo que permite dejar fuera de su ámbito de aplicación sin ulteriores consideraciones a las normas de rango inferior y, entre ellas, a los convenios colectivos. De otro lado, y sobre todo, los específicos elementos que configuran la infracción competencial del art. 15.1 LCD aparecen como un obstáculo que se salva difícilmente: no basta incumplir las normas, es preciso “prevalerse” del incumplimiento mediante la obtención de una ventaja competitiva que, además, ha de ser significativa. Y ello por lo que se refiere a la eventual intervención judicial... porque la administrativa viene todavía configurada de forma más res-

trictiva, al requerirse trascendencia suficiente de la deslealtad como para lesionar “el interés público”.

La redacción del art. 15.1 LCD conduce a la existencia de serias dificultades prácticas para poder obtener una condena del competidor que infringe la legalidad laboral —o de otros sectores como la fiscal—. Si atendemos a las últimas sentencias del TS sobre el particular, encontramos una taxativa doctrina que dificulta estas pretensiones: cuando funda su acción en el art. 15.1 LCD, “el denunciante... ha de demostrar además de la infracción de las Leyes, que el infractor ha obtenido la ventaja efectiva que le permite una mejor posición competitiva en el mercado, ya que la ventaja concurrencial (significativa) no se presume ni automáticamente se produce por el hecho de infringir las Leyes, lo que, de suyo, no reviste carácter desleal” (STS civil de 24 junio de 2005). En este contexto, no es de extrañar que los Tribunales civiles hayan rechazado acciones basadas en la LCD para conductas reputadas desleales por incluir el incumplimiento de normas laborales o de seguridad social. Y lo mismo cabe decir en los raros casos en los que este tema se ha planteado ante el TDC: dado que los márgenes en los que éste puede actuar en estos casos son todavía más estrechos, ha optado por rechazar su intervención reenviando a los órganos administrativos especializados en materia laboral y, en concreto, a la Inspección de Trabajo.

No se entiendan estas consideraciones como una crítica a la interpretación consolidada. Es muy probable que la misma sea correcta. Después de todo, el propio artículo 15 LCD diferencia claramente las infracciones de su apartado 1º de las que se tipifican en los otros dos números. Y no deja de llamar la atención que estas últimas sean mucho más sencillas y objetivas. De hecho, en el número 2 se alude a la “simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial”; y, adicionalmente, desde 2003 se ha objetivado un cierto tipo de incumplimiento laboral, el de la “legislación sobre extranjería”. Circunstancias todas ellas

que apuntan indudablemente en el sentido de que el tipo general del art. 15.1 LCD es algo distinto al mero incumplimiento de normas laborales...

b) Sin embargo, otra lectura es posible. Y en esta segunda lectura la competencia entre empresas es más limpia y las expectativas de los trabajadores quedan más a cubierto. Esto se advierte tanto en la interpretación que ocasionalmente hacen los tribunales civiles como en los criterios interpretativos que utilizan los del orden social.

Por lo que se refiere a los primeros, se encuentran también pronunciamientos discrepantes que salvan los obstáculos que la doctrina consolidada pone al juego del art. 15.1 LCD en el terreno. En concreto, existen también sentencias que admiten que la “infracción de las leyes” a que se refiere el art. 15.1 LCD equivale a infracción de normas y, por tanto, aparte las administrativas, incluye las contenidas en los convenios colectivos. Y, sobre todo, pronunciamientos que favorecen la posible aplicación del precepto, mediante el juego de presunciones (a “la explotación del negocio sin la licencia de espectáculos” cabe aparejar un “abaratamiento de los costes significativo” que indudablemente mejora la posición competitiva) y el consiguiente traslado de la carga de la prueba a la empresa demandada (“la dificultad de establecer la relación causal entre la infracción legal y la ventaja competitiva significativa obliga a atender a lo que ocurre en la generalidad de los casos, es decir, al principio de normalidad, correspondiendo al demandado acreditar que en su caso el abaratamiento de costes no ha obedecido a la infracción”).

Por su parte, los tribunales del orden social han emitido algunas sentencias en las que el criterio del tratamiento igual de los competidores aparece como argumento para resolver cuestiones jurídico-laborales respecto de empresas cuyo *modus operandi* en el mercado presenta legitimidad más que dudosa. Es el caso de las llamadas empresas “multiservicios”. Estas empresas, por más que la doctrina ha advertido respecto a la dudosa legalidad de su actuación en la medida en que vulneran la prohibición

de cesión de trabajadores del art. 43.1 ET, funcionan en el mercado de forma prácticamente libre y, lo que es peor, en una situación de práctica anomia puesto que su característica esencial —su funcionalidad “multiservicio”— les permite huir de la negociación sectorial. Pues bien, una forma de evitar este fenómeno ha sido encontrada precisamente en la obligación de que los competidores se sujeten al *fair play*, criterio que ha conducido en dos ocasiones al TSJ Castilla-La Mancha a considerar aplicable a estas empresas el convenio sectorial —u otro negociado fuera de su ámbito—.

6. ALGUNAS CONSIDERACIONES PARA LA REFLEXIÓN

Si hay que sacar algunas conclusiones de todo lo anterior que permitan guiar la reflexión sobre el tema que nos ocupa, éstas podrían ser las siguientes. En primer lugar, es claro que se detecta un rápido crecimiento de los conflictos entre disciplina del mercado y normas laborales. Y que el mismo se relaciona con una mayor exigencia de aquella respecto de éstas. Estos fenómenos son más evidentes en el ámbito comunitario, en el que llevan produciéndose más tiempo y, si se nos permite la expresión, de forma más espectacular —pues tal es el calificativo que merecen los planteamientos antisindicales y contrarios a la integridad de los convenios colectivos que se advierten en los recientes casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*—. Y no lo es tanto en el interno, al menos desde el punto de vista estrictamente cuantitativo —puesto que también consideramos espectacular imponer una multa a un sindicato por negociar un convenio colectivo, por más que su contenido pueda ser discutible—.

Esta idea apunta, en segundo lugar, a la posible apertura de una nueva fase de relaciones entre las normas de la competencia y el Derecho del Trabajo. El equilibrio tradicional entre aquellas y éste ha venido basándose en la primacía de las normas laborales, con la con-

siguiente exclusión de la competencia basada única o fundamentalmente en las políticas de personal. Sin embargo, los episodios sobre los que se ha pasado tan rápidamente en la exposición anterior apuntan a la creciente prevalencia de las exigencias de la libertad de actuación empresarial en el mercado. De este modo, las políticas de personal agresivas, basadas en el *dumping* social, se incorporan como un elemento esencial de la competencia en el mercado. Quiebra con ello el papel uniformizador de las normas laborales. Todo ello se advierte con nitidez en el ordenamiento comunitario: la tradicional existencia de dos niveles de desarrollo, uno más rápido, para aspectos económicos y otro, mucho más lento, para los vinculados a la ciudadanía política o social, da una clara prevalencia a aquellos. Y comienzan a verse también indicios de que a este resultado puede llegarse en el ámbito interno que, en estos temas, es tributario de aquél.

Es evidente, en tercer lugar, que el conflicto entre disciplina del mercado y normas laborales no es exclusivamente de carácter técnico sino que incorpora claros componentes políticos o ideológicos. Como se ha intentado mostrar al exponer los planteamientos interpretativos que vienen utilizando los operadores jurídicos al respecto, desde una perspectiva exclusivamente técnica buena parte de los problemas que han sido objeto de resolución administrativa o judicial admiten soluciones diferentes. Según la perspectiva en la que aquellos se sitúen y el punto de partida desde el que actúen, puede llegarse a destinos distintos: cuando razonamos desde las finalidades del ordenamiento jurídico-laboral y con arreglo a su peculiar sistema interpretativo, no alcanzamos las mismas conclusiones que cuando se sale del mercado y se aplica su específica metodología. Es preciso, sin embargo, recordar que por importante que sean el mercado y sus exigencias también lo son, y como mínimo al mismo nivel, las que derivan de la justicia social. Esto es muy claro en el ámbito interno como se desprende tanto de algunas cláusulas generales de la Constitución (cfr. art. 1.1 y 9.2 CE) como del profuso reconocimiento de los derechos colectivos e

individuales de los trabajadores. Y habría de serlo también en el comunitario: no se olvide, en este sentido, que las reacciones frente a la solución de los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* se han producido también entre las instituciones europeas y, muy señaladamente, en el Parlamento.

Estas ideas obligan, desde nuestro punto de vista, a ponerse en marcha para construir un claro ámbito de inmunidad del ordenamiento laboral, en su conjunto, y de los convenios colectivos, en particular, frente a agresiones injustificadas de la disciplina del mercado. Por supuesto, este espacio de inmunidad no podrá ser absoluto ni ilimitado. Pero sí que habría de suponer que los específicos intereses existentes

tras las normas laborales o las cláusulas convencionales son objeto de análisis a la luz de su finalidad histórica y de su tutela constitucional; y que sólo serán objeto de cuestionamiento cuando estos no les suministren cobertura suficiente para justificar el sacrificio del libre funcionamiento del mercado. Muy posiblemente esta idea tiene, en fin, específicas consecuencias en términos de órganos competentes para desarrollar este tipo de control: debe ser un control exclusivamente jurisdiccional, a desarrollar por los órganos del orden social como, por lo demás, acontece cuando las normas que entran en conflicto con los convenios colectivos son leyes distintas a las vinculadas a la defensa de la competencia.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

1. Introducción

En relación con la eclosión de la cuestión que nos ocupa, resulta significativo observar cómo, en el breve término de tres años, se han publicado tres obras extensas sobre el tema. Nos referimos a MARTÍNEZ FONS, D., *Libre competencia y derecho del trabajo*, Madrid (La Ley), 2006, DURÁN, F. y SÁEZ, C. (coor.), *Unidad de mercado y relaciones laborales*, XXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones laborales, Sevilla, 2007 y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., *Derecho del trabajo y legislación de defensa de la competencia*, Pamplona (Aranzadi), 2008.

2. Ordenamiento laboral y tutela de la competencia en el mercado

Para un análisis de la experiencia norteamericana véase GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “La interacción entre el derecho de trabajo y la defensa de la competencia: apuntes sobre la cuestión”, *Relaciones laborales*, 2006-II, pp. 373-407. Respecto a las experiencias comparadas europeas en relación con el tema que nos ocupa, es posible consultar el informe BRUUN, N., HELLSTEN, J., *Collectives agreements and Competition law in the EU, the report of the COLCOM-project*, Copenhagen (DJOE), 2001. Señalando el carácter “reversible” del derecho del trabajo véase LYON CAEN, G. “La infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence”, *Droit ouvrier*, septiembre 1992, p. 313-319 y LYON-CAEN, G., *Le droit du travail. Une technique réversible*, París (Daloz), 1995.

3. Libre prestación de servicios, libre competencia y normas laborales en el Derecho comunitario

Para un análisis de la relación entre la libertad económica y las normas laborales véase el número monográfico de *Relaciones Laborales*, 2008-II, sobre *Nuevas perspectivas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas*. En particular los artículos de SCIARRA, CARUSO, GUAMÁN y RODRÍGUEZ-PIÑERO.

Los episodios judiciales citados en el este epígrafe son:

Sobre convenios colectivos y normas de la competencia: SSTJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany, Brentjen's, Drijvende Bokken*, C-67/96, C-115/97 a C-117/97, C-219/97; STJCE de 12 de septiembre de 2000; STJCE de 21 de septiembre de 2000, *Van der Woude*, C-222/98.

Sobre la libre prestación de servicios y los desplazamientos temporales de trabajadores: STJCE de 11 de diciembre de 2007, *Viking Line*, C-438/05; STJCE de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/05; STJCE de 3 de abril de 2008, *Rüffert*, C-346/06. Sobre las reacciones frente a estos pronunciamientos, véase *Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 22 de octubre de 2008, sobre los retos para los convenios colectivos en la Unión Europea*.

4. Normas laborales y derecho de la competencia en el Ordenamiento laboral español

Para obtener detalles adicionales sobre los distintos temas que se exponen en el apartado 4, pueden consultarse las siguientes fuentes

4.1. La extensión del conflicto... Los episodios judiciales y administrativos citados en el este epígrafe son: *Farmacias militares*: STS de 15 de marzo de 1993 [rec. 1730/1991, (Tol 233118)].

Trabajo en festivos: Pronunciamientos judiciales contrarios a admitir la modificación sustancial pactada con los trabajadores a nivel de empresa (art. 41 ET en su versión original): STS cont. de 17 de abril de 1996 (rec. 1083/1993); STSJ La Rioja de 2 de septiembre de 1994 (rec. 122/1994). Impugnación de convenio colectivo basada en libertad de empresa: SSTSJ Castilla-León (Burgos) de 23 de noviembre de 2006 (rec. 912/2006) y de 8 de febrero de 2007 (rec. 1140/2006). Las primeras resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, referidos al sector de panadería, se refieren también a esta cuestión. Tal es probablemente el caso de la Res. TDC de 10 de marzo de 1993 (exp. A 42/93) y, sin duda, el de la Res. TDC de 16 de diciembre de 1996 (exp. 377/96).

Equiparación convencional de los salarios de trabajadores puestos a disposición por ETTs: SSTSJ Andalucía (Granada) de 10 de junio de 1999 (rec. 1387/1999), Com. Valenciana de 19 de enero de 1999 (rec. 3908/1998), 9 de febrero de 1999 (rec. 4337/1998) y 31 de octubre de 2000 (rec. 2769/2000) y Murcia de 28 de julio de 1999 (proc. 5/1999) y 5 de junio de 2000 (proc. 10/1998).

Restricción a la subcontratación: SAN de 7 de noviembre de 2001 (proc. 2/2001).

Fijación de precios de los servicios en los convenios: Res. TDC de 29 de enero de 2007 (exp. 607/2006) resuelve la cuestión planteada sobre el Convenio Colectivo de Empresas de Ayuda a Domicilio de la Comunidad Autónoma de Cantabria para los años 2004 y 2005. La existencia de procedimientos pendientes ante la Comisión de Defensa de la Competencia respecto a temas similares se advierte en el comunicado hecho público por ella misma (bajo el título *Comunicado sobre los expedientes S/0076/08 CCol del Sector de Contact Center y S/0077/08 CCol de las empresas de seguridad*) y que puede encontrarse en su web. Este mismo comunicado reenvía a otros procedimientos en sustanciación en los órganos autonómicos de defensa de la competencia, aunque en las respectivas web solo se ha localizado uno: el exp. DC-04/08, que se sustancia ante el TDC Castilla-León.

4.2. ... y las dudas respecto a su solución. En relación con la cuestión de las relaciones entre derecho de la competencia y acuerdos de interés profesional previstos en el Estatuto del Trabajo Autónomo, reenviamos a GOERLICH, J.M., “¿Un nuevo enfoque de las relaciones entre la contratación privada de servicios y el contrato de trabajo? A propósito del Estatuto del Trabajo Autónomo de 2007”, de próxima aparición en los estudios en homenaje a Rafael Ballarín.

5. El olvido del papel del ordenamiento laboral como garantía de la igualdad en el mercado

Los distintos episodios judiciales y administrativos a los que se hace referencia en el epígrafe son los siguientes:

Ventajas competitivas derivadas de la aplicación de normas laborales: Res. TDC 1 de diciembre de 1995 (Expte. r 134/95) y, sobre todo, 17 de diciembre de 1996 (Expte. R 176/96) relativa a la contratación con trabajos penitenciarios.

Tratamiento desigual vinculado a la estructura de la negociación: Trabajo en festivos: STCT 17 de marzo de 1987, Ar. 7080; STSJ Galicia de 18 de marzo de 2005 (rec. 765/2005). La sentencia comunitaria a la que se alude es STJCE de 24 de enero de 2003, *Portugaia*, C-164/99. En cuanto a los descuelgues, STSJ Castilla-La Mancha 28 de mayo de 2002 (rec. 662/2001).

Competencia desleal e incumplimiento de convenios: En contra de considerarlos incluidos en el ámbito del art. 15.1 LCD: SAP A Coruña de 25 de mayo de 2004 (rec. 1907/2003). A favor, SAP Tarragona 16 mayo 2006 (rec. 555/2005).

Contratación de perceptores de desempleo, sin darlos de alta en la Seguridad Social: SAP Madrid de 14 de diciembre de 2006 (rec. 365/2006).

Incumplimiento de las normas aplicables y competencia desleal: Organización espontánea de fiestas (cotillones fin de año) frente a las cargas legales existentes para las empresas hosteleras regulares: SAP Guipúzcoa 11 de mayo de 1998; incumplimiento de convenio en punto a salarios, jornada, etc.: SAP A Coruña de 25 de mayo de 2004 (rec. 1907/2003); incumplimiento de normas fiscales y de seguridad social: STS civ. de 24 junio de 2005 (*Tol 674252*). Véase, sin embargo, SAP Barcelona de 1 de septiembre de 1999 (rec. 846/1996), que presume la ventaja y asigna la carga probatoria a la empresa demandada cuando esta explota un espectáculo sin licencia, y con incumplimiento, entre otros, de las normas laborales y de Seguridad Social.

Incumplimiento de normas laborales e intervención de los órganos administrativos de defensa de la competencia: Res. TDC 16 abril 1998 (exp. r 288/98).

Empresas “multiservicios” y competencia desleal: Las sentencias a las que se alude en el texto son SSTSJ Castilla-La Mancha de 17 de octubre de 2005 (rec. 944/2005) y de 2 de octubre de 2006 (rec. 723/2005). Existen otras que siguen la misma solución (cfr. por ejemplo STSJ Madrid de 20 de octubre de 2008, rec. 2399/2008) que, sin embargo, no es unánime en la doctrina de duplicación. Véanse en este último sentido, por ejemplo, SSTSJ Cantabria de 22 de septiembre de 2008 (rec. 601/2008), Navarra de 19 de diciembre de 2007 (rec. 140/2007) o Castilla-León (Valladolid) de 2 de mayo de 2007 (rec. 450/2007).

Fecha de recepción: 30 de marzo de 2009

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2009



RESUMEN

La violencia de género ha sido durante muchos años un problema negado y ubicado dentro del ámbito privado y familiar. Asumida esta realidad por nuestros representantes, el paso siguiente ha sido adoptar las decisiones políticas necesarias para erradicar el problema así circunscrito con los instrumentos propios de una sociedad que se rige por los principios de libertad, justicia y seguridad. Fruto de ello es la aprobación de la LO 1/2004 de *Protección integral contra la Violencia de Género* y la LO 3/2007 de *Igualdad entre hombres y mujeres*, que han marcado un punto y aparte en lo que debe ser entendido como igualdad y género. Ambas son leyes sexo-específicas.

El presente trabajo se centra en la aplicación que se ha hecho de la LO 1/2004 y se pretende reflexionar sobre aquellos aspectos arrojados por la casuística judicial que impiden una aplicación segura y plena de esta norma, distorsiones derivadas de la anomia, desfase y contradicción entre el ordenamiento procesal penal existente, de origen decimonónico, y la moderna filosofía que imbuye la regulación a la que nos venimos refiriendo. En tal sentido se propone un correcto entendimiento del ordenamiento procesal desde la perspectiva que viene siendo impulsada por la ciencia de la victimología, y ello exige una revisión de determinados aspectos hoy mejorables fruto de la puesta en marcha de esta nueva normativa de género.

PALABRAS CLAVE

VIOLENCIA; GÉNERO

ABSTRACT

Gender violence has been a problem for many years refused and located within the private sphere and family. Once realized by our representatives, the next step was to take the political decisions necessary to eradicate the problem through the instruments of a society governed by the principles of freedom, justice and security. This is the result of the adoption of the LO 1 / 2004 of Integral Protection against Gender Violence and LO 3 / 2007 on equality between men and women who have marked a new understanding of both concepts, equality and gender. Both are treated in a gender-specific law.

The present work focuses on the application of the LO 1 / 2004 and aims to reflect on those aspects thrown by the court case that prevent a full and safe application of this rule, distortions resulting from anomie, and lag contradiction between the existing criminal procedural law, dated from nineteenth century, and the modern philosophy that imbues the regulation to which we come on. In that sense, I propose a correct understanding of the procedural law from the perspective that is being driven by the science of victimology, and this requires a revision of certain aspects related to the implementation of this new legislation on gender.

KEY WORDS

GENDER; VIOLENCE

ALGUNAS REFLEXIONES TRAS CUATRO AÑOS DE APLICACIÓN DE LA LO 1/2004 DE VIOLENCIA DE GÉNERO: PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

Elena Martínez García*

Profesora Titular de la Universidad de València

Sumario: 1. Estado de la cuestión: Sobre la visibilidad o asunción de la realidad por el legislador español. 2. El principio de igualdad como principio informador e interpretador de la LO 1/2004: el género como fundamento para su comprensión. 3. La ciencia de la victimología como clave para la interpretación de los procesos por violencia de género. 4. *De Lege ferenda*: algunas cuestiones procesales por resolver: A) El objeto de tutela por la Ley; B) Revisión de la adecuación de los juicios rápidos en los delitos de violencia contra la mujer; C) Las Unidades de Valoración Integral Forense; D) La mediación penal en violencia de género: Historia de una prohibición incompatible con los intereses de la víctima; E) Control de la aplicación efectiva de los protocolos existentes, supervisión de la coordinación de servicios y asunción de responsabilidades por anormal funcionamiento; F) La pena de alejamiento como pena aneja obligatoria. G) La ejecución penal: una asignatura pendiente; H) La problemática práctica existente entorno a la aplicación del derecho a no declarar *ex art.* 416 LECrim: a) Breve resumen del estado de la cuestión; b) El fundamento de la necesaria revisión del art.416 LECrim. 5. El cambio efectivo.

* Este artículo ha sido realizado en el marco del proyecto de I+D del Ministerio de Ciencia e Innovación SEJ2006-15544 “Prevención y Erradicación de la Violencia de Género. Un estudio transdisciplinar”.

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN: SOBRE LA VISIBILIDAD O ASUNCIÓN DE LA REALIDAD POR EL LEGISLADOR ESPAÑOL

La violencia de género ha sido durante muchos años un problema negado a la vez que ubicado dentro del ámbito privado y familiar. Por esta razón, esa violencia nunca ha sido un problema político; tampoco social y menos aun jurídico. La consecuencia inmediata ha sido la dificultad real de lograr una intervención pública, bien porque la víctima no denunciaba la agresión, bien porque, si se atrevía a hacerlo, la policía y/o los jueces tendían a minimizar el problema y, dada la escasa sensibilidad social existente ante este conflicto, incluso animaban a la agredida a regresar a casa con su verdugo. Asumida esta realidad por nuestra sociedad, el paso siguiente ha sido adoptar las decisiones políticas necesarias para erradicar el problema así circunscrito con los instrumentos propios de una sociedad que se rige por los principios de libertad, justicia y seguridad. En tal sentido, la decisión adoptada por el legislador ha sido clara y tendente a no tolerar ningún tipo de violencia hacia la mujer dentro del ámbito de las relaciones afectivas. La conciencia que de este problema tuvieron todos nuestros representantes parlamentarios ante la cruda realidad que muestran las estadísticas, terminó por imponer una voluntad unánime en el Parlamento y su fruto fue la LO 1/2004 de *Protección Integral de contra los Actos de Violencia de Género*. La sociedad española acaba de asistir al cuarto aniversario de la aprobación de dicha Ley que, junto a la LO 3/2007 de *Igualdad entre hombres y mujeres*, han marcado un punto y aparte en lo que debe ser entendido como igualdad y género.

En conclusión, la *Ley de Igualdad* y la *Ley de Violencia de Género* suponen, con toda seguridad, un punto de inflexión que hace imposible el retorno a esas épocas de silencio anteriores.

Pero ni las desigualdades de género, ni la situación de violencia contra la mujer enquistada en la sociedad, pueden erradicarse a golpe de B.O.E. Debemos propiciar un cambio social que lo haga posible y para ello las leyes han de ser una herramienta viva y eficaz en manos de los ciudadanos, de la sociedad civil y de las instituciones y todos y cada uno de los componentes de la sociedad, debemos corresponsabilizarnos en la pretendida transformación de los valores y actitudes que estas leyes diseñan para nuestra ciudadanía.

En el presente trabajo pretendemos reflexionar sobre aquellos aspectos arrojados por la casuística judicial que impiden una aplicación segura y plena de determinados aspectos de la tutela impartida por los Jueces en violencia de género; distorsiones éstas derivadas de la anomia, desfase y contradicción entre el ordenamiento procesal penal existente y la moderna filosofía que imbuye la regulación a la que nos venimos refiriendo. Ejemplo de lo que decimos será el creciente protagonismo que la víctima tiene en el proceso penal, la progresiva confianza en el Juez especializado para repensar las posibilidades de la mediación cuando éste aprecie determinadas circunstancias, la no imposición del alejamiento si se estimara adecuado ante supuestos de violencia incipiente y así lo quisiera la víctima; finalmente, en esta misma línea, la necesidad de reformar la Ley procesal en aspectos tales como la exención de la obligación de declarar contra el cónyuge agresor, la adecuación de los juicios rápidos para este tipo de delitos y faltas, etc. En última instancia, les corresponde a los órganos jurisdiccionales interpretar esta parte del ordenamiento jurídico y sus posibles disfunciones, siempre conforme a la Constitución y los principios informadores de ésta y, en tal sentido, el principio de igualdad del art. 14 CE dentro de las relaciones de afectividad debe estar presente al suplir todas y cada una de las lagunas y al ejercer esa parte de creación judicial que les corresponde.

2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO PRINCIPIO INFORMADOR E INTERPRETADOR DE LA LO 1/2004: EL GÉNERO COMO FUNDAMENTO PARA SU COMPRENSIÓN

Para entender la acción llevada a cabo por el legislador en el marco de la LO 1/2004, es necesario hablar del principio de igualdad entre el hombre y la mujer dentro de las relaciones de afectividad.

Cuesta reconocer que desde que se promulgó la Constitución española de 1978, donde se sitúa al principio de igualdad como piedra angular de la misma, este mandato a los poderes públicos todavía no se ha hecho una realidad en materia de género, entre el hombre y la mujer, en casi ninguno de los ámbitos en los que estos interactúan y tampoco en el de las relaciones de afectividad.

El artículo 14 consagra ese derecho desde una doble perspectiva. En primer lugar, se refiere a la *igualdad formal*, que impone la prohibición de toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Pero este mandato es doble. Por un lado, exige la *igualdad de trato*; esto es, a no ser tratado jurídicamente de manera diferente a quienes se encuentren en la misma situación. Es decir, ante supuestos de hecho iguales han de ser aplicadas consecuencias jurídicas también iguales y cualquier desigualdad debe ser razonable y proporcionada (STC 229/1992)¹. Pero por otro lado, también impone la *prohibición de discriminación, de modo que se prohíbe que este trato desigual sea motivado por razones especialmente odiosas y rechazables, “que afectan a colectividades concretas”, que históricamente han estado en clara desventaja por poseer uno de los rasgos a los que expresamente se refiere el precepto (art. 10 CE).*

En segundo lugar, y con el fin de alcanzar la igualdad, la prohibición de la discriminación tiene un alcance *material* en el artículo 14 en

relación con el art. 9.2 CE, como mandato dirigido a los poderes públicos en orden a la remoción de todos aquellos obstáculos que impidan su efectiva realización². Ello implica una obligación para los poderes públicos de generar las condiciones necesarias para asegurar la igualdad efectiva. Y es aquí cuando se permite la discriminación positiva para lograr tal fin. En este sentido, afirma el Tribunal Constitucional: “La incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que encierra el art. 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida —antes al contrario— la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos históricamente preteridos y marginados” (STC 216/1991)³. Se trata, pues, de lo que el Tribunal Constitucional ha denominado *el “derecho desigual igualatorio”*; esto es, la desigual situación de partida de un determinado colectivo requiere la adopción de medidas que tiendan a reequilibrar dichas situaciones con el objetivo de igualarlas de modo real y efectivo. De lo contrario se produciría la *“discriminación por indiferenciación”*, es decir, la provocada por el hecho de tratar de modo igual situaciones disímiles⁴.

La Ley Orgánica 1/2004 parece haber asumido esta diferenciación de trato a lo largo de su articulado. Una de ellas —y la única controvertida— incide sobre el ordenamiento penal. A ella se refiere el pronunciamiento del Tribunal Constitucional 59/2008 que ha declarado expresamente la constitucionalidad del art. 153.1 CP. Pero no se trata de un supuesto de discriminación positiva ni de medida de acción de esta índole, sino simplemente de “una legislación sexualmente diferenciada, que es razonable porque obedece a la selección constitucionalmente legítima, al amparo del art. 9.2 CE, de bienes jurídicos y finalidades constitucionalmente legítimas distintos a los protegidos por las normas generales del Código penal sobre malos tratos, lesiones, coacciones o amenazas⁵. O, en otros términos, se trata de una ley sexo-específica⁶.

En este sentido, entender la posición del Alto tribunal, supone partir de los siguientes aspectos⁷:

a) La desigualdad de género en las relaciones de afectividad que generan violencia y sometimiento constituyen el plus de protección dispensado por el legislador en estos tipos penales. Se trata del principio de igualdad entre el hombre y la mujer del artículo 14 CE.

b) El género (y la vulnerabilidad en que se encuentran estas personas frente a la violencia en el ámbito de la pareja) es el fundamento de la diferencia de penalidad, pero el sexo es el elemento diferenciador en la norma. Por esta razón, la agravación de las penas al maltratador la ha generalizado el legislador para todos los casos que afecten a los sujetos pasivos que sufran dicha violencia dentro enclave de la relación afectiva, tanto para la mujer como para las personas especialmente vulnerables (hijos, ancianos, etc), siempre y cuando preceda acto de violencia de género contra la mujer pareja o expareja del agresor.

c) Esta agravación no es algo ajeno a nuestra tradición jurídica. Cuando el código penal castiga al sujeto activo (empresario) que emplee sin contrato a españoles y a extranjeros y le impone mayor reproche si el empleado es extranjero que si es nacional, lo hace porque se encuentra en mayores condiciones de vulnerabilidad y la especial situación de debilidad son diferentes en uno y otro caso (arts. 311 y 312 CP).

d) No se quiebra el principio de proporcionalidad, dado que no se priva al Juez de la posibilidad de realizar un juicio de ponderación dentro de la aplicación del Derecho penal, en las condiciones definidas por el legislador y acordes al art. 9.2 CE para perseguir las finalidades constitucionalmente legítimas (principio de igualdad entre el hombre y la mujer y la especial vulnerabilidad de ésta frente a la violencia de su pareja).

e) El art. 153.1 CP (así como los arts. 148.4, 172.2, 171.4,5 y 6 CP) se trata de una norma sexo-específica que se dirige directamente a romper con la subordinación generada en el

ámbito de la pareja y a restablecer la igualdad de género.

A pesar del pronunciamiento del Alto Tribunal, sigue habiendo un rechazo visceral desde algunos miembros de la judicatura. Parece que las resistencias sutiles que rodean a estos temas de género plasmados en la Ley no han tardado en manifestarse dentro del ámbito judicial⁸.

3. LA CIENCIA DE LA VICTIMOLOGÍA COMO CLAVE PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS PROCESOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO

La presente Ley 1/2004 —en sus aspectos procesales— viene fuertemente marcada por las tendencias de la ciencia de la victimología. Hasta ahora el proceso penal se ocupaba poco o casi nada de las víctimas, algo comprensible en la visión del legislador liberal decimonónico. La concepción de este instrumento del Estado parte de una finalidad única: reestablecer el orden público quebrantado y sobre éste la víctima no tiene derecho alguno. Siendo esto así, a ésta le corresponde simplemente el derecho a ser parte en el proceso que se llevará a cabo y a ejercitar los actos procesales sucesivos hasta llegar a una sentencia —en su caso—, que sólo será condenatoria, cuando se llegue a alzar la presunción de inocencia que todo ciudadano posee. En conclusión, la parte tradicionalmente “débil” del proceso es el imputado, pues se encuentra solo y asistido por su letrado frente a la policía y la administración de justicia.

Esta somera explicación sirve como base para anticipar que las cosas están cambiando⁹. La ciencia de la victimología lleva años estudiando todo lo atinente a la figura de la víctima e intentando cohonstar en el proceso penal los intereses de éstas, de los infractores y de la sociedad en general¹⁰. Si al ciudadano que es víctima se le prohíbe la autotutela y se le otorga el derecho a la tutela judicial efectiva,

el Estado de derecho debe garantizarle la restauración en sus derechos e intereses legítimos, como parte necesaria del restablecimiento del orden público al que se deben los órganos jurisdiccionales del Estado y siempre respetando la garantía de los derechos del imputado así como de su reinserción. Así se entendió en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea el 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal¹¹.

La presente Decisión diseña cinco frentes de tutela para las víctimas dentro de este proceso: *Información, participación, asistencia, protección y reparación*. Sin ánimo de entrar en su análisis, sí debemos adelantar que la LO 1/2004 hace una reproducción fiel de estos contenidos y representa, por tanto, un claro punto de inflexión en la política criminal desarrollada hasta ahora, admitiendo estas nuevas tendencias de derecho de las víctimas y justicia restauradora¹². Se trata de un paso más en el pretendido cambio en la cultura jurídica del proceso penal cuyo objetivo “no es excluir a quien ya está (...), sino en incluir a quien no está, debiendo estarlo”¹³. El único aspecto en el que nuestro legislador no ha seguido la presente tendencia ha sido al imponer la prohibición de la mediación penal en este tipo de procesos (art. 87 ter pfo.5 LOPJ)¹⁴.

Más allá de las ayudas económicas y sociales que tiene asignadas esta víctima¹⁵, también tiene derecho a percibir, por un lado, una indemnización por la responsabilidad civil derivada del delito, incluso aunque no haya querido ser parte en el proceso; pero, por otro lado, tiene derecho a no sufrir daños colaterales fruto de una victimización secundaria innecesaria provocada por el propio sistema policial y judicial¹⁶. Además, qué duda cabe que el aumento de las denuncias de estos actos que, hasta ahora, permanecían en el ámbito de lo privado ha sido un logro político, pero también es verdad que el hecho de denunciar puede llegar a provocar un aumento potencial del riesgo de la víctima prolongado en el tiempo hasta que se obtenga sentencia firme. Ello debe exigir al legislador un esfuerzo por crear los mecanismos necesarios para lograr una efectiva protección

de la víctima frente al agresor¹⁷. Si el sistema de protección que otorga el Estado es inseguro e insuficiente, debe dar lugar a la responsabilidad de éste por el anormal funcionamiento de sus servicios (art. 106.2 y 121 CE).

Pero junto a esta reparación económica y, dado que el daño ha tenido un alcance pluri-dimensional, se puede hablar —siguiendo con los parámetros aludidos al dar tratamiento a la justicia restauradora *supra*— de una reparación que satisfaga a la víctima en sus derechos e intereses dañados, aunque sea de forma indirecta. Con ello, queremos abogar por una puesta en marcha de un plan realista de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 49 CP), que transmita a la sociedad en general y a la víctima en particular un esfuerzo personal reparador, a la vez que una reintegración corresponsable (sociedad-agresor) del agresor en la sociedad¹⁸.

4. DE LEGE FERENDA: ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS POR RESOLVER

La puesta en marcha del Título V relativo a la tutela judicial de la violencia de género ha mostrado la adecuación de las novedades introducidas por el legislador, pero también la necesidad de ajustar determinados aspectos procesales que, necesariamente, pase por la reforma de la LECrim y del Código penal. Procedemos a exponer algunos de ellos.

A) EL OBJETO DE TUTELA POR LA LEY

Admitida la madurez de nuestra sociedad y nuestros órganos jurisdiccionales para aplicar estas normas que incluyen una perspectiva de género, tal vez sea el momento de replantearse la introducción progresiva de nuevas competencias en la materia para ser enjuiciadas a través de estos órganos especializados. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en un futuro deberán conocer de todos los asuntos delictivos

vos, cuyo origen se encuentre en las relaciones de poder y de fuerza dirigidas del hombre contra la mujer, dentro y fuera de las relaciones de afectividad. Haría falta un estudio estadístico que arrojará si nos encontramos ante cifras de suficiente interés político criminal para llevar a cabo dicha ampliación objetiva. Dentro de esta línea son varios las situaciones a tener en cuenta.

Tras la promulgación de la Ley, no han faltado casos de violencia dentro de las relaciones de afectividad presentes o pasadas entre parejas de gays, lesbianas y transexuales. Hay que afirmar que en el supuesto de que un miembro de la pareja sea transexual, conforme a la Circular 4/05 y a diferencia del supuesto anterior, sí viene reconociéndose por la jurisprudencia la aplicación la Ley Orgánica 1/2004 (Auto de la Sección 4ª AP de Tarragona de 12 de febrero de 2008). Esta resolución se inclina por atribuir la competencia al Juzgado de Violencia sobre la Mujer en aquellos casos en los que la víctima se ha sometido a una operación de cambio de sexo e incluso aun cuando no conste todavía inscrito como mujer en el Registro Civil (decisión, en absoluto, unánime, en la práctica judicial).

En segundo lugar, la violencia objeto de erradicación por esta Ley es la que se basa en la existencia de una relación de afectividad (matrimonio, parejas de hecho y noviazgos), como condición *sine qua* no se aplicará estas especialidades procedimentales¹⁹. Para que quede clara la existencia de una relación de afectividad debe indagarse en este sentido durante la fase de instrucción y su prueba debe corresponder al juicio contradictorio propio de la fase del juicio oral (Sentencia nº 55/08 de la Sección 1ª AP de Valencia de 27 de febrero de 2008). Sin embargo, puede haber casos en los que quede enteramente acreditada *ab initio* —incluso admitiendo la práctica de una prueba en esta fase de instrucción— la inexistencia de esa relación, debiéndose, en consecuencia, inhibir el Juzgado de Violencia sobre la Mu-

jer. Para que llegue a practicarse esta prueba el Juez de Violencia tiene que tener una duda muy razonable sobre la real existencia del presupuesto objetivo básico aludido, a partir de las alegaciones de las partes o testigos pues, de otra forma, no puede anteponer a esta fase lo que debe ser objeto de debate contradictorio en juicio oral.

En estos casos, atendidas las circunstancias específicas del supuesto, consideramos que la carga de la prueba de esta relación sigue sin corresponder al acusado sino a las partes acusadoras. Sin embargo, puede llegar a ser comprensible en determinados casos, la aplicación del *principio de facilidad probatoria* a este acusado, si en su alcance está la prueba de la inexistencia de relación de afectividad. En este mismo sentido, se ha generado numerosa jurisprudencia relacionada en torno a la prueba del ánimo de “sometimiento y discriminación” que presupone el art. 1 LO 1/2004²⁰. Inadmitida su competencia objetiva, debe darse una inhibición al Juzgado de Instrucción que corresponda (Sentencia AP Girona de 11 de febrero de 2.005 y Sentencia de la AP Córdoba, Sección 1ª, núm. 59/2004, de 9 de febrero), con las consecuencias de índole penal correspondientes (arts. 153 CP *versus* 617 CP).

Por último, el ámbito objetivo del art. 87 *ter* se ha manifestado un tanto difuso. El legislador quiso plasmar una cláusula genérica o residual para introducir por esta vía cualquier otro delito cometido con violencia e intimidación dentro del ámbito subjetivo tipificado como delito de violencia de género²¹. Pero la situación resultante sigue siendo un tanto imprecisa. Así lo reconoce la Circular de la Fiscalía 4/2005. A título de ejemplo, no parece claro que sean competencia objetiva de estos juzgados especializados materias claramente incardinables como actos de violencia por razón del género y que se podrían dar dentro del ámbito afectivo de la pareja, tales como, el homicidio, aborto o las lesiones de naturaleza imprudentes (arts. 142, 146, 152 y 158 del CP).

B) REVISIÓN DE LA ADECUACIÓN DE LOS JUICIOS RÁPIDOS EN ESTOS DELITOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

El enjuiciamiento rápido, como su propio nombre indica, es un juicio acelerado, en el que se puede proceder así porque, dada su sencillez instructora y/o su flagrancia, la localización del imputado y la menor gravedad de los hechos (penalidades de hasta cinco años). En principio, parece que el perfil del conflicto en violencia de género podría incardinarse dentro de estas características. Sin embargo, la realidad de este tipo de violencia suele ser doble. Por un lado, encontramos supuestos en los que la víctima afortunadamente posee un bajo nivel de tolerancia a la agresión y denunciaría ante un primer episodio de ésta. Desafortunadamente no suele ser así y la mujer que denuncia carga con un gran historial de amenazas y agresiones físicas y verbales. Esa segunda opción parece no adecuarse bien con la tipología procesal del enjuiciamiento rápido²².

En la práctica, este juicio acelerado o rápido suele versar sobre el último episodio de violencia que lleva a la denuncia, pero no se transforma habitualmente el procedimiento en diligencias previas destinadas a averiguar qué hay detrás de esa primera denuncia, según obliga al Juez el art. 798 LECrim. Simplemente se enjuician rápidamente esos hechos y, a lo sumo, el Juez deducirá testimonio para la investigación de ese presunto delito de malos tratos habituales, pero poco más. Esta práctica, además, puede arrojar un doble perjuicio de orden procesal tanto para la víctima como para el imputado. Desde la perspectiva de la víctima, la diversificación de procesos redundará negativamente en una doble victimización, en posibles sentencias contradictorias, incremento del riesgo, etc. Por lo que se refiere al imputado, la duplicidad de procesos —cuando el delito de violencia habitual ya goza de una penalidad cualificada— puede conllevar dos sentencias, una posible condena por enjuiciamiento rápido y una segunda sentencia futura que, de ser condenatoria, deberá partir de la existencia de unos antecedentes penales. Ello

trae consigo otra consecuencia penal, como es la imposibilidad de acogerse al beneficio de suspensión de la condena.

C) LAS UNIDADES DE VALORACIÓN INTEGRAL FORENSE

Una de las bondades de la Ley ha sido la de asumir y entender este conflicto desde una perspectiva multidisciplinar, de forma conectada entre sus diferentes aristas y perspectivas destinadas a la prevención y erradicación. Y hemos dicho que pretender acabar esta forma de violencia sin transformar hábitos, valores, etc. es imposible. Dentro de esta línea el legislador previó la creación de las Unidades de Valoración Integral Forense en y por las diferentes Comunidades Autónomas²³.

Estas unidades se encuentran adscritas al Instituto de Medicina Forense y tienen la siguiente composición: Un/a médico forense, un/a psicólogo/a y un/a trabajador/a social. La citada composición pretende abarcar el conflicto de forma plural y compleja, a imagen y semejanza de este tipo de violencia. Su función es realizar los informes sobre los que el órgano jurisdiccional va a decidir, abarcando un estudio tanto de la víctima como del agresor e hijos, en su caso. Dicho estudio se entrega al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, de modo que las medidas civiles que dicte un Juzgado de Familia debieran basarse también en dicho informe y que no fueran competencia de un equipo psicosocial diferente. Una finalidad no prevista pero evidentemente de utilidad práctica sería extender las posibilidades que ofrecen dichas Unidades a la actuación preventiva de la policía, que debe evaluar riesgos objetivos. La valoración integral debe hacerse sobre los siguientes ejes a tenor del citado Informe:

– Valoración del resultado de las agresiones puntuales y de las consecuencias de la exposición prolongada a la violencia que ejerce el agresor como mecanismo de control de la mujer en el seno de la relación de pareja.

– Valoración de la agresión y la violencia en el plano físico y psíquico, y sus repercusiones en el ámbito social de la pareja.

– Estudio de la mujer y menores víctimas de la Violencia de Género, y del agresor en cada uno de los casos para poder integrar todos los elementos y circunstancias de la violencia, y alcanzar de este modo una imagen global de la situación denunciada.

– En el caso del estudio sobre el agresor, debe incluirse de manera sistemática una valoración del riesgo o peligrosidad que presente en los momentos del estudio.

Allí donde se han desarrollado dicha Unidades, como por ejemplo, Comunidad de Andalucía, la práctica impone que sólo actúen en el ámbito de las Diligencias previas, proceso ordinario o tribunal del jurado pero nunca en juicios rápidos ni juicios de faltas, dada su inminencia y celeridad. Tampoco hace seguimiento de penas ni funciones coordinadoras entre el centro penitenciario, Policía, Juzgado y víctima. Además tampoco se han creado en funciones de Guardia. Sin embargo, en mi opinión sería conveniente su creación por varios motivos:

A) En la práctica tanto Policía como Juzgados (en funciones de guardia o en horas de audiencia) se encuentran a menudo en situaciones en las que deben decidir sobre una orden de protección y una medida cautelar penal y el hecho de no contar con apoyo psicosocial alguno dificulta que su labor se realice en condiciones de garantizar una mayor seguridad jurídica²⁴. Aquellos Juzgados de partidos ubicados fuera de la capital podrían valerse de un equipo itinerante hasta que se produzca la llamada “comarcalización” o “agrupación de territorios” que se pretende llevar a cabo fuera de las capitales de provincia²⁵.

B) La existencia del presente servicio contribuiría a que también en caso de juicio rápido el Juzgado tuviera posibilidad de recurrir al mismo en caso de duda.

C) En tercer lugar, esta asistencia especializada contribuiría, respecto de la víctima, a que su declaración pudiera tener mayor consistencia y que el miedo no le hiciera retractarse y, respecto del agresor, a ser consciente de la necesidad de recibir una terapia adecuada y a

ser derivado de forma inmediata para recibir ayuda.

Por último, estas Unidades podrían realizar las funciones de mediación penal de las que se habla a continuación.

D) LA MEDIACIÓN PENAL EN VIOLENCIA DE GÉNERO: HISTORIA DE UNA PROHIBICIÓN INCOMPATIBLE CON LOS INTERESES DE LA VÍCTIMA

La mediación como fórmula de resolución de conflictos no sólo generados en el ámbito civil sino también el penal, nos llega desde el ámbito europeo a través de la Decisión Marco de la Unión Europea 2001/220/JAI por la que se aprueba el Estatuto de la víctima en el proceso penal, en la línea con lo dicho *supra*.

Para entender la prohibición de mediación penal del art. 87 *ter* pfo.5 para los conflictos de violencia de género, en mi opinión, debe partirse de la aparente desconfianza de nuestros representantes parlamentarios hacia los aplicadores de la norma que estaba diseñándose en el Parlamento. Se debió pensar que admitir la mediación penal sería tanto como posibilitar al juez a que obviara o restara importancia al hecho delictivo, tal y como venía desde antaño siendo frecuente, sobrevalorando el ámbito de la privacidad familiar en detrimento de la dignidad e integridad física y moral de la persona y el principio de igualdad entre el hombre y la mujer en la pareja (*vid.* nota 14).

Excede del objeto del presente trabajo profundizar en las aristas y pormenores que presenta la mediación penal con carácter general, pero sí quisiera hacer mención de ciertos aspectos que fundamentan la necesidad de que el legislador modifique la prohibición del aludido precepto legal²⁶.

Entender la violencia de género supone partir de una base no siempre comprensible como es, en primer lugar, la de dar voz a la víctima en el proceso llegando a comprender y respetar sus intereses en cuanto sean coherentes con el orden público; en segundo lugar, dentro

de la rehabilitación del condenado agresor está la necesidad de que se corresponsabilice de lo realizado y repare el daño y ello exige darle esa oportunidad de ofrecer algo a la víctima y que ella lo admita o no como reparación. De esta forma, el compromiso o acuerdo al que se llega no es una pena independiente o ajena al bien jurídico dañado, sino que tiende directamente a restablecerlo. Para entenderlo, pensemos que en una pareja en la que se quiebra la igualdad en los términos que ocurre en la violencia de género, la víctima pretende —en numerosas ocasiones— acabar con el desequilibrio pero no perder el ámbito afectivo que le une a la pareja. Y esta doble pretensión es incompatible con el sistema punitivo y procesal actual y ello por las razones dadas *supra* sobre el diseño decimonónico de nuestro proceso penal.

La mediación es un medio de resolución de conflictos de naturaleza autocompositiva, es decir, a través de un tercero que se sitúa *intra partes* y que, en ningún caso, es la persona que adopta la decisión aplicable al conflicto sino que aproxima posturas, las limpia de acritud y permite que ellos mismos lleguen a proponer la solución que es adecuada para ambos. El hecho de llegar por ellos mismos a decidir lo que les sería satisfactorio, hace que se corresponsabilicen en su cumplimiento. La mediación exige equilibrio entre las partes, seguras de querer solucionar un conflicto y conscientes de que en esa toma de decisión ambas tienen algo que ganar y que perder. Precisamente esta idea de “equilibrio *inter partes*” es lo que más dificulta la admisión de la presente fórmula en los casos de violencia de género; de ahí, que no se pueda admitir de forma generalizada.

Los conflictos en violencia de género sólo deben ser mediables según las características del mismo y el estadio o grado de violencia impuesto por el hombre hacia su pareja. No es lo mismo una primera amenaza o zarandeo que una situación de violencia habitual. En el primer caso, roto el principio de igualdad, la mujer víctima reacciona solicitando a la Justicia la tutela de sus derechos, *dado que el principio de igualdad lo tiene dicha mujer interiorizado* y por esta razón acude inmediatamente ante los Tri-

bunales. En el segundo supuesto, dicho principio constitucional ha sido minado durante ese periodo donde la violencia se ha convertido en habitual y cuando la mujer acude a la Justicia el desequilibrio preexistente entre las partes no permite negociar o transaccionar; por eso el orden público pasa a ocupar un primer plano y no puede dejarse en suspenso, atenuarse o negociarse la ejecución de una pena. Por esta razón, en el proceso penal con carácter general las faltas son ampliamente admitidas por la doctrina y jurisprudencia como objeto de mediación pero no los delitos. No queremos con ello decir, que esas acciones —hoy constitutivas de delito y antes falta— son exclusivamente las que deben ser susceptibles de mediación penal, porque afirmar esto sería tanto como decir que la reforma penal realizada por la LO 1/2004 tan profundamente debatida, carece de sentido. No lo creemos. Nos parece acertada —y constitucional— la agravación y en esa misma línea de cambio —propiciado por el valor pleno que el legislador le da al principio de igualdad en función del género/sexo dentro de las relaciones de afectividad—, la víctima debe poder ser oída por el sistema procesal penal, ante determinados supuestos de violencia menos grave. Nuevamente las variables igualdad/género deben ser introducidas como claves para interpretar el sistema procesal (al igual que acontece en el art. 416 LECrim).

E) CONTROL DE LA APLICACIÓN EFECTIVA DE LOS PROTOCOLOS EXISTENTES, SUPERVISIÓN DE LA COORDINACIÓN DE SERVICIOS Y ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDADES POR ANORMAL FUNCIONAMIENTO

La protección de la mujer maltratada conlleva la intervención en este conflicto de una pluralidad de profesionales, según hemos visto *supra*. Fruto de la complejidad propia de dicha intervención pueden llegar a darse espacios de incomunicación entre las personas y las instituciones que traigan como consecuencia el fallecimiento o agresión de una mujer,

goce o no de un estatus de protección especial, a saber, la orden. Es decir, podría darse este error por falta de coordinación, por ejemplo, entre la Policía Local y el órgano jurisdiccional o los propios representantes de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado; pero también puede haberse denegado injustificada e inmotivadamente una orden de protección²⁷. En puridad, se trata de casos distintos. En el primer supuesto nos encontraríamos ante un caso de responsabilidad patrimonial por el anormal funcionamiento de los servicios públicos²⁸. En el segundo supuesto se trataría de una responsabilidad patrimonial por el Estado-Juez²⁹, dentro de su ejercicio jurisdiccional y, por tanto, responden a fundamentos y premisas muy diferentes³⁰. Cuestión distinta —en muchos casos— será deslindar cuándo se trata de la responsabilidad de la administración ex art. 109 y cuándo del estado-Juez (art. 292).

Para evitar una descoordinación entre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y otros servicios (órganos jurisdiccionales, servicios sociales, centros sanitarios, centro penitenciario, etc.) se han establecido los aludidos “protocolos de actuación”, tendentes a lograr una respuesta coordinada y eficaz frente a una situación de violencia de género. Dichos protocolos establecen niveles de diligencia exigibles en entre las instituciones vinculadas por los mismos y, por tanto, si fallan debe responder la *Administración-Juez por anormal funcionamiento*. El Tribunal Supremo viene estableciendo en su jurisprudencia que el valor de dichos protocolos o *lex artis* es una realidad, en cuanto provocan confianza desde y en la actuación de los servicios, lo que indudablemente podría entenderse como una cobertura legal para entender y/o valorar si ha existido negligencia y daño³¹.

El concepto de funcionamiento anormal viene entendido por doctrina y jurisprudencia como un concepto jurídico indeterminado que trae al Derecho Administrativo conceptos propios del derecho común tales como el estándar de diligencia media del buen padre de familia³². No se trata de un funcionamiento erróneo de la Administración de Justicia, pero

sí de un *funcionamiento deficiente* que pudiera producir daños al ciudadano³³. Surge aquí un primer interrogante al no existir una delimitación clara sobre qué es y no es Administración de Justicia y administración de la Administración de Justicia³⁴, algo importante dada la plural intervención del órgano jurisdiccional, Ministerio Fiscal, auxiliares, Policía Judicial y médicos forenses en una breve secuencia de actos.

Sin ánimo de ir más allá, dado que no puede ser el objeto de este trabajo, simplemente traer a colación los casos de imposibilidad de dictar una orden de protección por inasistencia del Ministerio Fiscal a la audiencia obligatoria del art. 544 *ter*, o la separación por el Juez en la apreciación de riesgo evaluado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad según dispone la Instrucción 10/2007 y 14/2007 con una motivación deficiente y con un resultado lesivo para la víctima o el olvido o retraso en el registro de la orden por parte del secretario judicial con la posible falta de cobertura protectora para la mujer que sufre el daño³⁵.

En este orden de cosas, es imprescindible que se acabe de desarrollar y poner en funcionamiento las Juntas Locales de Seguridad para que se concreten las funciones de la policía judicial en los municipios, se integren en el Sistema Estatal de Bases de Datos y, en definitiva, que se explicita el grado de vinculación que deben ofrecer los Ayuntamientos para sus policías³⁶.

F) LA PENA DE ALEJAMIENTO COMO PENA ANEJA OBLIGATORIA

Al hilo de todo lo dicho, consideramos que otro de los aspectos que indudablemente va a tener que modificar el legislador, es el relativo a la obligatoriedad derivada del art. 57.2 CP, cuando impone al Juez la necesidad de adoptar pena de alejamiento respecto de la víctima en la sentencia por aplicación de lo dispuesto en el art. 48.2 del CP. No tiene sentido privar al Juez de la potestad de modular proporcionalmente la existencia de riesgos y la penalidad

derivada de una condena. El resultado de la aplicación de esta norma es la frecuente comisión del delito de quebrantamiento consentido de la pena (art. 468 CP).

La suspensión de la pena de alejamiento, en la práctica, se suele conceder por los Juzgados de ejecutorias cuando se solicita con la petición de indulto³⁷. El indulto se tramita ante el Juzgado de lo Penal encargado de la ejecución de la Sentencia, aun cuando ésta hubiera sido dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer en los casos de conformidad³⁸. La práctica demuestra que la totalidad de los indultos resultan denegados, lo que lleva a revocarse la suspensión de la pena de alejamiento y la reactivación de la ejecución de la misma.

G) LA EJECUCIÓN PENAL: UNA ASIGNATURA PENDIENTE

En la misma línea de lo que acabamos de decir, el legislador debe revisar la forma de proceder de la ejecución de sentencias en violencia de género. Tanto en los medios de comunicación como en las estadísticas del Consejo General del Poder Judicial se viene constatando en estos últimos tiempos la difícil situación por la que atraviesa el proceso de ejecución de sentencias penales en general y de sentencias penales en violencia de género, en particular. Los datos estadísticos indican que la pena que se les impuso a estos individuos no alcanzó su fin de prevención especial³⁹.

Nos encontramos ante un tema que debe ser profundamente desarrollado en un futuro próximo y que supone una puesta en común de medios, personas y coordinación para los Juzgados de lo Penal, Juzgados de ejecutorias, servicios sociales penitenciarios y ayuntamiento⁴⁰. No perdamos de vista que la rehabilitación del maltratador es un fin constitucionalmente previsto pero —además— es la única forma de evitar nuevos y futuros riesgos para las víctimas.

El art. 83.1 del Código condiciona la suspensión de la pena privativa de libertad al cumplimiento de las obligaciones o deberes enu-

merados en las reglas 1ª, 2ª y 5ª, es decir, que el penado participe en programas formativos, laborales, de educación sexual y otros similares. En la práctica se ha planteado el problema de a quién corresponde la articulación de tales programas y su seguimiento.

Declarada la firmeza de la Sentencia, el órgano jurisdiccional remitirá a los servicios sociales penitenciarios testimonio de la misma determinando las condiciones precisas para la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, para que se cumpla la obligación de participar en programas formativos. Los servicios sociales penitenciarios serán los encargados de realizar las actuaciones necesarias para su cumplimiento y a tal fin, entrevistarán al penado, analizarán la información recibida de los centros donde vaya a realizar el programa y elaborarán el plan individual de intervención y seguimiento. Corresponderá por tanto al órgano jurisdiccional aprobar dicho plan de intervención y seguimiento (art. 17 RD 515/05, del 6 de mayo). “Los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al Juez o Tribunal sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas” (art. 83 CP) y, en todo caso, cuando las circunstancias personales del penado se modifiquen, cuando se produzca cualquier incumplimiento de las reglas de conducta impuestas y cuando se cumplan las obligaciones impuestas. Igualmente, su incumplimiento por parte del penado de las condiciones fijadas en el correspondiente programa determinará la revocación de la suspensión de la condena, por aplicación de lo dispuesto en el art. 84 del CP.

H) LA PROBLEMÁTICA PRÁCTICA EXISTENTE EN TORNO A LA APLICACIÓN DEL DERECHO A NO DECLARAR EX ART. 416 LECRIM

Para entender la problemática generada en torno al art. 416 LECrim, relativo al derecho de un cónyuge a abstenerse a declarar contra su pareja imputada, una vez más, debemos recu-

rrir al sentido del principio de igualdad entre el hombre y la mujer dentro de las relaciones de afectividad sobre el que venimos argumentando nuestra exposición, fines constitucionalmente legítimos que deben aplicarse al proceso penal por delitos de violencia de género.

a) Breve resumen del estado de la cuestión

La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula la obligación de denunciar la posible existencia de un delito para todo aquel que presenciare su perpetración (art. 259). La consecuencia inmediata será el inicio de un procedimiento penal y la obligación del Juez de proceder a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito o la denuncia fuera manifiestamente falsa. Sin embargo, excepcionalmente se exime de la obligación de denunciar en los casos de los arts. 260, 261 y 263 de la Lecrim, referidos, entre otros, a determinados parientes⁴¹. De dichos preceptos interesa ahora la citada exención recogida en el art. 261.1 en relación con la víctima, que es testigo y cónyuge del delincuente agresor al mismo tiempo.

Ello significa que en estos delitos la víctima dañada en sus derechos e intereses legítimos es también *testigo* directo de los hechos y la Ley le exime de la obligación de denunciar (art. 259 y 261.2 LECrim), así como de la de declarar en juicio en contra de su marido o compañero (arts. 410 y 416 LECrim). La víctima sí tiene la obligación de comparecer cuando es citada por el Juez, pues conforme al art. 410 de la Lecrim todos los que residan en territorio español tendrán la obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado, alcanzando dicha obligación al acto del juicio oral, ex art. 707 de la Lecrim⁴². Una vez comparecido, todo testigo tiene la obligación de prestar juramento o promesa, responder a las preguntas que le formulen las Defensas y decir verdad. La excepción no obstante vendría establecida por los arts. 416 y 418 de la Lecrim para el caso de la víctima cónyuge o pareja estable del pre-

sunto maltratador en cuyo caso puede negarse a declarar o a contestar aquellas preguntas que pudieran perjudicar a su marido o compañero⁴³. La razón de ser de estas excepciones se encuentra —según reconocen las STS 134/07 de 22 de febrero y 385/07 de 10 de mayo—, en el vínculo de solidaridad familiar que une a la testigo con el acusado. Su fundamento, por tanto, no sería proteger al reo sino el ámbito de solidaridad familiar aludido.

Expuesta esta situación, la cuestión más controvertida es la de si, en el caso de que la mujer se acoja a su derecho a no declarar contra el acusado, se podrían valorar sus declaraciones anteriores prestadas en fase de instrucción o incluso ante la policía⁴⁴. En este sentido, es doctrina consolidada por el Tribunal Constitucional la que reconoce el derecho del acusado a interrogar a los testigos que vayan a declarar contra él en juicio público y con todas las garantías. Ello exige que la práctica de prueba sea en juicio oral y de forma contradictoria. Sólo razones de “urgencia” y de “imposibilidad de repetición práctica”, habilitan al Juez juzgador para convertir en prueba una declaración sumarial. En este caso la víctima está en condiciones de declarar, pero se niega a hacerlo y, por tanto, difícilmente podemos considerar este caso como uno de los supuestos “excepcionables”.

Frente a la presente tesis, existe alguna jurisprudencia menor que se ha decantado por admitir en el plenario como prueba la declaración sumarial de la víctima (ahora retractada) bajo la argumentación de que —entenderlo de otra forma— podría suponer una manipulación de la finalidad última del art. 416 LECrim. (SAP Cuenca 24 de mayo 2006) o un verdadero fraude de ley procesal (Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Castellón 12 de abril de 2006). Algunas Audiencias consideran que, en estos casos, ha existido una “renuncia concluyente” de la víctima a la referida exención del art. 416 LECrim (STS 21 noviembre 2003).

La discusión se centra en si estaríamos en tales casos ante una fuente de prueba, apta para ser introducida en el plenario mediante

su lectura y para fundamentar por tanto un fallo condenatorio ex Art. 730 LECrim. En puridad, se trata de una fuente de prueba obtenida ante la policía y/o el órgano jurisdiccional instructor, sin ser prueba preconstituida ni prueba practicada de forma anticipada, por lo que su valor residirá en la medida que se pueda introducir en juicio oral. Quienes se oponen a esta posibilidad aducen que el supuesto en que la víctima comparece al plenario y se niega a declarar al amparo del art. 416 de la LECrim, no puede equipararse a un supuesto de imposibilidad material de declarar y por tanto no sería factible introducir su declaración prestada en instrucción, ni siquiera por la vía de su lectura a petición de las acusaciones. (STS de 21 de febrero de 2007).

b) El fundamento de la necesaria revisión del art. 416 LECrim

Con la redacción actual del art. 416 LECrim resulta difícil coonestarlo con la finalidad de tutela del principio de igualdad dentro de las relaciones de afectividad tan buscada por el legislador de en la LO 1/2004. En puridad, se trata de la ponderación de dos intereses públicos que pueden llegar a coincidir en un proceso penal —casi de forma exclusiva— cuando se tutela la violencia de género, la violencia doméstica y todos los delitos y faltas que se realicen dentro de un entorno familiar y de afectividad. Se trata, pues, de una confrontación de dos intereses públicos cuyas transgresiones se encuentran elevadas a la categoría de delito. Nos referimos, en primer lugar, al interés del Estado de que se colabore con la justicia (delito de no colaboración para el testigo que no declare o diga falso testimonio) y la tutela del interés de que las relaciones en el ámbito de afectividad (y familiar) sean pacíficas y no regidas por el desequilibrio de la dominación. El primer interés tiene rango constitucional aunque no de derecho fundamental (art. 118 CE). El del segundo interés tiene rango constitucional y de derecho fundamental (art. 14 CE). El ejercicio del primero atribuye más obligaciones que derechos; a saber, la obligación de compa-

recer el testigo, la obligación de decir verdad, la obligación de contestar a las preguntas que se le formulen. El segundo se trata —exclusivamente— de un derecho a un trato igualitario sin vejaciones ni violencia. La limitación de este derecho le convierte al sujeto en víctima, y puede convertirle a su sujeto en parte procesal, aunque esto último no siempre se dará si no media su voluntad, como sabemos.

La tutela de este interés de la ley en que se colabore con la justicia, encuentra una importante y lógica excepción, como vemos, “relaciones familiares o de afectividad”. Se entiende razonablemente que este deber de colaboración no se le exija al ciudadano cuando su testimonio debe de ir en contra de sus familiares, pues el afecto del ser querido llevaría a que mintiera. Valdría igual que el legislador —como acontece en Francia— no hubiera dispuesto una excepción como la del 416 LECrim, pero hubiera una mención expresa a la no perseguibilidad de los familiares que cometan falso testimonio en un proceso contra parientes como testigos. Se protege la paz familiar y se evitan así tésituras que la destruirían.

Contrariamente, cuando la persona víctima de un proceso reúne la característica de tener ese vínculo de afectividad con el delincuente, lo que no existe precisamente y *a priori* es paz familiar o relación de afectividad (salvo ese entendimiento perverso de afectividad que tienen las situaciones de maltrato). Si el legislador pretende tutelar ese bien tan preciado como es el principio de igualdad dentro de las relaciones de afectividad, son inaceptables “privilegios” que instrumentalizan o imposibilitan la realización efectiva del art. 14 CE. Si lo que se pretende por el Estado es establecer relaciones afectivas sanas o equilibradas en el seno de la pareja, difícilmente puede eximir de declarar al ciudadano víctima del delito frente al que le intenta proteger.

La tutela del principio de igualdad dentro de las relaciones de afectividad exige en esencia negar que el afecto sea justificante de un privilegio de este tipo, dado que le convierte al Estado en corresponsable de la victimización secundaria sufrida por esa mujer que es instru-

mentalizada por la pareja, de forma inmediata, y por el proceso penal, de forma mediata, para seguir bajo esa esfera de violencia. De hecho, es el ámbito de afectividad lo que racionalmente le impide denunciar y testificar. Porque si sufriera golpes, desprecios, violaciones, del vecino, compañero de trabajo o transeúnte las denunciaría sin lugar a dudas.

El problema surge en la persona víctima que decide denunciar hechos delictivos contra su pareja. Ese ámbito de afectividad no puede ser usado como herramientas en contra. Son incompatibles la protección de la violencia de género y la de los vínculos de solidaridad familiar en un mismo proceso penal.

Modificar la Ley en este sentido tampoco arrojará mejores estadísticas, dado que el talón de Aquiles es la falsa creencia de la relación de afectividad que ella mantiene en su imaginario, más que el temor, incluso, la falsa ilusión del amor, de creer que no declarar contra él es una prueba de amor. En realidad, ¿qué ámbito de decisión se le debería dejar a la mujer? En un estado idílico de las cosas, la que denuncia debería estar bajo la tutela de los servicios sociales evolucionando en su estado emocional y tras ese trabajo, sería libre de decidir si quiere o no continuar con el proceso y si quiere o no ser parte. Pero, hoy por hoy, los medios personales y materiales son limitados.

4. EL CAMBIO EFECTIVO

Los datos estadísticos a los que nos hemos referido son expresión objetiva de una realidad social; esa realidad debe ser, primero, asumida por la sociedad, que debe empezar por conocerse a sí misma y luego advertir que quien tiene que reaccionar contra esta violencia sexista es principalmente la sociedad misma. Nadie puede estar conforme con esta realidad, pero sería ingenuo esperar que sea el legislador *exclusivamente* quien la cambie. La sociedad no es algo ajeno a cada uno de nosotros; la sociedad no es el resultado amorfo de una suma de personas, la sociedad somos todos, cada uno de nosotros, y sólo nosotros podemos cambiar

la realidad. No podemos contentarnos con que la ley reaccione penalmente cuando una mujer se ha convertido en víctima; el verdadero cambio tiene que consistir en evitar que llegue a existir la mujer víctima. Lo decisivo para el cambio social es llegar a convencerse de que todos y cada uno de nosotros es responsable de lo que sucede en la sociedad⁴⁵.

En resumidas cuentas, una vez localizado por la Administración un caso de violencia de este tipo, la protección cautelar de la víctima frente al presunto agresor es básica. Razones de aseguramiento de la persona imputada para que no se evada de la Justicia y pueda ser juzgado en un futuro, la evitación de nuevos riesgos para la víctima, la posible desaparición de pruebas, etc. son las finalidades que deben mover a los Miembros y Fuerzas de Seguridad del Estado y a los órganos jurisdiccionales a la hora de decidir preventivamente y siempre dentro de un marco de seguridad jurídica y respeto de los derechos y libertades fundamentales. Ya hemos aludido *supra* a la importancia de la coordinación de servicios que entran en funcionamiento ante un acto de violencia de género con el fin de que no existan espacios “sordos” en la protección de la víctima frente al agresor⁴⁶. Dichos fallos podrían derivar en posibles exigencias de responsabilidades patrimoniales al Estado⁴⁷.

Pero toda la actividad jurisdiccional y sus aledaños son insuficientes si no van acompañados de una intervención asistencial de las partes, con carácter particular, y una sensibilización social, con carácter general. Por tal razón consideramos de enorme importancia desarrollar el Título I de la LO 1/2004 relativo a “Las medidas de sensibilización, prevención y detección” de forma comprometida tanto por la Administración central como en aquellos asuntos cuya competencia sea de la Administración autonómica, así como implementar los derechos de las víctimas señalados en el Título II de la misma. Aquí se engendrará el verdadero cambio, dado que cuando la mujer llega ante la Administración de Justicia ya es víctima (Título IV y V), lo que supone un fracaso del sistema de prevención⁴⁸.

NOTAS

1. STC 229/1992, de 14 de diciembre.
2. VVAA, *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de Constitución española*, (Coor. VIVAS LARRUY, A., Cuadernos de Derecho Judicial, 2004.
3. STC 216/1991, de 14 diciembre.
4. RIDAURA MARTÍNEZ, M.J., “El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, (Coor. BOIX/MARTÍNEZ), Iustel, 2005, págs. 65 y ss.
5. ALÁEZ CORRAL, B., “El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal sexualmente diferenciado: a propósito de la STC 59/2008”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm.12/2008, de 13 de enero, Thomson Aranzadi, pág.14.
6. AÑÓN ROIG, M.J./MESTRE MESTRE, R. “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y derecho”, *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, (Coor. BOIX/MARTÍNEZ), Iustel, 2005, págs.64 y ss.
7. COMAS D'ARGERMIR, M., “La violencia doméstica y de género: Diagnóstico del problema y vías de solución”, *Tutela procesal frente a hecho de violencia de género*, (VVAA, Coor. GÓMEZ COLOMER), *op. cit.*, págs. 61 y ss.
8. *Vid.* la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Instrucción núm.24 de Madrid a través del Auto de 2 de marzo del 2006, donde se alude expresamente al escaso servicio que esta Ley está realizando al principio de igualdad y a la situación retrógrada y desequilibrante que ha traído como consecuencia el voto feminista. Esta cuestión fue desestimada *a limine* por el Tribunal Constitucional en su Auto de 4 de abril del 2006 (RTC 2006, 136 Auto).
9. El uso del proceso penal como medio de asistir o paliar determinados factores exógenos a la propia naturaleza del proceso no es un fenómeno nuevo en nuestra sociedad. Nuestro legislador lleva años utilizando este instrumento de tutela para dar respuesta a fenómenos sociales, dentro de un nuevo marco de criminalidad, nuevos contextos tecnológicos, bajo la influencia de por un poderoso imperio de los medios de comunicación y, entendido dentro de un marco a veces impuesto por el propio contexto internacional y comunitario. A este respecto, *vid.* BARONA VILAR, S., *Seguridad, Celeridad y Justicia Penal*, Tirant lo Blanch, 2004.
En este mismo sentido podemos justificar y entender la intervención que ha llevado a cabo el legislador frente a un colectivo desfavorecido en el ámbito de las relaciones de afectividad y por la sola razón de pertenecer a género mujer.
10. ALONSO RIMO, A., “Medidas de protección de los intereses de las víctimas: su fundamentación desde un punto de vista penal”, *Estudios de victimología*, Tirant lo Blanch, 2005, págs.47 y ss.
11. Sobre la evolución sufrida entorno al tratamiento que debe recibir de la víctima *vid.* Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 de Naciones Unidas, Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa 1977, Convenio 116 del Consejo de Europa de 24 de diciembre 1983 en materia de indemnización, Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de junio 1985 en materia de protección penal, Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo 2001 sobre el Estatuto de la víctima en el proceso penal (DOCE L 82, de 22 de marzo de 2001), Libro Verde sobre la Indemnización de las víctimas, la Directiva comunitaria sobre Indemnización a las víctimas de 16 de octubre 2002. Dentro del ámbito nacional encontramos la Ley Orgánica 35/1995, de 11 de diciembre y su RD 738/1997, de 23 de mayo, modificado por el RD 429/2003, de 11 de abril, relativos a las indemnizaciones y ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, aplicable al presente tipo de delitos, conforme a la LOVG (art. 27.5).
12. En este marco deben entenderse los pasos dados por el legislador al dar regulación legal a la institución de la orden de protección (art. 544 *ter* LECrim), la orden de alejamiento (art. 544 bis LECrim), la reforma de la prisión provisional (art. 503 LECrim), la especialización de los órganos jurisdiccionales, del Ministerio Fiscal, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Abogados, servicios sociales y sanitarios, la asunción de competencias civiles y penales por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, la creación de las Unidades de Valoración Integral de la Víctima o, entre otras muchas, la regulación de vías de reparación real de la presente tipología de violencia.

13. Para ampliar estos conceptos *vid.* SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I., “Las víctimas en el sistema penal. En especial, la justicia restaurativa”, *Panorama Actual y perspectivas de la victimología: Victimología y el sistema penal*, Cursos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 4, 5 y 6 de junio 2007.

14. Probablemente porque existe una desconfianza hacia algún sector de la Judicatura que llevara a hacer pensar que una mediación estaría enfocada a una minimización del conflicto y a un intento de reconciliación en la pareja, www.periodistadigital.com de 12 de diciembre.

15. Respecto a las ayudas asistenciales y otros derechos extra-procesales o cuyo disfrute no depende de un reconocimiento judicial *vid.* Título II de la LO 1/2004 citada y normativa de desarrollo que básicamente se centra en los siguientes frentes: 1. Derecho a la información de la víctima de todos los derechos que tiene como mujer presuntamente maltratada. 2. Derecho a la asistencia social integral. 3. Derechos laborales y prestaciones de la seguridad social. 4. Derechos de las funcionarias públicas. 5. Derechos económicos. 6. El derecho al cambio de apellidos.

Por su lado, la víctima tiene una serie de derechos de índole procesal que se pueden resumir de la siguiente forma: 1. Derecho a una atención e información por servicios especializados. 2. Derecho a su asistencia jurídica gratuita desde el inicio. 3. Derecho a un tratamiento respetuoso de su intimidad y no victimizante. 4. Derecho a ser informada en todo caso de las diferentes actuaciones y situación del (presunto) agresor. 5. Derecho a una gestión adecuada y eficaz por todos los funcionarios que gestionen su caso con el fin de que exista coordinación suficiente para asegurar su persona en todos los bienes jurídicos protegidos por el Código Penal. 6. Derecho a la percepción de ayudas económicas, derecho de reparación e indemnización de la víctima. 7. Derecho a la eficacia en la recogida de las pruebas. 8. Derecho a una protección penal y civil adecuada (derecho a la tutela judicial efectiva). 9. Derecho a retractarse de las declaraciones formuladas contra su marido en la denuncia ante la comisaría o ante un Juez (art. 416 LECrim).

16. La persona víctima de actos de violencia de género, debe de enfrentarse a un sistema normalmente desconocido para ella donde se le requiere de un esfuerzo extraordinario para que pueda producirse una investigación con cierta eficacia. Esta víctima debe declarar ante la policía, órgano jurisdiccional, el médico forense, abrir las puertas de su casa en situaciones muy lamentables, enfrentarse a su agresor en Juzgados y a un conjunto de operadores jurídicos que, pueden volver a hacerle sentir su condición e incluso llegar a arrepentirse de haber dado este paso adelante.

17. A este respecto, véase el *Plan Nacional para la Igualdad*, donde se recogen algunas cuestiones relacionadas con el tratamiento individualizado de cada caso.

18. En realidad los Ayuntamientos ofrecen pocos destinos útiles para la realización de trabajos en beneficio de la comunidad y, cuanto menos, útiles a la restauración de bienes jurídicos protegidos en este ámbito relativo a los delitos basados en el género. También debemos afirmar que es muy discutida la adecuación de la incorporación de un maltratador a una casa de acogida o un centro de 24 horas como cumplimiento de la pena en beneficio de la comunidad.

19. Nos referimos a términos tales como los tipos penales de los arts. 153, 171, 172 y 173 del CP; las reglas sobre suspensión o sustitución de condena de los arts 80 y ss del CP; las medidas cautelares previstas en los arts. 61 y siguientes de la LO 1/2004; la agravante prevista para el delito de lesiones en el art. 148.4 del CP; la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del CP; la exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416 de la Lecrim o las normas sobre fuero territorial o la conexidad (arts. 15 bis y 17 bis de la Lecrim).

20. La jurisprudencia es contradictoria. Ejemplo de lo que decimos sería la Sección 1ª de la AP de Valencia de 30 de marzo de 2007, donde se entiende que la carga de la prueba de dicho ánimo le corresponde a las partes acusadoras; sin embargo, la Sentencia 303/07 de la Sección 1ª de la AP de Burgos de 26 de diciembre, afirma que la carga de la prueba puede llegar a corresponder a la parte acusada, dentro de esta línea de facilidad probatoria, pues de otra forma puede llegar a convertirse en una *prueba diabólica*.

21. Esa cláusula residual permite que conozca el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, entre otros, de los siguientes delitos: Allanamiento de morada con violencia o intimidación. (Art. 202 CP); robo con violencia o intimidación. (Art. 242 CP); extorsión. (Art. 243 CP); obstrucción a la justicia. (Art. 464 CP); quebrantamiento de pena o de medida cautelar acompañado de violencia o intimidación. (Art. 468 CP).

22. VERDEJO TORRALBA, F., (Coo. RIVAS VALLEJO/BARRIOS BAUDOR) “Los juicios rápidos”, *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y Práctica Forense*, Thomson Aranzadi, 2007, pág. 328 y ss.

23. Un amplio estudio de esta materia lo ha realizado el *Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia de Género del año 2007*.

24. Para estas unidades se ha creado una base de datos destinada a sus informes sean accesibles a las personas autorizadas en este proceso que deberían de ser Policía, Jueces y Ministerio Fiscal.

25. Existe una propuesta la desaparición juzgados “compatibles” a favor de los “exclusivos” la posibilidad de “comarcalizar” Juzgados de Violencia sobre la Mujer que asuman la competencia en materia de violencia de género en partidos judiciales próximos entre sí. (Art. 43.2 LO 1/2004, art. 87 bis 2 LOPJ y art. 4.1 de la Ley 38/1988 de Demarcación y Planta Judicial).

26. Existe muy poca bibliografía específica. Recomendamos la lectura de ESQUINAS VALVERDE, P. *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant monografías, 2008.

27. Sobre la valoración del riesgo al que se encuentra sometido la víctima y la coordinación entre órganos jurisdiccionales, Policía y Ministerio Fiscal a estos efectos citados *vid.* Instrucción núm.10/2007, de la secretaria de Estado de seguridad, por la que se aprueba el *Protocolo para la Valoración Policial del nivel de riesgo de violencia contra la mujer en los supuestos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre y su comunicación a los órganos judiciales y al Ministerio Fiscal*, modificada por la Instrucción 14/2007.

28. Arts. 139 y ss de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común.

29. La indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia está prevista en el artículo 121 de nuestra Carta Magna, el cual establece lo siguiente: “Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley”. Este precepto es desarrollado por los artículos 292 a 297 LOPJ.

30. El Tribunal Supremo viene siendo muy restrictivo al interpretar los casos de error judicial, señalando que debe de haber una “*palmaria y notoria confusión de las bases de hecho de la resolución, al margen de divergencias en el juicio; se haya dictado con una desatención del juzgador a datos de carácter indiscutible; se contradiga lo que es evidente; o se lleve a cabo una aplicación del Derecho que se basa en normas inexistentes o entendidas de un modo palmario fuera de su sentido y alcance*” SSTs de 1 de marzo de 1996, 19 de noviembre de 1998, 23 de febrero de 2002, 24 de julio de 2003, 23 de noviembre de 2005 y 20 de diciembre de 2006.

En esta línea la STS de 15 de febrero de 2002 establece qué es lo que no se entiende incluido en el error judicial: “no se comprenden en esta figura al análisis de sus hechos y sus pruebas, ni su interpretación de la norma, que acertada o equivocadamente obedezca a un proceso lógico, cuyo total acierto no es exigible, habida cuenta de que no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención a datos de carácter indiscutible, que ha generado una resolución esperpéntica, absurda al romper la armonía del orden jurídico, por lo que el error judicial procede ser acogido si se trata de decisiones injustificables desde el punto de vista del Derecho”.

31. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6) de 10 de mayo de 2007: Al ofrecer a los padres como seguros unos resultados que carecían de los contrastes que el estado científico de la medicina ya requería en aquel entonces, otorgaron a estos una información, en relación a un feto varón normal, que no se correspondía con la realidad, pero que hizo que estos confiados en que los servicios médicos especializados a los que habían acudido, habían actuado con arreglo a la “*lex artis*” y por tanto habían hecho un diagnóstico prenatal correcto, decidieron continuar con el embarazo, no dándoseles opción para optar por la interrupción voluntaria del embarazo.

32. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 8ª edición, Cívitas, Madrid 2002, pág. 345.

33. DÍAZ DELGADO, J., *Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador, Administrador y Juez*, Consejo General del Poder Judicial, pág. 322. Los requisitos necesarios para el reconocimiento de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia que jurisprudencialmente y doctrinalmente vienen siendo reconocidos se centrarían en cinco fuentes: El elemento subjetivo, el elemento funcional, la imputación de daños al Estado, los títulos de imputación, la producción del daño, el nexo causal.

34. STC núm. 294/2006 (Pleno), de 11 octubre. BOE nº 274 de 16 de noviembre de 2006.

35. A este respecto véase MONTALBÁN HUERTAS, I., “*Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional*”, Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid 2004 y VEGAS AGUILAR, J.C. “La posible responsabilidad del Estado Juez en los delitos por violencia de género”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, enero, 2008, págs. 31-47.

36. Las Juntas Locales de Seguridad son instrumentos de coordinación entre Policía Local (en las localidades en las que hay Policía Local), Policía Nacional y Guardia Civil. En estas reuniones se analiza el tipo de infracciones que se cometen en la población, y se coordinan servicios para mantener una mayor presencia policial ante los ciudadanos. En el caso de que hubiera algún problema específico se sigue un plan de actuación conjunto

37. Así, a tenor del art. 4.4 del CP si hubiera mediado petición de indulto y el Juez o Tribunal hubiera apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena pueda resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada. Según esa misma norma también podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria.

38. Auto de la AP de Murcia, Sección 1ª de 6 de junio de 2006.

39. El primero extraído del *Informe que emite el Servicio de Inspección en Relación a la Situación que Presentan los Juzgados Penales de Ejecutorias de España*, de mayo de 2008, en el que su primera conclusión señala que “La pendencia global de Ejecutorias existentes entre los Juzgados de lo Penal Ordinarios y los Órganos Especializados en esta materia, según datos de la Sección de Organización y Gestión de este Consejo General, asciende a 269.405 Ejecutorias (31/12/2007), de las que el 70.25 % (189.280 Ejecutorias) se residencian en Juzgados de lo Penal, y el 29.74 % restante (80.125 Ejecutorias) en los Juzgados Penales Especializados”.

En el *Balance sobre denuncias y homicidios por violencia de género en el año 2008 y de las llamadas al teléfono 016*, realizado por el Ministerio de Igualdad y presentado el 19 de enero de 2009 por el Delegado del Gobierno para la Violencia de Género se dice que “en un 31,4% de los casos de homicidio, el agresor tenía antecedentes, siendo mayoritariamente éstos, relacionados con casos violencia de género sobre la víctima (21,4%), violencia de género sobre otra mujer (7,1%) y antecedentes por otros delitos (2,8%)”.

40. En tal sentido, creo que es el momento de contrastar las diferencias de funcionamiento y eficacia de los juzgados encargados de ejecutar estas sentencias penales de violencia de género y averiguar en colaboración con los órganos policiales especializados cuáles son las dificultades con las que se encuentran en el control, seguimiento y coordinación de esta. En segundo lugar, también se debe de detectar qué penas impuestas a los maltratadores cumplen mejor los fines de prevención tanto general como especial. Estudiar la posibilidad de establecer controles periódicos posteriores, destinados a evaluar al maltratador condenado, su actitud y actividad. Estos periodos, cursos, controles etc.. podrán configurarse como penas accesorias, como beneficios para reducción de penas privativas o limitativas de derechos (prisión, alejamiento, visitas a hijos, etc..) o simplemente como elementos necesarios a para instar la cancelación de antecedentes o reducir plazos para poder solicitarla. Así se dispone en el Anteproyecto de reforma del Código penal de 2008, que prevé la incorporación de una nueva pena accesoria de libertad vigilada, por tanto la actualidad y novedad del tema planteado es indiscutible. En esta misma línea, se debería de averiguar el grado de cumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad designados por servicios sociales conforme con convenios firmados con Ayuntamientos.

41. Se trata de un desarrollo constitucional del art. 24 CE cuando afirma que la Ley regulará los supuestos en los que por razón de parentesco no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

42. El testigo que no comparece puede ser sancionado con una multa de hasta 5.000 euros y ser perseguido como autor de un delito de obstrucción a la justicia o de desobediencia grave a la autoridad judicial.

43. Por lo que respecta al ámbito subjetivo de esta exención, la Sentencia del TS 134/07 de 22 de febrero afirma que la exención es extensible tanto a la relación conyugal como a la mujer que esté ligada de forma “estable” por análoga relación de afectividad al presunto agresor. Hay que matizar que se viene exigiendo para las uniones de hecho que dicha relación se “estable” y con “vocación de permanencia”.

44. En este sentido vid. las STS de 6 de abril de 2007 y de 21 de noviembre de 2003 cuando exigen a los poderes públicos el deber de advertir al testigo que se encuentra en la situación descrita en el art. 416.1º LECrim, a saber, su derecho a no declarar contra su cónyuge, alcanzando al Juez y también a la policía. La omisión de tal advertencia podría acarrear la nulidad de tal declaración y una Sentencia absolutoria.

45. MONTERO J./MARTÍNEZ E., “Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial de la legislación contra la violencia de género”, *Tutela procesal frente a los hechos de violencia de género*, op. cit. págs.133 y ss.

46. Por tal razón se entiende la creación de numerosos protocolos en la materia que desde la aprobación de la LO 1/2004 se ha ido generando. En este sentido, entre otros, vid. el *Protocolo de actuación Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado* Resolución de 1 de julio de 2004 de la Secretaría de Estado de Seguridad y que se actualizaría el año siguiente, por otra resolución del mismo órgano y de fecha 28 de junio de 2005, el *Protocolo de colaboración y coordinación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los Cuerpos de Policía Local para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género* del 13 de marzo 2006 y el *Protocolo de Actuación y Coordinación de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del estado y Abogados ante la Violencia de Género*, aprobado en la reunión de 3 de julio de 2007 por el Comité Técnico de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, en cumplimiento del Acuerdo de Consejo de Ministros de 22 de junio 2007. Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Tutela judicial de la violencia de género*, Iustel 2008.

47. MONTALBÁN, I., “*Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional*”, Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid 2004 pág. 206.

48. Vid. el *Informe Anual del Observatorio Estatal contra la Violencia de Género* del 2007.

RESUMEN

El estudio de la propiedad intelectual ha generado una constante sensación de desconcierto, la segura percepción de que los problemas derivados de su configuración están irresueltos; a ello, se ha unido la convincente certeza dogmática de que los planteamientos son equívocos: en primer término, la confusión planteada por el hecho de que el objeto de protección en los derechos de propiedad intelectual esté constituido por un bien inmateral, y, en segundo lugar, el recidivante debate que se plantea con respecto a la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual. Derecho moral de autor; derecho patrimonial de autor, o, por el contrario, ¿derecho único con naturaleza mixta?, esto es, derecho de la personalidad con trascendencia patrimonial. El desatino no procede sólo del legislador...

PALABRAS CLAVE

PROPIEDAD INTELECTUAL; BIEN INMATERIAL; DERECHO MORAL DE AUTOR; DERECHO PATRIMONIAL.

ABSTRACT

Intellectual copyright research has generated a constant sense of bewilderment, the impression that problems arising from the way it is structured remain unresolved. Added to this is the convincing dogmatic certainty that the approach taken is mistaken: firstly, there is the confusion caused by the fact that the object of copyright protection is an intangible asset, secondly the recurrent debate concerning the legal nature of intellectual copyright. Moral right, proprietary right, or, by contrast, a single right of a mixed nature?, i.e. personality right with implications for property. Folly is not only the legislator's.

KEY WORDS

INTELLECTUAL COPYRIGHT; ASSET INTANGIBLE; MORAL RIGHT; PROPRIETARY RIGHT

ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Eugenio Pizarro Moreno

Doctor en Derecho
Universidad Pablo de Olavide

Sumario: 1. Prefacio. La inevitable y conflictiva disociación entre el derecho moral y el derecho patrimonial en la propiedad intelectual. 2. Raíz del derecho moral: teorización y tratamiento doctrinal. La "realidad disociada". 3. El derecho moral de autor y su conexión patrimonial. 4. Introducción: posiciones filosóficas paradigmáticas. A) KANT y la lógica de la perspectiva del sujeto. B). BENTHAM y la lógica de la perspectiva del objeto. a). Utilitarismo benthamiano. b). Los principios económicos atinentes a la propiedad: escasez, costes del sistema y quiebra del mercado. 5. La inferencia regalista. 6. Economía y Filosofía del Derecho. Mercado y Propiedad Intelectual. 7. Conclusiones

1. PREFACIO. LA INEVITABLE Y CONFLICTIVA DISOCIACIÓN ENTRE EL DERECHO MORAL Y EL DERECHO PATRIMONIAL EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Está lejos de parecer un desatino considerar que el desconcierto sistemático que tradicionalmente se ha cernido sobre la naturaleza jurídica del genérico derecho de autor y la correlativa propiedad intelectual son, en gran medida, imputables tanto al Código civil como a la legislación especial (con independencia, en este último caso, de la fecha histórica en que se dictara o apareciera la regulación), con más razón a partir de que las normas jurídicas que dan cobertura a su regulación suelen discernir un contenido personal o moral, por una parte, en el derecho de autor y un contenido patrimonial.

Sigue abierto el debate sobre la posibilidad de que el derecho de autor contenga una naturaleza dual que lo hace parecer como un derecho capaz de bifurcar su núcleo en una serie de facultades de diversa índole: personal y patrimonial. Como reconoce LACRUZ¹, el derecho de autor se extiende en dos ámbitos: de exclusiva o monopolio sobre la creación intelectual, y de paternidad de la creación; objeto, cada uno, de una específica protección. Se discute si se trata de dos aspectos distintos (pecuniario y moral) de un mismo derecho, o bien de dos derechos diferentes, el uno estrictamente de propiedad intelectual y faceta el otro de los derechos de la personalidad, o incluso, según ASCARELLI, mera aplicación del derecho de cada uno a la autoría de cualquier realización suya, y por tanto independiente de las llamadas propiedad intelectual o industrial. Sea cual fuere la solución, es cómodo hablar de un derecho *moral* de autor para designar un

haz de facultades cuyo reconocimiento y regulación en el campo de los bienes inmateriales reviste intensidad y caracteres peculiares, y que influye asimismo sobre el derecho *pecuniario*.

Con independencia de las posturas que la dogmática jurídica haya podido adoptar, lo cierto es que ambos aspectos han de ser tomados en consideración para articular cualquier tipo de reconocimiento y protección del derecho derivado de la creación, vista su evolución histórica².

En principio, parece coherente pensar que la posibilidad de deslindar un contenido moral o personal y otro patrimonial en la creación intelectual no quita el reconocimiento de que las facultades derivadas —con independencia del tipo que sean— nacen de un derecho unívoco y uniforme. Ello no obsta para que, incluso, ambos derechos puedan contemplarse por separado. Como reconoce la doctrina más elemental y la mayoría de los legisladores, las facultades que provienen o se derivan tanto del aspecto personal como del patrimonial pueden, de por sí, corresponder a distintos titulares (el derecho moral, al autor; el derecho patrimonial, al que lo explote). Sin embargo, hemos de seguir considerando que el núcleo esencial del derecho, como se acaba de decir, es uno: derecho a la creación intelectual; no provienen de la posibilidad de escindir su contenido en un aspecto moral o personal y en otro patrimonial, sin que desmienta esta afirmación el hecho de que las facultades que nacen del aspecto moral o personal son inalienables (por tanto, no embargables, ni prescriptibles; tampoco renunciables) *ope legis*, en tanto que las derivadas del aspecto patrimonial son transmisibles. En otro caso, estaríamos obligados a entender que toda facultad derivada de derechos en que cabe desligar la titularidad sobre el bien de su disfrute económico (como muestra, la doctrina cita el arrendamiento o el usufructo) procede, en realidad, de una configuración dual del derecho en cuestión. Ocurre, por ende, que esa conflictiva disociación del derecho de autor es inevitable³.

2. RAÍZ DEL DERECHO MORAL: TEORIZACIÓN Y TRATAMIENTO DOCTRINAL. LA “REALIDAD DISOCIADA”

La génesis del derecho moral del autor, así como su evolución y significado histórico y actual, ha sido tratada con solvencia en nuestra doctrina patria⁴ en diferentes monografías.

No por casualidad el profesor PÉREZ SERRANO critica desde la nomenclatura de derecho moral de autor (a la que califica de “desgraciada”) hasta el concepto de propiedad intelectual (a la que dedica los apelativos de “inexpresiva, ambigua y hasta desorientadora”): “el bautismo de las figuras jurídicas —llega a decir, con tinte declamatorio— pocas veces puede calificarse de acertado,... pues las discrepancias terminológicas pusieron en peligro desde un principio la institución misma”⁵. Según este autor, las principales líneas directrices de este innovador derecho que se encontraba en proceso de constitución, estarían constituidas por dos, con sus respectivos matices o derivaciones: la primera de ellas es que se trata de un derecho sin contenido económico o patrimonial, ya que el propósito inspirador del derecho moral es salvaguardar derechos tan sagrados para el autor como el reconocimiento de la paternidad, así como la facultad ínsita de publicar o no su creación materializada y la facultad de defender la integridad de la obra; en segundo término, el derecho de arrepentimiento o facultad de retirar la obra, aunque ya hubiese estado circulando en el mercado más o menos tiempo. Éste sería, para PÉREZ SERRANO, el contenido del derecho moral de los autores derivado de su reconocimiento legislativo. En cualquier caso, comenta este autor, el derecho moral nació quizás en la vida real antes que el pecuniario.

Después de alinear a autores de la talla de KANT, GIERKE, BESELER o PIOLA-CASELLI⁶ entre quienes registran —en general— el derecho de autor como derecho de la personalidad⁷, las reflexiones finales —que pueden traerse al presente sin ningún tipo de escrúpulo— de PÉREZ SERRANO lo conducen a

concluir, con una literatura magnífica, que se plantea un problema realmente espinoso con la construcción jurídica de la propiedad intelectual una vez que se admite el derecho moral junto a los derechos patrimoniales. Sobre todo en los países, como el nuestro, que, siguiendo el criterio latino, han configurado hasta ahora ese derecho *sui generis* como una “propiedad especial”, pues en las naciones donde ha prevalecido la tesis germánica del “derecho de autor”, como en los de lengua inglesa, con su sistema de *copyright* (aunque menos ciertamente en éstos), la misma amplitud generosa de la denominación y de la estructura permite dar acogida a la nueva modalidad, sin que por ello quiebre la unidad global del concepto⁸. Pero cuando se llama a esa figura jurídica “propiedad intelectual” o “propiedad literaria y artística”, es evidente que se está centrando su fisonomía en el mundo de los derechos reales, de los derechos sobre cosas sin que varíe demasiado la institución por hablar de “propiedades incorporales”, como lo hace algún reputado escritor francés⁹. No obstante —prosigue—, siempre resultará que se tiene presente en forma primaria y decisiva el sentido económico, pecuniario, la posibilidad de obtener ventajas patrimoniales con la obra que es producto de nuestro esfuerzo. Y entonces, al tener que agregar a ese contenido de tipo *material*, de lucro, otros valores de *estirpe idealista*, al añadirle el “derecho moral”, se yuxtaponen dos esferas dispares, y se pone en peligro la unidad esencial de la institución. Con más, otra grave consecuencia: si “derecho moral” y “derechos patrimoniales” no coinciden necesariamente, si pueden ir en disociación, si no tienen la misma duración, ni igual comercialidad, ni idéntico titular presente, ni, en suma, el mismo rango, ¿cómo evitar las ocasiones de conflicto y cómo resolver, en su caso, las colisiones que por ventura surjan?¹⁰.

Recogiendo de alguna manera las inquietudes recién manifestadas, RAMS ALBESA¹¹ toma como punto de partida las resoluciones judiciales francesas¹² del siglo diecinueve y primera mitad del veinte (sobre crisis matrimoniales de autores y artistas o con ocasión de

conflictos sobre la gestión de su régimen económico-matrimonial de muebles y ganancias), las que dieron lugar a la aparición de lo que hoy denominamos derechos morales en contraposición a los patrimoniales que producen sus efectos plenos en el tráfico. Aunque con algún precedente judicial¹³ anterior, cita este autor¹⁴ la sentencia de la Corte de París de 1 de febrero de 1900, en el caso Lecocq v. Dame Cinquin, donde se hará un tratamiento “capital para la cuestión que nos ocupa, por varias razones sustanciales:

1º. Se afirma por primera vez en la historia que el autor tiene derechos morales sobre su obra, incluso cuando en una partición la obra se atribuye al consorte.

2º. Se especifica que, en razón de tales derechos morales, el autor puede retocar su obra, embellecerla o incluso destruirla si no la encuentra a la altura de su talento. Todo lo cual se imposibilitará si no se conociesen tales derechos morales sobre la obra cedida.

3º. Se concluye que la propiedad literaria y artística presenta una naturaleza particular que no entra en ninguna de las categorías clásicas de la propiedad ordinaria, que tal propiedad no ha de entenderse limitada, tal y como lo hacían las leyes de 1797 y 1793, a configurarse como privilegios temporales de explotación exclusiva, sino como conjunto de poderes, por lo que la obra debe mantenerse como privativa de su autor”.

Este planteamiento se consolida en Francia y se traslada, a través de las teorías personalistas, a Italia, donde, después de los avatares propios de una titubeante configuración, se conjuga una tesis —debida sobre todo a Tulio ASCARELLI¹⁵— en la que, a partir del concepto de *estrinsecazione*, asienta la división, dentro del mismo derecho de autor, de un elemento personal, espiritualista, “moral” en definitiva, y un elemento patrimonial, materializado en el derecho de explotación sobre la obra.

Situados en nuestro orden dogmático nacional, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO pone de manifiesto que ninguna de nuestras dos primeras leyes relativas a la propiedad inte-

lectual mencionan el derecho de autor¹⁶. Para el ámbito internacional es el Convenio de Berna el que, en su posterior revisión causada por la Conferencia de Roma —1928—, introduce el derecho moral de autor de una forma taxativa al reconocer, en su art. 6 bis), que el autor conservará, junto a los derechos patrimoniales, el de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier forma de modificación o deformación sobre ella¹⁷.

Sin embargo, la fijación de la realidad del derecho moral de autor y de las facultades derivadas no respalda una eventual consideración de aquél como bien o derecho de la personalidad: el derecho moral de autor sólo existe con respecto a una obra concreta —viene a decir BERCOVITZ—; no constituye un atributo del propio autor, del autor en sí, sino del autor en relación con esa obra, a partir del momento en que la misma existe. De acuerdo con lo que se acaba de apuntar, en el derecho moral de autor, sujeto y objeto no se confunden, no son lo mismo¹⁸.

Éste es el esbozo recapitulador de la génesis y evolución del controvertido derecho moral de los autores. Con independencia de que su naturaleza no cuaje en ninguno de los perfiles que se han elaborado para su explicación, de lo que no cabe la menor duda es que tanto la tendencia legislativa, nacional y foránea, como los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales son ya proclives, sin ningún tipo de rubor, a sondear y proclamar el derecho moral de los autores, a defender su interacción en el entramado de la tutela de los derechos de los autores. No obstante lo cual, sigue quedando una “disociadora” cuenta pendiente: la de identificar sus límites y ubicarlos en su natural enclave patrimonial.

3. EL DERECHO MORAL DE AUTOR Y SU CONEXIÓN PATRIMONIAL

Al margen del constante careo a que se somete la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual entre monistas y dualistas¹⁹, lo cierto

es que la potenciación de alguna de las facultades —morales o personales y patrimoniales o pecuniarias— que integran la propiedad intelectual, tiende a desdibujar a la otra. Ello desenfoca gravemente el análisis. Y es que, en definitiva, unas y otras facultades se encuentran recíprocamente condicionadas, de manera que su comprensión y alcance sólo puede abordarse a través de la consideración conjunta de todas ellas²⁰.

En efecto, se reconoce por toda la legislación, incluida la comparada, que la facultad de divulgación de la obra creada es un derecho moral. Obviamente, se trata de una *conditio sine qua non* para que puedan concretarse facultades patrimoniales, independientemente de quién las ejercite. Esa interrelación moral-patrimonial es incuestionable también en otros supuestos concretos reconocidos por los textos positivos sobre la propiedad intelectual. A título de ejemplo, BERCOVITZ²¹ cita la concurrencia de los derechos de integridad sobre la obra —facultad o derecho moral— y el denominado derecho de transformación²² —facultad o derecho patrimonial—. Mientras que el derecho de integridad parece que atiende más a la defensa de la obra frente a posibles alteraciones, el derecho de transformación atiende más al ejercicio de la facultad que lógicamente tiene el autor de consentir, con plena eficacia vinculante, su alteración, esto es, la afectación de su integridad. De donde resulta que la inalienabilidad y la irrenunciabilidad del derecho o facultad moral de integridad no son absolutas, puesto que quedan condicionadas por el ejercicio del derecho de transformación.

Tres ejemplos más que refuerzan la conexión moral-patrimonial:

- a. Limitación de los derechos o facultades morales en función del ejercicio del derecho de explotación en la regulación o configuración legal que se atribuye al derecho de modificación (respeto de derechos adquiridos) y al derecho de arrepentimiento o retirada (indemnización de daños y perjuicios).
- b. Limitación de los derechos o facultades morales en función de la naturaleza de la obra

y de las exigencias derivadas de su explotación en el mercado.

c. Refuerzo que desempeña el derecho o facultad moral lesionada en la determinación del *quantum* indemnizatorio, potenciando el importe y facilitando su cálculo²³.

En conclusión, y como puede verse, las aportaciones doctrinales en la materia conducen a la búsqueda de soluciones cada vez más integradoras²⁴, soluciones que eviten una decantación en las posturas teóricas no contribuidoras de la pacificación sobre la procelosa naturaleza de los derechos sobre la propiedad intelectual. Ello no puede ser óbice, desde luego, para que se indague en la clarificación de “los equilibrios que deben establecerse entre las facultades patrimoniales y las facultades morales del derecho de autor, con el fin de conseguir que el mismo respalde adecuadamente la producción y difusión de la cultura”²⁵, en sentido amplio.

4. INTRODUCCIÓN: POSICIONES FILOSÓFICAS PARADIGMÁTICAS

Es un error pensar que la filosofía del Derecho es una ciencia social ajena a las exploraciones jurídicas sobre la propiedad intelectual. En el presente apartado, nuestro objetivo queda centrado en afianzar una posible crítica de la propiedad intelectual, poniendo en entredicho sus fundamentos filosóficos, derivados del enfoque iusnaturalista representado por Immanuel KANT, y analizando su justificación utilitarista, de índole economicista, cuyo blasón más reconocible lo encontramos en la obra de Jeremy BENTHAM.

En su orientación filosófica (y eminentemente jurídica), la mencionada crítica se careará con el iusnaturalismo, de donde proceden los derechos naturales privativos del liberalismo clásico. Aquí no hay otra opción que ajustar el análisis, consecuentemente, a los derechos subjetivos; en particular, a la propiedad como eje de una ética acorde con la na-

turalidad racional del hombre que manifiesta y desenvuelve sus intereses en el mundo jurídico. Como reconoce de forma unánime la dogmática jurídica, es significativo destacar que acaso las justificaciones éticas más sólidas del concepto de propiedad intelectual provengan de este campo (o se fundamenten en sus mismos principios), con lo cual el combate dialéctico tendrá lugar con idénticas o similares armas...²⁶

En su vertiente económica, es indiscutible que nuestros esfuerzos pretenden tomar en consideración las invocaciones dogmáticas del utilitarismo en defensa de la propiedad intelectual, para después explorar si los monopolios legales sobre las ideas constituyen un acicate para la creación intelectual y, por ende, para su tutela. A este respecto, no parece procedente adelantar acontecimientos, porque, en buena medida, la explicación de los derechos y facultades —sobre todo los patrimoniales, aunque también los denominados morales— derivados de la propiedad intelectual, así como la articulación de un sistema legal de protección, necesitan precisamente de un contundente análisis de la perspectiva utilitarista empleada en materia económica con especial incidencia en nuestro objeto de estudio: la propiedad intelectual.

Un soberbio artículo doctrinal de la profesora M. J. RADIN²⁷ sitúa el debate en sus justos términos: existen dos visiones de la propiedad en función de la mercificación²⁸; el *modelo kantiano* o “no mercificado” parte de los valores sociales para, atendiendo al desarrollo humano y la auto-constitución o satisfacción de los individuos, destallar en la libertad humana como fundamento del derecho de propiedad (extensible, lógicamente, a la propiedad intelectual). En tal caso, el derecho de propiedad se justifica como proyección del hombre²⁹; el *modelo benthamiano* o “mercificado” tiende a desarrollar el concepto de propiedad como mercancía para la maximización del bienestar social, medido como un análisis coste-beneficio. En tal caso, el derecho de propiedad (al igual que antes, idea que es extensible a la propiedad intelectual) se justifica por su valor

como mercancía. Veremos estos dos modelos por separado.

El proceso de objetivación de la creación —llamado también de reificación o de extrinsecación material, según la doctrina a la que atendamos— ha de ser contemplado poniendo el énfasis en una de las siguientes perspectivas³⁰:

a) en función de la primera, que denominamos “**lógica de la perspectiva del sujeto**”, se produce la creación intelectual, identificada con el contenido moral o personal del sujeto, que es sentida por el sujeto-creador como un derecho subjetivo; en concreto, la profundización desde esta óptica ha conducido a muchos autores a considerar el derecho de autor como un derecho de la personalidad y, de ahí, como un derecho fundamental.

b) la segunda, que enunciamos como la “**lógica de la perspectiva del objeto**”, nos lleva a la necesidad de protección de lo creado, que ha de ser ya necesariamente objeto o bien material, del que derivan facultades con contenido patrimonial; en particular, el derecho a ejercer en exclusiva, —lo que incluye, por supuesto, su reproducción ilimitada—, una actividad económica sobre dicho objeto.

A) KANT Y LA LÓGICA DE LA PERSPECTIVA DEL SUJETO

Como no puede extrañar, fueron los juristas alemanes³¹ los primeros en llamar la atención sobre la “notable” influencia que había ejercido la doctrina kantiana sobre la configuración jurídico-privada del derecho de autor —aunque no es correcto, caemos también nosotros en la inercia diacrítica de utilizar de forma ambivalente las expresiones “propiedad intelectual” y “derecho de autor”; éste no es más que una concreción de aquélla. No es procedente, por el contrario, enfatizar el exiguo tratamiento que KANT dispensa a esta materia, debido a que sólo hace una deliberada alusión en dos obras³², y de un modo asistemático. No obstante, tampoco puede obviarse la impronta que el pensamiento kantiano deja en toda la

configuración jurídica y doctrinal posterior en la institución del derecho de autor.

Una atinada exposición de las aserciones kantianas, desde una traza orientada principalmente a reflexionar sobre el derecho moral de autor, la encontramos en la obra de la profesora Juana MARCO MOLINA³³, quien señala que “el eje central de las disquisiciones de KANT”, a partir del cual asaca sus conclusiones, está tomado de la idea de que “el libro constituye un discurso del autor al público³⁴; el editor, que publica el libro del autor con su consentimiento, habla al público como su representante³⁵, estando legitimado para ello en virtud del poder que le confiere el autor³⁶. De manera que quien imprime el libro sin su consentimiento, habla en nombre del autor contra su voluntad y se inmiscuye en un negocio ajeno —el mandato o gestión que realiza el editor en nombre del autor—³⁷.

En el curso de su exposición, deja caer KANT las expresiones “persönliches Recht” y “angeborenes Recht”. A partir de aquí, una vez queda descartada en el ámbito germánico durante el último tercio del siglo XIX... la concepción del derecho de autor como propiedad, algunos autores —adsritos al parecer a la corriente “germanista”³⁸, por oposición a la “romanista” o pandectista que imperaba entonces en el pensamiento jurídico alemán— se refieren al derecho de autor como “derecho de la personalidad”. Esta orientación dogmática venía a sostener que el derecho de autor es un derecho de la personalidad, cuyo objeto está constituido por una obra intelectual considerada como parte integrante de la esfera de la personalidad misma. La obra del ingenio no es otra cosa que la prolongación de la personalidad del autor y que éste exterioriza por medio de su creación.

Es indudable que detrás de esta teoría se esconde un denodado esfuerzo de KANT y de sus epígonos por provocar una predisposición jurídica (y legal, si cupiera) a favor del autor, y lo hace sobre la base de dos atractivos argumentos: en primer lugar, reconociendo la titularidad del autor sobre su creación y otorgando en su provecho derechos de publicación, y, en

segundo término, reconociendo también que el derecho del autor sobre su obra es, *per se*, inviolable, sin necesidad de secundarse en un privilegio del soberano, con lo que merece una protección³⁹.

Ésta es, en resumen, la principal aportación kantiana en materia de derecho de autor. Rebajando el impacto neokantiano, realiza MARCO MOLINA⁴⁰ una brillante síntesis de lo que, a su juicio, han sido los vestigios kantianos en esta sede: “En realidad, el mérito de KANT a este respecto consiste en haber pronunciado palabras sacramentales —‘angeborenes Recht’, ‘persönliches Recht’—. Tales fórmulas, por venir de quien venían, permitirían más tarde a determinados autores, que consideraban que las especialidades del derecho de autor eran tales que invalidaban cualquier posibilidad de hacerle sitio entre los derechos de carácter patrimonial, adscribir este derecho a una categoría en aquel entonces todavía en estado magmático: los derechos de la personalidad. Categoría, como decimos, todavía *in fieri* en el período que analizamos, tanto en cuanto a su contenido, todavía por fijar, como incluso en cuanto a su propio reconocimiento como categoría del Derecho privado”.

Esta concepción traía causa de la idea lockeana de la propiedad como derecho natural. El pasaje transcrito a continuación corresponde a su obra *Second Treatise of Government*⁴¹ y hace referencia al derecho de propiedad clásico, al acto de apropiación original por el cual los bienes desocupados que la naturaleza ofrece son apartados de su seno por el hombre y convertidos en propiedad privada: “...cada uno de los hombres es propietario de su propia persona. Nadie sino él tiene derecho sobre ella. Podemos decir que el trabajo de su cuerpo y las obras de sus manos son estrictamente suyos. Cuando aparta una cosa del estado que la naturaleza le ha proporcionado y depositado en ella y mezcla con ella su trabajo, le añade algo que es suyo, convirtiéndola así en su propiedad. Ahora existe a su lado, separada del estado común de la naturaleza puesta en ella. Con su trabajo le ha añadido algo que la excluye del derecho común de las demás personas. Dado

que este trabajo es propiedad indiscutible del trabajador, nadie puede tener derecho sobre aquello que ha añadido...”⁴². Hemos visto cómo esta tesis fue duramente atacada por el pensamiento posterior kantiano; ¿en qué sentido la propiedad intelectual enlaza con el concepto de propiedad privada tradicional? Para los defensores iusnaturalistas de la propiedad intelectual, tanto ésta como la propiedad tradicional son el producto de la labor y el pensamiento del individuo.

B) BENTHAM Y LA LÓGICA DE LA PERSPECTIVA DEL OBJETO

Cualquier enfoque o acercamiento que pretenda profundizar en el estudio del derecho de autor carecería de sentido si no previniera sobre las dos principales fuentes de pensamiento cuando se ha partido de la endógena naturaleza moral y patrimonial que caracteriza a este tipo de derecho. La primera de ellas acabamos de examinarla; está representada por la vertiente filosófico-jurídica que, tras parapetarse en un cerrado e inalterable concepto de la propiedad, reivindica el descubrimiento del derecho moral derivado de la creación, salido precisamente —de ahí la relación con el concepto propietario— de la propiedad intelectual.

El segundo enfoque ha de incorporar necesariamente los elementos estructurales aportados por BENTHAM para tamizar la propiedad intelectual en el filtro del utilitarismo económico, de forma que, en una institución impregnada de la noción de empresa, puedan evaluarse los beneficios que reporta la articulación de un sistema de protección de la propiedad intelectual o derecho de autor.

a) Utilitarismo benthamiano

Tras la Revolución Francesa, y ya entrado el siglo XIX, Europa conoció una época de profundos desequilibrios. Las causas eran la incapacidad de la burguesía para desalojar del poder a los representantes del Antiguo Régimen y las contradictorias alianzas temporales entre los trabajadores y las fuerzas burguesas.

Este juego inestable provocó oscilaciones sociales y políticas, que tenían, en buena lógica, su impronta en la evolución económica. Las ofertas intelectuales de los pensadores más lúcidos para la reordenación del sistema fueron el individualismo y el utilitarismo.

Aunque es posible encontrar algunos esbozos de la doctrina utilitarista en A. SMITH, R. MALTHUS y D. RICARDO, la elaboración más acabada de su alcance y significado halla sus principales teóricos en J. BENTHAM, JAMES MILL y J. STUART MILL.

BENTHAM, retomando ideas de la más pura filosofía occidental, considera que las dos motivaciones básicas, centrales, que determinan la conducta humana, son el “placer” y el “dolor”. Las personas tienden a buscar, sobre todo, el placer y a evitar el dolor. Únicamente estas tendencias constituyen algo real y, por ello, pueden convertirse en un principio inconvertible de la moralidad: y esta realidad ha de definirse en relación con lo que produce mayor placer individual (y colectivo). Decir que un comportamiento es “bueno”, significa que produce más placer que dolor. Y, en efecto, si el origen de la sensación placentera (como la del dolor) depende de variables irrelevantes, el “bien global” de una persona cualquiera queda determinado unívocamente por el sumatorio de las magnitudes de las demás. El utilitarismo habla de eficiencia referida a fines, medios, valoraciones y preferencias en la acción humana.

Como se reconoce en la doctrina económica, necesariamente, esto tiene un corolario fundamental, y es que, si lo dicho se asume consecuentemente y la tendencia natural de todo ser humano es hacia la maximización de su placer y minimización del dolor, los medios elegidos para ello son irrelevantes *prima facie*. Hechas estas asunciones, es fácil ver que los asuntos morales podrían dirimirse fácilmente recurriendo a un simple “cálculo” utilitarista de las opciones o alternativas de acción puestas en juego. El utilitarismo pretende la maximización del bienestar social o la utilidad social, esto es, el mayor bienestar para el mayor número. El utilitarista indica que el sistema económico liberal produce y distribuye más

riqueza, optimiza la asignación y la utilización de recursos escasos y coordina de forma espontánea los deseos y las capacidades de los participantes en el mercado. Los derechos, para el utilitarismo, son construcciones *ad hoc* ideadas para alcanzar la maximización del bienestar que todo individuo anhela⁴³. BENTHAM pretende un análisis desapasionado de las motivaciones del comportamiento individual y colectivo, no sólo estrictamente económico. Las tesis utilitaristas del siglo XIX pretendían ser, como hemos adelantado, un instrumento esencial de una más que justificada reforma social y política, en una realidad caracterizada por la explotación, la miseria o indigencia de las clases obreras (son ideas de RICARDO) y el problema del crecimiento indiscriminado de la población en un medio adverso (o MALTHUS). En este sentido, podemos considerar que el utilitarismo se opone a la ética kantiana, al dogmatismo. El iusnaturalismo habla de justicia referida a derechos de propiedad, fuerza y voluntariedad de las relaciones humanas. El iusnaturalista indica que la única norma ética basada en la igualdad esencial de los seres humanos que puede ser universal y simétrica es el respeto de los derechos de propiedad de cada persona sobre sí mismo y sobre aquellos bienes que coloniza, crea o intercambia libremente con los demás. Libertad y derechos de propiedad son equivalentes. Por eso y en tal sentido, el utilitarismo ofrece una perspectiva que pretende superar los defectos del individualismo.

Los principios sobre los que pivota la mentalidad utilitarista (de ingente implantación, sobre todo, en el mundo anglosajón), mesurados sus efectos en relación con el bienestar-felicidad, son los siguientes:

- Principio de felicidad: lógicamente, las acciones son adecuadas en la medida en que promueven o potencian la felicidad, e inadecuadas en caso contrario.

Este principio arrastra presupuestos necesarios como la libertad, la justicia o el derecho.

- El principio de bienestar general: las consecuencias de las acciones tienen que contri-

buir al mayor bienestar y felicidad posibles del mayor número de personas.

- El principio de sacrificio: el sacrificio no es un bien en sí mismo, sino en relación con su capacidad para reportar la utilidad a los demás.

A partir de aquí, y poniendo en relación la visión utilitarista con el régimen de la propiedad intelectual, se arguye que el progreso, con el concomitante aumento de riqueza, será optimizado si se garantizan *copyright* y patentes que incentiven la labor de autores y inventores. No se contempla si los creadores son acreedores de un derecho natural exclusivo sobre sus obras. Desde un punto de vista utilitarista, esto es irrelevante, lo único que interesa es si la propiedad intelectual fomenta el progreso⁴⁴. Tal forma de proceder científico tiene, entre otros achaques, el de que el cálculo de utilidades es imposible, pues éstas no son medibles. En efecto, no es posible determinar cuándo una política maximiza el bienestar ni en qué medida, pues las utilidades son estrictamente subjetivas y no son ni cuantificables ni comparables. En este contexto, no es riguroso precisar si las patentes y los *copyrights* o los derechos de autor benefician a unos más de lo que perjudican a otros, si el bienestar que resulta de las innovaciones fomentadas por la propiedad intelectual compensa los perjuicios derivados de las restricciones a la divulgación de estas innovaciones⁴⁵.

b) Los principios económicos atinentes a la propiedad: escasez, costes del sistema y quiebra del mercado

Este segundo argumento está estrechamente vinculado a la ciencia económica. Desde este punto de vista, existen tres principios⁴⁶ económicos que son de cercana aplicación a la propiedad intelectual como institución:

I. La escasez (*scarsità*).

Se enuncia diciendo que no hay bien o derecho de propiedad específico sobre un bien —inmaterial— si éste es tan difuso que cada cual puede servirse libremente dejando siempre una cantidad suficiente para los demás.

En economía se habla de bienes escasos cuando el uso de un bien por parte de un individuo excluye o limita el uso de este bien por parte de otro individuo o para otra finalidad. Por consiguiente, se colige que un bien es escaso cuando puede haber conflicto sobre su uso por parte de múltiples sujetos.

Pero las ideas, y ése es el punto clave, no son bienes escasos. Los objetos inmateriales no son de uso excluyente, no puede haber conflicto sobre su uso. Luego no tiene sentido que se establezcan normas éticas para evitar el conflicto, ya que no puede haber conflicto alguno con respecto a su uso.

Ocurre también que la dimensión económica de la escasez (producto inagotable) que acabamos de ver, tiene su correlativo en una dimensión jurídica: se limitan, son escasos, los derechos de acceso a la propiedad. Si bien es cierto que, según la propia naturaleza de las cosas, los bienes inmateriales ni son escasos ni, en principio, se limita su acceso a ellos, el ordenamiento jurídico se encarga de circunscribir los supuestos en que puede accederse a su propiedad (creación o título adquisitivo), con lo que está “construyendo” o, al menos, facilitando una dimensión jurídica de la escasez.

II. Costes del sistema (*costi del sistema*)

No habrá un régimen propietario sobre un determinado bien, aunque sea escaso y tenga un valor, si los costes de mantener un sistema propietario son mayores que el beneficio aportado por el sistema mismo⁴⁷. Los costes consisten en la creación y en la aplicación práctica de un determinado régimen jurídico.

Los beneficios son el aumento en la producción debido a mayores incentivos para producir, redundantes en un mayor beneficio social total. El resultado de este análisis coste / beneficio depende de la escasez y del deseo del bien, de en qué medida su producción efectivamente depende de los incentivos puestos por un régimen propietario, y de cuánto cuesta hacer eficaz un régimen así.

Este principio implica que la propiedad (intelectual) es dinámica. Se desarrolla y muda según la estructura de los posibles beneficios y

costes, que a su vez varían con la tecnología, el contexto cultural y la estructura de las muchas preferencias individuales.

III. Quiebra del mercado (*fallimento del mercato*)

Un régimen propietario, también en caso de que sea justificado económicamente según los primeros dos principios, puede provocar una pérdida social si la distribución no ocurre en un régimen de competencia. Cuando un sujeto puede ejercer un control sobre el mercado, se comportará como monopolista limitando la producción y aumentando los precios.

En cierto sentido, cada propietario es un monopolista, puesto que el derecho de propiedad otorga el poder de excluir a los otros del empleo de un recurso deseado, y por tanto, de elevar el precio por el empleo de tal recurso; se debe valorar además el coste por la ausencia de un derecho de exclusión. A pesar de eso, en un mercado competitivo en equilibrio el propietario no puede vender un bien por un precio mayor del coste marginal de producción, o en otras palabras, del coste necesario para permitir la producción según el principio la escasez. El control del mercado solicita algo más que un simple poder de exclusión (como por ejemplo una cuota de mercado dominante con notables barreras a la entrada de nuevos sujetos).

En conclusión, las implicaciones económicas de la propiedad intelectual⁴⁸ son insondables. En líneas generales, la protección jurídica de la creación intelectual ha sido el fermento del desarrollo económico de los Estados. Resulta grotesco sugerir una pauta de protección que no esté inferida de los principios económicos que acabamos de exponer; en la práctica, como puede reconocer la doctrina científica, la protección de los productos de la mente tiende a ser imperfecta en sentido económico. Y lo es en el sentido de que la propiedad intelectual requiere el establecimiento de un monopolio. Esta crítica se atenúa haciendo notar que dicho monopolio se concede con plazo de caducidad, esto es, que tiene una duración temporal. Pero existe una división importante entre los

efectos de un monopolio y el funcionamiento de la protección de la propiedad intelectual. La propiedad intelectual crea solamente el derecho de excluir a otros de un producto o procedimiento determinado.

El monopolio clásico, sin embargo, supone la capacidad de excluir a otros de un mercado específico. Conlleva la capacidad de excluir otro producto o procedimiento de ese mercado específico. Y un único producto raramente equivale a un mercado.

La propiedad intelectual brinda, desde luego, una ventaja importante, pero no es un monopolio, al menos en el sentido aludido. En principio, la propiedad intelectual protege la idea, la invención, la expresión creativa, pero no la empresa (ya veremos que esto, en la práctica, no es exactamente así, sobre todo por el grado de vinculación que tiene la propiedad intelectual con la empresa). En el caso de la propiedad intelectual, el producto de la mente puede fracasar o ser superado en el mercado. En el caso del monopolio, es la empresa misma la que es objeto de protección.

5. LA INFERENCIA REGALISTA

Cualquier diccionario autorizado tiende a manifestar que el privilegio es una institución muy antigua que choca con el sentido general e igualitario del Derecho moderno, no obstante lo cual, todavía se reconocen algunos privilegios que de hecho son interpretados con un criterio muy distinto del que tradicionalmente se ha manifestado al respecto.

Un breve repaso histórico nos enseña que la propiedad intelectual no siempre fue reconocida⁴⁹. Sólo en la Inglaterra del siglo XVII comenzó a ser atendido el *copyright* como un derecho inherente a la creación literaria, y por extensión a la creación de obras propias del intelecto. Hubo que esperarse hasta el convulso siglo XIX para comenzar a atisbar una leve internacionalización de los derechos de autor, creándose, si bien que de forma paulatina, una plataforma jurídica para el respeto de éstos en

todos los países. Como reconoce una pródiga doctrina, la extensión de la imprenta de tipos móviles en la Europa renacentista, y con ella de las nuevas ideas de erasmistas y reformadores cristianos, alarmó prontamente a la Iglesia Católica, los príncipes y las repúblicas del continente europeo. Estos utilizaron entonces la tradición legal que amparaba a los gremios urbanos feudales para controlar de modo efectivo lo publicado. El primer marco legal monopolístico era todavía un marco feudal cuyos objetivos eran el control político de la naciente faceta pública, por lo que el autor no aparecía como sujeto de derechos, sino el impresor. Ese control estatal (en parte delegado a la Iglesia y a la Inquisición en el mundo católico), allanó el camino no obstante a la aparición de las primeras patentes. Parece ser que la primera de la que se tiene constancia es una patente de monopolio de la República de Venecia de 1491 a favor de Pietro di Ravena que aseguraba que sólo él mismo o los impresores que dictaminase tenían derecho legal, dentro de los límites territoriales de la República, a imprimir su obra. En Alemania apareció en 1501 y en Inglaterra en 1518, siempre para obras concretas y siempre como gracia real de monopolio. Una práctica ésta, la de la concesión de monopolios reales bajo forma de patente, que las monarquías europeas fueron extendiendo en distintos ámbitos como forma de remuneración de sus colaboradores.

El siglo XVII conoció distintos intentos de regulación con el objeto de asegurar a los autores literarios una parte de las ganancias obtenidas por los impresores. Ese era, por ejemplo, el sentido de las disposiciones de 1627 de Felipe IV en España. Lo que movía a esta regulación es precisamente la ausencia de monopolio del autor respecto a la obra. Dado que cualquier impresor podía reeditar una obra cualquiera, el legislador buscaba mantener los incentivos del autor obligándole a compartir una parte de los beneficios obtenidos.

La primigenia sistematización legal de un régimen más o menos conciso de propiedad intelectual configurado como tal surgió en la Inglaterra barroca de comienzos del siglo

XVIII. Es el llamado *Statute of Anne* (reconocido por el nombre del monarca en cuyo reinado se promulgó, Ana de Inglaterra), de 11 de enero de 1709. A pesar de tratarse de una regulación rudimentaria del régimen de la propiedad intelectual, su importancia vino dada porque, por primera vez, aparecían las características y elementos propios de un sistema de propiedad intelectual que fija más su atención en el que habría de ser verdadero protagonista de la tutela derivada de un auténtico sistema protector: nos referimos al autor. El mencionado *Statute*, se presentaba como un sistema de incentivos a los autores motivado por las “externalidades positivas”⁵⁰ generadas por su labor. De hecho su rúbrica completa fue:

• “*An Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of Printed Books in the Authors or purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned*”

La regulación pretendía establecer un sistema que partía del reconocimiento al autor de una especie de “monopolio temporal universal”. No obstante, el conflicto con los impresores, habitual explotador de la obra, estaba servido; la base sólida de su argumentación estaba constituida por el hecho de que, según alegaban, una vez encargadas y recibidas las obras, los beneficiarios del monopolio deberían ser ellos y no el autor original. Nacía así el pilar de lo que más tarde sería la distinción entre *copyright* y derechos de autor. Mientras que el primero convierte la obra en una mercancía más haciendo plenamente transmisibles los privilegios otorgados por el monopolio legal, el segundo reservará derechos a los autores más allá incluso de su adjetivación patrimonial.

El derecho de autor nace arrostrando los embates regalistas del poder real y la presión económica de los impresores. Con distintas formas y matices el sistema se extendía poco a poco por Europa. Dinamarca y Suecia tuvieron su primera legislación en 1741 y España en 1763, 22 de marzo, por Real Orden otorgada por el rey Carlos III, donde se disponía que “de aquí en adelante no se conceda á nadie privilegio exclusivo para imprimir ningún libro, sino al mismo autor que lo haya compuesto”,

mandato que se complementó con la Real Orden de 20 de octubre de 1764, que declaraba el carácter hereditario de los privilegios que se habían concedido a los autores de libros “por la atención que merecen aquellos literatos, que después de haber ilustrado su Patria no dexan más patrimonio a sus familias que el honrado caudal de sus propias obras y el de imitar su buen ejemplo”. No obstante, estamos en la época de la Ilustración francesa, y el debate sobre la naturaleza de estas patentes siguió abierto. Mientras el *copyright* anglosajón propendía a homologar el privilegio con una forma más de propiedad, el derecho de autor requería una fundamentación que al final lo equiparase con un derecho natural, no nacido de una concesión real, sino directamente reclamable de forma evidente... lo cual, dado lo reciente de su aparición no era, ni mucho menos, una argumentación teórica fácil.

En la misma línea, y siguiendo otra vez las directrices de la doctrina que se ha ocupado del tema, puede decirse que pronto surgieron las primeras críticas, aunque basadas todavía en la ya periclitada escolástica medieval. Partiendo de las enseñanzas de Santo Tomás de Aquino⁵¹, la llamada Escuela de Salamanca circunscribió a mediados del siglo XVIII la protección a lo que luego se llamarán derechos morales, atacando frontalmente la equiparación del privilegio real con una forma de propiedad, dado que sobre las ideas, conocimientos y conceptos no puede reivindicarse propiedad con independencia del Estado, ni la transmisión llevarse a cabo como un “juego de suma cero” como sí ocurre con la propiedad de las cosas. Además, no siendo la propiedad un derecho natural, difícilmente podría argumentarse su universalidad⁵². Sin embargo, y adentrados ya en la dinámica del siglo XIX, la arrasadora expansión del capitalismo y la necesidad de incentivos para mantener el acelerado desarrollo tecnológico tras las guerras napoleónicas, consolidarían la lógica de la propiedad intelectual y fomentarían el nacimiento y promulgación de las legislaciones protectoras. De hecho, la propiedad intelectual estuvo históricamente

supeditada en la práctica a las necesidades sociales de innovación.

Son los últimos estertores de un siglo productivo y decadente, que añade otro aspecto destacable, cual fue la internacionalización espontánea de los pagos a los autores por parte de los editores. Al parecer, durante este siglo XIX los autores estadounidenses recibieron más pagos de los editores británicos que de los de su propio país, a pesar de que los privilegios eran estatales y no podían ser reclamados legalmente en otros países. Parece que, como vuelve a suceder hoy en día, la parte principal de los ingresos de una obra se producían en la primera edición, lo que incitaba suficientemente a los editores británicos para pagar por acceder a los contenidos antes que sus competidores, sin necesidad de que estos hicieran valer sus privilegios legales. A pesar de ello, la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*⁵³, convocada en 1886 por iniciativa de Victor Hugo —autor de los primeros éxitos de ventas internacionales— marcó un momento decisivo en la globalización del derecho de autor al obligar a la reciprocidad en el reconocimiento de derechos a los autores por parte de los países signatarios. Aunque eran originalmente tan sólo media docena y exclusivamente europeos (EE.UU. no se sumó hasta 1989) se sentaron las bases del panorama actual.

El siglo XX fue el de la consagración de los derechos de autor y del *copyright*, así como de los demás derechos derivados de la propiedad industrial (patentes, marcas, signos distintivos, secretos comerciales, etc.). Tras la convención de Berna se funda el *Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle*, actualmente hoy OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual). Aparecen ya las primeras sociedades de derechos como la SAE (hoy SGAE) en 1898 y las empresas tecnológicas consolidaron sobre el sistema de patentes su modelo de negocio. La segunda mitad del siglo, con el estallido del desarrollo industrial, ha conducido a la formación de un gran mercado mundial dependiente de la homologación internacional de la propiedad intelectual.

En resumidas cuentas, y centrándonos en las secuelas que impregna un sistema tal en el que el autor no tiene derecho fundado en la creación intelectual, sino concedido *ope legis* en forma de privilegio, como concesión graciosa del estado por el interés que tiene la sociedad en estimular las creaciones intelectuales y del espíritu, es indiscutible que el regalismo se remonta a las monarquías en las que el rey era el dador de derechos y prerrogativas, que, sobre todo en su fase de gestación, beneficiaron antes que a nadie a los impresores y a los editores. Está, por demás, decir que este privilegio estaba sometido a la censura del monarca quien nunca toleró obras que fueran en contra de sus intereses públicos, económicos y religiosos.

¿Qué debió de ocurrir con el sistema regalista?; ¿Cuál fue su punto de inflexión? Ante estos nuevos objetos —dirá MARCO MOLINA⁵⁴ refiriéndose a los bienes de la creación intelectual—, se plantea siempre a quienes “a partir de ahora hacen las leyes, dos posibilidades extremas: bien declarar la absoluta libertad de todos y cada uno para el aprovechamiento de dichos bienes —lo cual nunca se hará, porque hablamos de concepción liberal, no libertaria—, bien reconocerlos de manera absoluta y sin ningún tipo de cortapisas de la exclusiva propiedad de un único sujeto y, aunque siempre hay partidarios de esta última solución, se la acaba descartando por considerar que por esta vía se ponen en peligro otros principios del ideario liberal, como son la libertad y el fomento del progreso y de la cultura nacional.

Se opta entonces en todos los casos por una solución intermedia que es la de, reconociendo el derecho exclusivo de determinados sujetos sobre dichos bienes —normalmente, el autor de una obra del intelecto, el propietario del suelo en el caso de las minas o del predio del que manan en el de las aguas—, someter la adquisición, ejercicio y goce de tales derechos a las condiciones que, al efecto, señala el Estado”.

No se estaba lejos de pensar que, en lo particular, toda la creación del intelecto es algo superior y anterior al reconocimiento de la ley, porque en última instancia, la legislación tam-

bién es producto del entendimiento. La ley sólo debe proteger y reglamentar la creatividad como parte de la libertad y dignidad del hombre, producir valores culturales para provecho de todos.

Concluimos nuevamente con la autorizada voz de MARCO MOLINA⁵⁵, para quien, en este punto, y desaparecidos, al menos sobre el papel, los últimos resabios de instituciones feudales, de “regalismo” —en expresión peyorativa de la época—, había sido necesario pronunciarse acerca del destino de esos objetos —se incide en ese tono para referir la inmaterialidad— hasta entonces no susceptibles de libre apropiación por los particulares, sino administrados por un sistema de privilegios⁵⁶ y concesiones emanadas del poder real⁵⁷.

Hasta aquí la inferencia regalista.

6. ECONOMÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO. MERCADO Y PROPIEDAD INTELECTUAL

Para la derivación kantiana, con origen en John Locke, del derecho de autor como un derecho de la personalidad, basta remitirse a las consideraciones hechas por PALMER⁵⁸: “Personalidad y propiedad están, en efecto, relacionadas entre sí, según lo expresado en la declaración de Overton: a cada individuo que existe en la naturaleza, le es dada una propiedad por la naturaleza, no para ser invadida o usurpada por cualquiera: para cada sujeto considerado *himselſe*, existe una *selfe* propiedad, otra cosa podría no ser *himselſe*”⁵⁹. Pero esta necesidad de los bienes de uno mismo significa ser eminentemente “auto-propiedad”, lo que representa un principio en conflicto con los derechos de propiedad intelectual⁶⁰.

Respecto del utilitarismo benthamiano activado para la propiedad intelectual, dice PALMER: “Los argumentos del utilitarismo también tienen un papel que jugar en la comprensión de la moral de los derechos de propiedad. Que el hecho de que las personas sean más productivas y generen más riqueza

que pueda ser disfrutada por todos sólo puede darse cuando se cosechan los frutos de sus esfuerzos, es algo que se ha reconocido desde los tiempos de Aristóteles...

La llave de todo esto es el principio de la carestía o escasez. Sin carestía, un argumento basado en la realización de la libertad o en la búsqueda de una solución a los “juegos de coordinación” no puede generar un derecho de propiedad. Está claro que los bienes materiales son escasos y generan conflictos de uso. Es ésta carestía la que da sentido a los derechos de propiedad. Los derechos de propiedad intelectual, sin embargo, no se sustentan sobre una escasez natural de bienes, sino en una “artificial, auto-creada escasez”. Esto es, la legislación o la norma legal limitan el uso de los objetos ideales de manera tal que crea una carestía o escasez artificial que, se espera, generará mayores ingresos para los innovadores. Derechos de propiedad sobre bienes corporales canalizados en su más alto valor. Las posibilidades de intercambio de títulos de propiedad transferibles significa que los titulares de derechos de propiedad reorganizan o revisan sus títulos en busca de beneficios. Sin la escasez este proceso sería innecesario. Pero el intento de generar oportunidades de beneficio por la legislación que limita el acceso a determinados bienes ideales y, por tanto, para imitar los procesos de mercado relativos a la asignación de los bienes materiales, contiene una contradicción fatal: viola los derechos a los bienes materiales, los mismos derechos legales que proporcionan las bases con las que los mercados funcionan⁶¹.

Resuenan de nuevo las intuiciones de la profesora RADIN; la propiedad intelectual, como institución jurídica, sólo alcanza sentido jurídico cuando se desenvuelve en el mercado. La propiedad intelectual, como cualquier otro tipo de propiedad, se ha deslizado hacia la empresa. Esto es, ella misma es empresa o, cuando menos, manifestación de la empresa. Desde luego y en expresión gráfica, diríamos que se trata de un matrimonio indisoluble, pero mal avenido. O, como dice, Ugo MATTEI⁶² “la propiedad intelectual tiene una intrínseca naturaleza económica llamada a existir e intro-

ducirse tanto en el ámbito jurídico como en el económico, esto es, el derecho de autor se origina para ser puesto en inmediata circulación jurídico-económica. Es más, el derecho de autor es empresa que ha de estar en continuo contacto con otras empresas, ha de funcionar y ejercitarse como empresa y en relación con otras empresas, sean físicas, jurídicas, e, incluso, sea el Estado”.

7. CONCLUSIONES

Aunque con la particular cautela derivada de la complejidad de la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual, es forzoso declarar que ésta actúa como promoción de un equilibrio entre los intereses particulares y el interés general, y como excepción al régimen común de la propiedad.

Y ello porque, por una parte, el ejercicio de facultades derivadas de los derechos de autor conduce al establecimiento de derechos exclusivos de limitación temporal, y, de otra porque —como se ha podido leer en la dogmática nacional y foránea—, la propiedad intelectual ilustra la dimensión mítica de la propiedad, que, desde sus orígenes, ha de confrontarse con nuevas situaciones o, por mejor decir, nuevas formas de propiedad que ella misma —como institución— es incapaz de regir. Para esta misión se ha redescubierto la función social de la propiedad (intelectual); una función social que se interpone entre el sujeto-autor (propietario de las facultades derivadas de su creación) y el objeto inmaterial, auténtica “piedra de roseta” para entender la naturaleza jurídica aludida.

Y, a pesar de todo, la propiedad intelectual sigue apareciendo como la dimensión mítica de la propiedad; como un tipo de propiedad inventado por el mercado para legitimar la explotación de los derechos derivados de ella a través de la empresa. El círculo se cierra así: mientras que las facultades morales del derecho de autor siguen predicándose como derecho fundamental subjetivo —amparado positivamente por vía constitucional— dentro del

más amplio de la libertad de expresión; mientras que respecto de las facultades económicas y patrimoniales se instruye una protección a través del derecho de propiedad, también en su diseño constitucional; mientras tanto, no se ha reparado en que la articulación de un sistema de tutela como el expuesto necesita la garantía de que el legislador no va a suprimirlo, de que va a respetar tanto su función social —que delimita su contenido— como el contenido esencial, y esa garantía sólo puede ser ofrecida por la libertad de empresa en tanto

que mandato dirigido a mantener un sistema económico del que el derecho de autor no puede prescindir.

La propiedad intelectual puede ser la dimensión mítica de la propiedad; el derecho de autor, en cambio, es la concreción empresarial de la dimensión económica de la propiedad intelectual, habida cuenta de que carece de sentido su tutela y protección si no se reconoce su explotación económica en exclusiva, aunque sea por tiempo limitado o sobre bienes limitados —*scarsità*—.

NOTAS

1. LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho civil, vol. 1.º, t. III. Derechos reales (posesión y propiedad)*. 3ª ed. Barcelona, 1990, pág. 346.

2. A este respecto, al comenzar a analizar los derechos morales, dirá gráficamente OLLERO TASSARA —“Entre creación y propiedad. El problemático carácter ‘fundamental’ de los derechos del autor”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 1988-1989, n.º 5, pág. 133— que “el afán por superar una concepción forzosamente platónica de la actividad creativa se vio en el tiempo sustituido por otro de signo diverso: ahora el peligro era reducir tales derechos al cobro de determinados porcentajes de explotación de la obra artística. Característica al respecto es la emergencia de los llamados ‘derechos morales’, cuyo encaje en el marco de la propiedad exige aún más imaginación que la acogida de tan foránea terminología”.

3. Es el eterno debate entre monistas y dualistas, que salpicará constantemente cualquier trabajo que analice la propiedad intelectual. Una lectura programática del tema en GRECO, “Saggio sulle concezioni del diritto di autore”, *Rivista di Diritto Civile*, noviembre-diciembre de 1964, págs. 539 y ss. En nuestra doctrina, dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, no sin cierta vacilación, que cree “preferible la doctrina monista: el derecho de autor es un derecho único de naturaleza mixta, pues se trata de un derecho de la personalidad con trascendencia patrimonial” (en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. V, vol. 2.º, 1985, pág. 717).

4. Fijaremos nuestra atención en los trabajos de tres autores, citados por orden cronológico: en primer lugar, el atento trabajo —pretérito en el tiempo pero actual en sus planteamientos y conclusiones— de PÉREZ SERRANO, N. “El derecho moral de los autores”, *Anuario de Derecho Civil*, 1949, págs. 7 a 27; de aspiración sinóptica, y centrada sobre todo en el nacimiento y evolución del derecho moral, es el análisis de RAMS ALBESA, J., en “La génesis de los derechos morales de los creadores”, *Colección de Propiedad Intelectual*, coord. por ROGEL VIDE, Madrid, 2003, págs. 17 a 42; por último, con su habitual percepción didáctica y razonada, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en “Bienes de la personalidad y derecho moral de autor”, también en *Colección de Propiedad Intelectual*, coord. por ROGEL VIDE, Madrid, 2003, págs. 95 a 110.

5. PÉREZ SERRANO, op. cit., pág. 8. Como es bien sabido —continúa—, el Convenio de Berna (1886) estuvo a punto de fracasar porque los franceses querían que se hablase de *propriété littéraire et artistique*, en tanto que los alemanes insistían, por el contrario, en la expresión *Urheberrecht* (derecho de autor). Y si el escollo se venció fue merced a una fórmula híbrida e ingeniosa, pues en el artículo 1.º se consignó que los Estados...se constituirían en Unión “para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas”.

6. Ello no obsta para que se reconozca en este autor la idea de lo que para él era un derecho *sui generis* de naturaleza mixta que debe ser calificado como derecho personal-patrimonial, en el cual pueden distinguirse dos periodos: el comprendido entre la creación de la obra y su publicación, de naturaleza personal, el que se extiende de la publicación de la obra en adelante, de naturaleza patrimonial (PIOLA-CASELLI, “Tratado de derecho de autor”, en *Il Diritto Civile Italiano*, parte 4ª, UTET, sobre la propiedad, vol. III, 1907).

7. Ya que concurren en él las notas de inalienabilidad, intransmisibilidad, imprescriptibilidad, su carácter absoluto y el hecho de no ser evaluable en dinero.

8. Lo veremos luego; la propia configuración sistemática del *copyright*, que casa perfectamente con la idea, no ya de señorío exclusivo sobre la cosa, sino con la posibilidad de excluir al “no propietario” del uso y disfrute de la cosa, tolera mejor la disociación a la que nos venimos refiriendo, sin que ello conlleve una consideración espuria del concepto.

9. Se refiere, taxativamente, a JOSSERAND, L. *Cours de Droit civil Positif français*, París, 1930 (3ª ed.).

10. A pesar de las incisivas cuestiones, el propio PÉREZ SERRANO remata la monografía aseverando que “el ‘derecho moral’ constituye hoy ya —estamos justo en el hemisferio del siglo XX*— la consagración legislativa, incluso con rango internacional, de facultades justas y espirituales que al autor corresponden en defensa de su honor y para garantía de integridad de la obra; que ese derecho se basa en supremas consideraciones de respeto a la persona y al patrimonio espiritual del autor, y también en la protección del público de buena fe contra mistificaciones inadmisibles; que por la misma singularidad o excepcionalidad de ese derecho debe moderarse prudentemente su ejercicio, para que no resulte gravemente perturbador de otros intereses igualmente respetables; que, por tanto, faltará base razonable para el ejercicio del derecho moral cuando no se den los supuestos básicos que le otorgan legitimidad, debiendo reprobarse cualquier abuso en la materia; y, por último, que, aun reconociendo primacía a los factores ideales sobre los meramente pecuniarios, no será lícito el ejercicio del derecho moral si no se indemnizan en proporción adecuada los quebrantos económicos que de él pueden surgir al invalidar derechos patrimoniales legítimamente adquiridos por terceras personas, cuya protección merece amparo frente a fantasías, caprichos o simplemente actuaciones que afectan a vínculos contractuales anteriores dignos de tutela jurídica”.

* La aclaración temporal es nuestra.

11. RAMS ALBESA, op. cit., pág. 22.

12. A pesar de que había sido la propia Corte de Casación francesa la que se mantuvo firme en la aseveración de que la propiedad intelectual no presenta diferencias con respecto a las restantes.

13. Vid. Asunto Michel Masson v. Gaudichot, st. de marzo de 1880.

14. RAMS ALBESA, op. cit., pág. 25. Terminará diciendo —pág. 42— que “la génesis histórica de los derechos morales no nace en torno a una concepción sacral del acto de creación intelectual, pese a que por tales derroteros discurren a la postre la mayor parte de las argumentaciones, sino de la más entrañable e íntima de evitar la intromisión en la gestión de tales bienes de los consortes de los autores, algo más próximo y cotidiano. Se trata de un mecanismo de defensa que sólo manifiesta su verdadera razón de ser cuando sirve de elemento agente respecto a alguien distinto del autor pero que tiene algún derecho sobre la obra..., en tanto que para los terceros imaginables que carecen de tales derechos, las facultades morales forman parte de la propiedad, constituyen su elemento esencial, pero no pueden aplicarse y difícilmente explicarse a un no jurista, incluso también a un no jurista no familiarizado con la evolución de la propiedad intelectual”.

15. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, trad. de E. VERDERA y L. SUÁREZ-LLANOS, Barcelona, 1970.

16. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Bienes..., cit., coord. por ROGEL VIDE, Madrid, 2003, pág. 96. En contra, se muestra que hay autores (vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. op. cit., págs. 763 y 764; también, 767 a 769; en idéntico sentido, DE CASTRO Y BRAVO, *Temas...*, cit., págs. 22 y 23) que quisieron ver en la Ley de 1879 y en la reglamentación de desarrollo un reconocimiento del derecho moral de autor, dado que el mismo relacionaba con la paternidad e integridad de la obra (arts. 24 y 31 de la Ley; 18, 69, 70, 85, 86, 87, 101 y 118 del Reglamento), y con su divulgación (arts. 7, 8, 20, 44 de la Ley o la retractación del autor —arts. 23 de la Ley y 93 del Reglamento—). Pero tales preceptos —dice BERCOVITZ— no implican ese reconocimiento por dos razones: la total ausencia de una referencia explícita en esos textos legales al derecho moral y por el hecho de no ser expresión del régimen propio de dicho derecho moral. Como ejemplo, se cita el conocidísimo debate en torno al “caso SERRANO”.

17. Enseña BERCOVITZ que fue determinante la oposición de EE.UU. para no incluir el derecho moral de autor en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Para evitar cualquier ápice de duda, el propio art. 9.1 de dicho acuerdo excluye expresamente de su ámbito de aplicación el contenido del citado art. 6 bis). Vid., a este respecto, DWORKIN, G. *The moral right of author*. Congreso de Amberes, 19 a 24 de septiembre de 1993, págs. 84 y ss.

Más tarde, el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre derechos de autor incorpora plenamente el contenido del Convenio de Berna, sin exclusión de los derechos morales.

18. A juicio de BERCOVITZ —op. cit., págs. 101 y 102— esa identidad o identificación entre sujeto y objeto, en el sentido de que ambos se univocan, es lo que quería reflejar DE CASTRO al hablar de bienes (y no de derechos) de la personalidad. De igual parecer, LACRUZ BERDEJO (en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. V, vol. 4º, págs. 33 y ss.).

19. Volveremos sobre este punto. Bástenos decir ahora que el doble aspecto, patrimonial y personal, de la obra como objeto de derechos, entre otras razones, justifica la extensión de la tesis dualista, según la cual el autor es titular de dos derechos distintos: el derecho moral de autor, cuya naturaleza lo asemejaría a un bien o derecho de la personalidad, y el derecho de propiedad intelectual *sensu stricto*, que tendría naturaleza patrimonial. A partir de aquí, todo autor que se aventure a estudiar la propiedad intelectual parece avocado a determinarse por una de las dos posturas.

Lo explica bien PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS —op. cit., pág. 717— quien, después de optar por la tesis monista, declara que “las facultades patrimoniales del autor no constituyen por sí un derecho distinto y diferenciado, un derecho apartado, del otro derecho, el derecho moral, que estaría constituido sólo por las facultades personalísimas. Facultades personalísimas y facultades morales integran —repetimos— el contenido de un único derecho, de un derecho unitario. Por eso mientras el no ejercicio de las facultades de un derecho patrimonial transmitido sobre la obra puede determinar, para su titular, la pérdida de ese derecho por prescripción, no cabe, en cambio, que el autor pierda por prescripción su pretendido derecho patrimonial autónomo; las facultades económicas son sólo parte de las facultades del derecho único e *in facultatibus non datur praescriptio*. Pero ciertamente el complejo de facultades patrimoniales adquiere una cierta individualización, manifiesta en la renuncia, la transmisión y el embargo independientes”.

Un intento de superar este constante desacuerdo es el trabajo de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO que venimos utilizando en este y en el anterior epígrafe. Como él mismo reseña, no acude a tomar posición en el debate sobre dualismo o monismo porque la tesis que pretende defender es compatible con ambas construcciones. Dado que las soluciones que aporta están íntimamente superpuestas sobre planos privados-civiles y públicos-constitucionales, nos remitimos a nuestro estudio *La disciplina constitucional de la propiedad intelectual*, inéd.

20. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, op. cit., págs. 107 y 108.

21. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, op. cit., pág. 108.

22. Existen más que serias y cerradas dudas sobre el carácter exclusivamente patrimonial de este derecho. Antes bien parece estar a caballo entre una facultad y otra.

23. Como muestra, STS de 11 de julio de 2000.

24. Algo parecido ocurre con la regulación y protección del derecho (moral) de los autores en ordenamientos de tan calado “sabor” a *Common law*. En este sentido, la doctrina (para el caso, YZQUIERDO TOLSADA, “¿Existe protección del derecho moral de autor en el sistema norteamericano?”, *Colección de Propiedad Intelectual*, coord. por ROGEL VIDE, Madrid, 2003, págs. 231 y ss.) remarca que las reticencias que un país como EE.UU. mostró para aceptar la Convención de Berna —ratificada ¡102 años después de su aprobación!*— provenían del amplio reconocimiento que se dispensaba a los derechos morales. No obstante, en descargo de EE.UU. hay que apuntar, como hace YZQUIERDO TOLSADA —op. cit., pág. 232—, que ello no suponía total carencia de protección o protección exclusivamente ligada a los derechos pecuniarios, porque, primeramente, los instrumentos de la responsabilidad civil extracontractual proporcionan frecuentemente buenas respuestas en un país en el que las exageraciones del *law of torts* están a la orden del día. Y segundo porque desde hace algunos años aquel país viene contando con concretas leyes —integradoras de la protección moral y patrimonial— que se ocupan de la protección de determinadas facultades.

* Un buen repaso a este asunto, además de en la obra recogida, en GINSBURG, J. C. y KERNOCHAN, J. M. “Ciento dos años más tarde Estados Unidos se adhiere a la Convención de Berna”. *Revista Internacional de Derechos de Autor*, nº 141, 1989.

25. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, op. cit., pág. 110, *in fine*.

26. PALMER, T. “Are patents and copyrights morally justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects”, en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 13, number 3, 1990.

27. Reproducimos aquí la cita: RADIN, M. J. “Proprietà e ciberspazio”, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, marzo de 1997, págs. 89 y ss., trad. al italiano por Anna VENEZIANO.

28. RADIN, op. cit., págs. 89 y 90: “Existen dos contrastantes modos de ver la propiedad que son difíciles de conciliar entre sí. Respecto al primero, modelo que podríamos llamar ‘no mercificado’, se revela a descendientes intelectuales no muy lejanos de Immanuel Kant, y, menos vecinos, de John Locke. En esta óptica se habla de valores basados sobre el ideal del desarrollo humano. Siempre en esta óptica, la propiedad es un derecho natural ya que es necesaria para la auto-constitución de la persona y de la libertad humanas.

El otro modelo en cambio —que podríamos llamar ‘mercificado’— aparece como compañero de viaje del movimiento de análisis económico del Derecho y cercano a descendientes intelectuales no muy lejanos de Jeremy Bentham. Se razona aquí en términos de valores de cambio del mercado y de la reducibilidad de cada valor a una escala mensurable. Los derechos de propiedad son creados por el soberano, por las autoridades constituidas, y no por imperativo moral. La función de tales derechos pretende maximizar el bienestar colectivo de la sociedad, la felicidad, la satisfacción de las mismas preferencias, la riqueza”. Traducción nuestra.

29. La idea misma de los “derechos humanos” parte de una concepción naturalista o de “derecho natural”. Son como “derechos naturales” que nacen con la persona por el mero hecho de ser: de hecho, según la ley española, los derechos de autor nacen del acto mismo de la creación. Esta idea de derechos que nacen con la persona es realmente misteriosa. Una reiterada literatura, un tanto retórica, nos ha familiarizado con esta idea y, de hecho, la aceptamos como algo también natural. Pero si hay algo que no es “natural” son los derechos. Todos ellos son productos históricos y resultado de la lucha por la dignificación de la vida humana. Cuando la Constitución española, por ejemplo, dice que “se reconocen y protegen los derechos”, está basándose en una presunción naturalista de los derechos, como algo preexistente que el texto constitucional se limita a reconocer. Pero, en realidad, esta retórica oculta el hecho de que son derechos construidos por la dinámica social, por las luchas de diferentes sectores sociales como parte de ese esfuerzo por dignificar la existencia humana. En definitiva, son creaciones humanas, creaciones históricas.

30. Extraído de *La disciplina constitucional de la propiedad intelectual*, PIZARRO MORENO, E., inédita, habrá próxima publicación en ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

La dificultad intrínseca de toda configuración jurídica del derecho de los creadores estriba, sobre todo, en esa naturaleza dual que lo hace parecer como un derecho capaz de bifurcar su núcleo en una serie de facultades de diversa índole: personal y patrimonial. Ambos aspectos han de ser tomados en consideración para articular cualquier tipo de reconocimiento y protección del derecho derivado de la creación. No obstante, dicha dualidad no se comprende sin que partamos de la base de que el proceso de objetivación —llamado también reificación o extrinsecación material— de la creación ha de ser contemplado desde dos perspectivas, que vemos seguidamente. En ambas, el proceso de creación intelectual o de reificación responde al mismo esquema productivo.

31. Por todos, ULMER, E. op. cit., o STRÖMHOLM, S. *Le droit moral de l'auteur en droit Allemand, Français et Scandinave*, Stockholm, 1967, t. I, première partie.

32. “Von der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks”, *Berlinische Monatschrift, herausgegeben von F. Gedike und J.E. Briester*, Berlin Januar bis Junius 1785, 5. Band, Seiten 403-417, en *KANT's gesammelte Schriften, herausg. Von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlin, 1907, Band VIII, págs. 79 y ss.

33. MARCO MOLINA, op. cit., págs. 159 y ss.

34. “Ein Buch ist eine Schrift... welche eine Rede vorstellt, die jemand an das Publikum halt” (*Metaphysische Anfangsgründe...* pág. 289). A partir de aquí, y salvo excepciones que serán debidamente señaladas, omitimos la transcripción literal de las notas a pie de página de la profesora MARCO MOLINA.

35. Parece ser que FICHTE, J. G. (*Gesamtausgabe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, Stuttgart, 1964, Band I, 1, págs. 407 y ss.) había llegado a conclusiones similares partiendo de razonamientos distintos, de lo que se congratulaba.

36. *Id.* pág. 290 (sic).

37. “...gerit se mandatarium absque mandato” (*id.* pág. 290; vid. también el artículo de 1785, pág. 80). Sic.

38. KOHLER se lamentaba de que casi todos los “germanistas” —en concreto, BLUNTSCHLI y BESELER— hubiesen adoptado la construcción personalista del derecho de autor. También von GIERKE (op. cit., pág. 764) y, en nuestros días, STRÖMHOLM identificaban la tesis personalista de aquel momento con la corriente “germanista” (op. cit., pág. 251).

39. Pese a todo, MARCO MOLINA (op. cit., págs. 162 y 163) remarca la idea de que tanto la expresión “angeborenes Rect.” (“Derecho innato”) como la expresión “persónaliches Rect.” (“Derecho de la personalidad”), ambas usadas por KANT, están empleadas en sentido hiperbólico; la primera, con el objetivo de recalcar el carácter originario del derecho del autor y por oposición a la idea de concesión graciosa o privilegiada; la segunda, está más lejos aún de evocar la idea del derecho sobre la obra intelectual como derecho de la personalidad. “Nos parece que, antes bien, en consonancia con la particular concepción de KANT sobre las relaciones entre autor y editor, se estaría designándolo como derecho personal o de crédito. Partiendo de que quien imprime el libro sin el beneplácito del autor hace hablar a éste contra o sin su voluntad, lo que KANT pretende señalar es que nadie tiene derecho a arrogarse esa conducta concreta del autor sin su consentimiento; y, sobre todo, no lo tiene el adquirente del libro o singular ejemplar de la obra. De manera que, si éste, prevaliéndose de las prerrogativas derivadas de su derecho de propiedad sobre dicho ejemplar, lo reimprime, está lesionando el derecho —personal— del editor, que sí ha obtenido, en cambio, derecho a dicha conducta del autor, por la única vía legítima al efecto: el contrato celebrado con el mismo”.

40. MARCO MOLINA, op. cit., pág. 164.

41. LOCKE, J. *Two Treatises of Government*, London, 1978.

42. Principio que, para la propiedad intelectual, queda perfectamente apostrofado en tal forma: “Cada individuo se percató de su propia condición y forma, e incluso de la existencia de sus miembros y de su cuerpo, viéndolos y sintiéndolos. Esto constituye su noción de la identidad personal, tanto para él como para los demás; y es imposible concebir —es de hecho una contradicción afirmar— que los miembros y el cuerpo de un hombre no le pertenecen, pues las palabras “le”, “a sí mismo” y “su cuerpo” remiten a la misma cosa material. En la medida en que aprehendemos la existencia de nuestros propios cuerpos percibiéndolos, y en la medida en que percibimos los cuerpos de los demás, tenemos precisamente razones análogas para creer en la individualidad o identidad de otras personas, así como para creer en nuestra propia identidad. Las ideas expresadas por las palabras “mío” y “tuyo”, aplicadas al producto del trabajo, son entonces simplemente una prolongación de las ideas de identidad personal e individualidad”. T. HODSKIN, “The Natural and Artificial Right of Property Contrasted”, citado en Tom PALMER.

43. Esta elaboración teórica está explicada, junto con las consecuencias que desencadena, en la doctrina anglosajona: “If Locke’s theory of private property is the most well-known, the utilitarian justification for private property is the most influential. Bentham’s mandate to seek the greatest good for the greatest number supplies the basic utilitarian principle. The measure of the goodness of any social regime—the domain name system, for instance—is its relative ability to enhance aggregate social welfare, where welfare is defined exclusively in terms of utility. The utilitarian rule is simple: we should grant private property rights to someone if doing so would increase overall societal welfare more so than other alternatives.

Utilitarianism underlies much of American intellectual property law, with roots as deep as the U.S. Constitution, which empowers Congress to establish copyright and patent protections “[t]o promote the Progress of Science and useful Arts.” This clause has been read by the Supreme Court as endorsing a view that copyrights and patents are granted to enhance the “public welfare.” Thus, the law grants copyrights and patents in order to spur the production of creative works and inventions, respectively, fearing that without property rights in the intangible creation, there would be little incentive to create because of people free-riding on the creator’s work. A similar explanation is offered for trademarks: a manufacturer would not invest in a brand if competitors could borrow the brand name at will, thereby reducing the incentive for the manufacturer to supply goods of a consistent quality. The utilitarian account rests on a central empirical claim; namely, that awarding property rights in intangible products will substantially increase the creation of such products”. CHANDER, A. “The new, new property”, *Texas Law Review*, vol. 81, nº 3, febrero de 2003.

44. ESPLUGAS BOTER, A. “El monopolio de las ideas: contra la propiedad intelectual”, Madrid, 2003.

45. Ideas que pueden encontrarse, en líneas generales y por todos, en PALMER, T. “Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach”, *Hamline Law Review*, 1989.

“El argumento económico es el siguiente: garantizar a autores e inventores derechos exclusivos sobre sus obras incentiva la creación, esto es, los autores y los inventores tienen incentivos para crear porque sólo ellos acapararán los beneficios de explotación de su obra. Si no se les concediera este monopolio legal, si no se les asegurara la obtención de los ingresos por la comercialización de su obra, entonces carecerían de incentivos para crear... Por tanto, sin propiedad intelectual, los incentivos se reducirían y, en consecuencia, el progreso se resentiría gravemente. Habría menos obras y menos inventos. La conclusión utilitarista es que la propiedad intelectual instituye incentivos para fomentar el progreso, para maximizar la riqueza, razones por las cuales hay que instituir la y protegerla”.

46. RADIN, op. cit., págs. 96 a 101. Un análisis más ajustadamente iusprivatístico en MATTEI, U. *La proprietà*, Torino, 1997, págs. 45 a 61.

47. Extraído de Harold DEMSETZ, “Toward a Theory of Property Right”, en *American Economic Review*, trad. propia, nº 57, mayo de 1967, págs. 347 y ss.

48. Una visión general muy completa de estas implicaciones en SHERWOOD, R. M. *Propiedad intelectual y desarrollo económico*, trad. por Horacio SPECTOR, Buenos Aires, 1992.

49. Un adecuado recorrido histórico en RODRÍGUEZ TAPIA, M. “Centenario de la Unión de Berna: 1886-1986. Precedentes históricos”, *Anuario de Derecho Civil*, 1986, tomo 39, fascículo III, (julio-septiembre), págs. 885 y ss. La mayoría de los datos y referencias históricas sobre la propiedad intelectual vertidas en este punto se extraen de la *wikipedia*, *free license*.

50. Conviene, una vez más, respetar el texto original; esta vez, de Ugo MATTEI —op. cit., pág. 78—: “Nei beni immateriali, il problema delle esternalità si presenta più netto che negli altri beni mobili, perché sorgono problemi relativi all'estrema difficoltà di escludere gli altri dal godimento e di conseguenza le regole giuridiche elaborate, con a mente i beni materiali, sono difficili da piegare, per venire incontro alle esigenze particolari di beni, che presentano queste caratteristiche economiche. Quella separabilità piena, che giustificava sul piano economico la protezione idiosincratca dei beni mobili materiali nell'ambito del godimento, non si riproduce interamente in quest'ambito”.

En efecto, el problema de las externalidades para la propiedad de los bienes inmateriales es sustancialmente distinto que el planteado respecto de las externalidades del derecho de propiedad sobre bienes materiales. En este caso, el conflicto surge de las tremendas dificultades que se plantean para excluir, en el caso de los bienes inmateriales, a los demás del goce exclusivo sobre los bienes.

En lo que atiene a las “externalidades”, puede decirse que el tema viene resuelto con arreglo al criterio... según el cual, los recursos deben ser distribuidos de forma tal que se consiga la internalización de todos los costes sociales. Con lo que se concluye en la obvia afirmación de que el único modo posible de internalización será a través de la asignación de recursos en régimen de propiedad privada (vid., en tal sentido, PAZ-ARES, C. “La economía política como jurisprudencia racional”, en *ADC*, núm. 34, 1981, págs. 640 y 641.

51. El término que se utilizó como punto de partida fue el curioso neologismo “suidad”, del que las enciclopedias jurídicas resaltan que (del latín *suitas*) es un sustantivo abstracto, derivado del adjetivo-pronombre posesivo “*suus, sua, suum*”, que, aunque intuido apenas por SANTO TOMÁS DE AQUINO, acuñó el teólogo y jurista navarro Antonio Pérez (1599-1649), desarrollando una ingeniosa reflexión del también jesuita y Cardenal Juan de Lugo (1583-1660), quien, para explicar el concepto de justicia, a partir de la famosa definición de Ulpiano (“*Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo*”), decía que la clave estaba en determinar qué era “lo suyo”.

La “suidad” sería el especial vínculo o nexo preferente entre dos personas o entre una persona y una cosa, que le otorga a dicha persona una preferencia en el trato con la otra persona o en el uso de una cosa respecto a todos los demás (“*erga omnes*”). Dicho vínculo puede ser de muchos tipos y puede tener su origen o causa en muchos y diversos hechos; un tipo de suidad es, sin duda, la propiedad, pero hay otros tipos, como, por ejemplo, la especial relación que hay entre un padre o una madre y un hijo, que es de “suidad” (porque es “su” padre o “su” madre), pero no es una relación de propiedad.

La teoría de la “suidad” resulta especialmente útil y clarificadora para explicar la propiedad intelectual, que, por un lado, tiene un conjunto de derechos patrimoniales (de explotación de la obra), por lo que se dijo que se parecía a la propiedad, pero, por otro lado, su núcleo primigenio nació mucho tiempo antes de que pudiera hacerse una explotación masiva de la obra, alrededor de los mal llamados “derechos morales” y, sobre todo, del derecho al reconocimiento de la autoría, que es más parecido al derecho —y a una relación— de paternidad o (maternidad), que de propiedad. Por eso siempre se ha dicho que la propiedad intelectual era una propiedad especial, porque no se trata exactamente de una propiedad, sino de una “suidad”. Por la misma razón, se puede decir que es un derecho de paternidad (o maternidad) especial.

52. En contra, puede verse el pensamiento de John LOCKE.

53. Aunque se haya hecho antes alguna referencia puntual al respecto, conviene recordar los que han sido principales hitos normativos a nivel internacional:

a) El Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886, ratificado por el Estado español el 5 de septiembre de 1887. Su herencia principal fue la constitución de la Unión internacional para la protección de obras literarias y artísticas. A lo largo de su vigencia ha sufrido varias modificaciones, destacando la que tuvo lugar el 24 de julio de 1971 en París, sien-

do ratificado por España el 2 de julio de 1973 (Boletín Oficial del Estado —BOE— de 4 de abril y de 30 de octubre de 1974).

b) El Convenio Universal de Ginebra sobre derecho de autor, de 6 de septiembre de 1952, ratificado por el Estado español el 22 de abril de 1954, BOE de 25 de agosto de 1955, que, sin llegar a derogar el Convenio de Berna, es de aplicación preferente en caso de discrepancia o divergencia entre ambos. Este Convenio fue revisado en París el 24 de julio de 1971 y ratificado por el Estado español el 7 de marzo de 1974 (BOE de 15 de enero de 1975).

c) El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), anexo al Acuerdo de Marrakech de 1994, que establece la Organización Mundial del Comercio, ratificado por España ese mismo año, referido tanto a la propiedad intelectual como a la industrial. Significativo es que los miembros firmantes se comprometen a respetar y aplicar el Convenio de Berna, excepto en lo que se refiere al derecho moral.

d) Citamos por último dos Tratados de la OMPI, acordados en la Conferencia Diplomática celebrada en Ginebra en diciembre de 1996, se ocupan, uno, del derecho de autor, y, otro, de determinados principios relacionados con la interpretación o ejecución de artistas y productores.

e) En el ámbito de las Directivas europeas centradas en el derecho de autor, destacamos: la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines; la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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; por su importancia también, la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respecto de los derechos de propiedad intelectual; la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines; la Declaración de la Comisión sobre el artículo 2 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

54. MARCO MOLINA, op. cit., págs. 184, *in fine*, y 185.

No muy lejos estaban ya los tiempos en que “el conocimiento representa a la gran propiedad, aquélla que coloca a su titular en una posición dominante; la propiedad que sitúa a los que detentan, como se ha dicho, en condiciones de prosperidad. Pero este conocimiento es exclusivo y excluyente: exclusivo, porque requiere contar con los medios adecuados para su producción y gestión; y excluyente, porque no permite el acceso al mismo de los que no tienen tales medios. Se puede afirmar, en consecuencia, que lo que sitúa a una determinada sociedad, a un país concreto, en condiciones de desarrollo, no son sus recursos naturales, tampoco el trabajo de sus hombres y mujeres, sino su posición respecto del conjunto de conocimientos que son, hoy más que nunca, herramientas necesarias para el desarrollo de la actividad económica y el progreso social”. Son palabras de VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., “Una reflexión sobre el conocimiento”, en *Abarrotos. La construcción social de las identidades colectivas en América Latina*, 1ª ed., Murcia, 2006, 417 y ss.

55. MARCO MOLINA, op. cit., pág. 184.

56. En apoyo de esta idea cita la autora, a quien seguimos, como ejemplo significativo y palpable de “tránsito de una concepción a otra, la disposición sobre obras literarias inmediatamente anterior a la Ley de 1847, el Reglamento de Imprentas de 4 de enero de 1834, que habla simultáneamente ‘De la propiedad y privilegios de los autores y traductores’ (Título IV)”.

57. Se citan ahora los Títulos 15, 16 y 17 del Libro VIII de la “Novísima Recopilación”... También, los Títulos 18, 19 y 20 del Libro IX de la misma, reguladores de las “minas”. Las “aguas”, que tanta importancia legislativa adquieren después, no aparecen, en cambio, como objeto especial en las normas sistematizadas en los títulos y libros de la “Novísima Recopilación”.

58. PALMER, T. op. cit., págs. 864 y 865.

59. En su original anglosajón: “Personality and property are indeed related, as expressed by Richard Overton’s statement: “To every Individuall in nature, is given an individual! property by nature, not to be invaded or usurped by any: for every one as he is himselfe, so he hath a selfe propriety, else could he not be himselfe”. But this necessity of property for one to “be oneself” means preeminently self-ownership, which is a principle in conflict with intellectual property rights.

60. Las traducciones de los textos son nuestras.

61. "Utilitarian arguments also have a role to play in understanding the moral grounds of property rights. That people will be more productive and will generate wealth that can be enjoyed by all only when they can reap the rewards of their efforts is certainly true and has been recognized at least from the time of Aristotle's criticism of communism. The key to all of this is scarcity. Without scarcity, an argument based either on the realization of freedom or on finding a solution to coordination games cannot generate a property right. Tangible goods are clearly scarce in that there are conflicting uses. It is this scarcity that gives rise to property rights. Intellectual property rights, however, do not rest on a natural scarcity of goods, but on an "artificial, self created scarcity." That is to say, legislation or legal fiat limits the use of ideal objects in such a way as to create an artificial scarcity that, it is hoped, will generate greater revenues for innovators. Property rights in tangible goods channeled them into their most highly valued uses. The possibility for exchanging transferable property titles means that holders of property will constantly rearrange the titles in search of profits. Without scarcity this process would be unnecessary. But the attempt to generate profit opportunities by legislatively limiting access to certain ideal goods, and therefore to mimic the market processes governing the allocation of tangible goods, contains a fatal contradiction: It violates the rights to tangible goods, the very rights that provide the legal foundations with which markets begin".

62. MATTEI, U. op. cit., pág. 102.



RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto analizar la Comunicación 854/1999: Francia: 26/07/2002 (CCPR/C/75/D/854/1999), emitida por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, respecto a la práctica del “lanzamiento de enano”, que fue sometida a decisión del Consejo de Estado francés. Se realiza un estudio teórico del conflicto entre derechos fundamentales que se plantea, así como se abre la discusión sobre los dos conceptos clave sobre los que se apoyan las conclusiones, que son la idea de “dignidad humana” vinculada al cumplimiento de “orden público” y la noción de “no discriminación” basada en “criterios objetivos y razonables”.

PALABRAS CLAVE

DERECHOS HUMANOS; LANZAMIENTO DE ENANO; DIGNIDAD; DISCRIMINACIÓN; ARGUMENTACIÓN JURÍDICA; DECISIÓN JURÍDICA.

ABSTRACT

This paper pursues an analysis about Communication 854/1999: France: 26/07/2002 (CCPR/C/75/D/854/1999), adopted by Human Rights Committee of United Nations, regarding to “dwarf-tossing” practice which was submitted to french Conseil D’Etat. It enacts a theoretical study about fundamental rights, therefore it initiates the discussion about two key concepts which conclusions support on. Those are “human dignity” idea linked to “public order” accomplishment, and the notion of “non discrimination” based on “objective and reasonable criteria”.

KEY WORDS

HUMAN RIGHTS; DWARF TOSSING; DIGNITY; DISCRIMINATION; LEGAL ARGUMENTATION; LEGAL DECISION

A PROPÓSITO DE LO DIGNO Y NO DISCRIMINATORIO: COMENTARIOS AL CASO WAKENHEIM v. FRANCIA SOBRE EL “LANZAMIENTO DE ENANO”

Mario Ruiz Sanz

Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona)

Sumario: 1. Relato de los hechos relevantes. 2. Estructuración de los argumentos utilizados. 3. Análisis teórico del caso: el conflicto normativo. 4. Breves apuntes sobre la dignidad humana. 5. Cuestiones relativas a la “no discriminación”. 6. Para concluir ... Nota bibliográfica

1. RELATO DE LOS HECHOS RELEVANTES

Han transcurrido algunos años desde que aconteciera en Francia un curioso suceso cuya trascendencia ha ido más allá de la mera anécdota, debido a las implicaciones sociales, jurídicas y morales que pueden extraerse del mismo. El caso ha sido citado y debatido por la doctrina como ejemplo de decisión jurídica en la que se plantea una controversia entre la autonomía

individual y la dignidad humana. El objeto de estas páginas es poner de manifiesto que la solución adoptada por el Consejo de Estado francés y ratificada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, no resulta tan meridiana como podría en un principio parecer, ya que se observan ciertas deficiencias en la argumentación llevada a cabo por tales órganos de decisión. Para ello, me centraré en el análisis de la Comunicación 854/1999: Francia: 26/07/2002 (CCPR/C/75/D/854/1999),

* El presente trabajo se ha efectuado en el marco del proyecto de investigación SEJ2007-63476 sobre “Garantías jurídicas frente a la discriminación racial y étnica: estudio de casos y medidas de protección”, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia español.

emitida por dicho Comité¹, y aprovecharé para hacer algunas observaciones al respecto.

Los hechos tuvieron lugar hacia finales del año 1991, cuando una empresa dedicada a actividades de entretenimiento para jóvenes promocionó una atracción poco usual, que consistía en permitir a unos espectadores escogidos al azar de entre el público asistente al espectáculo, agarrar y lanzar al aire a un enano vestido con un traje de protección especial, como si fuera un proyectil. Esta grotesca práctica, conocida popularmente como “lanzamiento de enano” (*dwarf-tossing*), es un tipo de atracción extendida en bares de Australia, Estados Unidos, Francia, el Reino Unido y Canadá, entre otros países en los que se lleva a cabo, en la cual personas de talla diminuta vestidos con ropa al efecto, son lanzados hacia colchonetas o paredes recubiertas con velcro o acolchadas de algún otro modo. Los participantes compiten y gana aquel que lanza a su enano lo más lejos posible. Para mayor profusión de detalles, puede añadirse que el lanzamiento debe ser realizado de un único movimiento y está permitido el balanceo previo, así como amarrar al enano por las manijas de un arnés. Otras modalidades parecidas son el disparo en un circo de unos enanos desde un cañón, a modo de “hombres bala”, y el “*bowling* con enano” en el que en lugar de una bola, son lanzados unos enanos para derribar los bolos.

No resulta difícil imaginarse que estas prácticas son consideradas ofensivas, ya que se denuncia que lesionan la “dignidad” de los propios enanos, e incluso en algunos países se han llevado a cabo iniciativas o propuestas destinadas a su prohibición². Precisamente, en noviembre de 1991, el Ministerio del Interior francés emitió una circular referida a los espectáculos públicos y su control por parte de los prefectos de policía, en la que ponía un énfasis especial en la prohibición del “lanzamiento de enanos” por parte de los alcaldes de los municipios afectados por tales espectáculos.

El caso que nos ocupa, esto es, el lanzamiento de enano en espectáculos públicos, tuvo lugar en el municipio francés de Mor-

sang-sur-Orge y se extendió a otras localidades francesas. Manuel Wackenheim (a partir de ahora, M. W.), ciudadano francés aquejado de enanismo, trabajaba en la empresa de marras y ofrecía sus servicios para dicha práctica a cambio de un salario. Tal actividad le fue prohibida por el intendente del lugar, apoyándose en la violación del art. 131 del Código de los Municipios francés, con fundamento en el art. 3º del Convenio Europea de Derechos Humanos que prohíbe todo trato inhumano y degradante a las personas. Esta decisión fue recurrida por el propio M. W. en litisconsorcio con la empresa, alegando, entre otras razones, que la actividad económica privada y el derecho al trabajo representan garantías fundamentales del ordenamiento jurídico francés. La decisión fue anulada por el Tribunal Administrativo de Versalles, dando la razón al demandante. Llevado el caso ante el Consejo de Estado (*Conseil D'Etat*) francés, éste, al decidir el recurso, reformó la decisión del Tribunal, declarando que el respeto a la dignidad de la persona es uno de los componentes de la noción de orden público, siendo responsabilidad de la autoridad administrativa, en uso de su poder de policía, prohibir tales espectáculos. La medida así adoptada hizo surgir el interrogante de si era admisible ese motivo para que una autoridad prohibiese algo por razones de orden público, cuestión que se agravó cuando el *Conseil* no quiso incluir el término “moral pública” en su decisión. Como muestra de la dificultad del caso, este fue abordado por la Asamblea en pleno, y no por una sección de la misma.

Tras haber presentado M. W. una denuncia contra el Estado francés ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, que no fue admitida, el peticionario acudió en última instancia ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Este órgano dictaminó el 26 de septiembre de 2003, en relación al examen de la Comunicación núm. 854/1999, que la decisión francesa no era discriminatoria con respecto a los enanos, y que la prohibición de su lanzamiento no era una medida abusiva, sino necesaria para promover el orden público,

incluyendo otras consideraciones sobre la dignidad humana.

De forma sucinta, paso a describir los hechos tenidos en cuenta (H), a partir de las fechas señaladas en el propio Dictamen del Comité y en el orden en que allí se presentan, aunque introducidas con diferente estructuración. Los hechos fueron los siguientes:

– H0; dato inicial: el autor (M. W.) actuaba desde julio de 1991 en varios espectáculos de “lanzamiento de enanos”, presentados por la sociedad Fun-Productions.

– H1; 27.11.1991: el ministro francés del Interior publica una circular relativa a la policía de espectáculos y en particular a la organización de los espectáculos denominados “lanzamiento de enanos”.

– H2; 25.10.1991: el alcalde de Morsang-sur-Orge, a través de un bando municipal, prohíbe el espectáculo de “lanzamiento de enanos” previsto en una discoteca de su municipio.

– H3; 30.11.1991: el demandante solicitó en 30 de noviembre de 1991, la anulación de dicho bando ante el Tribunal Administrativo de Versailles.

– H4; 25.02.1992: el Tribunal Administrativo de Versailles dejó sin efecto por dictamen el bando del alcalde.

– H5; 24.04.1992: el municipio de Morsang-sur-Orge, representado por su alcalde en funciones, recurre el dictamen del Tribunal Administrativo de Versailles ante el Consejo de Estado francés.

– H6; 27.10.1995: el Consejo de Estado francés anula el dictamen del Tribunal Administrativo de Versailles.

– H7; 20.03.1992: solicitud del autor (M. W.) para que se derogara el bando de 23 de enero de 1992, por el que el alcalde del municipio de Aux-en-Provence habría prohibido el espectáculo de “lanzamiento de enano” previsto en el territorio de su municipio.

– H8; 08.10.1992: rescisión por el Tribunal Administrativo de Marsella de la decisión del Alcalde.

– H9; 16.12.1992: la ciudad de Aix-en-Provence recurre el fallo ante el Consejo de Estado francés.

– H10; 27.10.1995: el Consejo de Estado revoca el fallo del Tribunal Administrativo de Marsella.

– H11; dato final: la sociedad Fun-Productions abandona la actividad. M. W. se queda sin empleo, a pesar de su voluntad de continuar con su actividad de “lanzamiento de enano”.

A los hechos anteriores cabe añadir, según la nota 3 del Dictamen, dos hechos más, aunque no tienen trascendencia directa sobre los anteriores, que son:

– H12; 04.02.1994: el demandante (M. W.) presenta ante la Comisión Europea de Derechos Humanos una denuncia contra el Estado francés.

– H13; 16.10.1996: la Comisión Europea declara inadmisibile la denuncia anterior, y aduce que el demandante (M. W.) no había agotado los recursos ante la jurisdicción interna en relación a varios artículos del Convenio.

Por lo tanto, podemos establecer dos líneas narrativas de hechos institucionales que quedarían representadas de la siguiente manera:

Primera sucesión narrativa: H0 + H1 + H2 + H3 + H4 + H5 + H6 + H11.

Segunda sucesión narrativa: H0 + H7 + H8 + H9 + H10 + H11.

En la segunda secuencia, se produce una elipsis argumental en cuanto a que se subsume en H7 un hecho anterior: en fecha de 23 de enero de 1992, un bando del alcalde del municipio de Aix-en-Provence prohíbe el espectáculo de “lanzamiento de enano” previsto en el territorio de su municipio. Por otro lado, H12 y H13, que se deben situar entre H5+H6 y H10+H11, respectivamente, no tienen ninguna influencia sobre ambas sucesiones narrativas, por lo que su inclusión o exclusión no añade ni resta nada sobre los intervalos indicados en sentido temporal.

2. ESTRUCTURACIÓN DE LOS ARGUMENTOS UTILIZADOS

En cuanto a los argumentos a los que recurre la parte demandante (AD) ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, recogidos en el Dictamen citado, se pueden sintetizar y agrupar, a mi juicio, en las siguientes tres razones, intrínsecamente relacionadas entre sí:

– AD1: que se actúa contra su personalidad jurídica, ya que la prohibición de ejercer un trabajo es un “*atentado contra su dignidad*” porque conlleva consecuencias personales negativas. A lo que se añade que “*en Francia no hay empleo para los enanos*” y que “*su trabajo no constituye un atentado a la dignidad humana, pues la dignidad es tener empleo*”.

– AD2: que se violan por parte del Estado francés varios derechos, en concreto a “*la libertad, al trabajo, al respeto de la vida privada y a un nivel de vida suficiente*”.

– AD3: que se produce una situación de “*discriminación*” hacia los enanos, al impedirles realizar determinadas actividades laborales.

Los preceptos jurídicos invocados para sustentar las afirmaciones anteriores son los artículos 2, 5, 9, 16, 17 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por su parte, las observaciones realizadas por la parte demandada, esto es, el Estado francés (AF), también recogidas en el Dictamen, se pueden resumir y construir a través de los siguientes argumentos, intentando establecer cierto paralelismo con respecto a los que aporta la parte demandante:

– AF1: que las medidas de prohibición “*no entrañan atentado alguno a la personalidad jurídica del demandante*”, sino que, al contrario, reconocen y garantizan el “*respeto a su dignidad como ser humano*”.

– AF2: que la práctica de lanzar enanos es una “*práctica pública*” y que por lo tanto “*no puede protegerse en razón de consideraciones relacionadas con el respeto debido a la vida privada*”, sino que deriva más bien de la idea de libertad de trabajo o libertad de comercio e industria.

– AF3: que la prohibición no es discriminatoria, ya que “*por definición, sólo se aplica a las personas aquejadas de enanismo, pues son las únicas a las que puede afectar la actividad prohibida, y la indignidad de esa actividad se deriva muy particularmente de las peculiaridades físicas de esas personas.*” Se trata, pues, de una diferencia de trato proveniente de “*categorías diferentes de personas, una de las cuales no puede resultar afectada por el fenómeno del ‘lanzamiento’ por evidentes razones físicas*”.

Frente a los artículos invocados por la parte demandante, el Estado francés arguye que tanto ni la libertad de trabajo y comercio e industria como ni el derecho de la persona humana al respecto de su dignidad, figuran entre los derechos recogidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, la actuación de las autoridades en este supuesto intenta “*conciliar el ejercicio de las libertades económicas con el deseo de hacer respetar el orden público, uno de cuyos elementos es la moral pública...*”³.

Una vez vistos los argumentos esgrimidos por ambas partes, el Comité de Derechos Humanos toma las siguientes decisiones (DC):

– DC1: el Comité puede entrar a examinar la comunicación. Evitaré, por motivos de espacio, el análisis de las cuestiones formales sobre su admisibilidad. Pero sí señalaré que respecto a los argumentos aportados en AD2 y AF2, el Comité señala que el demandante no ha agotado todos los recursos jurisdiccionales internos en el Estado francés, y que por lo tanto no va a entrar en esas cuestiones, declarándolas inadmisibles⁴.

– DC2: el Comité declara que la prohibición del lanzamiento de enanos es “*una medida necesaria para proteger el orden público, en la que intervienen en particular consideraciones de dignidad humana*”, y no es abusiva. Así pues, hace prevalecer AF1 frente a AD1.

– DC3: el Comité argumenta, en relación a si está justificado aplicar la prohibición sólo a un tipo de personas (los enanos) y no a otro tipo de personas (los no enanos), que “*una distinción constituye una discriminación cuando no*

se basa en motivos objetivos y razonables”, pero que en este caso, dado que la prohibición del lanzamiento de enanos sí que se funda en criterios objetivos y razonables, y que “sólo los enanos sean susceptibles de ser lanzados”, la medida no reviste carácter discriminatorio. De esta manera, hace prevalecer AF3 frente a AD3.

Por lo tanto, en relación a las observaciones hechas por el Comité de Derechos Humanos, dos son las nociones básicas sobre las que se fundamenta la decisión: un concepto de dignidad humana conectado al orden público (DC2), y un sentido pretendidamente objetivo y razonable de no discriminación (DC3).

3. ANÁLISIS TEÓRICO DEL CASO: EL CONFLICTO NORMATIVO

Sin lugar a dudas, en este asunto aparece un conflicto entre razones sustentadas en los valores de autonomía y dignidad humana. Hay que partir del carácter moral y prejurídico o prenормativo que encarnan tales valores, con independencia del contenido que se les atribuya, cuestión esta última a la que me referiré más adelante. Aunque no nos encontramos directamente ante una decisión judicial que haya de tomarse en un sistema jurídico concreto, ya que ésta fue previa, a continuación trataré de mostrar cómo debería haberse producido la transformación jurídica de tales valores morales mediante su concreción en principios jurídicos o derechos fundamentales y el paso de estos últimos a una regla aplicable en la resolución de la controversia. El mensaje de fondo descansa sobre la idea de que en los supuestos en los que entran en contradicción valores, ello no supone que el órgano decisor del litigio disponga de amplia arbitrariedad para considerar la solución que le plazca, sino que ha de someterse a unas reglas procesales que le impiden decidir a su libre albedrío; todo lo más, tiene la capacidad discrecional que las propias normas jurídicas le conceden para llegar a una solución correcta, siempre y cuando sea razonada y razonable.

El caso que nos ocupa podría ser traducido a una colisión entre derechos humanos y/o fundamentales en función de su contemplación más específica dentro de algún sistema normativo de derecho positivo con determinados presupuestos garantistas⁵. Desde una perspectiva jurídica teórica, que es la que aquí trataré de desarrollar, podemos afirmar que tiene lugar un “caso difícil” (*hard case*), esto es, aquel para el que no existe una norma previa aplicable que lo resuelva de forma adecuada, y que por lo tanto precisa de ser argumentado mediante razones convincentes de carácter político y moral a través de su interpretación desde principios y directrices jurídicas (Dworkin: 1984, págs. 146 y ss.). Este sería un ejemplo de “caso controvertido”, esto es, de “esos litigios en los cuales, independientemente de cualquier disputa sobre los hechos del asunto, existe una disputa entre las partes respecto a la orientación de la ley sobre qué hechos pueden demostrarse.” (MacCormick: 1990, págs. 113 y ss.).

Si en un principio es posible observar en el caso que nos ocupa, que existe una contraposición entre lo que se entiende por autonomía personal y cierta concepción sobre la dignidad humana, ambos valores son irreductibles en tanto que se manifiestan como “opciones ético-sociales básicas que deben presidir el orden político, jurídico, económico y cultural”, con una triple dimensión: fundamentadora, orientadora y crítica del Derecho (Pérez-Luño: 1984, págs. 288-289). Desde este punto de vista, tales valores, formalizados y concretados a través de principios o derechos fundamentales, constituyen “un orden simbólico en el que se expresan la identidad y forma de vida de una comunidad jurídica particular”. (Habermas: 1998, págs. 329-330).

Si se tiene en cuenta lo anterior, no hay razones suficientes para afirmar una supuesta o pretendida subordinación apriorística del valor de la autonomía personal al de la dignidad humana, tengan cualquier contenido que se les quiera dar. A menos que se acepte una determinada “filosofía de los valores” con una relación jerárquica previamente establecida, esto es, que

presuponga la existencia de unos valores “superiores” o por encima de otros, resulta inadmisibles desde un punto de vista estrictamente jurídico aceptar una jerarquía rígida entre los mismos. Otra razón a favor de su neutralidad *ab initio* lo suministra la “incomensurabilidad” predicable de todos ellos, esto es, su irreductibilidad a una categoría común sin poder establecerse así un sistema de prioridades absolutas ni escalas de graduación taxativas o cerradas. Los valores pueden hacer referencia a obligaciones específicas y deberes generales (con sus correlativos derechos), a cuestiones de utilidad general, fines perfeccionistas o compromisos adquiridos. Pues bien, entre ellos no resulta extraño que surjan frecuentes conflictos (Nagel: 1979, págs. 128-141).

En cualquier caso, a nivel de una decisión jurídica, el mecanismo procedimental adecuado debería permitir su concreción mediante el paso argumentativo desde enunciados que contienen valores a principios, y de principios a reglas, en función de su capacidad de especificación para tratar de resolver el conflicto jurídico. Si atendemos a lo que sucede en los ordenamientos en los que existe un sistema constitucional con reconocimiento de garantías jurídicas, hay que advertir sobre el carácter doble de las normas principialistas que contienen derechos fundamentales cuando resultan ponderadas, es decir, cuando bajo las condiciones que establece la ley de colisión entre principios, uno de ellos prevalece sobre el otro y tales condiciones forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevalente, lo que abre las posibilidades de un proceso de argumentación por parte del órgano decisor, en el cual debe ser tenida en cuenta la regla con carácter prioritario frente al principio en sí mismo considerado (Alexy: 1993, págs. 134 y ss.). Con ello, habría casos en que los derechos fundamentales pueden funcionar como principios o como reglas, pero más que de una distinción estructural, se trataría de una “diferencia de enfoque” ya que ese doble carácter (principio-norma) puede predicarse de todos los derechos fundamentales (Prieto: 1992, págs. 51-52).

En todo caso, conviene incidir en que “los niveles de la regla y de los principios deben ciertamente complementarse con un tercero, a saber, con una teoría de la argumentación jurídica, que dice cómo, sobre la base de ambos niveles, es posible una decisión fundamentada...” (Alexy: 1989, pág. 149; 1993, págs. 160 y ss.). Los principios son tendencialmente contradictorios y cuando se plantea una colisión entre principios, existe un amplio margen de interpretación por parte del juez. Un tribunal u órgano decisor impone, en estos supuestos, la necesaria ponderación de ambos principios con el único límite de que la decisión final no esté claramente irrazonada.

Como en los derechos fundamentales las condiciones de aplicación se encuentran abiertas (Atienza; Ruiz Manero: 1996, págs. 9-11), sucede que en las normas que los contienen sólo existe una orientación hacia un valor o bien deseable, hasta que entran en conflicto respecto a otros valores o bienes deseables, protegidos por otros derechos fundamentales. En estas situaciones, en las que el intérprete ha de resolver el caso concreto, para ello ha de reformular la estructura de los principios en colisión, cerrando los supuestos de hecho. Esta operación conduce a que, una vez alcanzado el momento interpretativo, los derechos fundamentales han mutado bajo la forma de reglas. Si no sucediese así, su aplicación resultaría imposible. Estas reglas, derivadas de derechos fundamentales, son en realidad las garantías de cumplimiento de tales derechos, que son más fuertes o precisas en el plano argumentativo que los propios derechos (Rodríguez Toubes: 2000, págs. 136 y ss.). Cuando se produce, pues, un conflicto normativo entre dos principios en sentido estricto, habría que “ponderar las razones” de cada uno de ellos, así como la preferencia aplicativa de uno sobre el otro (Atienza; Ruiz Manero: 1996, pág. 18). En el caso de derechos fundamentales, como acabamos de señalar, se produce bajo la forma de reglas derivadas y la extracción de una regla definitiva.

En la operación de concreción que transforma los principios en una regla directamen-

te aplicable, se establece una relación de preferencia condicionada entre los principios en colisión. Al no existir relaciones de preferencia absolutas entre principios y como resultado de toda ponderación judicial correcta, puede formularse una nueva norma de derecho fundamental con carácter de regla, bajo la cual puede subsumirse el conflicto normativo (Alexy: 1993, págs. 94 y ss.). Los principios en sentido estricto, pues, no presentan la propiedad de ser cumplidos en diversos grados, sino que debido a su “fuerza expansiva” connatural se cumplen o no se cumplen después de determinarse su prevalencia en un caso genérico determinado, para lo cual es necesaria la formulación de reglas derivadas intermedias, y a su vez, a través de una regla definitiva extraída de la confrontación entre dichos principios en colisión. El juez o decisor, por lo tanto, efectúa un “balance de razones” en dos pasos o fases sucesivas: en primer lugar, extrae de los principios, a través del cierre del antecedente de ambos, alterándolos bajo la forma de reglas derivadas, una regla final que expresa el resultado de la ponderación entre los propios principios en colisión; y en segundo lugar, al disponer ya de una regla aplicativa, ésta sirve como razón perentoria, es decir, de base para dictar su resolución. La regla que aplicaría el juez tendría la forma canónica siguiente: “*Cuando el principio P1 prevalece sobre el principio P2 en las circunstancias C, y cuando bajo las circunstancias C se deriva del principio (P1) la consecuencia R, entonces es válida una regla que contenga C como supuesto de hecho y R como consecuencia jurídica*”. En este sentido, una norma de derecho fundamental, como expresión de un principio en sentido estricto, tendría un doble carácter: de principio y de regla a la vez (Atienza; Ruiz Manero: 1996, págs. 24 y 43-44). Para ser más precisa, esta formulación debería recoger la operación de concreción de los principios, al cerrarse su antecedente, lo que daría lugar al enunciado siguiente: “*Cuando el principio P1 (derivado en la regla R1) prevalece sobre el principio P2 (derivado en la regla R2) en las circunstancias C, y cuando bajo las circunstancias C se deriva del principio (P1-R1) la consecuencia R, entonces es*

válida una regla que contenga C como supuesto de hecho y R como consecuencia jurídica”.

La ponderación supone que entre dos principios en conflicto se produce una relación jerárquica cambiante según las circunstancias: en un caso se atribuye mayor peso a un principio, y en otro caso distinto, mayor peso a otro principio. La ponderación es una operación que conlleva, por tanto, el establecimiento de una “jerarquía axiológica móvil” que depende, en última instancia y para cada supuesto en concreto, del juicio de valor del intérprete (Guastini: 1996, págs. 121-122; 1999a, págs. 167-171; 1999b, págs. 42-45; Moreso: 2002, pp. 227-249). Además, puede decirse que, al ponderar derechos fundamentales y otros bienes protegidos a nivel constitucional, los elementos en equilibrio que son sopesados por el juez presuponen una armonización entre todos los elementos que participan en dicha operación, mediante la cual son confrontadas normas que protegen derechos junto a otras normas válidas que son “contradictorias” con aquéllas. Por lo tanto, no se trata sólo de la aplicación preferente de un derecho frente a otro, sino más bien de la consecuencia de una interpretación sistemática entre normas que protegen derechos fundamentales sobre las cuales son establecidos límites aplicativos para el caso concreto, ya que la delimitación del contenido del derecho proviene tanto de las normas que lo garantizan directamente, como de otros principios opuestos que restringen o limitan tal protección.

Por lo tanto, dar prevalencia a un enunciado jurídico que recoge valores, principios o reglas, en su caso, no significa darle superioridad *per se*, ni siquiera implícitamente. Lo que se produce es una relación condicionada de preferencia de un enunciado sobre otro en función de determinadas circunstancias, intereses o bienes protegidos en juego; ahí el órgano juzgador debe realizar una operación de contrapeso y ponderación que ha de dar lugar a una decisión razonada (Moreso: 2009, pp. 309 y ss.; Prieto: 2003).

Por incidir algo más sobre ello, la ponderación es una operación que no es libre ni ab-

solamente arbitraria por parte del juez, sino que se encuentra sometida a unos criterios o requisitos de racionalidad en sentido amplio, en concreto a la proporcionalidad y a la razonabilidad de tal decisión.

Volviendo sobre el caso que estamos analizando, en un conflicto normativo en el que están presentes dos valores y principios contrapuestos, es decir, entre argumentos que sustentan la autonomía personal por un lado, y la dignidad humana vinculada al orden social, por el otro, hay que “ponderar las razones” de cada uno de ellos, así como justificar cierta preferencia aplicativa.

Tal y como acaba de ser anunciado, se puede decir que, en primer término, la resolución de tales conflictos debe estar sujeta al requisito de “proporcionalidad”, que Alexy entiende de tres maneras distintas pero complementarias: como necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto. La adecuación supone que el medio debe ser apto para alcanzar un fin propuesto, así como que ese medio no impida ni dificulte la realización de otro fin que contemple un principio diferente. Por necesidad cabe entender que el medio empleado no se puede considerar apto si existe otro medio alternativo igualmente idóneo para la consecución del fin, y menos gravoso para el fin exigido por otra norma o argumento. Y en último lugar, la proporcionalidad en sentido estricto significa que en la aplicación de una norma o argumento hay que tener en cuenta las exigencias de las normas o argumentos contrapuestos en función de las circunstancias del caso (Alexy: 1993, págs. 100 y ss.).

No obstante, la mera aplicación del criterio de proporcionalidad en los sentidos que acaban de ser apuntados para la resolución de conflictos entre enunciados normativos puede ser necesaria pero no suficiente, ya que puede requerirse algo más para dar preferencia a un enunciado sobre otro u otros. En este sentido, unas normas o argumentos actúan de límites frente a otras u otros en la ponderación entre bienes y derechos. Con mayor razón si dos o más normas o argumentos en conflicto conservan siempre su validez, por lo que no cabe

hablar de una contradicción pura, sino de una tensión constante, perpetua e incluso oscilante entre enunciados normativos, lo que conduce a reforzar la idea de que no pueda establecerse una jerarquía estricta; todo lo más, se podría entender como algo imprevisible o inestable en abstracto, que construye la jurisprudencia según el caso particular. Por este motivo, el otro criterio a tener en cuenta, junto a la proporcionalidad, es el de “razonabilidad”, cada vez con mayor presencia e importancia, ya que se ha convertido en un recurso interpretativo básico en materia de derechos fundamentales, tanto en la jurisprudencia norteamericana como en la europea (Alonso García: 1984). El recurso a “lo razonable” permite al juez buscar el equilibrio entre derechos desde parámetros próximos al consenso social. Hay que decir que la razonabilidad no es un concepto claramente delimitado, sino una “noción de contenido variable” (MacCormick: 1984, págs. 132 y ss.) que abarca un campo de acción y aplicación muy amplio. Por ello, y desde el presupuesto general de una racionalidad práctica (Garzón Valdés: 1998; págs. 18 y ss.; 2001, págs. 319 y ss.), la alusión a la “razonabilidad” como concepto procedimental puede delimitarse a partir de tres requisitos: primero, sólo sería aceptable en situaciones que necesiten sobrepasar los mecanismos de la racionalidad formal; segundo, con ella se intenta lograr un equilibrio óptimo entre las diferentes exigencias en conflicto; y tercero: debe obtenerse, a su vez, el máximo consenso social, esto es, debe ser aceptada por la comunidad (Atienza: 1987, págs. 189 y ss.; 1993, pág. 175). Consiste en apelar a un “espíritu de adaptación” para resolver los conflictos mediante la adopción de soluciones que satisfagan a todos en el mayor grado posible; por ello, debería ser, más que un argumento subjetivo del jurista, un requisito objetivo del Derecho (Zagrebelsky: 1996, pág. 147). También es cierto que resulta intrínseco a la misma su carácter vago, impreciso y variable, aunque cabría añadir que este defecto congénito puede tornarse en cierta ventaja, por su carácter indefinido. Esto quiere decir que su alto nivel de indeterminación, tanto en sentido espacial como temporal, permitiría incluso afirmar que dos o

más soluciones para un mismo caso, en principio diferentes, pueden ser al mismo tiempo razonables; por lo tanto, más bien se trata de justificar cuál de ellas es “más razonable” que la otra, aportando argumentos de peso. Así, al menos se obliga al órgano juzgador a justificar su decisión, lo cual no es poco, sino un gran avance en la motivación de sus decisiones.

En nuestro análisis, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, aunque simplificando quizás en exceso, el Comité de Derechos Humanos podría haber dictaminado la prevalencia de AD1 frente a AF1 en DC2, y por extensión, la prevalencia de AD2 frente a AF2 en DC3, si hubiera considerado otro tipo de razones justificativas. De hecho, tampoco hubiera sido una decisión incorrecta si estuviera suficientemente justificada en cuanto a que se hubiera considerado más proporcional y razonable que la contraria.

Por lo tanto, hay conflictos jurídicos en los que intervienen valores y principios, que no pueden resolverse sólo de manera racional. Cuando se da la situación de tener que resolver un “caso difícil”, esto es, en cuanto se plantean problemas de relevancia normativa, interpretación, prueba o calificación de los hechos, el órgano que resuelve debe buscar “buenos” argumentos, que se concretan en unas condiciones o requisitos por cumplir y que según MacCormick serían cuatro: universalidad, consistencia, coherencia y consecuencias (MacCormick: 1978, págs. 152 y ss.).

La universalidad es un criterio formal que supone la existencia de un enunciado normativo general previo, aplicable a una situación concreta, que obliga a tratar los casos semejantes de forma igual, a menos que se pueda justificar la excepción. El argumento de consistencia o de no contradicción también es una propiedad formal del sistema jurídico que depende del cumplimiento de las normas por parte del juzgador cuando comprueba que no hay incompatibilidad alguna entre las normas que aplica y el resto de normas del sistema. El argumento de coherencia, por su parte, significa que una norma tomada en consideración por un juez ha de demostrar que se encuentra

respaldada por principios relevantes del sistema, es decir, que existe algún valor del ordenamiento jurídico que pueda dotar de sentido a la decisión. El requisito de coherencia sólo suministra una justificación débil, una exigencia negativa: ante un mismo caso podrían articularse dos o más decisiones coherentes que fuesen entre sí contradictorias. Si tenemos dos o más razones consistentes y coherentes en el sistema jurídico, desde un punto de vista justificativo, todas ellas son igualmente buenas (Ruiz Sanz: 2009, pág. 148). Por lo tanto, se necesitaría también argumentos de carácter consecuencialista (MacCormick: 1978, págs. 152 y ss.). Debido a la posible existencia de conflictos entre razones igualmente coherentes, el juez debe tener en cuenta un sistema de principios a partir de los cuales pueda establecer preferencias. Esta “jerarquización” remite a un nivel preracional; se pueden dar razones “no concluyentes”, es decir, referidas a actitudes emotivas y a “otros valores” como son la humanidad, la justicia, el sentido común, etc. (MacCormick: 1990, págs. 9 y ss.).

De cualquier forma, tal y como sucede en el caso que nos ocupa, el hecho de que acabe aceptándose la argumentación contenida en DC2, al sostener la prevalencia de AF1 sobre AD1, apoya una decisión del Consejo de Estado francés, que puede mantenerse a la luz de las explicaciones anteriores, aunque podría resultar insuficiente o insatisfactoria. Si suponemos que se cumplen los criterios de universalidad, consistencia y coherencia, y en cuanto a que éstos sean necesarios pero no suficientes, me detendré y haré algunas consideraciones sobre el último de los criterios propuestos, esto es, respecto a tomar en cuenta las consecuencias.

Que la argumentación jurídica sea consecuencialista quiere decir que existen buenas razones para pensar que los jueces deben evaluar las consecuencias de varias decisiones posibles relativas al caso, dependiendo de criterios de “justicia” y “sentido común”, pero sobre todo por referencia a principios y valores básicos (MacCormick: 1978, págs. 132 y ss.). Así sucede en nuestro caso, en cuanto a que las razones aportadas en AD1, AD2, y AD3, frente a

las razones expuestas en AF1, AF2 y AF3, dan lugar a la solución propuesta en DC1, DC2 y DC3. No cabe desconocer que si el Comité de Derechos Humanos optó por estos últimos enunciados, podría haber optado también por otros alternativos, llamémosles DC1bis; DC-2bis y DC3bis. Me refiero no tanto a las consecuencias del caso en particular para las partes en disputa, sino a las consecuencias que se derivan de los propios enunciados ADs y AFs; esto es, de los valores y principios que son defendidos en los mismos (autonomía personal *vs.* dignidad humana, respectivamente). Por lo tanto, la valoración de las consecuencias que acarrea una decisión particular debe hacerse desde una perspectiva general, es decir, el órgano juzgador ha de preguntarse qué ocurriría si el criterio que ha servido de fundamento a la decisión se convierte en una norma general a adoptar (Prieto: 1992, págs. 172-173).

Así pues, el juez debe tener presentes todas aquellas consecuencias que puedan extraerse de las normas, principios y valores que maneja; de esta manera, el criterio se encuentra de nuevo en la ponderación de las consecuencias de acuerdo a pautas de “razonabilidad” en el sentido apuntado (Ruiz Sanz: 1996, págs. 103-105). Otra cuestión importante consiste en cómo valorar las consecuencias de la decisión particular desde una perspectiva general, es decir, preguntarse qué ocurriría si el criterio que ha servido de fundamento para la decisión se convierte en una norma general del sistema con efectos jurídicos y sociales no sólo aplicables a las partes en la disputa, sino extensibles a cualquier caso que contenga las mismas peculiaridades. Si un órgano decisor pretende justificar que una consecuencia social es mejor que otra para alcanzar un fin propuesto, ha de poder someterse a una regla de universalización (Prieto: 1992, págs. 177-178). Quizás el problema sea determinar hasta qué punto caben excepciones o cómo se muestran y argumentan las semejanzas y/o diferencias entre unos casos y otros que se observan bajo un prisma o denominador común⁶.

En nuestro ejemplo, y en relación a la consideración de las consecuencias en el sentido

apuntado, la decisión del Comité de Derechos Humanos llevaría a la consecuencia C1 (derivada de DC1 + DC2 + DC3): *se prohíbe a M.W. trabajar en la empresa Fun-Productions con la finalidad de ser lanzado en espectáculos públicos*; frente a la otra consecuencia posible, que sería C2 (derivada de DC1bis + DC2bis + DC3bis): *se permite trabajar a M. W. en la empresa Fun-Productions con la finalidad de ser lanzado en espectáculos públicos*. Podemos observar que, deónticamente, prevalece una prohibición sobre un permiso. Así, se decide proteger preferentemente y de forma general a toda la comunidad a través de un imperativo negativo, antes que proteger de manera particular, esto es, en relación a la voluntad del sujeto individual, mediante una norma permisiva. La decisión, teniendo en cuenta sus consecuencias, protege de forma preventiva un “bien común” atribuible a “toda” la comunidad global (la no explotación de los enanos sin excepciones) frente a la consideración de la individualidad o de la elección personal de un sujeto directamente afectado. Traducido de nuevo al lenguaje de los derechos fundamentales, supone decantarse de manera evidente hacia la prohibición de unos supuestos “tratos inhumanos o degradantes” junto a la inadmisión de la libre disposición sobre el propio cuerpo y la negación del “libre desarrollo de la personalidad” incluso de la “libertad de pensamiento y de conciencia”. E insisto, no sólo se trata de una decisión particular, sino que cabe extenderla a la colectividad. Si además tenemos en cuenta que las consecuencias de la resolución han de ser evaluadas desde la generalidad en relación a posibles acciones futuras que tengan el mismo sentido o cierta similitud, la tendencia paternalista y holista de la decisión queda fuera de toda duda.

En cuanto a la justificación de la respuesta del Comité de Derechos Humanos, la discusión se torna de nuevo hacia el presunto contenido de esos valores en confrontación. Por este motivo, y con el objeto de precisar algo más sobre ello, habría que profundizar en esas dos ideas básicas a las que recurre el Comité, de manera un tanto superficial e incluso retó-

rica, al exponer las razones de su decisión: la dignidad humana (DC1, en relación a AD1 y AF1) y la no discriminación (DC3, en relación a AD3 y AF3). Veámoslas a continuación y por separado.

4. BREVES APUNTES SOBRE LA DIGNIDAD HUMANA

No descubro nada nuevo si afirmo que ante la expresión “dignidad humana” nos encontramos con un problema lingüístico y conceptual importante: es un término potencialmente vago y ambiguo, por su indeterminación semántica y léxica, respectivamente, ya que es usada en diferentes ámbitos con los más diversos objetivos y finalidades. En ocasiones, la propia imprecisión del término conduce a una hipertrofia en su uso que produce una “dialéctica de confusión” muy recurrente para provocar reacciones positivas: cuando se habla de “dignidad humana” se pretende transmitir alguna característica elevada y hasta trascendental; por ello, la apelación a la misma de manera intencionada, sea cual sea el modo o contexto en el que se haga, produce una emotividad saludable que propicia de forma retórica cierta tentación de manipulación por parte del sujeto emisor del mensaje, que a veces llega a prescindir de su contenido con el único objetivo de buscar la complicidad por parte del sujeto receptor.

Me refiero con ello a que la dignidad humana ha estado al servicio de determinadas ideologías, fueran del signo que fueran, y ha sido utilizada como “arma semántica” de políticas y concepciones morales de muy diverso cariz. Su enorme ductilidad la ha convertido en señal de identidad de cualquier reivindicación, desde las más comprensibles o sensatas hasta las más increíbles o perversas. También es cierto que tal riqueza conceptual no puede ser limitada por definiciones convencionales o incompletas. El sincretismo innato a la propia noción de dignidad humana casi obliga a no definirla para no perder fuerza expansiva. Aun así, no

se puede negar que tiene una dimensión histórica, que está dotada de algunos contenidos más o menos concretos, que se ha forjado al menos de manera diacrónica en el Occidente europeo a partir de la antigüedad clásica y de forma mucho más notoria a partir de las concepciones liberal, socialista y democrática. Ello ha permitido avanzar en la atribución de derechos a los individuos más desaventajados. Se trata del “fundamento de la ética pública de la modernidad”, lo que la convierte en un *príus* de los valores y principios políticos y jurídicos de libertad, igualdad, solidaridad y seguridad (Peces-Barba: 2002, págs. 12-13).

En nuestra tradición cultural, la dignidad es entendida de forma mayoritaria como un imperativo moral a partir del conocido *dictum* kantiano, con precedentes lejanos en el pensamiento estoico, expuesto en la *Fundamentación a la metafísica de las costumbres*, que apela a no utilizar al ser humano como un medio sino como un fin en sí mismo, en cuanto a que a la persona no se le puede considerar mercancía susceptible de ser tasada mediante un precio. Mucho se ha escrito y reflexionado sobre este sentido de la “humanidad” como virtud. Ahora bien, nos alejamos del debate filosófico cuando en múltiples ocasiones, en gran variedad de discursos, se utiliza el término con tanta fluidez expresiva que no se acaba de ver con claridad en qué consiste por una parte quién o qué es el medio y por la otra quién o qué es el fin; incluso puede que ambos componentes se hagan intercambiables según intenciones o preferencias. Es por ello que tal noción podría ser sustituida, en ciertos contextos, por otras algo más precisas como son las de autonomía o igualdad/universalidad (De Lucas: 2009).

Precisamente, el que la dignidad y la autonomía sean ideas entrelazadas se encuentra plenamente instaurado en la órbita kantiana, ya que la autonomía personal es aquello que fundamenta la apelación a la dignidad humana, en cuanto a que un ser racional es aquel capaz de elegir y dirigir sus propios actos según una “ley universal de libertad”, lo que le permite obrar de tal o cual manera. En este

sentido, el actuar de acuerdo a unas pautas de racionalidad le hace convertirse en un fin en sí mismo, y como sujeto racional hace que al mismo tiempo haya de respetar los deseos y fines de los demás individuos.

Un buen ejemplo de la ductilidad del concepto es el caso que venimos analizando. Resulta sintomático que en aras de la “dignidad humana” sea el demandante el que solicita que no se le prohíba trabajar en el espectáculo de lanzamiento de enano (AD1), mientras que es la parte demandada, esto es, el Estado francés, quien defiende la prohibición de tal práctica (AD2) desde ¿otra? dignidad humana, aquella que se vincula al mantenimiento del orden público. Uno se pregunta, pues, si una de las dos partes en litigio confunde o no entiende lo que es la dignidad, o si en cambio resulta que hay más de un concepto de dignidad aplicable al caso.

Una posible respuesta al respecto la podemos encontrar en Dworkin. Este autor distingue un concepto de dignidad instrumental y otro holista, que acaban siendo incompatibles entre sí. Respecto al primero, de evidente condición subjetiva, un acto sería indigno si el sujeto afectado sufre conscientemente un deterioro físico o mental. El segundo u holista se refiere a que el valor de la vida humana no depende de las experiencias ni percepciones de los individuos, sino del respeto que merece el propio hecho de ser persona en sí misma considerada (Dworkin: 1994, págs. 307-308). Este autor rechaza la primera opción por encontrar deficiencias en su aplicación a ciertos individuos que carecen de la capacidad de reconocimiento del propio sufrimiento (enfermos terminales, incapacitados o dementes), mientras que sostiene la segunda versión para la que el valor de la vida humana es un “todo”, independiente de las experiencias y percepciones subjetivas. En consecuencia, esta segunda noción de dignidad implica que su defensa compromete tanto al mismo individuo como a la comunidad en su conjunto (Pérez Triviño: 2001, págs. 203-205; 2007, págs. 76-77).

No cabe duda de que la dignidad humana es una cualidad moral atribuible a cualquier

ser humano con independencia de sus pensamientos, creencias o acciones. En este sentido, el desarrollo de una forma de vida inadecuada a ciertos parámetros presuntamente racionales no hace que el individuo que elige dicha forma de vida pierda su dignidad, ya que se trata de una cualidad absoluta e indisponible para el sujeto. De ahí se hace derivar su carácter inalienable. También es cierto que cabe reconocer la posibilidad de que toda persona pueda disponer o tener capacidad para realizar sus planes de vida o actuar de acuerdo a sus convicciones o elecciones sin sufrir manipulaciones o coacciones externas. Tal y como he tratado de mostrar, ni la autonomía ni la dignidad son valores de contenido previamente fijado ni ilimitados en su proyección institucional a través de derechos fundamentales, sino que entre ellos caben ciertos límites que desde el punto de vista moral pueden cobrar algún sentido, pero que desde parámetros estrictamente jurídicos, pueden tener otro diferente. De acuerdo con la distinción trazada por Pérez Triviño, a mi juicio paralela a la comentada proveniente de Dworkin entre dignidad instrumental y holista, puede admitirse una dignidad “relativa” y otra “absoluta”; la primera estaría fundada sobre criterios empíricos provenientes de las percepciones o comportamientos humanos y sería convencional, gradual y no moral. En cambio, la segunda o absoluta respondería a una característica propia de todos los seres humanos, y por lo tanto sería permanente, inmutable; y a través de la misma, podrían establecerse límites al comportamiento individual (Pérez Triviño: 2009, págs. 174 y ss.). Como concepto absoluto, me parece acertada la idea de que, aunque el individuo establezca planes de vida contrarios o haga un uso no razonable de la misma, no por ello la pierde sino que la conserva por tratarse de un rasgo irrenunciable, tal y como ha sido comentado. Pero la preferencia del deber moral frente a su disponibilidad o articulación como derecho subjetivo es otro asunto. El problema está en la proyección del ámbito de la moralidad hacia el derecho; o para ser más específicos, la manera en la que se produce la introducción de conceptos morales en el proceso judicial. La transferencia al

marco jurídico de esa dignidad absoluta, con las características descritas, plantea de nuevo la sempiterna discusión sobre la influencia de la moral en el derecho, es decir, las estrechas relaciones entre ambos campos de conocimiento. Por supuesto que no es ese el objeto de este estudio, pero algo hay que decir al respecto.

Con brevedad y sólo en relación al caso planteado: desde un punto de vista moral, en cualquiera de sus dimensiones, el espectáculo de lanzar enanos en público resulta estéticamente grotesco y subjetivamente despreciable. Es rechazable sin duda por obsceno, patético y de mal gusto. Ahora bien, desde la perspectiva de una decisión jurídica, esto es, la posibilidad de prohibir o permitir una conducta, que son las dos opciones planteadas en el supuesto, el modo de proceder correcto es someterlo previamente al test de derechos fundamentales, tal y como he intentado explicar a lo largo de estas páginas. Si se puede hablar de la dignidad como algo absoluto e irrenunciable desde un punto de vista moral, parece que a un nivel estrictamente jurídico resulta difícilmente compatible con la necesaria operación de ponderación de derechos, tal y como ha sido expuesta. En caso contrario, tendría razón aquél que sustentara la prevalencia apriorística de unos valores sobre otros, tendencia que he tenido ocasión de discutir y rechazar en el apartado anterior. Por otro lado, cuesta discernir sobre cuestiones jurídicas sin referirse a comportamientos empíricos demostrados (hechos jurídicos institucionales) en un proceso de decisión judicial, que evitan abrir el camino a elucubraciones ontológicas sobre el carácter absoluto de algunos valores, o mejor dicho, en su interpretación más adecuada a los fines que se persiguen. Por esos motivos, no se encuentran razones suficientes para justificar que la decisión tomada sobre la base de una pretendida dignidad humana enfrentada a las acciones individuales sea la mejor alternativa, entendiendo que la opción elegida por M. W., esto es, la permisividad de esa conducta, también sería correcta desde un punto de vista jurídico.

Quizás la contemplación de un sentido absoluto de la dignidad humana fuera el tras-

fondo de la decisión del Comité de Derechos Humanos, consonante con la sentencia previa del Consejo de Estado francés, en su parca argumentación sostenida en DC2. Pero en realidad el Comité no lo explicita de aquella manera, sino que solamente apela toscamente a la protección del “orden público, en la que intervienen en particular consideraciones de dignidad humana”. Cabe recordar que el Consejo de Estado francés, demandado en este caso, había revocado las sentencias de los tribunales administrativos al considerar que la libertad de trabajo y de comercio no impiden que “la autoridad, investida del poder de policía, prohíba una actividad incluso lícita, si con ello lo que se pretende es prevenir o hacer cesar el orden público”. Con ello lo que hace el Consejo de Estado francés es introducir por vía indirecta a través del “orden público” la idea de dignidad humana dentro del ordenamiento jurídico en detrimento de la primacía de las libertades individuales⁷. Pero además el riesgo más notable está en la apertura de facultades extrajurídicas al juez constitucional que interpreta a partir de conceptos suprajurídicos (en este caso, la dignidad), otros conceptos (en este caso, el orden público) a los que recurre para tomar y justificar decisiones más o menos discrecionales. No cabe duda de que, y en palabras de Gregorio Peces-Barba relativas a este caso: “considerar a la dignidad como un componente del concepto de orden público, concepto jurídico administrativo muy elaborado, me parece dice este autoró empequeñecerle y privarle de su papel central, fundamental y básico”, que es hacer de la dignidad un “género” de carácter prepolítico y prejurídico de la autonomía moral, ya que de ambas emanan los valores y derechos que sostienen la democracia (Peces-Barba: 2002, págs. 64-65).

Ahora bien, habría que dar un salto cualitativo para afirmar lo contrario a lo que sostuvo el Comité, esto es, que la dignidad individual de M. W. tendría que haber prevalecido frente a la dignidad colectiva de la comunidad. Por eso, y a pesar de que la solución paternalista y holista no resulta quizás la más atractiva, y que parece mejor el respeto y la defensa de la

libre voluntad del individuo sobre el modo de desarrollar sus planes de vida, todo lo expuesto con anterioridad no conduce necesariamente a la renuncia de la discusión abierta sobre si la decisión fue (o no) la más (in)correcta posible. A estas alturas, queda fuera de toda duda que la respuesta depende de cómo se conjugue ese complejo binomio entre dignidad humana y autonomía personal.

5. CUESTIONES RELATIVAS A LA "NO DISCRIMINACIÓN"

Otros problemas presenta la solución adoptada por el Comité de Derechos Humanos cuando se refiere a si la práctica del lanzamiento de enano es o no es discriminatoria⁸. Ante la denuncia del demandante M. W., en la que tilda de "discriminatoria" la prohibición de ejercer libremente su trabajo, en DC3 el Comité argumenta, en relación a si está justificado aplicar la prohibición del lanzamiento sólo a un tipo concreto de personas (los enanos) y no al resto (los no enanos), que "*una distinción constituye una discriminación cuando no se basa en motivos objetivos y razonables*", pero que en este caso, dado que la prohibición del lanzamiento de enano sí que se funda en criterios "objetivos y razonables", y como "*sólo los enanos son susceptibles de ser lanzados*", por tanto, la medida no reviste carácter discriminatorio.

Así pues, dos son las cuestiones que deberían dilucidarse al respecto: por un lado, qué se entiende por discriminación; y por el otro, qué significa fundamentar la prohibición en criterios objetivos y razonables.

Respecto al primer interrogante, el Comité de Derechos Humanos no define en su Comentario lo que considera discriminatorio o no. Cabría, pues, acudir a otras comunicaciones del Comité para averiguarlo. En concreto, el párrafo 7 de su Observación General número 18, de 11 de septiembre de 1989, es la primera que acuña un concepto de discriminación un tanto genérico e inspirado en textos internacionales, que ha venido utilizando des-

de entonces, en los siguientes términos: "... *toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.*" De esta guisa, la definición se refiere a aquellas diferencias arbitrarias que han de ser prohibidas, la enumeración queda abierta a la aparición de otros supuestos no previstos, y no ha de tenerse en cuenta si existió o no la intención de discriminar.

En cuanto a lo segundo, esto es, la existencia de criterios objetivos y razonables que fundamenten la decisión de prohibir el "lanzamiento de enano", hay que precisar qué supone o en qué se concreta ser "objetivo" y "razonable" para el Comité, ya que se trata de una fórmula de estilo a la que recurre con bastante asiduidad en sus comunicaciones. En un principio, objetivo se contrapone a subjetivo, esto es, no ha de dar pie a interpretaciones divergentes o dispares; y algo razonable, tal y como tuve ocasión de comentar en un apartado anterior, acaba por reconducirse a que la decisión sea compatible o coherente con principios y valores presentes en el contexto social y orden jurídico circundante, lo que conlleva una justificación débil de cualquier decisión (Ruiz Sanz: 2009, págs. 141 y ss.). Por ello, cabe añadir la necesidad de que la medida sea proporcional en relación al objetivo perseguido y que éste además sea legítimo, en los términos también expuestos con anterioridad.

Discriminar implica la capacidad de elegir bajo algún criterio, racional o no. Como tal, es una actitud disposicional que conlleva un comportamiento o acción de interpretación variable. La discriminación tiene dos sentidos básicos: uno neutro y otro negativo. El primero es equivalente a "distinguir", "superar" o "clasificar"; mientras que el segundo se vincula a "parcialidad", "prejuicio", "favoritismo"

o “intolerancia”; en esta última acepción sería “distinguir o diferenciar pero negativamente, es decir, excluir” (Añón Roig: 2001, pág. 27). A ello cabe añadir una tercera posibilidad, aquella que plantea la llamada “discriminación inversa” que añadiría un tercer sentido de la discriminación, en este caso positivo, aplicable a situaciones a partir de las cuales resultaría justificado un trato desigual (Ruiz Miguel: 1994, págs. 77 y ss.).

Por aplicar estas categorías teóricas al supuesto en concreto, en este caso la parte demandante está haciendo alusión a un tipo especial de desigualdad que se refiere implícitamente a valorar de forma negativa un rasgo físico de un individuo (talla pequeña) en contraposición a una posición genérica de igualdad (talla normal), a través de la prohibición de trabajar en las mismas condiciones que cualquier persona, decisión que por lo tanto tiene consecuencias negativas sobre el propio demandante. De ello éste deriva una situación de injusticia y, como hemos tenido ocasión de comprobar, hasta de pretendida indignidad cuando se llevan a cabo acciones que ponen de relieve tales distinciones y diferencias.

En resumen y para ordenar de nuevo las diferentes posiciones al respecto, el argumento esgrimido por M. W. en AD3 es que se produce una situación de “discriminación” hacia los enanos, al impedirles realizar determinadas actividades laborales. Frente a esto, el Comité de Derechos Humanos argumenta en DC3 que “sólo los enanos son susceptibles de ser lanzados” y en tal sentido, para este órgano la medida prohibitiva no reviste carácter discriminatorio, y así rechaza aquella argumentación, dando la razón o reforzando la otra, sostenida por el Estado francés en AF3, al defender que la prohibición no es discriminatoria, ya que “por definición, sólo se aplica a las personas aquejadas de enanismo, pues son las únicas a las que puede afectar la actividad prohibida, y la indignidad de esa actividad se deriva muy particularmente de las peculiaridades físicas de esas personas”; así pues, consiste en una diferencia de trato proveniente de “categorías diferentes de personas, una de las cuales no puede resultar afectada por el fe-

nómeno del ‘lanzamiento’ por evidentes razones físicas”.

En este sentido, respecto a si la diferenciación establecida es razonable, se ha indicado que tanto el Estado francés como la Comisión de Derechos Humanos recurren únicamente a una concepción de la igualdad geométrica o aristotélica, en cuanto a que “la justicia consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales” (De Lora: 2006, pág. 123), sin contemplar la posibilidad del trato igual para desiguales. Podría entenderse que, aunque mer-mados en su salud⁹, las especiales condiciones físicas de los enanos no les impide desarrollar este tipo de trabajo en condiciones normales. Pero en el fondo de la argumentación, el tema no es sólo negar que exista discriminación, sino las probables consecuencias negativas de cara al colectivo de personas de talla pequeña, si se entiende que este tipo de comportamientos intensifican la desconsideración de la sociedad hacia ellos.

Por ahondar algo más sobre el tema, la discriminación puede ser directa o indirecta e individual o de grupo (Añón Roig: 2001, págs. 29-31). La directa o manifiesta se da cuando se establece un tratamiento desfavorable, no racional y explícito; en la indirecta, en cambio, no se tiene en cuenta las diferencias, sino que a partir de una situación inicial de igualdad se generan efectos discriminatorios de unos sujetos frente a otros. En contraste con la primera, esta segunda es no intencionada. Además, frente a la discriminación individual exclusivamente *ad personam*, la grupal es aquella que sufre un individuo por razón de su pertenencia a un grupo y que lo sitúa en posición de desventaja en relación a otros individuos. Si tuviéramos que encuadrar alguno de estos tipos de discriminación en la situación de M. W., podría concebirse como indirecta y de grupo, de acuerdo a los parámetros indicados. Ello sin perjuicio de que pudiera considerarse que también exista una discriminación estructural. En cualquier caso, la argumentación del demandante tiene poco éxito frente a la respuesta de rechazo por parte del Comité en DC3, expresada a través del recurso a lo objetivo y ra-

zonable, fórmula con una alta dosis de indeterminación que ha de ser rellenada de contenido por el órgano juzgador. Tampoco se encuentra en resoluciones anteriores del propio Comité o en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, pautas específicas sobre el contenido de ambos requisitos. De nuevo aumenta el riesgo, tal y como sucedía con la idea de dignidad, aunque ahora con un perfil menos apegado a la moralidad y su influencia directa sobre el ámbito jurídico, de ampliar notoriamente ese margen de discrecionalidad de la decisión final en detrimento de la seguridad jurídica. La cláusula de “no discriminación” despliega en nuestro asunto, pues, todos sus efectos, en su sentido negativo.

6. PARA CONCLUIR ...

No mucho más cabe añadir a todo lo comentado. La decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de prohibir ejercer su trabajo a M. W. en el espectáculo público de lanzamiento de enano lleva aparejada la consideración de las consecuencias hacia un colectivo desfavorecido por sus particulares condiciones físicas, ya que presupone que ese tipo de trabajos resultan denigrantes no sólo para los individuos que los practican, sino para todo un colectivo de personas en sus mismas condiciones físicas. Y por extensión, a toda la sociedad. Por ello la decisión se fundamenta sobre dos pilares básicos: el respeto a la dignidad humana garantizada a través del orden público, y la no discriminación sobre el sujeto directamente afectado al prohibírsele tal actividad. Estas interpretaciones de la dignidad y de la discriminación han sido criticadas en este estudio, por poco precisas o indeterminadas. De hecho, llevan consigo la apertura arbitraria de los cauces institucionales de decisión jurídica. La medida, además, puede considerarse paternalista y holista, ya que prevalece de forma evidente un presunto interés general protector de la colectividad frente a la libre elección personal de su forma de vida por parte del sujeto directamente afectado.

No me resisto a finalizar el análisis del caso sin añadir algunos interrogantes que pretenden abrir mucho más la discusión que clarificar las dudas ya expuestas. Entre las preguntas que cabe plantearse, sin ánimo exhaustivo, están las siguientes: ¿por qué prohibir el lanzamiento de enano y no otras prácticas que pueden no respetar la dignidad de las personas?; esto es, ¿dónde está el límite entre un trabajo digno y no digno?; así pues: ¿acaso no hay trabajos que se realizan en condiciones indecorosas, denigrantes e incluso inhumanas, que en principio no son calificados de indignos?; o desde otro enfoque: ¿cabe admitir profesiones de alto riesgo en las que se pone en juego la vida de las personas aunque no se consideren indignas, más bien todo lo contrario? Por rizar algo más el rizo: ¿una persona no enana podría actuar en un espectáculo haciendo el papel de un enano?; es decir, ¿sólo los enanos tienen prohibido hacer de enanos en representaciones o espectáculos públicos y no el resto de personas?; ¿hay que censurar toda connotación al enanismo con independencia del sentido en el que se haga, sólo por ser estética o artística? En otro orden de cosas, si los jueces o cualesquiera órganos de decisión pueden determinar qué es digno o no con respecto a acciones humanas individuales, ¿podrían ampliar los supuestos a otros casos en los que se juzguen actos de personas con minusvalías o simplemente “diferentes”, que no sólo “desiguales”, por algún motivo físico o psíquico?; ¿la explotación comercial de defectos físicos más triviales como pueden ser la fealdad o la gordura aceptada, han de llevar a las mismas consecuencias?; en última instancia: ¿cuál es el objeto y quién tiene legitimidad para imponer esa barrera a un ser humano que no le permita decidir sobre su propia forma de vida? Sobre esto último, aquellos que abogan por la prohibición de actos contrarios a la “dignidad” vinculada a la alteración del “orden”, han de ser conscientes de la delgada línea que se traspasa con la tentación de ampliar los supuestos a todos aquellos casos en los que se dispone libremente del propio cuerpo. Baste con proponer tres ejem-

plos: la prostitución, los espectáculos pornográficos o las prácticas sadomasoquistas.

Se desprende de los interrogantes anteriores, que en el fondo de la cuestión yace un planteamiento hipócrita sobre lo que conviene valorar y destacar en cada momento como digno o indigno, en función de ideas preconcebidas o prejuicios sociales establecidos. El respeto hacia la autonomía personal a veces se

convierte en un serio obstáculo si la decisión de vivir de cierta manera, aunque no repercute negativa y directamente sobre otros, no ofrece suficientes garantías de orden o estabilidad. En realidad no son los que se exhiben o actúan, sino otros en este caso, todos los que se ríen y disfrutan con los defectos físicos de los demás, los únicos responsables morales de una actitud estúpida, a través de la cual ocultan sus propios miedos.

NOTAS

1. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas es el órgano que vela por el cumplimiento de aquellas obligaciones contraídas por los Estados Parte en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Tiene facultades para examinar informes de estos Estados sobre la situación de los derechos contenidos en el Pacto de su país, dirimir conflictos entre Estados Parte, conocer comunicaciones individuales y emitir observaciones generales interpretativas de las disposiciones del Pacto. En lo que se refiere a la recepción de comunicaciones individuales, que es nuestro caso, el Comité no dicta sentencias sino que emite observaciones que son incluidas en los informes anuales de la Asamblea General, aunque no tienen mayor fuerza jurídica. Ahora bien, lo que nos interesa en este estudio es discutir sobre la argumentación llevada a cabo por dicho Comité, que recoge parte de la ya expresada por el Consejo de Estado francés.

2. En algunos lugares, ha habido intentos o incluso como sucedió en Ontario (Canadá), iniciativas legislativas (Ley 97, 2003) cuya pretensión era prohibir el lanzamiento de enano, aunque no tuvieran éxito. La prohibición de tal práctica u otras similares no se encuentra regulada a nivel legislativo en ningún país; todo lo más, como ha acontecido recientemente en España, se ha llevado a cabo a nivel local. Esto ha sucedido, entre otros, en el Ayuntamiento de Zaragoza en relación al espectáculo cómico-aurino de “el bombero torero”. Este consistorio, en plenario de 4 de noviembre de 2008, acordó por unanimidad prohibir su inclusión en actos festivos públicos.

3. Precisamente, el comentario posterior del letrado del demandante va dirigido a contraargumentar sobre esto último, ya que señala que “*a la concepción clásica de la trilogía del orden público francés, el buen orden (la tranquilidad), la seguridad y la salubridad pública, viene a sumarse la moral pública, y el respeto de la dignidad humana forma parte de este cuarto elemento.*” Dos interrogantes extrae sobre ello: se pregunta si se consagra un “nuevo orden de policía” que abre la puerta ante todos los supuestos abusos, y en su caso, si resulta que el alcalde se va a “*erigir en censor de la moral pública y en protector de la dignidad humana.*”

4. Por precisar algo más: el Comité de Derechos Humanos sólo declara admisible la comunicación “*en la medida en que parece suscitar cuestiones con respecto al artículo 26 del Pacto*”, es decir, en relación a si existe o no una situación de discriminación.

5. Lo que voy a exponer obedece más a la actuación esperada por parte de un tribunal de carácter constitucional como es el *Conseil D'Etat* francés, que de un comité internacional como es la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. De la misma manera, por ejemplo, los casos jurídicos más “trágicos” que se plantean en España son aquellos que derivan del conflicto entre derechos fundamentales de los arts. 15 y 16 de la Constitución, esto es, entre el derecho a la vida e integridad física y moral de los individuos, sin que, en ningún caso, se pueda someter a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, y la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades. No cabe duda de que el caso que estamos tratando también podría ser incluido dentro de este tipo de conflictos al plantearse entre el respeto a la integridad física y moral y la libertad de decisión con el objeto de trabajar en un espectáculo de “lanzamiento de enano”.

6. En Francia, la “Asociación Nacional de Personas de Talla Pequeña” llevó a cabo una amplia actividad pública en favor de la prohibición del lanzamiento de enano. En España también existe una “Plataforma de Personas de Talla Baja” que promueve actuaciones en el mismo sentido. Aquí ha habido algún caso similar en el que un enano se exhibía de feria en feria; el procedimiento era incluso más rupestre, ya que era lanzado al aire hacia un terreno arenoso. Otros casos que

guardan cierta similitud, pero también algunas diferencias, son aquellos en los que se produce la exhibición de enanos en espectáculos públicos. Además del ya mencionado “bombero torero”, otros han tenido cierta repercusión mediática: por ejemplo, a finales de febrero de 2004, la Fundación ALPE Acondroplasia, que defiende a los afectados por esta enfermedad debida a una mutación genética que produce enanismo, preparó una demanda contra Televisión Española y la productora Prointel por la emisión de un *sketch* en el programa “Un, dos, tres...”, en el que aparecían dos enanos vestidos de niñas, que eran ridiculizados y golpeados por un actor de talla normal. El Defensor del Pueblo abrió un expediente a TVE. Uno de los actores afectados se manifestó contrario a la denuncia, pues a él no se le había preguntado y creía que vulneraba su derecho al trabajo. El Defensor del Pueblo señaló en la nota que hizo llegar a la dirección general de TVE, que se evitara “la difusión de mensajes que de cualquier modo pudieran afectar negativamente a la plena efectividad de los derechos constitucionales, y más aún si dichos contenidos o mensajes pueden resultar contraproducentes para la integración social de quienes padecen cualquier tipo de discapacidad”. A la vista de la polémica creada, se decidió retirar el *sketch* del programa. Otros casos posteriores iniciados por la misma Fundación ALPE, junto a otras organizaciones de carácter similar, han sido la retirada de un anuncio de televisión de la compañía telefónica Amena, en el que caía un enano del cielo que se ponía a bailar ante un perplejo ciudadano (diciembre de 2002), o la retirada de la campaña de colchones Flex, en la que aparecían siete personas de talla baja junto a dos actores que representaban a Blancanieves y al príncipe (abril de 2005), o más recientemente, en febrero de 2007, la Fundación citada presentó otra demanda contra Telecinco y Globomedia por la emisión de un capítulo de la serie televisiva *Aida* (emitido el 21 de enero de 2007, llamado “el enano oscuro del corazón”, que fue líder de audiencia con más de cuatro millones de espectadores y un 24,8% de cuota de pantalla), en el que uno de los actores se mofaba en repetidas ocasiones de otro actor afectado de acondroplasia. El debate y discusión sobre la participación de actores enanos en este tipo de anuncios o programas, pues, está abierto.

7. Un comentario de la sentencia sobre este caso que nos ocupa, dictada por el *Conseil D'Etat* francés, puede verse en la publicación *Actualité juridique. Droit Administratif*, n.º 12, 1995, págs. 442 y ss.

8. En realidad, tal y como ya fuera advertido en una nota anterior, el Comité sólo se pronuncia sobre el tema de la discriminación, en virtud del art. 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Del resto de cuestiones de fondo no se ocupa, ya que el demandante no agotó los recursos internos en el Estado francés. Pero al tener dicho artículo un carácter autónomo y abierto, la “cláusula de discriminación” que contiene es una herramienta adecuada para lograr también la protección de derechos no incluidos en el Pacto, así como lo hace dúctil hacia su aplicación a nuevas realidades que tengan que ver con supuestas actitudes discriminatorias.

9. La acondroplasia, enfermedad genética que padece M. W. y que ocasiona el tipo más común de enanismo, se caracteriza por el trastorno del crecimiento óseo. Se produce un acortamiento de los huesos largos del cuerpo, mientras que se mantiene la longitud de la columna vertebral, lo que da un aspecto desarmónico a todo el organismo: la cabeza, el abdomen y las nalgas son grandes en proporción a los brazos y las piernas, que son cortos, la frente es prominente y la región nasal pequeña, entre otras irregularidades fenotípicas. La enfermedad se presenta en uno de cada 25.000 niños nacidos vivos.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ALEXY, R. (1989), “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. de M. Atienza, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5.
- ALEXY, R. (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ALONSO GARCIA, E. (1984), *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ANÓN ROIG, M.J., (2001), *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México D. F., Fontamara.
- ATIENZA, M. (1987), “Para una razonable definición de ‘razonable’”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4,
- ATIENZA, M., (1993) *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel.
- ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J. (1996), *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel.
- DE LORA, P. (2006), *Memoria y frontera: el desafío de los derechos humanos*, Madrid, Alianza Editorial.
- DE LUCAS, J., (2009) “Dignidad, pluralismo, democracia. Comentario al artículo 12. Respeto a la diversidad cultural y el pluralismo”, en *Comentarios a la Declaración universal sobre bioética y derechos humanos de la UNESCO* (Casado, M., ed.), (en prensa).

- DWORKIN, R. (1994), *El dominio de la vida*, trad. de R. Caracciolo y V. Ferreres, Barcelona, Ariel.
- DWORKIN, R. (1994), *Los derechos en serio*, estudio preliminar de A. Calsamiglia, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel.
- GARZON VALDES, E. (1998), "Razonabilidad y corrección moral", en *Claves de Razón Práctica*, núm. 88; recopilado en (2001) *Filosofía, política y derecho. Escritos seleccionados* (ed. a cargo de J. de Lucas), Universitat de València.
- GUASTINI, R. (1999a), *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer, Barcelona, Gedisa.
- GUASTINI, R. (1999b), "Principios de derecho y discrecionalidad judicial", trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia*, núm. 34.
- GUASTINI, R., (1996), "Derecho dúctil, Derecho incierto", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XIII.
- HABERMAS, J. (1998), *Facticidad y validez. Sobre el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta
- MACCORMICK, N. (1978), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- MACCORMICK, N., (1984) "On reasonableness", en *Les notions a contenu variable en droit* (Perelmann, C.; van der Elst, R. dirs), Bruxelles, Bruylant, 1984.
- MORESO, J.J. (2002), "Guastini sobre la ponderación", *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 17.
- MORESO, J.J. (2009), *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons.
- NAGEL, Th. (1979), "The fragmentation of Value", en *Moral Questions*, Cambridge, Cambridge University Press.
- PECES-BARBA, G. (2002), *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Madrid, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid.
- PÉREZ TRIVIÑO, J.L. (2001), "El renacimiento de los castigos avergonzantes", *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho*, núm. 15.
- PÉREZ TRIVIÑO, J.L. (2007), *De la dignidad humana y otras consideraciones jurídico-político*, México D. F., Fontamara.
- PÉREZ TRIVIÑO, J.L. (2009), "Stico: entre la autonomía y la dignidad", en *El Derecho en el cine español contemporáneo* (García Manrique, R., y Ruiz Sanz, M., eds.), Valencia Tirant lo Blanch.
- PÉREZ-LUÑO, A.E., (1984), *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos.
- PRIETO, L. (1992), *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- PRIETO, L. (2003), *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.
- RODRÍGUEZ TOUBES, J. (2000), *Principios, fines y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson.
- RUIZ MIGUEL, A. (1994), "Discriminación inversa e igualdad", *El concepto de igualdad*, (Varcárcel, A., comp.), Madrid., Fundación Pablo Iglesias.
- RUIZ SANZ, M. (1996), "Argumentación racional y consecuencialismo en la decisión judicial", *Jueces para la democracia*, núm. 25.
- RUIZ SANZ, M. (2002), *Conflictos jurídicos y sistemas normativos*, Madrid, Dykinson-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid.
- RUIZ SANZ, M. (2009), *La construcción coherente del Derecho*, Madrid, Dykinson.
- ZAGREBELSKY, G. (1996), *El derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta.

Fecha de recepción: 20 de abril de 2009.
Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2009.



TEMAS DE HOY

Los derechos fundamentales en la constitución del derecho privado contemporáneo brasileño a partir del derecho civil-constitucional
Luiz Edson Fachin

La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios de las profesiones reguladas en España: en especial, de los abogados
Augusto González Alonso

Las costas del monitorio
José María Ruiz Relaño



LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO PRIVADO CONTEMPORÁNEO BRASILEÑO A PARTIR DEL DERECHO CIVIL- CONSTITUCIONAL*

Luiz Edson Fachin**

Sumario: 1. Introducción; 2. PRIMERA PARTE: De la codificación a la constitucionalización; A) Posibilidades y paradojas ante el nuevo Código Civil; B) Inventario mínimo para explicitar los caminos de la construcción del Derecho Privado contemporáneo brasileño; a) Existencia, validez y eficacia: a partir de la metáfora de los planos clásicos; b) El trípede fundante del posible sentido de constitucionalización; C) Derechos Civiles Constitucionales y pluralismo doctrinario; 3. SEGUNDA PARTE: Internalidad y externalidad en el debate sobre Constitución y relaciones privadas: una mirada a partir de Locke revisitado; A) Derechos Fundamentales y relaciones interprivadas; B) Locke y la legitimación del patrimonialismo; C) Relación Jurídica, abstracción y “neutralidad” excluyente; D) La autorreproducción del sistema y la negación de los Derechos Fundamentales: “el hombre sistémico”; E) La Posibilidad de ruptura de la abstracción instituida por la codificación; F) La hermenéutica de los derechos fundamentales y la “negatividad de las víctimas”: el humano que emerge del “caos”; 4. Conclusión; Nota bibliográfica.

* El presente ensayo intenta ofrecer una reflexión sobre la reciente experiencia de la doctrina del Derecho Civil brasileño y trata de los presupuestos epistemológicos para la comprensión de las premisas de la conformación normativa-principiológica de los derechos de la personalidad y de las relaciones existenciales en general.

** Profesor Titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la *Universidade Federal do Paraná* y de la *Pontificia Universidade Católica do Paraná*, Curitiba, Paraná, Brasil; Doctor en Derecho de las Relaciones Sociales por la PUC/SP (*Pontificia Universidade Católica de São Paulo*); miembro de la ISFL (*International Society of Family Law*), de la *Associação Andress Bello de Juristas*; del IAB (*Instituto dos Advogados Brasileiros*), de IAP (*Instituto dos Advogados do Paraná*) y de la APLJ (*Academia Paranaense de Letras Jurídicas*); autor de diversas obras y artículos.

1. INTRODUCCIÓN

El debate en el que se entrelazan los derechos fundamentales, los nuevos derechos y las relaciones existenciales (ahí se incluyen los derechos de la personalidad) ha suscitado la problematización de las premisas que han sido realzadas debido a la incidencia de esos derechos sobre las relaciones interprivadas. Dicha incidencia marca el rumbo de la construcción del Derecho Privado contemporáneo en Brasil y se ha instituido fundante de un catálogo mínimo del Derecho Civil-Constitucional brasileño.

Hay que, por consiguiente, examinar tales premisas y verificar, dentro de ese ámbito, cómo está el actual *estado del arte* en la doctrina brasileña reciente, de modo crítico y constructivo. Esta verificación se ajusta al arquetipo de un ensayo, y de esa junción entre fines y medios, ha resultado la presente reflexión.

Antes de nada, hay que subrayar que en el Derecho Civil-Constitucional se evidencian tres superaciones: la del monismo de las fuentes, la de la rigidez literal de la hermenéutica, y la de la significación monolítica de institutos y figuras jurídicas fundantes de la radiografía de las relaciones sociales, como el contrato, la familia y la propiedad. Se aprehende como método, un procedimiento dialéctico que problematiza y que se basa en la crítica y en la permanente reconstrucción de los sentidos que se le atribuyen al campo jurídico.

Tomamos como directriz la sensible y lúcida preocupación de Rosario Valpuesta, que apunta hacia la distinción entre la Constitución social y la efectividad, cuando dice: “*aquellos países que cuentan con una Constitución social, resultado que los derechos que la expresan carecen del mismo nivel de eficacia que las tradicionales derechos y libertades*”¹.

Con esta baliza prosigue el presente análisis.

2. PRIMERA PARTE: DE LA CODIFICACIÓN A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN

Es imprescindible previamente establecer una precisión de la travesía espacio-temporal.

No se trata ya de sustentar la reconstrucción del Derecho Privado brasileño en torno a la idea de *codificación*, sino de la relevancia de los códigos como signos lingüísticos culturales y sociológicos. Por eso, se marcan nuevas fronteras: un ejemplo de ello es la interpenetración de los espacios públicos y privados reconocidos en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia.

Véase a modo de ejemplo, la regulación del bien de familia y de los derechos fundamentales. Si partimos de una premisa asumidamente controvertida, la de que el acceso a la vivienda es un derecho fundamental de naturaleza prestacional, una investigación de carácter Civil-Constitucional tratará de evidenciar que apenas una hermenéutica extensiva del bien de familia (sea legal o voluntario) contribuirá para la efectividad de ese derecho, sistematizando decisiones que problematicen dicho asunto.

Además, se someterá a debate, en el campo de la realización de los derechos fundamentales y en el de la incidencia del principio de la *reserva de lo posible*, así como trayéndose a colación, los principios de la ponderación y el de la prohibición de retroceso, que son los medios e instrumentos para el acceso al bien de familia y no tan sólo a la tutela del bien ya existente.

A) POSIBILIDADES Y PARADOJAS ANTE EL NUEVO CÓDIGO CIVIL

Especialmente tras la vigencia del Código Civil brasileño en 2003, es legítimo que bajo el pensamiento crítico del Derecho Civil contemporáneo se traigan a colación desafíos y perspectivas, horizontes nuevos o renovados, ante ese evento, cuyo valimiento es patente.

La paradoja que hizo emerger el Código de 2003 ante la principiología axiológica de índole constitucional —como ya hemos tenido

la oportunidad de destacar— enriquece el debate, y destaca la índole no lineal de la cultura jurídica.

Ochenta y cinco años después del Código de 1916, la ley n. 10.406, de 10 de enero de 2002, reedita, con actualizaciones y algunos cambios, el paradigma insular de la codificación privada. Se sirve, *à la carte*, en el embarque rumbo al siglo XXI una estada que abriga el porvenir en el pretérito. Se relanza el modelo de la unidad monológica sobre la estructura de 1916 y se compilan, bajo las vestiduras de un proyecto moderno, premisas que iluminan el modelo pasado. No se puede ignorar la relevancia de ese evento ni reducirlo a la expresión de adorno erudito.

No obstante, la base por la que discurre la reconstrucción del Derecho Privado es otra. La edificación de un tiempo que conjuga la vigencia de la Ley n. 10.406/02 con la pedagogía dialógica de la teoría y de la enseñanza jurídica crítica del Derecho Civil y que sugieren, de cara al evento del nuevo Código Civil, profundizar sobre cuestiones que aprehenden y sobrepasan la reforma codificadora y en ella no instalan sus límites.

Así, además de proseguir en la consolidación de los presupuestos de la crítica que, bajo el palio de aquella principiología axiológica de índole constitucional, reconstruye de manera permanente las premisas del Derecho Civil en movimiento, la expansión del campo que se dedica a lo contemporáneo le recomienda proyectos, líneas de investigación y labores docentes que son traductores de las posibilidades interinstitucionales y multidisciplinarias de la excavación intelectual, colectiva y singular.

B) INVENTARIO MÍNIMO PARA EXPLICITAR LOS CAMINOS DE LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO PRIVADO CONTEMPORÁNEO BRASILEÑO

En este sentido, en un sencillo texto-síntesis, se pretenden plantear aquí dos catálogos mínimos para designar los caminos de la cons-

trucción del Derecho Privado contemporáneo a la luz de los presupuestos y del hilo conductor del Derecho Civil-Constitucional de la experiencia brasileña: por un lado, la triple configuración espacio-temporal de la metódica del Derecho Civil-Constitucional en los planos de la existencia, de la validez y de la eficacia; por otro lado, las tres dimensiones de la *constitucionalización* del Derecho Civil para darle un sentido emancipador al Derecho contemporáneo brasileño.

a) Existencia, validez y eficacia: a partir de la metáfora de los planos clásicos

En la construcción del Derecho Privado brasileño, el Derecho Civil-Constitucional, como método y significado, existe; es válido y eficaz en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia. Los planos de la *existencia, validez y eficacia* se toman mediante préstamo metafórico de la contribución indeleble de la doctrina brasileña.

Conviene empezar por el delineado de la existencia, lo cual, a su vez, se triparte también: primero, en la cognición objetiva del fenómeno; siendo así, la génesis del centro irradiador se ubica en el texto constitucional, pero sin reducirse apenas a él; segundo, la autoridad que la denominación le inculcó a la producción jurídica nacional; y en tercer lugar, aunque pueda parecer paradójico, la resistencia episódica que el contexto expía en los debates doctrinales es la demostración, *a contrario sensu*, de la propia substancia de lo que se refuta.

De la existencia, se migra, prontamente, para el *script* de la validez del Derecho Civil-Constitucional brasileño. El principio democrático y la dimensión material del texto constitucional es el certificado de que en la confrontación de la *validez* del Derecho Civil contemporáneo, desde el punto de vista de su legitimidad, se revela la coherencia de la construcción que recoge la fuerza creadora de los hechos a través de la porosidad constitucional.

Apremia examinar meticulosamente, en ese caminar, el plano de la eficacia. En lo concer-

niente a la eficacia, cabe esclarecer, desde ya, sin perjuicio de que la Constitución y los derechos fundamentales se aplican a las relaciones interpretadas con la mediación realizada por la actuación jurisdiccional en el ejercicio de los deberes de protección, que también un hecho innegable es la eficacia directa e inmediata de la norma constitucional en las relaciones pertinentes al Derecho Civil. Sustentar lo inverso es hacer de la Constitución algo parecido a una *letra muerta*.

La jurisprudencia viene paulatinamente aprehendiendo esa nueva racionalidad y engendrando su concretización bajo una perspectiva simultáneamente tópica y sistemática.

He aquí la primera exposición tricotómica de efecto puramente didáctico para poner fin a esta reflexión que está en marcha. Sin embargo, todavía hay más.

b) El trípode fundante del posible sentido de constitucionalización

Cumple, pues, en el otro trípode, abalanzarse sobre los tres sentidos de la *constitucionalización* (formal, substancial y prospectiva).

Se puede empezar por la dimensión formal, como se explica a continuación. La Constitución Federal brasileña de 1988 al haber sido aprehendida apenas en dicho horizonte se ha reducido al texto positivado, a pesar del relieve, ciertamente, con el que se reviste el discurso jurídico normativo positivado. Es el primer peldaño, elemental reglamento prominente, necesario, pero insuficiente.

Sobrepasar, ponderar, así pues, la estatura substancial que se encuentra por encima de las normas positivadas, tanto como de los principios expresos que pueden, eventualmente, actuar como reglas además de ser *mandatos de optimización*. Complementa y suplementa el rumbo hacia el norte formal al que anteriormente nos hemos referido, caminando hacia adelante hasta tener la capacidad de insertar en el sentido de *constitucionalización* los principios implícitos y aquellos derivados de principios o reglas constitucionales expresas. Estos dos primeros niveles, conjugados entre sí, son

el ámbito comprensivo de la percepción intrasistemática del ordenamiento.

No obstante, el desafío es aprehender de manera extrasistemática el sentido de posibilidad de la *constitucionalización* como acción permanente, posibilitada por la fuerza creativa de los hechos sociales que se proyectan sobre el Derecho, en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia, a través de la cual los significados se construyen y se refundan de modo incesante, sin juicios apriorísticos de exclusión. En ese procedimiento, emerge el más relevante de esos horizontes que es la dimensión prospectiva de esta travesía. El compromiso se firma con esa constante travesía que capta los sentidos histórico-culturales de los códigos y reescribe, por intermedio de la *resignificación* de esas balizas lingüísticas, los límites y las posibilidades emancipadoras del propio Derecho.

c) Derechos Civiles Constitucionales y pluralismo doctrinario

Parece legítimo, por consiguiente, reconocer la existencia de *Derechos Civiles* de índole constitucional, anclados en percepciones aproximadas al diseccionar crítico que es informado por el movimiento de la problematización en el trípode *de las titularidades, del tránsito jurídico y del proyecto parental*.

Es esa pluralidad la que puede albergar el *diálogo entre las fuentes*, tal y como lo han traducido con perceptibilidad impar los estudios que desafían los lindes del Derecho Civil contemporáneo y las conquistas expresivas del Derecho del Consumidor. Por igual, presentemente, *quien* contrata ya no contrata sólo con *quien contrata*, y el que contrata ya no contrata apenas *lo que contrata*, a través de una superación subjetiva y objetiva de los conceptos tradicionales de las partes y del objeto contractual, remodelado, incluso, por el sitio jurídico que lo puede ocupar la buena fe.

Esta porosidad hace que el Derecho permeable por la fuerza constructiva de los hechos se refugie de manera acentuada en el gobierno jurídico contemporáneo de las relaciones familiares, así como en la superación del dog-

matismo de los modelos que de antemano han sido instalados en arquetipos desfasados, en la valorización socio-afectiva parental, en la interdisciplinariedad entre saberes diversos (derecho, antropología, historia y psicoanálisis) y además, en los desafíos de secuelas jurídicas patrimoniales y personales que ante la finitud de la vida demandan interrogaciones sucesorias valoradas por el sentido de persona concreta y por los desafíos de la biotecnología.

Relevo paritario que tiene el debate acerca de la prestación de derechos fundamentales como la vivienda y el espacio urbano, así como respecto a los derechos de la personalidad de cara a los derechos humanos, del trasplante de órganos y del estatuto jurídico del cuerpo en el *cuerpo del derecho*.

Se reviste ese mirar de la construcción del Derecho Privado contemporáneo por el bias de la doctrina crítica del Derecho Civil, en este singular *locus* se presenta al debate la enseñanza jurídica y la metodología que suscitan los saberes coligados.

En este momento hay una *contabilidad* sin números en el balance transitorio que se presencia, mencionando a los caminantes aquí presentes y no podemos olvidar hacer referencia, aunque sin citar nombres, a muchos que, en sus estaciones y paradas, integran la misma jornada, por el camino trillado en Brasil.

3. SEGUNDA PARTE: INTERNALIDAD Y EXTERNALIDAD EN EL DEBATE SOBRE CONSTITUCIÓN Y RELACIONES PRIVADAS; UNA MIRADA A PARTIR DE LOCKE REVISITADO

A) DERECHOS FUNDAMENTALES Y RELACIONES INTERPRIVADAS

Después de recorrer el camino que se ha propuesto para la primera parte, cabe aducir

una profundización sobre la reflexión, tratando de verticalizar algunos puntos de los temas anteriormente indicados.

El aspecto fundamental en el que se centrará el análisis es la repercusión de la excesiva abstracción en la que se ha sumergido el Derecho tradicional, y de cómo esa abstracción puede llegar a constituirse en un impedimento para la concretización de los derechos fundamentales en la dimensión de las relaciones interprivadas.

Por ese derrotero y con apoyo de los límites resultado de la relación entre Derecho Privado y Derechos Fundamentales, emerge una perspectiva que toma en consideración los derechos constitucionalmente tutelados, así como la dimensión material que los antecede; lo que les proporciona el fundamento en el Estado Social de Derecho.

Para ello, se debe dar un enfoque especial al principio de la tutela de la dignidad de la persona humana y, a partir de ahí, realizarse una apertura interdisciplinar que nos permita recoger las aportaciones filosóficas que le sirvan de fundamento a esa tutela, reconociendo a la persona en su dimensión efectiva, como sujeto de necesidades.

Antes de destacar esa dimensión de lo jurídico que se abre para el mundo real, con el que se relaciona de forma dialéctica, es necesario llevar a efecto una crítica al conceptualismo que se le ha impuesto al Derecho por la estructura de la codificación, que reduce a la persona a mero elemento de la relación jurídica. Debe enfatizarse, por lo tanto, la necesidad de una interpretación tópico-sistemática, que debe ser aprehendida aquí en sentido propio, que permita una axiológica “corrección hermenéutica” del Derecho, adecuándolo a los preceptos constitucionales de tutela y promoción de los derechos fundamentales.

De este modo se desea evidenciar, a la luz de la teoría crítica que rediseña la contemporaneidad, el influjo que tiene la dimensión normativa de la dignidad de la persona humana en las relaciones que tradicionalmente construyeron los pilares del Derecho Privado.

Si bien la incidencia valorativa que tienen los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre personas con la aplicación de la noción de individuos es un proceso de construcción, continuada y permanente.

A pesar de que la noción de derechos fundamentales tenga su origen en la garantía de las libertades del individuo frente al Estado, con una eficacia usualmente denominada “vertical”, el proceso histórico acabó prolongando el espectro y el campo de eficacia de esos derechos. El estudio de las diferentes generaciones de derechos fundamentales, es algo corriente, así como el de su eficacia ante otros individuos, aunque a nivel de igualdad, y no solamente en relación con el Estado.

Hay que anotar que el origen histórico de los derechos fundamentales se puede identificar con el momento en el cual se consolida un orden de ideas; lo que enfatiza la autonomía de los individuos frente al Estado, con vistas a un rompimiento con la racionalidad que marcaba el Estado absolutista. Se justificaba la existencia de derechos subjetivos que se opusieran contra el poder estatal, que se colocaba por encima de los individuos, pero que debería someterse a límites.

Los derechos fundamentales, en ese primer momento, se ejercerían contra un ente que se situaba en posición de superioridad respecto a los titulares de los derechos, que estaban subordinados a él, pero al mismo tiempo gozaban de la garantía de un espacio de libertad intangible para el Estado.

Por otro lado, entre los individuos titulares de esos derechos la relación no sería, supuestamente, de subordinación jurídica, sino de igualdad²: se trataba en realidad de una igualdad que se agotaba en una dimensión formal, proclamación discursiva que constituyó un avance innegable con relación a la división estamental vigente durante la Edad Media e, incluso, al inicio de la Modernidad, pero que no estaba apta para, de por sí sola, producir igualdad fáctica.

Enmarcado bajo tales limitaciones, el ambiente histórico en el que esas nociones se desarrollaron se completó con la separación entre

dos espacialidades claramente definidas: lo público y lo privado.

En tal contexto, los derechos fundamentales de primera generación se proyectaban como libertades públicas, en el sentido de que se ejercían frente al Estado. Constituían, sobre todo, libertades negativas, que implicaban deberes de omisión por parte del Estado. En otras palabras, las libertades negativas son, bajo este aspecto, espacios de no intervención. Y es a partir del análisis de esas libertades que se revela la construcción del clivaje público y privado, una vez que precisamente es en el discurso de los derechos subjetivos que se establecerán los límites de la actuación del Estado.

Se puede identificar, pues, una externalidad de esos derechos —que se proyecta hacia el Estado, contra el que se dirigen— y una internalidad, que se constituye como la condición de posibilidad para la consolidación de una espacialidad privada.

Externamente, esos derechos se veían como límites, sembrados de no intervención, espacios de libertad que se proyectaban verticalmente. Integran el sembrado de lo público —o sea, del Estado de entonces— lo que se coloca en la externalidad de esos límites.

Dichos límites poseen, no obstante, una internalidad, que constituye el espacio intangible de la actuación del individuo: la espacialidad privada. Asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales era, por un lado, en esa primera fase de desarrollo de esos derechos, garantizarles el espacio privado como el lugar jurídico del ejercicio de la plena libertad individual, sin la intervención Estatal. Ese distanciamiento entre público y privado fue el elemento constitutivo de la usualmente designada primera generación de los derechos fundamentales. El libre establecimiento de las relaciones jurídicas interprivadas era reputado suficiente para la concretización de los derechos fundamentales, tal y como por entonces se concebía.

Se puede decir que la existencia de un ordenamiento con rasgos de derecho privado presuponía el respeto, por parte del Estado, a las libertades negativas del individuo.

Fue, pues, en la internalidad de esos límites que se construyó el Derecho Privado —y, más específicamente, el Derecho Civil. Esa racionalidad se expresa en las codificaciones del siglo XIX y demuestra una evidente intención de constituir un instrumento garante de la libertad individual, el espacio de la no intervención estatal. Se trata de una libertad que se ejerce en el interior de las relaciones de Derecho, entre los sujetos de los derechos reputados iguales ante la ley— sin conferirle la debida relevancia a las desigualdades concretas.

En ese contexto, se desarrolla un orden de ideas que coloca a las Constituciones —en las que los derechos del hombre se positivizan como derechos fundamentales— como centro del Derecho Público y, como núcleo central del Derecho Privado, las codificaciones civiles. El Código Civil se eleva al carácter de “Constitución del hombre privado”. Ahí está el núcleo normativo del tradicional concepto recogido del Código para la doctrina y la jurisprudencia.

De este modo, los deberes de respeto a los derechos fundamentales se situaban en la perspectiva del Estado; y se destinaban las Constituciones, precisamente, a la disciplina de las relaciones entre el Estado y los individuos. En los Códigos Civiles, a su turno, se regulaban las relaciones entre los individuos. En esa internalidad, para que los derechos fundamentales se concretizasen, bastaría, conforme la racionalidad predominantemente en ese contexto histórico, que se asegurase a todos la máxima libertad que se debe entender formalmente como la no injerencia por parte del Estado en ese sembrado que no le competía.

El espacio privilegiado del ejercicio de esas libertades es la propiedad privada, situándose, a su lado, a idéntico nivel, el contrato y la familia. Como se demostrará más adelante, el clivaje entre público y privado —y el propio fundamento de la constitución de los derechos fundamentales negativos de primera generación— tiene su génesis en la concepción que vincula libertad y propiedad, proyectada sobre el Derecho en una dimensión de igualdad formal.

Sin embargo, el desarrollo de la noción de derechos fundamentales supuso, además de una simple evolución lineal, un verdadero rompimiento con las ideas que dieron origen a tales construcciones. Las libertades relacionadas, en última instancia, con una noción de propiedad, desarrollada, sobre todo, por Locke, que velaba y atendía en todo a las aspiraciones de una burguesía ascendente revelan la racionalidad que permeaba en aquel momento histórico.

No obstante, el fundamento de los derechos se altera, el clivaje entre público y privado carece de sentido, el mito de la igualdad formal se rebela. Esa crisis, que supuso una profunda mudanza en los elementos nucleares de una noción de Derecho establecida, produjo efectos que afectaron también al Derecho Civil como, por ejemplo, el fenómeno de su constitucionalización. Una cuestión, que comienza a emerger a partir de esa constatación, trata de la dimensión estructural de los diplomas legales reguladores del Derecho Civil. La estructura de la codificación, heredada de un momento histórico en el que público y privado presentaban fronteras que se pretendía que fueran absolutas, y sobre las cuales los derechos fundamentales eran imponibles en su externalidad, en el espacio público, y que habían demostrado su ineficacia para generar deberes en las relaciones interprivadas, ya no da cuenta de la realidad contemporánea. Lo que emerge sin duda es que la estructura de las codificaciones, basada en una perspectiva patrimonialista y, como más adelante se verá, abstraccionista, no es apta para asegurar una eficacia horizontal de los derechos fundamentales; lo que puede constituir un obstáculo para su efectividad.

La problematización de esos temas adquiere una especial relevancia en este momento histórico en el que, al mismo tiempo que hay una preocupación con la efectividad de los derechos fundamentales, sale a la luz un nuevo Código Civil estructurado de la misma forma que los Códigos del siglo XIX, tomando como elemento de esa pretendida unidad la noción de relación jurídica, cuya conformación se regula en una Parte General, tal y como preconiza la Escuela Pandectista alemana.

Se deduce, así pues, que la racionalidad de la nueva codificación implica, en términos estructurales para la metodología de la ciencia jurídica, dar un salto del siglo XXI para el siglo XIX, a pesar de las puntuales actualizaciones llevadas a efecto.

B) LOCKE Y LA LEGITIMACIÓN DEL PATRIMONIALISMO

Se puede identificar, entre los más relevantes orígenes teóricos de la escisión entre público y privado, el pensamiento de John Locke. Más que eso, Locke identifica como elemento central de la espacialidad privada la noción de propiedad, siendo uno de los pensamientos fundantes del patrimonialismo característico del Derecho de matriz liberal.

Aunque se defina la propiedad como un concepto que engloba la vida, la libertad y los bienes, Locke se centra en la propiedad de bienes de modo a darle mayor relevancia. La propiedad sobre los bienes pasa a ser reputada como una extensión de la personalidad del sujeto: aquello que el hombre construye o retira de la naturaleza por medio de su trabajo —y que también es de su propiedad, dado que el sujeto es propietario de su cuerpo— pasa a integrar su propiedad.

Del mismo modo, si un sujeto es libre, puede vender su trabajo, cuyo producto se lo puede apropiarse quien lo adquiere. De ese modo, todos se reputan igualmente propietarios: el que no es propietario de bienes lo es de su fuerza de trabajo.

La adquisición del producto de la fuerza de trabajo ajena se propicia a través del uso de la moneda, lo que asegura la acumulación de capital: si, para Locke, es legítima la apropiación que no genera desperdicio, con el uso del instrumento de cambio de bienes en moneda, el desperdicio deja de existir, puesto que el metal no perecería.

Ese espacio de la acumulación privada que ocurre, aparentemente, entre iguales, pasa a considerarse lugar privilegiado del ejercicio de la libertad individual; es el derecho natural por

excelencia, lo que antecede al propio Estado. Constituye la actuación de ese Estado, cuya finalidad primordial es asegurarla. La propiedad es, en esa fase liberal iusnaturalista, el derecho fundamental por excelencia, la que crea el límite entre las espacialidades pública y privada.

El Derecho Privado acaba por fulcrarse en la libertad que ejercen los sujetos sobre sus propiedades. La tutela del derecho se refiere, por lo tanto, a aquellos que son propietarios; a quien no se pone esa “máscara”³ no se le considera sujeto de los derechos. Pese a que, en la realidad fáctica, el derecho restrinja sus garantías —y, más específicamente, el Derecho Privado, su disciplina jurídica— a los propietarios de bienes, la legitimación del *statu quo* se les ofrece dentro del discurso de la igualdad, que se coloca apenas en el ámbito formal. El patrimonialismo del espacio privado acabó reflejándose en las codificaciones del siglo XIX y principios del siglo XX.

La abstracción de la figura del sujeto de derecho está directamente conectada además al patrimonialismo: el centro del ordenamiento de Derecho Privado es el sujeto propietario; y el sujeto propietario sería la “máscara” que formalmente está al alcance de todos, que son iguales ante la ley. Sin embargo, ese mito, no tardaría en ser desvelado y, por ese motivo, las codificaciones necesitarán de otros instrumentos de legitimación. La consolidación de ese nuevo instrumento —el modelo de relación jurídica— se lleva a efecto por la Escuela Pandectista alemana en la segunda mitad del siglo XIX, y se positiva en el BGB de 1900.

Asimismo, en gran medida se acabó proyectando en el Código Civil de 1916, y el Código Civil de 2002 tampoco lo pasó por alto.

C) RELACIÓN JURÍDICA, ABSTRACCIÓN Y “NEUTRALIDAD” EXCLUYENTE

El ejercicio de los derechos subjetivos, conforme al concepto que fue forjado por el positivismo jurídico, se produce por medio de una relación en la que el titular de dicho derecho

le exige al otro sujeto el cumplimiento de un deber de acción o de abstención.

Esas relaciones que son aptas para operacionalizar el ejercicio de derechos subjetivos, sin embargo casi no se reconocen en el Derecho como relevantes. Existe, por tanto, una división entre las relaciones sociales protegidas bajo el manto jurídico y las que han sido excluidas de ese ámbito de regulación.

Y es esa racionalidad la que informa a la teoría de la relación jurídica desarrollada por la Escuela Pandectista alemana, en el siglo XIX, y que influyó a su vez en las codificaciones civiles.

El Derecho, al positivar los modelos de las relaciones que juzga relevantes o dignas de regulación y protección, considera que sólo podría existir derecho subjetivo —y, por lo tanto, derechos fundamentales— en el ámbito de tales relaciones. El Estado-legislador, por medio de tal procedimiento, impone marcos jurídicos con los que pretende no sólo abarcar las potenciales relaciones trabadas en el mundo de los hechos, sino también conducir el comportamiento social para rellenar dichos marcos, asumiéndose en ese caso ideas de completud y totalidad.

Los modelos de relaciones jurídicamente relevantes no podrían, no obstante, atenerse a las vicisitudes de las relaciones fácticas. El mundo relevante para el Derecho queda reducido, en ese sentido, a categorías generales y abstractas.

La Escuela Pandectista se propuso, por lo tanto, crear una pretensa “realidad jurídica” basada en moldes: el Derecho aprehende situaciones fácticas del pasado, las positiva en el presente por medio de moldes con el objeto de dar un máximo de generalidad y de abstracción, con vistas a ofrecerle respuestas previas al futuro.

El Código Civil se ve como un sistema de soluciones *prêt-à-porter*. Pero más que eso, el Derecho queda reducido a esas soluciones previas, se reduce a los moldes, “autónomos” (por decirlo así) con relación a la vida concreta. El concepto antecede y condiciona el hecho social e individual.

De hecho, es el modelo de relación jurídica lo que constituye, según esa concepción, el elemento unificador del sistema de Derecho Civil, que se refleja en la estructura del Código Civil a través de la presencia de una Parte General, que antecede a la disciplina específica del itinerario del patrimonio del sujeto propietario, y que se esboza a través de una “biografía del sujeto de derecho”, en el libro dedicado a la parte especial. Esa estructura de profunda abstracción que marca el BGB, influyó el Código Civil brasileiro de 1916. La misma estructura y racionalidad se mantienen en el Código Civil de 2002 y ha condicionado, además, la formación meramente dogmática en los cursos jurídicos y la manualística de la reproducción.

La Parte General de las codificaciones civiles ubica al sujeto de derecho como mero elemento de la relación jurídica, al lado del objeto, del vínculo de atributividad y del hecho propulsor, llegando a su culmen la abstracción.

El sujeto, pues, adquiere sólo relevancia como elemento de la relación jurídica. Se trata de un instrumento ideológico hábil que sirve para la manutención de una dimensión patrimonialista: si el sujeto, aunque abstracto, es el elemento unificador del sistema, tarde o temprano su abstracción implicaría una crisis de legitimación de un derecho que, si bien discursivamente centrado en el sujeto, se aleja de la realidad concreta, sin ser capaz de percibir las desigualdades concretas y la exclusión de los que no se insertan en el modelo jurídico de propietarios. Los fundamentos éticos que trataban de legitimar el modelo de Derecho destinado al sujeto propietario —cuyo origen se remonta a Kant y Locke— demuestran fragilidad cuando ese Derecho que se ha centrado en ellos no atiende las demandas concretas.

Tal y como señala Orlando de Carvalho:

(...) el sistema de las Pandectas contrapone un estilo teórico, retraído, “neutral”, un estilo manualístico y desprovisto de entusiasmo, como si el Derecho no fuese de los hombres y para los hombres. El personaje humano ya no está en el centro del Derecho, incluso en términos abstractos del iusnaturalismo racionalista.

lista; en donde aparecen formulados conceptos cada vez más tenues o fluidos, o, como decía IHERING antes de su conversión, los “cuerpos jurídicos” más “sublimados” o más “sencillos”. En el campo del derecho civil uno de los cuerpos más sencillos ha sido el concepto jurídico⁴ de relación.

No obstante, con el desplazamiento formal del lugar unificador del sistema del sujeto para el modelo de relación jurídica, la crisis de legitimación “se resuelve” parcialmente: el fundamento ético “meta-jurídico” pierde relevancia, asumiéndose el derecho como sistema que, una vez que se ha positivado, encuentra fundamento en sí mismo. La posible demanda por efectividad de derechos —incluso del acceso a ellos— por los sujetos concretos pierde su sentido de posible legitimación formal, en virtud de que el nuevo fundamento pasa a ser ahora la neutralidad de los modelos. Esa neutralidad esconde la ideología que funda los modelos: un intenso patrimonialismo, que precisa de un orden que le asegure una auto-reproducción. De esta forma nace el sistema que niega la incidencia de los derechos fundamentales.

Se legitima la exclusión operada por el sistema por medio de la abstracción: el sujeto de derecho es el que se encuadra en el modelo de relación jurídica. Cabe resaltar que eso, de cierta forma, ya había quedado patente, previamente al desarrollo de la teoría de la relación jurídica, una vez que el Derecho Civil ya se había destinado al modelo del individuo propietario. No obstante, la legitimación de tal circunstancia era el orden de ideas que establecía la igualdad formal fundada por Kant y la condición supuestamente “universal” de propietario, fundada por Locke.

Al desvelarse el mito de la igualdad formal entre sujetos supuestamente propietarios (entre los que se incluyen los que son propietarios de su fuerza de trabajo) fue necesario por ello, transferir también la legitimación del sistema de derecho privado. La Pandectística busca dicha transferencia en el interior de su sistema, en la idea de la relación jurídica.

Se trata de una fórmula que no disminuya los derechos de los que ya se habían inserido

materialmente en la condición de propietarios, pero busca distanciarse de la crisis que podría emerger por el hecho del discurso jurídico buscar su legitimación en elementos ajenos a él.

Uno de los muchos problemas que emerge de ahí es el siguiente: sólo habría derechos subjetivos donde hubiese un modelo jurídico. Es decir: quien no se insiriera en determinado modelo de relación jurídica no tendría derechos subjetivos.

Los derechos, en esa racionalidad, no surgen a causa de la existencia concreta de la persona humana dotada de dignidad —y sujeta a necesidades— sino, de su inserción en un modelo de relación jurídica. Desde esa perspectiva, ¿cómo se plantea la cuestión acerca de los derechos fundamentales que, constitucionalmente, derivan del principio de la dignidad de la persona? Se trata, sin duda alguna, de racionalidades diversas. La estructura de la codificación produce y mantiene un estatuto de la exclusión, que puede dificultar la efectuaración de los derechos fundamentales, tal y como contemporáneamente se conciben, en lo que se refiere a las relaciones interprivadas.

La abstracción a la que el Derecho Civil se vio conducido por la Escuela Pandectista, estructurada sobre la Parte General de los Códigos Civiles, se acentuó durante el siglo XX, con la pretensión de la depuración metodológica del Derecho por Kelsen y con la evolución de una racionalidad sistémica en el Estado, en el mercado y, por consecuencia, en el Derecho.

D) LA AUTORREPRODUCCIÓN DEL SISTEMA Y LA NEGACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: “EL HOMBRE SISTÉMICO”

La racionalidad sistémica se instaura desde una perspectiva de legitimación formal, a través de una repetición automática de las acciones sociales que se generan en el ámbito de las instituciones. La concepción sustentada por autores como Niklas Luhmann reputa los sistemas como formas de estabilización

de expectativas, que, en la complejidad de la vida concreta, podrían, por la ausencia de una racionalidad sistémica, verse continuamente frustradas. La institucionalización, en ese caso, consiste en la elección de las expectativas normativas que se integrarán al sistema, excluyéndose las demás.

Hay, pues, una selección de supuestas demandas, por medio de presunciones: una vez seleccionadas, le cabe al Derecho asegurar la no frustración de dichas expectativas. Conforme a lo que escribe el citado autor, “se presume que todos presumen que todos concuerdan”. Lo que no está institucionalizado, no se integra al sistema y, por tanto, el sistema lo excluirá. En este orden de ideas existe una semejanza evidente con la concepción de relación jurídica propuesta por la Parte General de las codificaciones.

Luhmann admite la posibilidad de resistencia a las instituciones, con vistas a su modificación. Asimismo apunta, no obstante, la dificultad de vencer la estabilidad de las instituciones, dejando claro que la probable consecuencia para quienes lo intentan es la exclusión del sistema.

Las estructuras sistémicas tienen, inequívoco contenido ideológico subyacente, que es, sin embargo, enmascarado por la pretendida neutralidad de las instituciones.

En una sociedad compleja y masificada, no obstante, el rompimiento con las racionalidades sistémicas se vuelve cada vez más difícil, en virtud de lo que Pietro Barcellona denomina de fragmentación del sujeto en diversos papeles, lo que constituirá un “sujeto frágil”.

El “sujeto frágil” es aquel que, en la economía capitalista contemporánea —que además también puede ser una estructura sistémica reputada—, se aliena en el consumo, y sólo adquiere relevancia cuando se pone una de las diversas “máscaras” que la contemporaneidad le impone. El sujeto frágil, en definitiva, no posee relevancia por su “ser”, sino conforme el papel que éste ocupa en un momento dado en el interior del sistema. Los modelos, de la contemporaneidad, se multiplican; con lo cual se

opera una escisión del sujeto. Se trata del ápice de la abstracción: la persona no es nada más que un sujeto masificado, que sólo adquiere relevancia si se encuentra inserido en uno de los diversos modelos, de relevancia puntual, en una dada situación jurídica. Él consume y, de algún modo, se consume, alienando, por ejemplo, su intimidad públicamente en espectáculos televisivos.

Ese sujeto fragmentado en diversos papeles no se exterioriza como sujeto de necesidades, o como una “persona de carne y hueso”. La idea de relación jurídica es el elemento que contribuye para esa masificación: para el Derecho sólo tendrá relevancia el que se encuadre en sus múltiples modelos. El mismo sujeto adquirirá relevancia conforme a la posición jurídica que asuma en los modelos de relación jurídica; en caso de que no se encuadre en ninguno, no tendrá relevancia jurídica.

El sujeto fragmentado, mero elemento de la relación jurídica, cuya relevancia queda reducida al papel que ocupa, pierde, así pues, la capacidad de ser agente de cambio social: se limita a ocuparse de sí mismo —sobre todo en el espacio del consumo—, sigue siendo libre; pero en un espacio extremadamente restringido, en perjuicio, incluso para su ciudadanía.

Ese concepto de sujeto frágil de Barcellona se aproxima al hombre sistémico de Luhmann, el cual se limita a contribuir para el adecuado funcionamiento del sistema, tomado como autopoietico. Lo que importa es la reproducción de las estructuras sistémicas, y no los sujetos concretos que se someten a esas estructuras. En el ámbito de la reproducción sistémica, no hay espacio para la efectivación de los derechos fundamentales, que se limitan a ser elementos de legitimación discursiva.

En la espacialidad pública —que, hoy, ya no posee más límites estancados respecto al espacio privado—, la racionalidad sistémica⁵ genera dificultades para la concretización de la democracia, puesto que, conforme se sustenta, “ha de estar asociada a las prácticas de los actores sociales y a la lucha contra el predominio de formas sistémicas de acción en el interior de los dominios societarios”⁶.

Sin embargo el Derecho Civil que se ha construido sobre la estructura de una Parte General, con base en el modelo de relación jurídica, se muestra propicio para el mantenimiento de un orden sistémico autopoietico. No se puede decir lo mismo en lo referente a la efectivación de los derechos fundamentales, que puede acarrear la necesidad de insertar racionalidades no sistémicas en el interior del Derecho. El orden sistémico no ha hecho otra cosa sino reproducir la racionalidad patrimonialista sobre la que se erigió.

A partir del momento en que el centro del ordenamiento pasa a ser la persona humana dotada de dignidad, y no el patrimonio, y que la protección queda asegurada por medio de un sistema formado por conceptos y modelos abstractos, dicha racionalidad no sistémica se torna posible: es posible una apertura a la concreción de la vida.

El contraste entre la racionalidad de la codificación, basada en la abstracción, y los derechos fundamentales, que pueden permitir una apertura para valores no sistémicos, se refleja en la aplicación del derecho sobre las situaciones concretas. Mientras que el Derecho aún se vea como un sistema cerrado, manteniéndose la separación entre lo público y lo privado, es decir, el Código Civil y la Constitución, es evidente que hay prevalencia de la racionalidad sistémica en perjuicio de la dignidad de la persona y de los derechos fundamentales.

E) LA POSIBILIDAD DE RUPTURA DE LA ABSTRACCIÓN INSTITUIDA POR LA CODIFICACIÓN

El reconocimiento de la posibilidad de que los derechos fundamentales operen con eficacia en las relaciones interprivadas es, tal vez, el núcleo de la denominada constitucionalización del Derecho Civil. La Constitución deja de ser reputada simplemente como Carta Política, para asumir el cariz de elemento integrador de todo el ordenamiento jurídico incluso del Derecho Privado. Los derechos fundamentales no son apenas libertades negativas que se ejercen contra el Estado, sino normas que han de

ser observadas por todos los que se someten al ordenamiento jurídico. La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones interprivadas se torna innegable, frente a la disolución de fronteras entre público y privado.

Pierde su sentido la aludida noción que equipara la externalidad de los límites negativos —en donde se coloca al Estado— y la internalidad: el intangible espacio del Derecho Privado, fundado en la propiedad, en donde todos son formalmente iguales: la eficacia de los derechos fundamentales se extiende tanto “verticalmente” como “horizontalmente”, englobando, así pues, tanto a las relaciones entre individuo y Estado como a las relaciones entre individuos⁷.

Los derechos fundamentales adquieren, también, un cariz prestacional, como ocurre, por ejemplo, con los derechos sociales, usualmente tratados como de segunda generación. El principio de la garantía de la dignidad de la persona humana, fundamento de todos los demás, también posee doble dimensión, negativa y prestacional: negativa en el sentido de que el Estado y los particulares tienen el deber de eximir de ofensas a la dignidad, en un orden de ideas protectorio; y prestacional, en la medida en que existe el deber de promoción de la dignidad de la persona⁸. Ambas dimensiones se dirigen tanto a las relaciones que existen entre el Estado y los ciudadanos como a las relaciones interprivadas.

La tutela y la promoción de la dignidad de la persona humana son los fundamentos de todo el orden jurídico —no sólo del Derecho Público— así pues, son deberes atribuidos a todos, y no apenas al Estado. La noción de libertad vinculada a la de propiedad, por ejemplo, que, contemporáneamente, se ha manifestado como libertad de iniciativa, se funcionaliza específicamente en la dignidad de la persona, conforme se deduce del artículo 170 de la Constitución Federal. Se opera una inversión del fundamento en el Derecho Civil, que se desplaza del “tener” hacia el “ser”⁹.

Los tres pilares que son la base del Derecho Privado —propiedad, familia y contrato—

cuya nueva relectura altera sus configuraciones, redireccionándolas desde una perspectiva fulcrada en el patrimonio y en la abstracción a otra racionalidad, que se basa en el valor de la dignidad de la persona¹⁰.

La crítica a la constitucionalización del Derecho Civil con base en el criterio de un supuesto perjuicio a la precisión conceptual y a la autonomía de las disciplinas es una fetichización de la racionalidad sistémica cerrada, que encara al Derecho como una realidad ontológica y un fin en sí mismo, y no como un instrumento al servicio de las demandas impuestas para la concretización de la dignidad de la persona.

De hecho, modelos y conceptos no son el verdadero objeto del Derecho, sino, apenas, su instrumento¹¹. La crítica fundada en la autonomía conceptual, sin embargo, puede interpretarse como un síntoma que confirma la pertinencia de la problemática a la que alude el presente estudio: la estructura conceptualista de la Parte General del Código Civil puede, desde una interpretación que comprenda el “sistema” de Derecho Privado como dotado de autonomía principiología y conceptual, revelar una supuesta incompatibilidad entre la estructura patrimonialista y la abstraccionista del Código Civil y la racionalidad protectora de la persona que emerge de la Constitución.

Esa lectura se refleja en la solución de casos concretos en el sistema Judicial: en vez de una problematización tópica que busque, en el orden principiológico constitucional, la mejor solución, a la luz de los derechos fundamentales, con frecuencia se busca la solución mecanicista, es decir, la subsunción del hecho a la solución preestablecida del modelo codificado de la relación jurídica. Tal proceder puede generar una ofensa a los derechos fundamentales como resultado de la ciega aplicación de la “solución” positivada por el modelo o, aun, por la ausencia de modelos, lo que excluye la posibilidad del reconocimiento de los derechos en donde se hacen necesarios. Éste es uno de los modos en que el Derecho puede generar víctimas, alejándose de una dirección emancipadora.

F) LA HERMENÉUTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA “NEGATIVIDAD DE LAS VÍCTIMAS”: EL HUMANO QUE EMERGE DEL “CAOS”

Cabe, además, enfatizar la necesidad de interpretación de los propios derechos fundamentales de modo que no se corra el riesgo de transformarlos en modelos abstractos. La dignidad de la persona humana no puede verse como mera proclamación discursiva, explicada en una dimensión de abstracción. Si no son espacios de apertura no sistémica —aunque sistemática—, los derechos fundamentales se transformarán en elementos meramente formales, desnudos de contenido, además de instrumentos retóricos de legitimación y de reproducción de ese mismo orden sistémico.

La interpretación tópico-sistemática no analiza el sistema como un conjunto de respuestas instantáneas y acabadas para problemas que pueden surgir en el futuro —pretensión de las codificaciones civiles— sino que parte de los problemas concretos, para intentar localizar, dentro del sistema, la mejor de entre varias posibles soluciones. Para ello la selección se realiza a través de la jerarquización axiológica. Es por medio de la jerarquización axiológica, y en función de cada caso concreto, que los derechos fundamentales se concretizan como normas —pero no son modelos abstractos preordenados—.

Si la abstracción constitutiva del modelo de relación jurídica es el elemento unificador de la racionalidad del Código Civil, el único modo de que se opere una “corrección hermenéutica” de la codificación [lo que permitirá la efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones interprivadas, con un repudio al estatuto de la exclusión con el que la fetichización de los modelos ha operado] es su interpretación no a la luz de esa misma racionalidad, sino de otra de orden principiología constitucional.

Por otro lado, los principios constitucionales no se pueden interpretar como un conjunto de soluciones *prêt-à-porter*, sino como possibili-

dades de concretización normativa, por medio de un método que tenga como punto de partida la tónica.

El punto nodal que ofrece contenido a esa “corrección hermenéutica” parte, precisamente, de la perspectiva de lo que está más allá de los modelos. El reto a los estudiosos y operadores del Derecho Civil consiste en asegurar la promoción de la dignidad, con el Código de racionalidad conceptualista y predominantemente patrimonialista que tienen en sus manos, a aquéllos que, o no se incluyen en los modelos, o cuya satisfacción de las necesidades existenciales los pueda contrariar.

Un análisis de la relación entre derechos fundamentales y Derecho Civil no puede, pues, ignorar a las víctimas de los modelos, cuya dignidad les ha sido negada por ellos. El sujeto al que se le destinan los derechos fundamentales no es el del modelo abstracto que se pone como elemento de la relación jurídica: es la persona concreta, el sujeto de necesidades.

Resulta pertinente señalar aquí, una vez más, la crítica de Pietro Barcellona, que reconoce la necesidad de una revalorización del hombre concreto como ser creativo capaz de modificar la realidad, a partir de su sufrimiento. El sufrimiento, originado tras la negación de las necesidades por el orden sistémico, sería la fuerza para buscar el *novum*. Así pues, preconiza la supremacía de la persona concreta, que crea, sufre y ama, frente al patrimonio y la abstracción¹². El sufrimiento humano originado por el orden vigente puede entenderse como un punto de ruptura del equilibrio sistémico. Sin duda es en esa brecha que se debe insertar una racionalidad de respeto a los Derechos Fundamentales, de la cual puede emerger un *novum*.

Un Derecho Civil que trate de ser adecuado con las aspiraciones sociales y con el respeto a los derechos fundamentales debe partir, precisamente, del otro lado de la orilla, del *topoi* que ha sido ignorado por los modelos codificados: lo que Enrique Dussel denomina de “negatividad de las víctimas”. Un discurso de la dignidad de la persona cuyo punto de partida no sea la negatividad, o sea, el espacio en

el que la dignidad se niega, no será nada más que un discurso de legitimación, sin contenido emancipador. Se trata de la inserción de una racionalidad ética en el ordenamiento jurídico y que, por cierto, extrapola los modelos positivados y el código binario sistémico de lo lícito-ilícito.

La nueva racionalidad, desde la perspectiva de los que proponen un sistema normativamente cerrado, produce un “caos” en su internalidad¹³. Y es precisamente ese supuesto “caos”, no obstante, el que permite la modificación de la racionalidad excluyente, que asegura la efectividad de los Derechos Fundamentales en las relaciones interprivadas.

Pero hay que subrayar, sin embargo, que el discurso de que la Constitución proporciona apertura para la inserción de racionalidades no sistémicas en el ordenamiento jurídico puede servir, apenas, como elemento formal de legitimación del orden jurídico, pero no lo es para llevar a cabo la efectivación de los derechos fundamentales.

No basta, por cierto, el simple desvío del enfoque de modelos codificados para modelos constitucionalizados. Lo que se debe hacer es examinar las posibilidades concretas que tiene el Derecho Civil para atender a una racionalidad emancipadora de la persona humana que no se agote en el texto positivado, sino que permita, a través de la porosidad de un sistema abierto, proteger al sujeto de las necesidades en sus relaciones concretas, con independencia de que existan o no modelos jurídicos. El modelo es el instrumento, y no un fin en sí mismo. Por eso, éste no debe agotar las posibilidades de lo jurídico, so pena de que el derecho se aleje cada vez más de las demandas impuestas por la realidad de los hechos.

4. CONCLUSIÓN

Si se parte de las titularidades absolutas, de definiciones insípidas, de dogmatismos inaceptables, de adjetivaciones perfunctorias, el Derecho Civil brasileño contemporáneo presenta hoy

más de lo que un debate sobre límites exógenos de la propiedad y del contrato, y sin teorización profundizada de los límites internos, endógenos, reclama eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

En virtud de esa propagación que, además de la eficacia horizontal, ha vinculado a los particulares con los derechos fundamentales se ha abierto un espacio, dentro de la doctrina y en la jurisprudencia, para esa legítima actuación interprivada de modo directo e inmediato, y no apenas de forma indirecta o mediata.

Se ha superado el recelo de la “colonización del Derecho Privado” por los espacios públicos, fruto de la timidez del constitucionalismo tradicional. Se ha llegado, con efecto, a la aplicación de los derechos, libertades y garantías en las relaciones entre particulares también.

Sin la necesidad de una nueva metodología propia que tome el lugar de la dogmática antigua, esa incidencia eficaz (*rectius*: aplicación), directa e inmediata, hace del principio constitucional al mismo tiempo regla y norma con intensidad suficiente para iluminar los casos concretos y darle una ocasión a la jurisprudencia creadora y constructiva.

Además de la estructura de sus institutos fundantes, como la propiedad, la posesión, la familia, el contrato y la responsabilidad civil, pasando por el filtro del caso concreto, el ordenamiento jurídico de carácter civil-constitucional, en el Brasil contemporáneo, no se ciñe a seguir las directrices constitucionales como si todavía fuesen *meros consejos*, ni edifica una nueva *fattispecie* hermenéutica.

Lo que hace, eso sí, es construir una permanente interrogación que anhela, siempre, saber *para qué sirve y a quién sirve el Derecho*.

Si la respuesta es encontrar una sociedad justa, fundada en la igualdad material, en la superación de los dogmatismos conceptuales y de la rigidez de los códigos, y que tenga seriamente en cuenta la tutela efectiva de los derechos fundamentales, sin recitar el neolegalismo positivista revestido de las teorías que, en el presente, se prestan a encubrir viejos matices, estaremos de acuerdo.

Y en ese concierto, abierto y plural, que substancialmente ha sido atravesado por el irrestricto respeto a la diversidad, desprovisto de *verdades* coronadas de dogmas, que el tiempo de este espacio recoge en la lección, según la cual “es imprescindible prepararse para la reconstrucción del Derecho Civil”¹⁴.

Es imprescindible que el contenido de la actuación de los operadores jurídicos pueda satisfacer, efectivamente, las necesidades que emanan de la dignidad de la persona¹⁵. Y las relaciones plausibles de disciplina por el Derecho Civil constituyen el sembrado fértil para una praxis jurídica ética y emancipadora.

Los derechos fundamentales no son tutelados apenas en virtud de su positivación constitucional: si así fuese, el lugar de la codificación lo ocuparía otro Código, más amplio, consustanciado con la Constitución. El Derecho es el instrumento de una racionalidad que lo antecede: la que enfatiza la necesidad de servir para la producción y reproducción de la vida y para la dignidad¹⁶. A lo jurídico le antecede una dimensión ética, indisoluble a él, que le da fundamento.

Por último, no se puede dejar de reconocer que hay límites de factibilidad impuestos por unidades normativas sistematizadas que no se agotan en el campo del Derecho. No obstante, se hace necesario conocer esos límites, para que no se tenga la ilusión de que el Derecho es capaz, por sí solo, de resolver los problemas que emergen de la negación concreta de la dignidad de la persona humana, hay que tener en cuenta que, en el campo de actuación de lo jurídico, emerge un espacio para las acciones en el que, dialécticamente, se pueden alterar puntual y continuamente, esas mismas condiciones concretas de factibilidad. La capitulación a un modelo de derecho excluyente, meramente reproductivo de una racionalidad sistémica excluyente es, sin duda, la peor de todas las alternativas.

En tal circunstancia emergen dos privilegios testigos: el legado que ha recogido del pretérito lo que aún no se fue por completo y el porvenir cuya definición todavía no se ha presentificado.

NOTAS

1. VALPUESTA, Rosario. Entre los principios y las personas: límites y posibilidades del derecho comunitario. In: TE-PEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anales del Congreso Internacional de Derecho Civil-Constitucional de la Ciudad de Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008. pág. 153.
2. Como afirma Rosário VALPUESTA: “La diferencia entre los géneros es una formación social y no un resultado de la biología”. (Entrevista concedida. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 14 oct. 2008. Disponible en: <<http://portal.rpc.com.br/gazetadopovo/vidaecidadania/conteúdo.pht>> Acceso en: 14 oct. 2008).
3. Debe ser entendida aquí como “persona”, coherente con los primordios de la evolución histórica-conceptual de la personalidad en el Derecho Civil.
4. CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica - seu sentido e seus limites*. Lisboa: Centelha, 1981, pág. 43.
5. Por racionalidad sistémica, ha de entenderse no apenas aquélla que se destina a la reproducción de un sistema jurídico fundado en un código binario lícito-ilícito, como preconizado por Luhmann, sino a las estructuras institucionales que aseguran la reproducción de un modelo de Estado y de mercado. (AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia*. Belo Horizonte: UFMG, 1996, pág. 148).
6. *Ibidem*, pág. 130.
7. La utilización de las expresiones eficacia “vertical” y “horizontal” de los derechos fundamentales, aunque se pueda referir, por regla general, respectivamente, a la eficacia de esos derechos en lo que respecta a la relación individuo-Estado e individuo-individuo, no implica una reducción de las expresiones a ese contenido, como si se tratara de conceptos estancados, con una identidad absoluta entre las aludidas relaciones y las modalidades de eficacia mencionadas. Puede haber, como advierte Ingo Sarlet, eficacia “vertical” de los derechos fundamentales incluso en las relaciones entre particulares, como ocurre en situaciones de evidente desigualdad, en las que el particular se enfrenta a los denominados “poderes privados”. (SARLET, Ingo. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. pág. 128).
8. *Idem*. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pág. 46.
9. MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. pág. 87-114.
10. En esa perspectiva, véase más ampliamente, FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
11. Agostinho Ramalho Marques Neto, discurre por esos derroteros y apunta como objeto de la ciencia del Derecho el fenómeno jurídico. Pero éste, según indica, no se ha tomado como hecho bruto, pura realidad óptica que simplemente es aprehendida, sino, como objeto de conocimiento que se construye en función del sistema teórico de la ciencia del Derecho. Por eso, de acuerdo con el autor “cualquier fenómeno social es, al principio, plausible de constituirse en objeto de estudio de la ciencia del derecho: para ello, basta que ella lo torne suyo, es decir, que lo aborde dentro de los enfoques teóricos, problemáticos y metodológicos que le son propios.” (MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Introdução ao estudo do direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Forense, 1996).
12. BARCELONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996, *passim*.
13. Es decir, la pretensión de la codificación, que sistematiza modelos a partir de una estructura de relación jurídica que atraviesa por completo el Código, avanza en dirección contraria a la perspectiva plural e interdisciplinar, que centra el ordenamiento jurídico en la Constitución. La codificación sólo adquiere sentido cuando exista la pretensión de constituir un sistema de Derecho Privado normativamente cerrado.

14. PERLINGIERI, Pietro. En la página 34 de la obra (*Perfis do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002).

15. Como preconiza Dussel: “La ética de la liberación es una ética de la responsabilidad *a priori* hacia el otro, por eso significa también tener responsabilidad *a posteriori* de los efectos no intencionales de las estructuras de los sistemas que se manifiestan en la mera consciencia cotidiana del sentido común: las víctimas. Pero, como ya hemos venido diciendo, y como además esa ética de la responsabilidad de las consecuencias es una ética que tiene principios materiales y formales, por lo tanto no se limita a la buena voluntad, a la mera buena intención. La ética de la liberación es una ética de la responsabilidad radical, ya que se tiene que enfrentar a la consecuencia inevitable de todo orden injusto: las víctimas.” (DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2002, pág. 571).

16. Sobre una “racionalidad reproductiva del sujeto”, que se coloque como subyacente a la elección de fines y capaz de operar una racionalidad instrumental, véase HINKELLAMERT, Franz. *El mapa del emperador*. San José: DEI, 1996.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia*. Belo Horizonte: UFMG, 1996.

BARCELONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996.

CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica - seu sentido e seus limites*. Lisboa: Centelha, 1981.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoría crítica do direito civil*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HINKELLAMERT, Franz. *El mapa del emperador*. San José: DEI, 1996.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Trad. Magda Lopes y Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1999.

LUHMAN, Niklas. *Sociologia do direito*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACPHERSON, C.B. *A teoria política do individualismo possessivo: de Hobbes a Locke*. Trad. Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Introdução ao estudo do direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. pág. 87-114.

NEVES, Marcelo. *Autopoiese e alopoiese*. Anuario de Maestría en Derecho de la Universidad Federal do Recife, 1992.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RUBIO, David Sanchez. *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*. Bilbao: Desclée, 1999.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

– Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. pág. 128.

STRECK, Luiz Lênio. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. Separata, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. 46, n. 1, 2005.

VALPUESTA, Rosário. Entre los principios y las personas: límites y posibilidades del derecho comunitario. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anales del Congreso Internacional de Derecho Civil-Constitucional de la Ciudad de Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008. pág. 153.

– Entrevista concedida. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 14 oct. 2008. Disponible en: <<http://portal.rpc.com.br/gazetado-povo/vidaeccidania/conteúdo.pht>> Acceso en: 14 oct. 2008.

Fecha de recepción: 31 de enero de 2009

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2009



LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LAS PROFESIONES REGULADAS EN ESPAÑA: EN ESPECIAL, DE LOS ABOGADOS

Augusto González Alonso

Subdirector General de Relaciones con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal, Ministerio de Justicia
Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado

Sumario: 1. Introducción. 2. El acceso a la profesión de abogado en España y en otros países de nuestro entorno. A) En España. B) En otros países de la Unión Europea. 3. Normativa comunitaria. 4. El derecho de establecimiento (LE). A) La derogada Directiva 89/48/CEE y el Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre. B) La Directiva 2005/36/CE y el no nado real decreto de transposición de la misma. C) La Directiva 98/5/CE y el Real Decreto 936/2001, de 3 de agosto. 5. La libre prestación de servicios (LPS).

1. INTRODUCCIÓN

La defensa por abogado constituye, como se infiere del artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹, un aspecto esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²

reafirma este principio al consagrar, en su artículo 6, el derecho de toda persona a un proceso equitativo, a preparar su defensa y a ser asistido por un defensor de su elección. Así lo consagra también la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE), cuando su artículo 24 garantiza a todas las personas (sin realizar distingo alguno) el derecho a la defensa y a la

asistencia de letrado, lo que se complementa con la garantía constitucional de la asistencia del abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales (ex artículo 17.3 CE).

El derecho de defensa, por tanto, está íntimamente ligado a la asistencia de abogado, salvo aquellos casos testimoniales en los que es posible el ejercicio de la autodefensa en algunos procesos concretos.

Pues bien, el ejercicio efectivo de la defensa ante los órganos jurisdiccionales españoles está reservado en nuestro país a los abogados, entendiéndose por tales a los licenciados en Derecho que ejerzan profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico (ex artículos 542 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y 6 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, en adelante EGAE).

Para ser y ejercer como abogado en España basta (a diferencia de otros países de nuestro entorno que cuentan con sistemas de acceso a la profesión largos y complejos, como se expone posteriormente de forma breve) con la incorporación a un colegio de abogados en calidad de ejerciente, dedicándose de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados. Para incorporarse a un colegio de abogados es preciso cumplir con ciertos requisitos como son tener la nacionalidad española o de algunos de los Estados de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo³, ser mayor de edad y no estar incurso en causa de incapacidad, poseer el título de licenciado en Derecho o los títulos extranjeros que sean homologados de acuerdo con la normativa vigente, y satisfacer la cuota de ingreso y las demás que establezca el colegio. Además, para incorporarse como ejerciente a un colegio de abogados, es preciso cumplir con unos requisitos adicionales: carecer de antecedentes penales, no estar incurso en incompatibilidad o prohibición para el ejercicio de la abogacía, cumplir con el régimen de acceso que eventualmente sea establecido por una Ley (nuestro país ya cuen-

ta con una “Ley de Acceso”, la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, si bien todavía no está en vigor, hasta el 31 de octubre de 2011) y formalizar el ingreso en la mutualidad de la abogacía o el régimen de previsión social que corresponda. Son las juntas de gobierno de cada colegio de abogados las que aprueban o deniegan las solicitudes de incorporación.

La incorporación de un abogado como ejerciente en un colegio de abogados le permite prestar sus servicios profesionales en todo el territorio nacional, con la única condición de comunicar al colegio en cuyo ámbito vaya a intervenir directamente que desea hacerlo en ese territorio distinto al de su colegiación.

Por otra parte, el EGAE regula las posibilidades de ejercicio profesional de la abogacía en España: así, es posible el ejercicio individual, colectivo y multiprofesional (artículos 27 y siguientes del Real Decreto 658/2001): el ejercicio individual se puede realizar por cuenta propia como titular de un despacho profesional, o por cuenta ajena en régimen de colaboración o bajo régimen de derecho laboral (mediante un contrato de trabajo formalizado por escrito); el ejercicio colectivo consiste en la agrupación de varios abogados bajo cualquier forma admitida en Derecho, incluidas las sociedades mercantiles; por último, el ejercicio multiprofesional consiste en la asociación de varios abogados en régimen de colaboración multiprofesional con otros profesionales liberales no incompatibles, sin limitación de número.

2. EL ACCESO A LA PROFESIÓN DE ABOGADO EN ESPAÑA Y EN OTROS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO

A) EN ESPAÑA

Hasta hace poco tiempo y todavía hoy mismo, en nuestro país se confunden los térmi-

nos de profesión regulada, profesión titulada y profesión colegiada cuando se hace referencia al ejercicio de la abogacía.

De forma asincrónica respecto a los demás países de la Unión Europea, en el nuestro la mera posesión del título de licenciado (en un futuro, graduado) en Derecho ha permitido el acceso y el ejercicio de la profesión sin más requisitos adicionales que el juramento o promesa del acatamiento de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, así como de la colegiación en un colegio profesional. Parece, por tanto, que la profesión de abogado se inscribe plenamente dentro de la denominación de profesión liberal, por cuanto depende de él mismo su formación y capacitación mediante la práctica profesional diaria. Ningún otro requisito se ha exigido a estos profesionales, no sólo para el asesoramiento y el consejo jurídico, sino también para la defensa en juicio, sin distinción de órdenes jurisdiccionales ni de tipos de tribunal. Ello ha situado a nuestros abogados, en algunas ocasiones de forma dramática, frente a una profesión rigurosamente regulada en los demás países de la Unión Europea, que ha impedido (al menos, hasta que se aprobó el Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre desde que la Directiva 89/48/CEE reconocía los títulos de enseñanza superior en todos los países comunitarios y la mayoría de estos se acogieron a las excepciones previstas en su artículo 4) que gocen del mismo prestigio que sus homólogos europeos, que ha dificultado la prestación de sus servicios o su establecimiento en otro país de la Unión, y que ha dejado patente la falta de homologación de sistemas de acceso en unos países frente a otros.

Tras muchos años siendo reclamado por parte de la abogacía y la procura españolas, el Parlamento aprobó finalmente en el año 2006 la *Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales*. Persiguiendo la homologación del sistema con la mayoría de los países de la Unión Europea, desarrollando el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española y siendo conscientes de la necesidad de invertir en calidad

para los profesionales del Derecho que actúan como colaboradores de la Administración de Justicia, el legislador reguló por primera vez las condiciones para obtener el título profesional de abogado y de procurador.

A partir de la “Ley de Acceso” —como se la conoce comúnmente—, y tras su entrada en vigor, para desempeñar la asistencia letrada en los procesos judiciales y extrajudiciales en los que sea preceptivo o facultativo, según las normas, y siempre que se vaya a prestar asistencia letrada o asesoramiento en Derecho utilizando la denominación de abogado, será preciso contar con un título profesional. En el mismo sentido, para representar legalmente a las partes en los procesos judiciales, realizando los actos de comunicación y cualquier otro acto de cooperación con la Administración de Justicia, será preciso contar con el título de procurador de los tribunales. Sin dichos títulos no será posible la colegiación en un colegio de abogados o de procuradores, respectivamente. Hay que recordar que la Ley 34/2006 no entra plenamente en vigor hasta que hayan transcurrido cinco años de su publicación en el BOE, es decir, hasta el próximo 31 de octubre de 2011, con el fin de no perjudicar, presuntamente, a quienes cursan en la actualidad sus estudios de licenciado o grado en Derecho.

Pues bien, para obtener el título profesional de abogado (lo mismo es aplicable para obtener el título de procurador), una persona deberá contar con el título de licenciado o el futuro título de graduado en Derecho, y deberá acreditar su capacitación profesional mediante la superación de la formación especializada y una evaluación posterior. Esa formación especializada se consigue mediante:

a) la realización de unos cursos de formación acreditados conjuntamente por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, que pueden organizar tanto las universidades públicas o privadas como las escuelas de práctica jurídica creadas por los colegios de abogados y homologadas por el Consejo General de la Abogacía Española, y

b) mediante la realización de unas prácticas externas en actividades propias del ejercicio de la abogacía bajo la tutela de un abogado con más de cinco años de ejercicio profesional.

La evaluación de la aptitud profesional se realizará mediante la superación de una prueba que se convocará, como mínimo, cada año, siguiendo un programa que se determinará reglamentariamente. Una comisión de evaluación será la encargada de evaluar la aptitud profesional de los aspirantes, acreditando tanto la formación práctica para el ejercicio de la profesión como el conocimiento de las normas deontológicas y profesionales.

B) EN OTROS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA

La mayoría de los países de la Unión Europea cuentan, desde hace tiempo, con sistemas de acceso al ejercicio de la profesión de abogado, de mayor o menor complejidad, una vez que se han cursado los estudios de Derecho. A título de ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivos:

- en Alemania, para ejercer la profesión, primero han de cursarse los estudios correspondientes de Derecho en la universidad, debiendo superar finalmente un examen de Estado muy exigente (“Erstes Staatsexamen”) que otorga el título de licenciado en Derecho. Tras ello, quien desee ejercer la profesión de abogado deberá cumplir siete periodos de pasantía (“Referendariat”) de un mínimo de tres meses cada uno (en total, 21 meses) en tribunales, fiscalías, despachos de abogados y otros organismos, de los cuales cuatro son obligatorios. Tras ello se puede realizar un curso de seis meses de duración, y finalmente superar un segundo examen de Estado sobre el periodo de prácticas, examen exigente y complejo que, tras su aprobación, permite al interesado obtener la habilitación para ejercer como abogado (“Rechtsanwalt”).
- En Italia es preciso, tras obtener la licenciatura en Derecho, cumplir un periodo

mínimo de dos años como pasante en un despacho profesional, y posteriormente superar un examen final, escrito y oral, sobre el periodo de prácticas. Una vez superado el examen, el interesado solicita la admisión en un colegio de abogados para ejercer como “Avvocato”.

- En el Reino Unido, tras obtener el título de licenciado en Derecho en una “School of Law”, para ejercer como “Solicitor” o como “Barrister” (considerada la élite de la profesión jurídica), es preciso, según los casos, pasar por un periodo de formación de un año en el “College of Law”, tras el cual debe superarse un examen final organizado por la “Law Society”. A continuación, deben cumplirse dos años de pasantía en un despacho profesional de un abogado que cuente con más de cinco años de experiencia profesional.
- En Portugal, para ejercer como “Advogado”, en primer lugar es preciso cursar la carrera de Derecho, tras lo cual deben realizarse unas prácticas profesionales durante un periodo de 18 meses (divididos en dos periodos, uno de tres meses, y otro de quince), para enfrentarse a un examen final cuya superación permitirá el ejercicio profesional.
- En Suecia es imprescindible, tras obtener la licenciatura en Derecho, haber trabajado durante cinco años en el ámbito jurídico, tres de los cuales han de haberse realizado como jurista asistente en un bufete de abogados. Finalmente, es preciso superar un examen de abogado.

3. NORMATIVA COMUNITARIA

Antes de exponer los requisitos y las condiciones que se exigen para el ejercicio de la abogacía en España por parte de los abogados comunitarios, así como para el ejercicio de dicha profesión en Europa por parte de los abogados

españoles, resulta imprescindible detenerse brevemente en el análisis del marco jurídico aprobado por la Unión Europea para regular el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios, indispensables para eliminar los obstáculos a la libre circulación de personas y de servicios que constituyó, desde el Acta Única Europea de febrero de 1986, uno de los objetivos esenciales de la Comunidad para alcanzar el mercado único.

Tanto la libertad de establecimiento como la libre prestación de servicios tienen efecto directo, lo que significa que todos los nacionales de la Unión Europea tienen derecho a recibir el mismo trato que los ciudadanos del país en que van a ejercer la actividad o a establecerse, de manera que se proscriben taxativamente cualquier discriminación por razón de nacionalidad. En cualquier caso, muchos países siguen estableciendo condiciones para el acceso a las actividades y para el ejercicio de las mismas, en una práctica encubierta de imposición de obstáculos a estas dos libertades. Dichos obstáculos son especialmente notables para el ejercicio de ciertas profesiones, que suelen condicionarse a la inscripción previa en un colegio profesional, a la prestación de fianzas o al conocimiento de la lengua propia del Estado, entre otros.

No obstante, y con el fin de ir superando progresivamente estos obstáculos, en el propio Tratado se contienen previsiones para el reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos. Ahora bien, el ámbito profesional de la abogacía es, junto a algunos otros como el de los transportistas o los arquitectos, ejemplos paradigmáticos del reconocimiento mutuo de las titulaciones sin una verdadera armonización previa de dichas condiciones. Como se analizará posteriormente, la ley marco comunitaria que estableció ese reconocimiento mutuo lo constituyeron las Directivas 89/48/CEE, de 21 de diciembre de 1988, y la 98/5/CE, de 16 de febrero de 1998.

4. EL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO (LE)

El derecho o la libertad de establecimiento está previsto en el artículo 43 del Tratado de la Unión Europea, el cual dispone que los nacionales de un Estado miembro tendrán derecho a acceder a las actividades no asalariadas y a su ejercicio así como a constituir y gestionar empresas o sociedades en las condiciones definidas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus nacionales. Esta libertad de establecimiento, por tanto, puede ser ejercida tanto por las personas físicas como por las personas jurídicas, mediante la creación o el establecimiento de una sede para ejercer una actividad económica por cuenta propia en otro país comunitario. Queda incluido tanto la creación de una sede como la de un establecimiento secundario como son las filiales, sucursales o agencias. En este último aspecto es en lo que se diferencia la libertad de establecimiento de la libre prestación de servicios, la cual puede realizarse con sede o sin ella.

Las únicas excepciones que prevé el Tratado al reconocimiento de la libertad de establecimiento son las cláusulas de salvaguardia relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público, así como las que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas.

Centrándonos en las posibilidades que la normativa comunitaria brinda a los profesionales del Derecho para ejercer la abogacía en España, existen, hasta el momento, dos normas esenciales que afectan a la libertad de establecimiento. En ambos casos el objetivo que persiguen es el mismo: ya sea reconociendo su título de origen para el ejercicio de la abogacía, ya sea valorando tres años de ejercicio profesional en España, el propósito es integrarse plenamente en la profesión de abogado en nuestro país que le permita el pleno ejercicio de la misma.

A) LA DEROGADA DIRECTIVA 89/48/CEE Y EL REAL DECRETO 1665/1991, DE 25 DE OCTUBRE

La primera es la conocida como “Directiva de diplomas”. Se trata de la *Directiva 89/48/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años*. Aunque se trate de una disposición comunitaria derogada por la Directiva 2005/36/CE, que más adelante se comentará, merece la pena mencionarla aquí puesto que todavía no ha sido transpuesta la Directiva 2005/36/CE al ordenamiento jurídico español, estando vigente, en consecuencia, el Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre. No podría entenderse adecuadamente éste sin una mención a la norma comunitaria de la que trae causa.

En 1989, el legislador comunitario, consciente de que el reconocimiento de los títulos académicos con fines profesionales avanzaba lentamente en el seno de la Comunidad y afectaba a pocas profesiones, a pesar de los avances realizados para armonizar el periodo de formación y el nivel de la misma, decidió establecer otro método de reconocimiento de títulos que facilitase a los ciudadanos comunitarios ejercer todas las actividades profesionales en otros Estados miembros mediante la exigencia de un periodo de prácticas determinado o de una prueba de aptitud que evalúe la que ostenta el trabajador migrante, a elección de este último. Con ello se perseguía combinar pacíficamente el derecho a la libre circulación de trabajadores y la libertad de establecimiento con las peculiaridades propias de cada Estado para el ejercicio de una profesión regulada y especializada como la práctica del Derecho, que requiere una formación adicional y consecuente con el sistema jurídico en el que se va a desarrollar la actividad profesional.

La Directiva 89/48/CEE pretendía facilitar que un ciudadano comunitario pudiese ejercer, en régimen de libertad de establecimiento, por cuenta propia o ajena, una profesión regula-

da en otro Estado miembro, entendiendo por profesión regulada aquella actividad profesional cuyo ejercicio precise la previa obtención de un título habilitante.

La norma comunitaria partía de la imposibilidad para cualquier Estado miembro de la Unión Europea de obstaculizar la libertad de establecimiento a un ciudadano comunitario que desee ejercer una profesión regulada en ese Estado distinto a aquel en el que haya obtenido su título habilitante siempre que cuente con ese título del Estado de origen o si dicho ciudadano comunitario ha ejercido a tiempo completo dicha profesión durante dos años dentro de los diez años anteriores en otro Estado miembro contando con un título académico que acredite que ha cursado estudios postsecundarios de una duración mínima de tres años en una universidad o en un centro de enseñanza superior que le hayan preparado para el ejercicio de la profesión.

Sin embargo, a renglón seguido, la Directiva permitió que los Estados miembros de acogida pudiesen exigir unos requisitos adicionales a los ciudadanos comunitarios que desearan ejercer la profesión regulada en su territorio, requisitos que podían ser uno de los tres siguientes:

- si la formación académica post-secundaria era inferior, al menos, en un año a la exigida en el Estado de acogida, se le podía exigir que acreditase una experiencia profesional determinada que, en ningún caso, podía superar los cuatro años;
- efectuar un período de prácticas de una duración máxima de tres años;
- o someterse a una prueba de aptitud.

Si el Estado de acogida regulaba una de estas dos últimas posibilidades, debía dar la opción a elegir las al propio solicitante, si bien se previó la excepción, en el caso de que se tratase de una profesión cuyo ejercicio exigiese un conocimiento preciso del Derecho nacional, de que esa opción fuese escogida por el propio Estado donde se deseara ejercer la actividad.

¿Qué decisión tomaron las autoridades españolas?: al transponer la Directiva 89/48/

CEE mediante el *Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre, por el que regula el sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea que exigen una formación mínima de tres años de duración*, se decidió que el ejercicio en España de las profesiones reguladas de distintos sectores, como el jurídico, contable y económico, entre las que se encuentran las profesiones de abogado, procurador y graduado social, estarían lógicamente amparadas por la libertad de establecimiento, reconociéndose en nuestro país, para el ejercicio de dichas profesiones reguladas, con los mismos efectos que el título español, los títulos que un ciudadano comunitario haya obtenido en otro Estado miembro y que le faculten en el mismo para ejercer esa profesión.

Si uno de esos Estados no ha regulado el acceso a la profesión, se reconoce la libertad de establecimiento siempre que el interesado cuente con una experiencia de práctica profesional de, al menos, dos años dentro de los diez anteriores.

Ahora bien, cuando el interesado desee ejercer en España ciertas profesiones que requieren un conocimiento preciso del Derecho nacional y cuyo objeto esencial y constante es la asesoría y/o la asistencia relativas al Derecho español, como es el caso de las profesiones de abogado, procurador y graduado social (a la que se añadieron la de agente de la propiedad industrial y auditor de cuentas) se puede exigir una medida compensatoria como es la prueba de aptitud.

Por tanto, y de acuerdo con el artículo 4.1 de la Directiva 89/48/CEE, España optó por no dar opción al interesado que desee ejercer la abogacía o la procura en el país, sino que ha exigido la superación de una prueba de aptitud a fin de evaluar la misma para ejercer en España dichas profesiones. Es preciso, previamente, que el actual Ministerio de Ciencia e Innovación verifique que los títulos expedidos en otro país de la UE o del Espacio Económico Europeo a los solicitantes se corresponden con los títulos que permiten en España el acceso a

las profesiones de abogado, procurador y graduado social.

• La prueba de aptitud

Esta prueba está regulada pormenorizadamente en la *Orden del Ministerio de la Presidencia de 30 de abril de 1996, por la que se desarrolla el Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre, en lo que afecta a las profesiones de abogado y procurador*. El proceso se inicia mediante el reconocimiento del título profesional (no el académico) que ha expedido al solicitante comunitario otro Estado de la UE, presentando una solicitud ante el Ministerio de Justicia acompañada de ciertos documentos traducidos oficialmente al castellano, como son copia de un documento de identidad, del título académico de nivel superior, del título profesional en aquellos casos y Estados que tengan regulado el acceso a la profesión (si el Estado no cuenta con sistema de acceso, el interesado deberá presentar un documento oficial que acredite que ha ejercido la profesión en su Estado de origen o en otro Estado de la UE o del EEE durante, al menos, dos años a tiempo completo dentro de los diez anteriores), y de una certificación académica de los estudios realizados para obtener el título académico.

La instrucción del procedimiento de reconocimiento del título profesional corresponde actualmente a la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia del Ministerio de Justicia. Dentro de dicho órgano directivo, es la Subdirección General de Relaciones con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal el órgano encargado de realizar ese trabajo. En general, este procedimiento respeta y mimetiza las prescripciones que, en las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos, establece la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (en adelante, LRJAP y PAC). Así, si la documentación se presenta incompleta o no se reúnen los requisitos previstos, se otorga un plazo de diez días al interesado para que subsane la falta o

acompañe los documentos preceptivos; se prevé expresamente el derecho que el artículo 35 a) LRJAP y PAC reconoce a los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas a conocer en cualquier momento el estado de tramitación de su solicitud así como a obtener copia de los documentos que componen el expediente; también el derecho previsto en el artículo 35 e) LRJAP y PAC a formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución; igualmente se mimetiza casi totalmente el artículo 84 de la LRJAP y PAC en lo que respecta al trámite de audiencia pública.

Respetando el límite máximo de cuatro meses previsto en el artículo 12 del Real Decreto 1665/1991, la Orden de 30 de abril de 1996 dispone que la resolución del procedimiento debe adoptarse dentro de dicho plazo, a contar desde la presentación de la documentación completa. La no resolución en plazo supone que entre en juego el régimen del silencio administrativo negativo, con efectos desestimatorios con el fin de poder interponer, si así se desea, el recurso contencioso-administrativo.

Es en dicha Resolución donde se exige que el interesado supere una prueba de aptitud para poder autorizarle el ejercicio de las profesiones de abogado o de procurador en España. En ese mismo acto administrativo es donde se le indican las materias sobre las que versará dicha prueba.

La Orden prevé un supuesto excepcional en virtud del cual no resulta preciso para el interesado superar la prueba de aptitud, lo cual sucede si, teniendo en cuenta los títulos, certificaciones y toda la documentación presentada, así como la experiencia adquirida en España, debidamente acreditada, resulta notorio el conocimiento suficiente del Derecho español. Se trata de un supuesto que, desde el año 1997, se ha aplicado en quince ocasiones, la última en el año 2001, concentrándose estas solicitudes excepcionales en los dos primeros años tras la aprobación de la Orden de 30 de abril de

1996, es decir, en los años 1996 y 1997. La Resolución administrativa que se dicta declara el reconocimiento del título aportado por el interesado, evitando la obligación de superar una prueba de aptitud.

La Resolución es dictada, actualmente, por el Secretario de Estado de Justicia, por delegación del Ministro de Justicia, en virtud de la *Orden JUS/345/2005, de 7 de febrero, por la que se delegan competencias del Ministro y se aprueban las delegaciones de competencias de otros órganos del Ministerio de Justicia*, todavía vigente a pesar de la nueva estructura orgánica de departamento aprobada por Real Decreto 1125/2008, de 4 de julio⁴. En consecuencia con el artículo 109 de la LRJAP y PAC y la disposición adicional decimoquinta de la *Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*, esta Resolución pone fin a la vía administrativa; por lo que el único recurso posible es, al margen del potestativo de reposición, el contencioso ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo de conformidad con el artículo 9 de la *Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*.

Las pruebas de aptitud para el reconocimiento del título profesional son convocadas, al menos, una vez al año, y así se ha venido haciendo desde 1997. Para evaluar a los aspirantes se constituye una Comisión de Evaluación cuyo funcionamiento queda sometido a lo previsto en los artículos 22 a 27 de la LRJAP y PAC (régimen general de los órganos colegiados), y cuya composición, en el caso de que la prueba esté dirigida al futuro ejercicio de la abogacía, por dos funcionarios del Ministerio de Justicia, dos representantes del Ministerio de Ciencia e Innovación que sean docentes universitarios en áreas de conocimiento relacionadas con materias objeto de la prueba de aptitud, a propuesta del Consejo de Coordinación Universitaria (CCU), y dos abogados en ejercicio, designados por el Consejo General de la Abogacía Española (CGAE). Si la prueba está dirigida al futuro ejercicio de la procura, la composición de la Comisión de Evaluación

es la misma que la señalada, con la única diferencia de que, en lugar de estar presentes dos abogados, lo estarán dos procuradores en ejercicio, designados por el Consejo General de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España. Todos los miembros de la Comisión de Evaluación deben estar licenciados en Derecho, debiendo además, los funcionarios del Ministerio de Justicia, pertenecer al subgrupo A1, de conformidad con el artículo 76 de la *Ley 7/2007, de 12 de abril, de Estatuto Básico del Empleado Público*.

La prueba de aptitud tiene un contenido determinado por la Orden de 30 de abril de 1996, de modo que, según se dirija al futuro ejercicio de la abogacía o de la procura, el contenido cambia:

a) para la prueba para abogados:

1º. Derecho Constitucional y Derecho Administrativo: a) La Constitución Española; b) Organización del Estado; c) Derechos Fundamentales y Libertades Públicas; d) Principios básicos del Derecho Administrativo; El proceso contencioso-administrativo.

2º. Derecho Civil y Derecho Mercantil: a) Parte General del Derecho Civil; b) Derecho de Obligaciones y cosas; c) Derecho de familia y sucesiones; d) Principios básicos del proceso civil; e) Obligaciones y contratos mercantiles; f) Derecho de sociedades.

3º. Derecho Penal: a) Principios generales; b) Delitos en particular; c) Principios básicos del proceso penal.

4º. Derecho Laboral: a) Fuentes; b) Derechos de los trabajadores; c) El proceso laboral.

5º. La Organización Judicial Española.

6º. Deontología profesional.

b) para la prueba para procuradores:

1º. Derecho Constitucional y Derecho Administrativo: a) Principios generales; b) Recurso de amparo; c) El proceso contencioso-administrativo.

2º. Derecho Privado: a) Principios básicos de los Derechos Civil y Mercantil; b) El proceso civil.

3º. Derecho Penal: a) Principios generales; b) El proceso penal.

4º. La Organización Judicial Española.

5º. Deontología Profesional.

El contenido de la prueba es sencillo: consiste en la resolución, durante un tiempo de duración determinado en la convocatoria anual (la Orden de 30 de abril de 1996 no hace mención a este extremo, por lo que es la convocatoria la que puede determinarlo o, en su caso, modificarlo de un año a otro) de un caso práctico que versará sobre un tema elegido por la Comisión de Evaluación de entre las materias que componen la prueba y que se han mencionado anteriormente, por su contenido esencialmente práctico. La Comisión puede optar por supuestos y casos prácticos distintos en función del número de solicitantes y de la formación que tengan acreditada.

Para la resolución del caso práctico, los aspirantes podrán utilizar todo tipo de textos legales y manuales jurídicos, leyéndose posteriormente aquél ante la Comisión, que podrá abrir seguidamente un turno de preguntas sobre el objeto de la prueba, sobre la organización judicial española y sobre la deontología profesional. La evaluación final se limitará a declarar que el aspirante es "apto" o "no apto". Si resulta apto, el Ministerio de Justicia expide, en el plazo máximo de 15 días desde que recibe la relación nominal de aspirantes declarados aptos, una certificación en la que se declara que el interesado puede ejercer profesionalmente en España, previo cumplimiento, como ya se ha dicho, de los requisitos de colegiación y los demás que se exigen a los españoles para el ejercicio de la abogacía. En la actualidad, dicho certificado es expedido por el Director General de Relaciones con la Administración de Justicia.

Las últimas convocatorias anuales se han recogido en las Resoluciones de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia de 5 de septiembre de 2003, de 2 de septiembre de 2004, de 14 de septiembre de 2005, de 13 de septiembre de 2006, de 18 de junio de 2007, y de 19 de junio de 2008.

En ellas se ha previsto el periodo de duración de la prueba (de seis horas en la actualidad), su contenido y las normas específicas que regulan la misma, en absoluta armonía con el Real Decreto 1665/1991 y la Orden de 30 de abril de 1996.

Si el solicitante desea establecerse por cuenta propia, abriendo un despacho profesional, una vez superada la prueba de aptitud, y de conformidad con el artículo 11 del Real Decreto 1665/1991, el ciudadano comunitario deberá cumplir los mismos trámites que se exigen a los abogados, procuradores y graduados sociales en España para el ejercicio de la profesión.

B) LA DIRECTIVA 2005/36/CE Y EL NONATO REAL DECRETO DE TRANSPOSICIÓN DE LA MISMA

Como se ha comentado, la Directiva 89/48/CEE (expuesta a efectos pedagógicos) fue derogada por el artículo 62 de la nueva *Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales*.

Una vez más, inspirándose en los principios que alumbraron el mercado único como el de libre circulación de personas y de servicios, así como en la conocida como “Estrategia de Lisboa” (plan de desarrollo de la UE aprobado por el Consejo Europeo de Lisboa celebrado los días 23 y 24 de marzo de 2000) que tenía como objetivo convertir la economía comunitaria en “la economía del conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, antes de 2010, capaz de un crecimiento económico duradero acompañado por una mejora cuantitativa y cualitativa del empleo y una mayor cohesión social”, el legislador comunitario quiso garantizar a los ciudadanos comunitarios que habían adquirido sus cualificaciones profesionales en un Estado miembro el acceso a la misma profesión y su libre ejercicio en otro Estado miembro con los mismos derechos que los nacionales. Se regulaba en un solo texto, por primera vez, tanto la libre prestación de servicios (LPS) como la libertad de establecimiento

(LE), si bien se dejó a salvo, desde un primer momento⁵, tanto la Directiva 77/249/CEE sobre la LPS por los abogados, como la Directiva 98/5/CE sobre la LE de estos profesionales. En consecuencia, sustituyendo a la “Directiva de diplomas”, sólo quedó bajo su ámbito de aplicación el reconocimiento de las cualificaciones profesionales de los abogados a efectos de la libertad de establecimiento bajo el título profesional del Estado de acogida. A pesar de que fue derogada la Directiva 89/48/CEE, su contenido se ha respetado casi miméticamente en la nueva norma comunitaria.

La nueva Directiva otorga un paso franco al acceso a una profesión regulada y a su ejercicio en un Estado miembro de la UE distinto de aquel en el que se obtuvo la cualificación profesional de origen. Ahora bien, en lo que respecta a la libre prestación de servicios, si bien se introducen cuestiones novedosas con carácter general que bien merecen una lectura pausada de la norma, al no afectar al régimen de LPS previsto para los abogados en la Directiva 77/249/CEE, no se hará mención a esos aspectos, con el fin de no introducir elementos de confusión en un régimen jurídico por sí mismo bastante complejo.

Por lo que respecta a la libertad de establecimiento (materia en la que sí se sustituye el régimen previsto en la derogada Directiva 89/48/CEE), la nueva norma comunitaria prevé un régimen general de reconocimiento de títulos de formación que es aplicable al caso de los abogados, por cuanto el resto de disposiciones sobre el reconocimiento de la experiencia profesional y el reconocimiento basado en la coordinación de las condiciones mínimas de formación están dirigidas expresamente a ciertas actividades que nada tienen que ver con el tema que nos ocupa, como es el caso de la industria textil, la del calzado, de la madera, del papel, del petróleo, la industria química, la construcción, la elaboración de bebidas, la pesca, la construcción de material de transporte o las comunicaciones, entre otras muchas. Además, otra parte muy importante de la Directiva se dirige a las actividades profesionales de médico, enfermero responsable de cuidados

generales, odontólogo, veterinario, matrona, farmacéutico y arquitecto.

En consecuencia, la norma europea garantiza que, cuando el acceso en un Estado miembro a una profesión regulada o su ejercicio estén supeditados a poseer ciertas cualificaciones profesionales, deberá reconocerse el acceso a esa profesión en las mismas condiciones que los nacionales si el interesado cuenta con el certificado de competencias o el título de formación exigidos en el Estado miembro de origen o de procedencia. Para ello es preciso que ese certificado o título haya sido expedido por una autoridad competente del Estado miembro de origen y que acredite un nivel de cualificación profesional o de estudios equivalente al que se exige en el Estado de acogida. Al igual que el derogado artículo 3 de la Directiva 89/48/CEE, la nueva disposición comunitaria garantiza el acceso a la profesión y su ejercicio si el solicitante ha ejercido a tiempo completo la profesión durante dos años en el curso de los diez anteriores en otro Estado miembro en el que no esté regulada la profesión y cuente con uno o varios certificados de competencia o uno o varios títulos de formación. Todo ello no impide que los Estados miembros de acogida puedan aplicar ciertas medidas compensatorias, como se exigía en la Directiva derogada, a saber: que el solicitante realice un periodo de prácticas durante tres años como máximo, o que se someta a una prueba de aptitud. Y, al igual que en aquella, la nueva disposición prevé, *ex* artículo 14.3, que aquellas profesiones que exigen un conocimiento preciso del Derecho nacional y en cuya actividad es un elemento esencial y constante la asesoría o la asistencia sobre el Derecho nacional, el Estado de acogida puede anular la posibilidad de elección entre la práctica profesional o la prueba de aptitud que se otorga al interesado, para imponer uno u otro requisito.

Quizá de las pocas diferencias que, en esta materia, se pueden encontrar entre la Directiva 89/48/CEE y la Directiva 2005/36/CE se refiere al plazo máximo para examinar y resolver la solicitud de autorización para el ejercicio de una profesión regulada en régimen de LE,

ya que se reduce de los cuatro a los tres meses a partir de la presentación del expediente completo por parte del interesado, aunque, como es habitual en las disposiciones europeas, se permite excepcionalmente ampliar este plazo un mes más. También se exige que los beneficiarios del reconocimiento de sus cualificaciones profesionales cuenten con los conocimientos lingüísticos necesarios para el ejercicio de la profesión en el Estado miembro de acogida.

En cualquier caso, parece que se ha dejado pasar una oportunidad excelente para sistematizar las normas comunitarias vigentes en materia de LPS y de LE, tanto desde el punto de vista general como en relación con cada una de las profesiones reguladas en particular. No hubiera resultado complejo abordar ese trabajo en el que varios servicios de la Comisión Europea y del Consejo se encargan de recopilar, compilar, sistematizar y armonizar la normativa de la Unión. Una o unas pocas directivas que regulen las dos libertades a las que se ha venido haciendo referencia en relación con las profesiones reguladas que así lo precisan ofrecería un panorama esclarecedor y simplificado del ejercicio de estas profesiones en los distintos países de la UE.

Por lo que se refiere a la transposición de la Directiva 2005/36/CE, la misma otorgó un plazo máximo a los Estados miembros para aprobar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que fuesen necesarias para ese fin; plazo que venció el 20 de octubre de 2007. Más de un año después, todavía no se ha aprobado el real decreto pertinente, que todavía se encuentra en tramitación por parte del Ministerio de Ciencia e Innovación. Una vez aprobado el mismo, se espera que derogue el Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre, cuyo contenido debería quedar integrado en la nueva disposición reglamentaria.

C) LA DIRECTIVA 98/5/CE Y EL REAL DECRETO 936/2001, DE 3 DE AGOSTO

La segunda norma comunitaria que afecta a la libertad de establecimiento en lo que res-

pecta al ejercicio de la profesión de abogado en España es la *Directiva 98/5/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título*. Se le conoce habitualmente con el nombre de “Directiva de Establecimiento”.

El propósito de esta norma, como la Directiva 89/48/CEE, es la plena integración en la profesión de un abogado comunitario en otro Estado miembro de acogida, pero, a diferencia de ésta, el abogado migrante ejerce la abogacía con su título de origen durante un periodo de tres años en el Estado de acogida sin que se inicie procedimiento alguno para reconocerle el título, ostentando durante ese periodo de tiempo la condición de “abogado inscrito” en un colegio de abogados. Se trata de una vía más lenta para integrarse en la profesión que la prevista en el Directiva 89/48/CEE, pero con los mismos resultados finales.

La Directiva 98/5/CE pretende regular otra vía de integración en la profesión aprovechando que el mercado único europeo incrementó notablemente las transacciones comerciales intracomunitarias necesitadas de un asesoramiento o de una actuación de los profesionales del Derecho Comunitario, el Derecho Internacional Público y Privado y el propio Derecho nacional. Si un abogado comunitario ejerce profesionalmente ese mínimo de tres años en otro Estado de la Unión en las materias señaladas, hay que presuponerle que cuenta con la aptitud necesaria para integrarse en la profesión de abogado en el Estado de acogida obteniendo el título profesional correspondiente para ejercer en él.

En consecuencia, y de acuerdo con la Directiva 98/5/CE, el objeto de la misma es facilitar el ejercicio permanente de la abogacía, por cuenta propia o ajena, en un Estado miembro de la Unión Europea distinto de aquel en el que se obtuvo el título profesional de abogado.

Así, un abogado migrante, siempre que esté inscrito ante la autoridad competente de su Estado de origen y presente la certificación

oportuna, podrá ejercer esta profesión en España si procede a la inscripción en un colegio de abogados español, con lo que adquiere una suerte de estatus denominado “abogado inscrito”. Esto significa que no puede utilizar en España el término “abogado”, sino la denominación que tenga su título en su propia lengua. Con ello podrán ejercer la abogacía en España o en otro Estado de la Unión desempeñando las mismas actividades profesionales que cualquier abogado español, con una salvedad: cuando pretenda representar y/o defender a un cliente ante un órgano jurisdiccional del Estado de acogida, éste podrá exigirle que se concierte con un abogado nacional, quien asumirá toda responsabilidad ante los tribunales nacionales. Además, la Directiva permite que los Estados de acogida impongan normas específicas para que los abogados comunitarios puedan actuar ante los Tribunales Supremos, como el recurso a abogados especializados.

Un abogado inscrito en un Estado de acogida está obligado a respetar no sólo las normas profesionales y deontológicas de su Estado de origen, sino también las que rijan en el Estado de acogida, incluidas las normas disciplinarias. En lo que respecta a los derechos, la Directiva reconoce, por primera vez, el derecho de un abogado inscrito a votar en las elecciones a los órganos rectores de las organizaciones profesionales de abogados en el Estado de acogida.

Pues bien, cuando el abogado inscrito justifique una actividad efectiva y regular de una duración mínima de tres años en el Estado de acogida, se le dispensará de la prueba de aptitud o el periodo de prácticas de tres años máximo de duración que preveía la Directiva 89/48/CEE, y hoy la Directiva 2005/36/CE, de modo que pueden acceder con plenitud de derechos al ejercicio de la profesión en el Estado de acogida, integrándose en la profesión. Para ello, se inicia un procedimiento en virtud del cual el abogado inscrito debe demostrar ante la autoridad competente que ha ejercido esa actividad mediante la documentación pertinente (número y naturaleza de los asuntos que haya tratado), procedimiento que termina con la dispensa de la prueba de aptitud o del

periodo de prácticas de la Directiva mencionada.

Por supuesto, la norma comunitaria deja abierta la posibilidad al abogado inscrito que lo desee, durante los tres años de ejercicio de la profesión en el Estado de acogida, de acogerse a su derecho a que le reconozcan el título de acuerdo con el procedimiento previsto en la Directiva 2005/36/CE.

Una vez que cuente con la Resolución de dispensa, el abogado inscrito se integra en la profesión en el Estado de acogida, teniendo derecho a utilizar, junto con el título de abogado de origen, el título profesional de abogado del Estado de acogida.

La transposición en España de la Directiva que se comenta se produjo con el *Real Decreto 936/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el ejercicio permanente en España de la profesión de abogado con título profesional obtenido en otro Estado miembro de la Unión Europea*. Esta disposición reglamentaria se aplica a los nacionales de un Estado de la UE o del EEE que, contando con un título profesional de abogado obtenido en cualquiera de esos Estados, quieran ejercer sus actividades profesionales en España de forma permanente, por cuenta propia o ajena, en forma individual o en grupo. Por supuesto, y en consonancia con la Directiva que transpone, el real decreto mencionado deja a salvo la posibilidad de integrarse en la profesión mediante la superación de la prueba de aptitud ya comentada, así como la prestación ocasional de servicios profesionales de acuerdo con el régimen de libre prestación de servicios previsto en la Directiva 77/249/CEE.

El procedimiento para que un abogado comunitario ejerza permanentemente en España con su título profesional de origen es el siguiente: debe inscribirse en el colegio de abogados correspondiente al domicilio profesional que tenga en España (es preciso que también esté inscrito ante la autoridad competente de su Estado de origen), se examina la documentación y la junta de gobierno del colegio de abogados resolverá sobre la solicitud

de inscripción (el régimen del silencio administrativo es positivo). A partir de entonces se exige al abogado inscrito cumplir con la normativa profesional y deontológica aplicable a los abogados españoles, en especial en materia de prohibiciones, incompatibilidades y en relación con la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad profesional. En contrapartida, se le reconoce los mismos derechos que a los abogados nacionales, incluido el derecho de voto en las elecciones a las juntas de gobierno de los colegios.

Mientras ejerzan en España, los abogados comunitarios inscritos no podrán utilizar la palabra “abogado”, sino la denominación de su título profesional de origen, en su lengua, además de la organización profesional a la que pertenezca en dicho país y, en su caso, al órgano u órganos jurisdiccionales ante los que esté habilitado para ejercer.

Las actividades que puede desarrollar en España un abogado inscrito son, sin limitación alguna, prestar asesoramiento jurídico en materia de Derecho Comunitario, Derecho Internacional, Derecho de su Estado miembro de origen y sobre Derecho español.

Sin embargo, si lo que desea es defender a un cliente, actuar ante los órganos jurisdiccionales españoles o asistir, comunicarse o visitar a detenidos y presos, el regulador español recogió el testigo lanzado por la Directiva 98/5/CE, de modo que será preciso que actúe concertadamente con un abogado colegiado inscrito en un colegio de abogados español. En todo caso, hay que precisar que la actuación concertada debe entenderse de conformidad con la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en su sentencia de 25 de febrero de 1988 (Comisión vs. República Federal de Alemania) en el asunto 427/85, de modo que un Estado puede establecer el marco general de la cooperación entre el abogado que presta servicios y el abogado nacional con el que debe concertarse, pero esas reglas no pueden ser desproporcionadas en relación con los objetivos de la concertación, que son garantizar que el abogado que presta servicios puede ejecutar los

cometidos que le confía su cliente y facilitar a aquél el apoyo que necesite para actuar en un sistema judicial distinto al suyo, proporcionando al tribunal que conoce del asunto la seguridad de que el abogado que presta servicios intracomunitarios dispone de ese apoyo y está en condiciones de cumplir las normas procesales y deontológicas aplicables. Son los dos abogados concertados, el que presta servicios y el nacional, los que pueden determinar conjuntamente las modalidades de cooperación de acuerdo con las normas deontológicas y en el ejercicio de su autonomía profesional. Esto significa, por ejemplo, que un Estado miembro no puede exigir la presencia continua del abogado nacional junto al que presta servicios en la fase oral del procedimiento. Asimismo, el TJCE concluye que las reglas de exclusividad territorial que puedan imponer los Estados miembros de acogida no pueden aplicarse a las actividades de carácter temporal que ejerzan los abogados que prestan servicios en otro Estado que no sea el suyo de origen, ya que éstos se encuentran en unas condiciones de hecho y de derecho que no son comparables con las que rigen para los abogados nacionales.

Por otra parte, un abogado comunitario inscrito tampoco podrá incorporarse a las listas del turno de oficio de los colegios de abogados españoles. Esta prohibición resulta coherente con lo que se exige a los letrados españoles, ya que la *Orden de 3 de junio de 1997, por la que se establecen los requisitos generales mínimos de formación y especialización necesarios para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita*, impone como requisitos mínimos exigibles a los abogados, además de tener residencia habitual y despacho abierto en el ámbito del colegio respectivo, acreditar más de tres años en el ejercicio efectivo de la profesión, y estar en posesión del diploma del curso de Escuela de Práctica Jurídica o de cursos equivalentes homologados por los colegios de abogados.

Transcurridos tres años, como mínimo, de ejercicio efectivo y regular en España, debidamente acreditados, los abogados comunitarios inscritos podrán solicitar e integrarse en la profesión de abogado. Este procedimiento se

basa en una solicitud de incorporación a un colegio de abogados español; procedimiento que es resuelto por estas mismas corporaciones mediante una resolución en la que acuerda esa integración sin necesidad de tramitar el procedimiento de reconocimiento del título profesional, o bien, si está acreditado que ha ejercido el mínimo de tres años, pero ha dedicado un tiempo insuficiente a materias relativas al Derecho español, se le puede exigir una entrevista en la sede colegial. Una vez adoptada una resolución estimatoria, el abogado inscrito podrá colegiarse e integrarse en la abogacía española y, en consecuencia, utilizar el título profesional de “abogado” español.

5. LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS (LPS)

La libre prestación de servicios consiste en el ejercicio de una actividad temporal, sin necesidad de establecerse en el país del destinatario. Siendo un elemento esencial para el efectivo desarrollo del mercado interior, el Tratado de la Unión Europea ha regulado esta libertad fundamental para el Derecho comunitario, que se caracteriza por su duración limitada en el tiempo y por ser una prestación transfronteriza. El artículo 50 del Tratado considera servicios a las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, comprendiendo, en particular y a los efectos que nos interesan, las actividades propias de las profesiones liberales. Previamente, el artículo 49 del Tratado ya ha prohibido toda restricción a la libre prestación de servicios en la Unión Europea para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado distinto de la prestación. Todo ello persigue claramente profundizar en la política de liberalización de servicios y en un incremento de la competitividad en el mercado comunitario.

Las únicas excepciones previstas al ejercicio de la libre prestación de servicios son las mismas que las ya comentadas para la libertad de establecimiento: razones de orden público,

de seguridad, de salud pública y del ejercicio —aunque sea ocasional— del poder público.

La norma comunitaria de referencia en este ámbito lo constituye la *Directiva 77/249/CEE, del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados*. Esta Directiva (conocida comúnmente como “Directiva de Servicios”) se aplica a las actividades de abogacía ejercidas en concepto de prestación de servicios, de modo que centra su atención, no en los estudios o formación académica obtenida por el prestador de aquellos, sino en el título que habilita a un profesional para ejercer la abogacía en su Estado miembro de origen.

En la práctica, y de acuerdo con la Directiva 77/249/CEE, un abogado comunitario que desee ejercer ocasionalmente las actividades propias de la abogacía (entre las que se incluyen expresamente la consulta, el asesoramiento y la actuación ante los Tribunales de Justicia) en España, verá reconocido su título de origen. Esto no impide, *ex* artículos 4 y 5 de la Directiva, que para el ejercicio de las actividades de representación y defensa de clientes ante los tribunales o ante las autoridades públicas, cada Estado miembro pueda imponer a esos abogados de otro país comunitario ciertas obligaciones como ser presentado al presidente del órgano jurisdiccional o al decano del colegio de abogados, o actuar de acuerdo con un abogado que ejerza ante el órgano jurisdiccional interesado y que se responsabilizaría ante dicho órgano.

Dichos abogados comunitarios ni tendrán que residir en España ni colegiarse o inscribirse en el colegio de abogados del territorio en el que vayan a ejercer. Emplearán el título profesional de origen, pero en todo caso tendrán que respetar las normas deontológicas españolas que persiguen, esencialmente, el correcto

ejercicio de las actividades de abogado, la dignidad profesional y el respeto a las incompatibilidades.

La Directiva 77/249/CEE se transpuso en España mediante el *Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo, por el que se desarrolla la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 22 de marzo de 1977, para el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios de los abogados*. Así, se garantizó en España que cualquier abogado comunitario con su título profesional de origen podría prestar sus servicios de manera ocasional en nuestro país (incluyendo la consulta, el asesoramiento jurídico y la actuación en juicio), sin poder abrir un despacho profesional de carácter permanente. Para ello, el regulador español se acogió a la posibilidad que le brindaba la Directiva de imponer al abogado comunitario presentarse ante el decano del colegio de abogados del territorio o demarcación colegial en la que vaya a ejercer, el cual comunicará dicho propósito al juez o presidente del tribunal de Justicia en el que vaya a actuar, así como al CGAE.

Asimismo, y de conformidad con el artículo 5 de la Directiva, el Real Decreto 607/1986 exige que, cuando el letrado visitante desee actuar ante los órganos jurisdiccionales españoles o ante organismos públicos relacionados con la Administración de Justicia o que ejerzan algún tipo de función jurisdiccional, así como para la asistencia, comunicación y visitas a detenidos y presos, deberá concertarse con un abogado español inscrito en el colegio de abogados que corresponda, quien será responsable ante los juzgados y tribunales y ante los organismos públicos.

En lo que respecta al régimen deontológico y disciplinario, el abogado comunitario en régimen de LPS en España deberá observar las normas españolas.

NOTAS

1. Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) del 10 de diciembre de 1948.
2. Elaborado y aprobado por el Consejo de Europa en Roma el 4 de noviembre de 1950.

3. Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo suscrito en Oporto el 2 de mayo de 1992. Ratificado por España el 26 de noviembre de 1993.
4. Real Decreto 1125/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia y se modifica el Real Decreto 438/2008, de 14 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.
5. Véase el Considerando 42 de la exposición de motivos de la Directiva 2005/36/CE.





LAS COSTAS DEL MONITORIO

José María Ruiz Relaño

Con el muy encomiable propósito de facilitar el cobro de cantidades de hasta treinta mil euros, la LECi2000 (arts. 812 a 818) introdujo en nuestro Ordenamiento jurídico el llamado procedimiento Monitorio. Monitorio proviene del latín *monitorius* y, leyendo en la primera acepción del DRAL se encuentra que por tal “dícese de lo que sirve para avisar o amonestar”. En efecto, según se regula en la Ley, el monitorio no pasa de ser una simple amonestación o requerimiento formal del pago. La novedad estriba, de una parte, en que la instancia o solicitud inicial (que se puede cumplimentar rellenando un formulario) no precisa de la firma e intervención de abogado y procurador, lo que implica un abaratamiento y una simplificación del proceso; y, de otra parte, en que basta con que se acompañe, con el formulario-instancia, no ya una prueba, sino un mero principio de prueba escrita, del derecho del acreedor para que el Juez acepte el asunto y mande proceder al requerimiento. No cabe duda de que el Monitorio acerca notablemente la Justicia al justiciable, y es de significativo interés para el cobro de las cuotas en las Comunidades de Propietarios.

El requerimiento por ser judicial implica una severa carga para el presunto deudor, porque, si no paga ni se opone en tiempo, y explica sucintamente las razones de su negativa, el juzgado despachará ejecución contra sus bienes, es decir, en tal caso sobrevendrá el tan temido embargo. Haciendo uso de una política legislativa sanadora, o acaso porque ésta fuera la indeclinable opción que dictaban los tiempos, lo cierto es que el Legislador prefirió imponer una carga al deudor (obligación de pagar o contestar sucintamente) con base a

simples principios de prueba o a la mera apariencia, antes que exigir al acreedor la prueba plena de su derecho. Sobre el interpelado recae, pues, la indeclinable obligación, si no la de pagar, por lo menos sí la de contestar temporalmente y explicar por qué no paga. Y, en esa contestación, a diferencia de lo que ocurría con el demandante, ha de servirse de abogado y también de procurador (art. 818.1 LECi.) cuando la cuantía exceda de novecientos euros (arts. 23.2.1º y 31.2.1º LECi). Así, pues, para el deudor la cosa ya va resultando más cara que para el acreedor.

Formulada que haya sido por el presunto deudor la correspondiente oposición, en la que justificará y explicará sucintamente por qué no se reputa obligado al pago y en la que dirá algo respecto del documento que se acompañó de contrario, es decir, respecto de la prueba indiciaria o apariencia de buen derecho de su presunto acreedor, salvado este trámite queda ipso facto y de pleno derecho concluido el trámite del monitorio. Ahora bien, si la cuantía de lo reclamado no excede de tres mil euros (arts. 818.2 y 249.2 LECi), el juez, en tal caso, señalará de oficio día y hora convocando a las partes al Juicio Verbal; pero, si excediere de la misma, reservará al acreedor la facultad de interponer el Juicio Ordinario en el plazo de un mes. Y es precisamente en el seno de estos juicios declarativos, sea el verbal o sea el ordinario, donde se resolverá con carácter definitivo sobre la cuestión planteada.

Pero ¿qué ocurre con las costas del monitorio, al que hemos abandonado finiquitándolo? Cabe presumir que, si éste se transformó en Verbal, las costas quedan incluidas en el pronunciamiento que al respecto se haga en este

último; es decir, en el declarativo, porque, a fin de cuentas, la demanda y la contestación-oposición no son otras sino las del monitorio, pues se pasa automática y directamente a la vista. Si por el contrario, y en razón de la cuantía, se produce la reserva de instar el Ordinario dentro del plazo de un mes, la Ley no prevé nada, salvo para el particular caso de que el peticionario deje caducar el término sin interponerlo, en cuyo supuesto habrá condena expresa en las costas del monitorio (art. 818.2 LECi). Así pues, si el Ordinario se interpone temporalmente, parece que no habría pronunciamiento sobre costas del monitorio.

La cuestión se complica con el desistimiento respecto del Verbal, subsiguiente al Monitorio, cuando ya hay señalamiento y convocatoria para la vista. Es sabido que el demandante puede desistir unilateralmente de su acción antes de que medie citación o emplazamiento de la contraparte o cuando ésta se encuentre en rebeldía (art. 20.2 LECi). En estos casos, así como en el desistimiento de los recursos (art. 450.1 LECi), el efecto inmediato es la no imposición de las costas. Tampoco la habrá cuándo el desistimiento del que se da traslado a la contraparte (porque haya mediado emplazamiento o citación previas) sea consentido expresa o tácitamente mediante el expediente de dejar transcurrir el término sin manifestar oposición (art. 396 LECi). En ambos casos, tanto en el desistimiento unilateral como en el consentido expresa o tácitamente, el Legislador prima o facilita una retirada a tiempo del demandante de Justicia exonerándolo de las costas. Cuando, por el contrario, el demandado se oponga al desistimiento, es llano que no podrá éste sustituir con su propio criterio al del demandante, que es soberano en el ejercicio de la acción (principio dispositivo), y, por lo tanto y en cuanto al fondo, habrá de tenerse por desistido al actor y, siempre que la renuncia fuese legalmente admisible, se sobreseerá el expediente dando por concluido el asunto. Pero ese auto de archivo por desistimiento del actor debe contener un pronunciamiento sobre costas. En este sentido, el art. 20.3 in fine LECi expresa que en caso de oposición será el

Juez quien resuelva según su criterio, aunque se percibe como improbable que éste discrepe, si no es excepcional y motivadamente, del mandato que se contiene en el art. 396 LECi, según el cual, mediando inconstentimiento de la contraparte en el desistimiento, las costas se impondrán al actor desistido, y, si hubiera consentimiento, no se impondrán a nadie. Cabe, pues, esperar que ordinariamente se aplique el art. 396 LECi y que solo de manera muy extraordinaria resuelva el Juez lo que estime oportuno, al amparo y tenor del art. 20.3 in fine LECi.

Pero esto es en términos generales. Pongamos por caso —un caso cuya probabilidad de ocurrencia no es despreciable— que el solicitante en el Monitorio por cantidad que no exceda de los tres mil euros se encuentre con un requerido de pago que contesta con oportunidad al requerimiento oponiéndose motivadamente al mismo, y que el Juez señala día y hora con citación de las partes para la vista del Juicio Verbal. Y que, días antes del señalado para la misma, el solicitante y ahora actor presenta escrito desistiendo de la acción, interesando que, tras tenerse por tal, que se proceda al archivo sin pronunciamiento sobre costas. El asunto se planteó ante el Juzgado número uno de Montoro. Se trataba del Monitorio nº 100/2006 a instancia de la mercantil Hispamer Servicios Financieros, Establecimiento Financiero de Crédito S A que derivó en el Verbal nº 216/2006. El demandado aceptó el desistimiento, pero no la exoneración de las costas del Monitorio, alegando a tal efecto: “Ciertamente el art. 20.3 LECi faculta al actor para desistir de la acción, de cuyo desistimiento (una vez citada o emplazada) ha de conferirse traslado a la contraparte para que lo acepte o no resolviendo el Juzgado lo que corresponda. En nuestro caso se acepta el desistimiento. Ese desistimiento aceptado implica la no imposición de las costas, a tenor del art. 396.2 de la misma Ley de Enjuiciamiento, y, por nuestra parte, también nos aquietamos con la postulación de la mercantil actora de que no haya pronunciamiento sobre costas “precisamente en el juicio verbal”, que ya estaba señalado. Sin

embargo, no cabe olvidar que hay otras costas. Nos referimos a las costas del monitorio. El monitorio tiene su continuación en el juicio declarativo (ordinario o verbal, según la cuantía) pero si quien insta el primero se abstiene de plantear el ordinario (o desiste del verbal, lo que es igual y por idéntica *ratio legis*) tiene que ser condenado al pago de las costas, y nos referimos a las costas del monitorio, no del juicio ordinario o del verbal, y ello por mandato imperativo del art. 818.2 LECi.” El Juzgado nº 1 de Montoro dictó Auto de seis de noviembre de dos mil seis, en cuya virtud tuvo por desistida a la mercantil actora del Verbal 216/2006, pero imponiéndole las costas del Monitorio nº 100/2006, porque se habían irrogado los gas-

tos correspondientes a la oposición, a la que forzó al requerido de pago, y que, atendiendo a la cuantía, exigía la intervención preceptiva de abogado y procurador, concluyendo, literalmente, en que “no puede pretender por tanto la demandante generar unos perjuicios económicos a la contraparte para que ésta se defienda de la pretensión ejercitada, y, después, sin más, retirar la demanda sin sufragar los correspondientes gastos ocasionados por su actuación”. Excelente resolución judicial, sin lugar a dudas. El desistimiento consentido de contrario en el Verbal no debe eximir del pago de las costas cuando éstas ya se han irrogado indefectible e indebidamente a la contraparte en el Monitorio del que aquel es precedente.



VARIA

Fragmento de *Ancient Law*
Henry Sumner Maine



FRAGMENTO DE ANCIENT LAW

Henry Sumner Maine

Se ofrece a continuación un texto de Henry Sumner Maine (1822-1888), sin duda el jurista inglés de más proyección fuera de su ámbito, autor de la obra *Ancient Law*, de renombre universal y a la que pertenece el fragmento, en la traducción española de 1893, Parte General Capítulo II, páginas 32. a 34. Desde el conocimiento tanto del Derecho Inglés, como del Derecho Romano, el texto seleccionado contiene una advertencia, dirigida fundamentalmente a los juristas de su sistema (aunque no sólo), de que la insularidad puede provocar resultados viciados por la ignorancia de las instituciones ajenas, y por una supervaloración de las propias, con perjuicio para la ciencia. Llamativa es la comparación entre el sistema del precedente y los *responsa prudentium* del Derecho Romano. [AMLL]

“En Inglaterra estamos acostumbrados á ver extenderse el derecho, modificarse y perfeccionarse por un mecanismo que, en teoría, es incapaz de alterar una línea ni un punto de la jurisprudencia inglesa; el procedimiento con que se forma esta legislación es menos sensible que cierto. Cuando se trata de la gran parte de nuestro derecho contenida en las sentencias de los tribunales é incluida en nuestros repertorios de jurisprudencia, empleamos un doble lenguaje y tenemos al parecer una doble serie de ideas poco consistentes. Cuando un grupo de hechos es llevado en forma de juicio á un tribunal inglés, toda la discusión entre los abogados y los jueces rueda siempre sobre la hipótesis de que no hay cuestión ni puede haberla que haga necesaria la aplicación de otros principios que los antiguos, ó de otras distinciones que las admitidas de mucho tiempo acá. Se tiene por absolutamente demostrado que siempre

hay una regla de derecho aplicable á la causa, y si esta regla no se descubre es sólo por falta de paciencia, de ciencia ó de penetración.

Pero en cuanto la sentencia ha sido dictada y publicada, nuestro modo de hablar y de pensar cambia totalmente sin notarlo. Nosotros admitimos entonces sin vacilación que la nueva sentencia ha modificado el derecho. Según una expresión incorrecta que se emplea algunas veces, las reglas aplicables se hacen más elásticas, pero en realidad se las cambia; se hace una adición á las sentencias precedentes, y la regla de derecho nueva, nacida de la comparación de las anteriores, no es ya la misma que hubiera sido la serie de casos se hubiera limitado á un solo ejemplo. El hecho es que la antigua regla queda abrogada, y que la nueva se nos escapa, porque tenemos la costumbre de redactar en términos tan poco precisos las fórmulas legales sacadas de las precedentes que no advertimos los cambios que no son claros y violentos.

No busquemos en detalle ahora las causas que han conducido á los juristas ingleses á adquirir estas curiosas anomalías. Probablemente, en el origen, la doctrina corriente sería que en alguna parte, en las nubes ó en la conciencia de los magistrados, existía un cuerpo de derecho inglés completo, bien unido, bien ordenado, de una amplitud suficiente para contener los principios aplicables á cualquier combinación de circunstancias. Se creía esta teoría mucho más en su origen que lo que se cree ahora, y acaso tenía más fundamentos que hoy. Los jueces del siglo XIII quizás tuvieron a su disposición una mina de leyes desconocidas para el foro y para la masa del público; pues hay algún motivo para pensar que hicieran en secreto extensas ampliaciones, no siempre jui-

ciosas, de los compendios corrientes del derecho romano y del canónico. Pero este almacén quedó cerrado tan luego como las cuestiones decididas en Westminster-Hall fueron bastante numerosas para formar sólida base de un sistema de jurisprudencia; y actualmente, después de los siglos, los prácticos ingleses se expresan como si creyesen la proposición paradójica de que “desde el origen del derecho inglés, nada se ha añadido á sus principios sino por estatuto ó decisión de equidad”. Nosotros no sostenemos que estos tribunales hacen leyes, ni suponemos que las reglas del derecho consuetudinario inglés, con alguna ayuda del tribunal de la Cancillería y del Parlamento, son bastante amplias para servir á todos los complicados intereses de la sociedad moderna.

Un cuerpo de derecho que, desde el punto de vista en que estamos colocados, se parece mucho y de una manera muy instructiva á nuestro derecho de jurisprudencia, es el que conocían en Roma con el nombre de *Respon-*

sa prudentim. Varió mucho la forma de estas respuestas en las diversas épocas del derecho romano; pero, mientras duró éste, consistieron en notas explicatorias sobre leyes escritas, siendo en su origen exclusivamente conjuntos de opiniones sobre la interpretación de las XII Tablas. Lo mismo que entre nosotros, los jurisconsultos se expresaban como si en nada hubiese variado el texto del antiguo Código: en éste se hallaba la regla general; la regla dominaba sobre toda glosa y sobre todo comentario; ninguna opinión, por muy eminente que fuese el intérprete, quedaba libre de revisión si se invocaba contra ella el venerable texto. Sin embargo, los libros de respuestas que llevaban nombres de los jurisconsultos principales gozaban de una autoridad por lo menos igual á nuestros repertorios de jurisprudencia, y modificaban, extendían, limitaban constantemente y hasta reemplazaban en la práctica las disposiciones del derecho decemviral”.





NORMAS DE LA REVISTA



I. EXTENSIÓN Y SOPORTE MATERIAL

Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales.

Los originales de los artículos destinados a 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 castellano y en inglés.

Los originales han de enviarse por correo electrónico a la dirección de la coordinadora de la revista (teoria@tirant.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 a informes internos por parte del Consejo editorial e informes externos anónimos. 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 modificaciones oportunas.

III. ENVÍO DE ORIGINALES

Los originales pueden remitirse por correo electrónico a la dirección teoria@tirant.es o por correo tradicional, enviando una copia impresa y soporte digital a al 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 anteriormente. Si se citan varias obras del mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula. Por ejemplo: González Vicén 1979^a correspondería a “La obediencia al Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIV, 1979, pp. 4-32 y González Vicén 1979^b 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

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.

Como excepción y dada la naturaleza de sus funciones en el caso de la coordinación únicamente será necesario cumplir el tercer requisito.

