

ACCESO A LA VISUALIZACIÓN ONLINE DEL FONDO COMPLETO DE LA REVISTA

Para acceder a la visualización Online del fondo completo de la revista envíe un correo electrónico a atencionalcliente@tirantonline.com con la siguiente información:

- Código promocional oculto en esta página
- Título y número de la revista

A continuación recibirá un correo electrónico con las claves e instrucciones de acceso

Código Promocional



Rasque para visualizar

* También puede realizar la compra del e-book a través de su librería

No se admitirá la devolución de este libro si el código promocional ha sido manipulado

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. DICIEMBRE 18/2015

<http://teoriayderecho.tirant.com>

<http://teoriayderecho.com>

CONSEJO EDITORIAL:

María José Añón Roig

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (Coordinadora)

Ángel M. López y López

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Tomás S. Vives Antón

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (Director)

COMITÉ CIENTÍFICO:

Ana B. Campuzano

*Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad Cardenal Herrera-CEU*

Jorge A. Cerdio Herrán

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

José Ramón Cossío Díaz

Ministro de la Suprema Corte de Justicia de México

Owen M. Fiss

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*

Luis López Guerra

*Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid*

Marta Lorente Sariñena

*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma 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*

Francisco Muñoz Conde

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

Angelika Nußberger

*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrática de
Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)*

Héctor Olásolo

*Catedrático de Derecho Internacional Penal y
Procesal de la Universidad de Utrecht (Países Bajos)*

Luciano Parejo Alfonso

*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid*

Tomás Sala Franco

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

José Ignacio Sancho Gargallo

*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del
Tribunal Supremo de España*

Ruth Zimmerling

*Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz
(Alemania)*

Han formado parte del Comité Científico: Gregorio Peces-Barba Martínez; Rosario Valpuesta Fernández y Emilio Beltrán

Asistente a la dirección: Víctor Merino Sancho

Corrector ortotipográfico y de estilo: Pablo Miravet Bergón

PVP número suelto: 55 euros (IVA incluido)

PVP suscripción anual (2 números): 99 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción

Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151

E-mail: teoria.derecho@uv.es; teoria@tirant.com. Sitios web: <http://teoriayderecho.tirant.com>; <http://teoriayderecho.com>

Correspondencia

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita

Tirant lo Blanch

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch

Teléfono: 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: Tink Factoría de Color

Imprime: Guada Impresores, S.L.

SUMARIO

DEBATE

La Ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento

Dirigido por Jesús Delgado y Manuel Atienza

Presentación	11
<i>Jesús Delgado Echeverría</i>	
Ignorancia de la ley y seguridad jurídica	16
<i>Isabel Lifante Vidal</i>	
La ignorancia de la ley y las normas dispositivas	34
<i>María Paz García Rubio</i>	
Imperio de la ley e ignorancia de la ley (sobre el modesto principio de que la ignorancia de ley no excusa de su cumplimiento).....	52
<i>Liborio L. Hierro</i>	
La ignorancia de la ley no excusa de las consecuencias de su incumplimiento (pero a veces sí)	64
<i>Juan Antonio García Amado y Pilar Gutiérrez Santiago</i>	
Razón pública y deber de civilidad en la justificación moral y política del principio «ignorantia iuris non excusat»	92
<i>Juan Manuel Pérez Bermejo</i>	
Ignorancia del principio de responsabilidad patrimonial universal y su aplicación estricta al deudor hipotecario en un contexto de crisis ¿solución legal y justa?.....	114
<i>M^a Elena Sánchez Jordán</i>	
Ignorancia de ley, error y tutela judicial de los derechos de los consumidores: el puzzle de las «acciones colectivas» en la LEC.....	130
<i>Marta Otero Crespo</i>	
Ignorancia de la ley, error de derecho y deberes de información al consumidor.....	142
<i>Margarita Castilla Barea</i>	
La ignorancia del derecho del notario: presupuestos y consecuencias jurídicas	154
<i>Francisco Oliva Blázquez</i>	

ESTUDIOS

El debate sobre el liberalismo político: dos opiniones	174
<i>Tomás S. Vives Antón y Manuel Jiménez Redondo</i>	
Política criminal del presente continuo	216
<i>José Antonio Ramos Vázquez</i>	

TEMAS DE HOY

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código penal	238
<i>Juan Carlos Vegas Aguilar y Francisco E. Hernández Sánchez</i>	
Estudios sobre la legalidad de las fumigaciones aéreas de cultivos ilícitos en situaciones de conflicto armado con base en el caso colombiano	268
<i>Héctor Olasolo</i>	

VARIA

Javier de Lucas, <i>Mediterráneo. El Naufragio de Europa</i> , Valencia Tirant lo Blanch, 2015. Crítica bibliográfica.....	291
<i>Cristina García Pascual</i>	
Normas de edición	297
Normas de buenas prácticas.....	307

SUMMARY

DISCUSSION

Ignorance of the Law excuses no one

Directed by Jesús Delgado and Manuel Atienza

Presentation	11
<i>Jesús Delgado Echeverría</i>	
Ignorantia Legis And Legal Certainty	16
<i>Isabel Lifante Vidal</i>	
Ignorance of the Law and Default Rules	34
<i>María Paz García Rubio</i>	
Rule of Law and Ignorance of Law. On the Principle Ignorantia Legis non excusat	52
<i>Liborio L. Hierro</i>	
Ignorance of the Law excuses no one (but sometimes actually it does)	64
<i>Juan Antonio García Amado y Pilar Gutiérrez Santiago</i>	
Public Reason and duty of civility: the Moral and Political Justification of the Principle Ignorantia Iuris non excusat	92
<i>Juan Manuel Pérez Bermejo</i>	
The ignorance of the unlimited liability principle and its strict application to the mortgage debtor in a crisis' context: is it a legal and fair solution	114
<i>M^a Elena Sánchez Jordán</i>	
Ignorance of the Law, mistake and judicial protection of consumer's rights: the puzzle of collective actions in the Code of Civil Procedure	130
<i>Marta Otero Crespo</i>	
Ignorance of Law, error of Law and Duties Consumer Information	142
<i>Margarita Castilla Barea</i>	
The Ignorance of the Law of the Notary: specifications and legal consequences	154
<i>Francisco Oliva Blázquez</i>	

STUDIES

The Debate about Political Liberalism: two opinions	174
<i>Tomas S. Vives Antón and Manuel Jiménez Redondo</i>	
Criminal Policy of the present continuous	216
<i>José Antonio Ramos Vázquez</i>	

TODAY'S ISSUES

The suspension of the enforcement of custodial penalties in the organic law 1/2015	238
<i>Juan Carlos Vegas Aguilar y Francisco E. Hernández Sánchez</i>	
Study on the legality of aerial spraying of illicit crops in situations of armed conflict: a look into the situation in Colombia	268
<i>Héctor Olásolo</i>	

VARIA

Javier DE LUCAS, Mediterráneo. El Naufragio de Europa. Book Review by	291
<i>Cristina García Pascual</i>	
Author Guidelines	297
Ethical Guidelines	307

the 1990s, the number of people in the world who are illiterate has increased from 1.1 billion to 1.5 billion (UNEP 2000).

There are many reasons for the increase in illiteracy. One of the main reasons is the rapid population growth in the developing countries. Another reason is the lack of investment in education. In many developing countries, the government spends very little on education, and the private sector is not interested in investing in education either.

There are also many social and cultural factors that contribute to illiteracy. For example, in many developing countries, girls are often kept at home to help with household chores and to care for their younger siblings.

There are many ways to reduce illiteracy. One of the most important is to invest in education. Governments should spend more on education, and the private sector should be encouraged to invest in education as well.

Another way to reduce illiteracy is to improve the quality of education. Teachers should be trained and paid well, and the curriculum should be relevant to the needs of the community.

There are also many social and cultural factors that can be addressed. For example, girls should be encouraged to go to school, and the private sector should be encouraged to invest in education.

There are many ways to reduce illiteracy, and it is important to find a combination of approaches that works for each country.

There are many ways to reduce illiteracy, and it is important to find a combination of approaches that works for each country.

There are many ways to reduce illiteracy, and it is important to find a combination of approaches that works for each country.

There are many ways to reduce illiteracy, and it is important to find a combination of approaches that works for each country.

There are many ways to reduce illiteracy, and it is important to find a combination of approaches that works for each country.

There are many ways to reduce illiteracy, and it is important to find a combination of approaches that works for each country.

There are many ways to reduce illiteracy, and it is important to find a combination of approaches that works for each country.

There are many ways to reduce illiteracy, and it is important to find a combination of approaches that works for each country.

There are many ways to reduce illiteracy, and it is important to find a combination of approaches that works for each country.

There are many ways to reduce illiteracy, and it is important to find a combination of approaches that works for each country.

There are many ways to reduce illiteracy, and it is important to find a combination of approaches that works for each country.

There are many ways to reduce illiteracy, and it is important to find a combination of approaches that works for each country.

There are many ways to reduce illiteracy, and it is important to find a combination of approaches that works for each country.

There are many ways to reduce illiteracy, and it is important to find a combination of approaches that works for each country.

There are many ways to reduce illiteracy, and it is important to find a combination of approaches that works for each country.

There are many ways to reduce illiteracy, and it is important to find a combination of approaches that works for each country.

There are many ways to reduce illiteracy, and it is important to find a combination of approaches that works for each country.

There are many ways to reduce illiteracy, and it is important to find a combination of approaches that works for each country.

There are many ways to reduce illiteracy, and it is important to find a combination of approaches that works for each country.

There are many ways to reduce illiteracy, and it is important to find a combination of approaches that works for each country.

There are many ways to reduce illiteracy, and it is important to find a combination of approaches that works for each country.

DEBATE

La ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento

Presentación

Jesús Delgado Echeverría

Ignorancia de la ley y seguridad jurídica

Isabel Lifante Vidal

La ignorancia de la ley y las normas dispositivas

María Paz García Rubio

Imperio de la ley e ignorancia de la ley (sobre el modesto principio de que la ignorancia de ley no excusa de su cumplimiento)

Liborio L. Hierro

La ignorancia de la ley no excusa de las consecuencias de su incumplimiento (pero a veces sí)

Juan Antonio García Amado y Pilar Gutiérrez Santiago

Razón pública y deber de civilidad en la justificación moral y política del principio “ignorantia iuris non excusat”

Juan Manuel Pérez Bermejo

La ignorancia del principio de responsabilidad patrimonial universal y su aplicación estricta al deudor hipotecario en un contexto de crisis ¿solución legal y justa?

M^a Elena Sánchez Jordán

Ignorancia de ley, error y tutela judicial de los derechos de los consumidores: el puzzle de las “acciones colectivas” en la LEC

Marta Otero Crespo

Ignorancia de la ley, error de derecho y deberes de información al consumidor

Margarita Castilla Barea

La ignorancia del derecho del notario: presupuestos y consecuencias jurídicas

Francisco Oliva Blázquez

the 1990s, the number of people in the world who are illiterate has increased from 1.1 billion to 1.5 billion.

There are a number of reasons for this. One is that the population of the world is growing. Another is that the number of people who are illiterate in the developed world is increasing. This is because of the aging of the population. In the developed world, the number of people who are illiterate is increasing because of the aging of the population. In the developing world, the number of people who are illiterate is increasing because of the lack of access to education.

There are a number of ways in which we can reduce the number of people who are illiterate. One way is to improve access to education. This can be done by building schools and providing teachers. Another way is to provide literacy training. This can be done by providing classes for people who are illiterate. A third way is to provide literacy materials. This can be done by providing books and newspapers.

There are a number of challenges to reducing the number of people who are illiterate. One challenge is the lack of resources. In many developing countries, there is a lack of money to build schools and provide teachers. Another challenge is the lack of motivation. In many developing countries, people do not see the value of education. A third challenge is the lack of access to education. In many developing countries, there are no schools nearby.

There are a number of ways in which we can overcome these challenges. One way is to provide financial support. This can be done by providing grants to build schools and provide teachers. Another way is to provide motivation. This can be done by providing classes for people who are illiterate. A third way is to provide access to education. This can be done by providing schools nearby.

There are a number of ways in which we can measure the success of our efforts to reduce the number of people who are illiterate. One way is to measure the number of people who are literate. This can be done by conducting literacy tests. Another way is to measure the number of people who are employed. This can be done by conducting surveys. A third way is to measure the number of people who are healthy. This can be done by conducting health surveys.

There are a number of ways in which we can improve the quality of education. One way is to provide better teachers. This can be done by providing training and support. Another way is to provide better materials. This can be done by providing books and newspapers.

There are a number of ways in which we can improve access to education. One way is to build schools. This can be done by providing money to build schools. Another way is to provide transportation. This can be done by providing buses and taxis. A third way is to provide financial support. This can be done by providing grants to build schools and provide teachers.

There are a number of ways in which we can provide literacy training. One way is to provide classes for people who are illiterate. This can be done by providing teachers and materials. Another way is to provide one-on-one tutoring. This can be done by providing teachers and materials. A third way is to provide self-learning materials. This can be done by providing books and newspapers.

There are a number of ways in which we can provide literacy materials. One way is to provide books. This can be done by providing money to buy books. Another way is to provide newspapers. This can be done by providing money to buy newspapers. A third way is to provide audio materials. This can be done by providing money to buy audio materials.

There are a number of ways in which we can provide financial support. One way is to provide grants. This can be done by providing money to build schools and provide teachers. Another way is to provide loans. This can be done by providing money to build schools and provide teachers. A third way is to provide scholarships. This can be done by providing money to build schools and provide teachers.

There are a number of ways in which we can provide motivation. One way is to provide classes for people who are illiterate. This can be done by providing teachers and materials. Another way is to provide one-on-one tutoring. This can be done by providing teachers and materials. A third way is to provide self-learning materials. This can be done by providing books and newspapers.

PRESENTACIÓN

Jesús Delgado Echeverría

Catedrático emérito de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

«La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento», dice el art. 6º-1 del Código civil. Los civilistas se han ocupado tradicionalmente de explicar, justificar o criticar el sentido de estas palabras del legislador, en sus clases y en sus libros. No en vano se encuentra en el Código civil y sus precedentes ilustres en el *Corpus iuris civilis*. Pero no hay duda tampoco de que la cuestión interpela a los filósofos del Derecho, pues sale al paso siempre que se teoriza sobre la norma jurídica o sobre el deber de obedecerla. J. Bentham o J. Austin dan testimonio de ello. Parecía, por tanto, un buen tema para reunir a civilistas y iusfilósofos alrededor de una mesa para debatir sobre el fundamento, alcance y consecuencias de este principio, especialmente en el Derecho privado.

Porque tal es el origen de este número de *Teoría & Derecho*. Sus artículos fueron antes Ponencias y Comunicaciones en un «Coloquio Derecho civil-Filosofía del Derecho» que se celebró en la Facultad de Derecho de Zaragoza el día 26 de septiembre de 2014. Todavía queda memoria virtual del mismo en <https://sites.google.com/site/coloquio26septiembre/>

Lo convocamos el Prof. Atienza, catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante, y yo mismo, catedrático (a punto de ser jubilado y emérito) de Derecho civil en la de Zaragoza. La convocatoria fue discreta y la asistencia tal como la deseábamos para este primer encuentro «alrededor de una mesa»: cuarenta participantes de 16 Universidades españolas, entre ellos 14 catedráticos. Tanto civilistas como iusfilósofos quedamos convencidos —si no veníamos ya con esta convicción— de

la necesidad de poner en común nuestros conocimientos, debatir sobre Derecho y sobre Derecho civil desde nuestras propias y distintas tradiciones intelectuales, aprender unos de otros y enseñarnos recíprocamente. Para los civilistas es una necesidad acercarnos a las concepciones y métodos de la Filosofía del Derecho actual, especialmente la que se hace en España, si queremos construir un Derecho civil a la altura del siglo XXI; para los filósofos del Derecho es imprescindible conocer de cerca el Derecho privado, las normas vigentes y la doctrina de los privatistas, para ser realmente filósofos *del Derecho* e incidir en la práctica social del mismo. Unos y otros, los presentes en Zaragoza, nos comprometimos a dar continuidad a nuestros encuentros. Más aún, y lo que es más difícil, creo que muchos nos hicimos el propósito de aprender unos a otros.

Esta idea, aprender unos a otros los que cultivamos distintas ramas del Derecho o reflexionamos sobre el mismo desde distintos puntos de vista, llevaba derechamente a querer publicar para un auditorio mucho más amplio que los asistentes en Zaragoza las ponencias y comunicaciones de aquel Coloquio. Ningún vehículo mejor que *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, que se declara interdisciplinar y dispuesta a ocuparse «de los problemas originados en la intersección de las distintas áreas jurídicas y de las relaciones entre el derecho y otras disciplinas». quede aquí constancia de nuestro agradecimiento a la Prof^a. Añón Roig, participante en el Coloquio y que se ofreció a hacer las gestiones que culminan con la publicación de este número de la Revista.

En la convocatoria al Coloquio proponíamos una lista abierta de posibles temas: «la ignorancia del Derecho y...

concepciones del Derecho
 destinatarios de las normas (ciudadanos, jueces)
 el deber de obedecer las leyes
 multiculturalismo (pueblos indígenas)
 nacionalización y estatalización del Derecho
 error de derecho
 tutela judicial efectiva
 normas dispositivas
 Derecho consuetudinario
 usos del comercio
 Derecho transitorio (retroactividad de las leyes)
 seguridad jurídica
 principios generales del Derecho (principios constitucionales)
 Derecho internacional privado (Derecho interterritorial)
 Derecho del consumo (y deberes de información)
 Joaquín Costa

La mayor parte de estas implicaciones aparecen con mayor o menor intensidad en los escritos que ahora presentamos (aunque no hay acercamientos decididamente sociológicos o sobre Derecho consuetudinario, ni sobre Derecho internacional privado), pero los ponentes, siguiendo libremente sugerencias de los organizadores, se centran en la fundamentación del principio (pues como «principio» lo tratan todos, lo que no deja de tener importantes consecuencias), sus relaciones con el imperio de la ley y la seguridad jurídica, su incidencia cuando las normas ignoradas son dispositivas (las más frecuentes en el Derecho privado) y su aplicación en el Derecho del consumo, en el que el principio parece entrar en contradicción de algún modo con la obsesión de los legisladores por el conocimiento de las normas por parte de los consumidores y los crecientes deberes de información que se imponen a la otra parte contratante.

Todos los textos que presentamos —con las matizaciones que se verán— excluyen que la fundamentación del principio resida en el deber de conocer las leyes o en la presunción o la ficción de su conocimiento. Esta era, sin embargo, la convicción compartida en el Derecho

anterior al Código civil e incluso con posterioridad al mismo, con textos históricos muy explícitos tanto romanos recibidos como castellanos. Convicción y fundamentación combatida a finales del siglo XIX por filósofos y juristas krausistas, por «socialistas de cátedra» y, entre nosotros, señaladamente, por Joaquín Costa. Liborio Hierro (catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid), que presenta todos estos antecedentes en una exposición que podemos considerar «clásica», advierte que «esta contradicción pragmática (que todos consideremos obligatorio algo imposible de cumplir) solo puede resolverse bien negando la regla y proponiendo su desaparición, como hizo Costa, bien admitiendo la regla y buscándole otra explicación en la que no esté implícita la obligación de conocer las leyes, como hizo Austin». La explicación de Austin es puramente utilitarista, la necesidad de que las leyes sean efectivamente aplicadas por los tribunales. Esto parece situar a la norma sobre inexcusabilidad del cumplimiento por ignorancia en el «sistema secundario», el sistema del juez, pues, en palabras de Hierro, «en su sentido literal, este precepto, que parece tan claro, resulta ininteligible», «puesto que en ningún caso es concebible que alguien quede obligado a actuar conforme al significado de una oración que desconoce o por una orden que asimismo desconoce». La estrategia de Hierro consiste en «deconstruir» el principio mediante sucesivas distinciones (sanción restitutiva/sanción represiva; acciones *mala in se*/*mala prohibita*; error sobre el tipo/error de prohibición) y mostrar que las consecuencias reales de este «modesto principio» tienen alcance muy pequeño, lo que no excluye en un círculo reducido de casos (error vencible), «una obligación atenuada y esgrimida preventivamente, de forma que el agente aprenda que la sociedad le requiere una cierta diligencia para conocer las leyes que pueden afectarle»: un «modesto precio a pagar si merece la pena vivir bajo el imperio de las leyes». Lo justifica «la seguridad que un ordenamiento jurídico eficaz ofrece a sus destinatarios».

La «seguridad jurídica» es el principio al que la Prof.^a Isabel Lifante (Profesora titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante) confronta (y en el que, en definitiva, integra) el principio de inexcusabilidad de la ignorancia de la ley. De «principios» hablamos en muchos sentidos. Siguiendo a Atienza y Ruiz Manero, la autora distingue ocho, para concretar que el significado principal del «principio de seguridad jurídica» sería el de principio «como norma que expresa uno de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico», junto al de igualdad o el de libertad; mientras que el principio de la inexcusabilidad de la ignorancia se situaría en el contexto del sistema secundario o de los órganos aplicadores (frente al sistema primario o del ciudadano) para señalarles cómo seleccionar, interpretar o aplicar las normas. Que hayan de aplicarlas aunque el sujeto las ignorara puede presentarse precisamente como una de las exigencias justificadas a partir del valor de la seguridad jurídica. Evidentemente, no como expresión de la previsibilidad por el individuo ignorante, sino de la previsibilidad generalizada, por quienes conocen y siguen las leyes, sobre las conductas esperables de los demás y sobre las decisiones que, en su caso, tomarán los jueces. Ahora bien, el Derecho tiende a minimizar el sacrificio de la previsibilidad del individuo ignorante mediante mecanismos muy variados, desde la admisión del error de prohibición en el ámbito penal a la publicidad no solo formal de las normas para que puedan ser conocidas por todos. En definitiva, la aplicación del principio de inexcusabilidad de la ignorancia, como todo principio jurídico, exige llevar a cabo ponderaciones con otros principios con los que puede entrar en colisión. Las páginas que la autora dedica al principio de seguridad jurídica (de contenido sustantivo y no meramente formal) y las distintas dimensiones de la previsibilidad constituyen por sí una aportación importante al debate sobre la seguridad como valor superior del ordenamiento jurídico.

Partiendo de la filosofía política de Rawls, de cuya obra se ocupa desde hace veinte años,

Juan Manuel Pérez Bermejo (Prof. Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Salamanca) desarrolla una justificación del principio *ignorantia iuris non excusat* en sentido «subjetivista» o «culpabilista» (no elude estas etiquetas) en el marco del pluralismo democrático. Rawls llega, partiendo de la razón pública y el deber de civilidad, a la exigencia de un compromiso moral y político de los ciudadanos con el derecho positivo legalmente promulgado. No solo un deber de acatar el derecho y las decisiones de los jueces, no un mero deber de obediencia, sino también (según Pérez Bermejo, yendo más allá de lo que Rawls dejó escrito), «un deber del ciudadano de informarse de lo que dicta el Derecho ante un conflicto real o en el que previsiblemente pueda verse envuelto». No un «deber ciudadano genérico de conocer el mayor número posible de normas e instituciones positivas», sino el de desplegar un «esfuerzo suficiente de acuerdo con estándares públicos de prudencia, cuidado o vigilancia» por conocer la norma positiva «llegado un conflicto o ante la previsión de que una determinada conducta o acción suya pueda provocarlo». Así se entendería mejor la regulación del «error de derecho» y la relevancia de su «excusabilidad»: la larga nota en la que hace frente a la tesis de la separación entre ignorancia y error de derecho (ambos unidos en el art. 6.1 Cc.) merece ser leída con detenimiento por los civilistas. Las páginas finales se ocupan de precisar el contenido de este deber y su confrontación con principios como los de buena fe o de confianza legítima.

Es de agradecer a la pareja de civilista y filósofo del Derecho compuesta por Pilar Gutiérrez Santiago y José Antonio García Amado (Universidad de León) la cuidada revista de opiniones doctrinales. Las citas de sentencias son también muy abundantes. De hecho, la bibliografía de su artículo es la más extensa. Que sea exclusivamente española parece una opción premeditada, que llama la atención cuando va bajo la firma de un filósofo del derecho: hagamos teoría sobre lo que hay aquí y con lo que hay aquí, podría ser el mensaje. De la revista de

opiniones resulta que estas son muy variadas, incluidas defensas de las tesis de la ficción o de la presunción así como del deber de esforzarse en conocer las leyes, unidas a una retórica que pretende resolver las contradicciones con «alquimias morales y acumulación de principios anestésicos». Los autores dejan sentado que estamos ante «una cuestión teórica general que se relaciona con la naturaleza del Derecho, no con un asunto específico del Derecho nuestro», que se plantea igualmente «cuando no había o no hay Estado de Derecho». Una cuestión de teoría de las normas jurídicas que ha de tener en cuenta la diversidad de las mismas, la variedad de sus funciones y las diferentes clases de consecuencias. Los autores se ocupan de los problemas de la *ignorancia iuris* en las normas que confieren un estatus jurídico o una calificación jurídica, en las que llaman instrumentales («establecen la realización de ciertas conductas para la consecución de determinado objetivo pretendido»), y en las sancionadoras y directamente imperativas. Su conclusión es que, en todos los casos, la formulación del art. 6.1 Cc. (también en sus apartados 2 y 3) es irrelevante y vacía de contenido.

Hasta aquí las contribuciones de los filósofos del Derecho («mixta» en el último caso). La Prof.^a María Paz García Rubio (catedrática de Derecho civil en la Universidad de Santiago de Compostela) asumió el encargo de reflexionar sobre el principio de *ignorantia iuris* y las normas dispositivas. Para ello la primera tarea a que se enfrenta es la de (re)construir un concepto de norma dispositiva que dé cuenta del uso o los usos de estos términos por los juristas contemporáneos y que resulte útil para entender uno de los aspectos de la teoría de la norma más centrales en el Derecho privado y en relación con el principio de autonomía privada: en palabras de la autora, «en el caso de la norma civil —ella misma lo extiende a la mercantil— el carácter dispositivo es la regla y la imperatividad la excepción». Sus páginas al respecto serán desde ahora referencia indispensable. La identificación de funciones distintas de las normas dispositivas contribuye a perfilar

el concepto y su utilidad: función ordenadora (o simplemente supletoria), función reguladora (con el contenido de las normas habitualmente seguidas en la práctica) y función conformadora (simbólica y de guía de conductas de acuerdo con la norma socialmente deseable y deseada por el legislador). En todos los casos las normas dispositivas se aplican con independencia del conocimiento que de ellas tengan los sujetos. Las páginas finales están dedicadas a algunos ejemplos relevantes de normas dispositivas y la posible trascendencia de su desconocimiento: normas contractuales dispositivas, régimen matrimonial supletorio y normas de la sucesión intestada.

La otra ponencia encargada a un civilista fue la del Prof. Ángel Carrasco (catedrático en la Universidad de Castilla-La Mancha), como especialista muy destacado en Derecho del consumo, que la ha publicado posteriormente con el título «¿Perjudica al consumidor la ignorancia del Derecho?» (Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 12/2014, accesible en línea en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>). La fuerte corriente de «protección de consumidores y usuarios» podría llevar a pensar en excusar a estos, en razón de su debilidad o vulnerabilidad, del cumplimiento de las leyes cuando las ignoran. La conclusión del Prof. Carrasco, en sus tersas y densas páginas, es clara: el Derecho «pertinente» siempre se aplica. Como premisa, «el art. 6.1 CC no incorpora presuposiciones ni valores algunos en especial, afirma sólo que las normas se aplican incondicionalmente sin importar el estado subjetivo de sus destinatarios. Como por demás —añade— debería ser cosa obvia». El recorrido que el autor hace sobre el posible juego del error de Derecho en los más variados supuestos del Derecho de consumidores no contradice su conclusión, pero sí nos muestra algunas sorpresas y paradojas. Como conclusión ulterior y de alcance absolutamente general, afirma que «en un punto es indiscutible que Joaquín Costa tenía razón en su diatriba contra el apotegma *ignorantia iuris naeminem excusat*. Siempre tiene más oportunidades de medrar en la vida quien conoce las leyes que

quien no las conoce». «No es la regla que “sanciona” (?) la ignorancia del Derecho la que tiene un componente clasista, sino el *factum* del mayor conocimiento que unos poseen frente a otros».

En el terreno del Derecho del consumo se mantienen otras dos aportaciones de civilistas. Margarita Castillo (Prof.^a Titular en la Universidad de Cádiz) pone en relación el principio *ignorantia iuris* con los deberes de información y educación de los consumidores que, desde la Constitución (art. 51) y, más detalladamente, desde el TRLGCU (art. 10) se imponen a los poderes públicos y, en muchos casos, a los empresarios y profesionales que contratan con consumidores. ¿Persiguen estos deberes minimizar la ignorancia de las leyes propiciando así su voluntario cumplimiento? No parece que este sea el caso. Los autores que se ocupan del principio de inexcusabilidad de la ignorancia de las leyes no han establecido ninguna relación con las normas citadas de Derecho del consumo, ni quienes se ocupan de estas últimas con el art. 6.1 Cc. (aunque sí con sus otros apartados, 2, 3 y 4). El error de derecho podría ser una forma de relacionar ambos bloques normativos, pero el caso es que la nulidad (anulabilidad) del contrato a que llegaríamos por esta vía no es la consecuencia prevista (ni, posiblemente, deseable) para el incumplimiento de los deberes de información que pesan sobre los empresarios y profesionales que contratan con consumidores.

La Prof.^a titular de Derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela, Marta Otero Crespo, se plantea una cuestión específica relacionada con los remedios o «acciones colectivas» en el ámbito del Derecho del consumo, tanto en defensa de intereses colectivos como de intereses difusos. El juego de los arts. 15, 221, 222.3 y 519 Lec. propicia situaciones en que los dañados en sus intereses, por ignorancia de las leyes (complejas y de interpretación discutible) o por error sobre su interpretación pueden quedar desprotegidos por el juego, entre otras variantes, de la cosa juzgada o la excepción de litispendencia.

Joaquín Costa ya había señalado que el requisito de «ignorancia inexcusable» para la responsabilidad de jueces y magistrados por la incorrecta aplicación de las leyes parecía eximir del conocimiento pleno de las leyes a quienes más obligación tienen de conocerlas. Francisco Oliva Blázquez (Prof. Titular de Derecho civil en la Universidad Pablo Olavide), autor de importante obra sobre el error de Derecho y que se ocupó hace años de la responsabilidad civil de los jueces y magistrados por ignorancia inexcusable, escribe ahora sobre la ignorancia del derecho por el notario. Un recorrido por la abundante producción doctrinal al respecto, así como por la jurisprudencia (Audiencias incluidas) muestra que las posibilidades de exoneración del notario por «ignorancia excusable» de las normas son muy reducidas.

Obviamente, los trabajos del Coloquio de Zaragoza (2014) no agotan el tópico de la ignorancia de la ley, ni lo pretendían. Pero sí serán desde ahora una referencia ineludible y una lectura útil para todos los que quieran profundizar en el estado de la cuestión. Son también buena muestra de la posibilidad y conveniencia de trabajar en estrecho contacto civilistas y iusfilósofos, con resultados satisfactorios para ambos. Convocamos aquel Coloquio, y lo despedimos, con el deseo y la ilusión de tener nuevas ocasiones de debatir juntos cuestiones de Derecho civil. De la dogmática, pasando por la «alta dogmática» y la Filosofía del Derecho «de los juristas» a la Filosofía del Derecho «de los filósofos», hay muchos puntos en que podemos encontrarnos. Incluso es posible, quizás, revivir una «Filosofía del Derecho privado» que hace un siglo daba frutos insignes (pienso en la obra de este título de Gioele Solari, pero hay mucho más). En cualquier caso, la continuidad de los encuentros está, de momento, asegurada. Los colegas de León Pilar Gutiérrez y Juan Antonio García Amado tienen todo preparado para recibirnos en su Universidad en la primavera de 2016, para debatir sobre Derecho de familia y autonomía privada. Estaremos atentos.

IGNORANCIA DE LA LEY Y SEGURIDAD JURÍDICA *IGNORANTIA LEGIS AND LEGAL CERTAINTY*

Isabel Lifante Vidal

RESUMEN

Este trabajo se ocupa del reto que, para el valor de la seguridad jurídica, implica el principio de que «la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento»: si, en virtud de la inexcusabilidad de la ignorancia, las normas se van a aplicar o van a generar efectos (al menos en principio) independientemente de su conocimiento por parte de sus destinatarios o afectados, el Derecho se ha de comprometer con una serie de exigencias dirigidas a maximizar la posibilidad del conocimiento de sus normas por todos sus afectados. En opinión de la autora, esto implica apostar por una comprensión del valor de la seguridad jurídica menos formalista que la que usualmente se defiende.

PALABRAS CLAVE

Ignorancia de la ley, Seguridad jurídica, Previsibilidad, Formalismo, Estado de Derecho.

ABSTRACT

This paper revolves on the principle *ignorantia legis non excusat* as a challenge to the value of legal certainty. This principle commits us to accept that norms will be *prima facie* enforced or have effects no matter if ignored by its addressees or by those in whose interests they will have an impact. Thus, if we want the legal practice to meet the requirements of a Constitutional Rule of Law state, we should necessarily conclude that Law should meet certain conditions for the purposes of making its knowledge available to everybody. A less formalist understanding of the value of legal certainty might eventually be the answer to this challenge.

KEY WORDS

Ignorantia legis, Legal certainty, Predictability, Formalism, Rule of Law.

IGNORANCIA DE LA LEY Y SEGURIDAD JURÍDICA*

Isabel Lifante Vidal

Profesora titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante
Isabel.Lifante@ua.es

Sumario: 1. «Ignorancia de la ley» y «seguridad jurídica»: dos principios conectados. 2. La seguridad jurídica: ¿un valor «formal»? 3. Las dimensiones —y exigencias— de la previsibilidad. 3.1. ¿Qué se puede prever? La exigencia de precisión. 3.2. ¿Quién puede prever? La exigencia de accesibilidad. 3.3. ¿Cuándo se puede prever? La exigencia de estabilidad. 4. De nuevo sobre la inexcusabilidad de la ignorancia y la seguridad jurídica.

1. «IGNORANCIA DE LA LEY» Y «SEGURIDAD JURÍDICA»: DOS PRINCIPIOS CONECTADOS

Es usual calificar tanto a la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley como a la seguridad jurídica como «principios del Derecho»; pero es importante darse cuenta de que los sentidos en que hablamos de principio en uno y otro caso no son del todo coincidentes. Los juristas utilizamos la expresión «principios jurídicos» o «principios del Derecho» en sentidos muy diversos. Según la enumeración que en su día hicieron Atienza y Ruiz Manero (1991: 103-105), podrían distinguirse al menos los siguientes:

1. Principio como norma muy general.
2. Principio como norma redactada en términos muy vagos.

3. Principio como norma programática o directriz.
4. Principio como norma que expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico.
5. Principio como norma especialmente relevante.
6. Principio como norma de elevada jerarquía.
7. Principio como norma dirigida a los órganos de aplicación jurídica que señala cómo seleccionar, aplicar o interpretar las normas.
8. Principio como *regula iuris* o máxima de la ciencia jurídica que permite la sistematización del Derecho o de un sector del mismo.

* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación «Desarrollo de una concepción argumentativa del Derecho» DER2013-42472-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Una versión previa del mismo fue presentada como ponencia invitada en el Coloquio Derecho Civil-Filosofía del Derecho: La ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento, celebrado en Zaragoza el 26 de septiembre de 2014. Agradezco a los participantes en dicho coloquio, y a mis colegas de la Universidad de Alicante, las observaciones que hicieron a aquella primera versión y que han contribuido a su mejora.

Es fácil advertir que estos sentidos no son incompatibles entre sí; más bien al contrario, las distintas propiedades a los que cada uno de ellos hace referencia se presentan frecuentemente de manera conjunta.

Pues bien, cuando hablamos del «principio de seguridad jurídica», el significado fundamental de «principio» al que estaríamos aludiendo sería —en mi opinión— el cuarto de los señalados: principio como norma que expresa uno de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico (a semejanza de cuando hablamos de los principios de igualdad o de libertad). Así entendido, el «principio» de seguridad jurídica se situaría en un plano más abstracto que los «principios» de legalidad, jerarquía, irretroactividad, publicidad, interdicción de la arbitrariedad, cosa juzgada y muchísimos otros que vendrían precisamente a plasmar las exigencias normativas derivadas del reconocimiento de aquel valor. Como vamos a ver a continuación, la inexcusabilidad de la ignorancia puede presentarse precisamente como una de las exigencias justificadas a partir del valor de la seguridad jurídica.

Por su parte, creo que el sentido predominante en el que consideramos que la máxima «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento» expresa un «principio» sería el séptimo de los arriba señalados: principio como norma dirigida a los órganos de aplicación jurídica que señala cómo seleccionar o interpretar las normas que deben ser aplicadas. Desde esta perspectiva, el principio de la inexcusabilidad de la ignorancia se situaría en el contexto del sistema secundario o de los órganos aplicadores (frente al sistema primario o del ciudadano), y estaría dirigido fundamentalmente a regular la aplicación de normas (pensemos en su ubicación sistemática en el Código Civil español: Capítulo III del Título preliminar: «de la eficacia general de las normas»¹). Visto así, el contenido regulativo de este principio no sería el siguiente: «Todos los destinatarios de las normas están obligados a cumplirlas», lo cual resulta un tanto tautológico o redundante con la misma idea de norma²; el principio

obliga, más bien, al juez y a otros aplicadores jurídicos a no tomar en cuenta el hecho de que las normas sean o no conocidas por sus destinatarios o por los afectados por las mismas a la hora de aplicarlas. Dicho de otro modo, en la interpretación que aquí propongo el principio estaría delimitando el alcance subjetivo de los efectos jurídicos de las normas, efectos que incluyen no solo el deber jurídico de obediencia, sino también el establecimiento de sanciones o reacciones jurídicas para el caso de incumplimiento y la constitución de situaciones y posiciones jurídicas³. Podría pensarse que los términos en los que se suele formular este principio (que coinciden con la literalidad del primer apartado del artículo 6.1 del Código Civil español: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento»), pueden plantear algún problema a esta interpretación: hablar de «excusar el cumplimiento» de las normas (en realidad, el CC alude a *las leyes*, pero no entraré aquí en esta cuestión) parecería hacer referencia exclusivamente a las normas de mandato (aquellas que establecen obligaciones o prohibiciones y que, por lo tanto, en sentido estricto podrían ser cumplidas o incumplidas⁴), lo que deja fuera de su ámbito la dimensión constitutiva de las normas o su capacidad de generar efectos. Creo que no tiene sentido asumir esta interpretación restrictiva (según la cual el principio solo se referiría al aspecto regulativo del Derecho), sino que debemos considerar que el mismo opera también respecto a la dimensión constitutiva del Derecho (de hecho, esta es la interpretación más usual que en la práctica jurídica atribuimos al principio de la inexcusabilidad de la ignorancia). Pensemos, por ejemplo, en las normas que regulan las condiciones para el surgimiento, mantenimiento o ejercicio de ciertos derechos y cuya ignorancia consideramos —en virtud, precisamente, de dicho principio— que no exime de cumplir con las condiciones en ellas establecidas.

Hemos dicho que el principio de la inexcusabilidad de la ignorancia se presenta como una de las exigencias justificadas a partir del valor de la seguridad jurídica. Como vamos a

ver a continuación, este valor suele conectarse con la idea de previsibilidad, de modo que esta relación puede resultar —al menos *prima facie*— un tanto paradójica, pues el principio de la inexcusabilidad de la ignorancia implica que el destinatario de las normas está sometido a ellas aunque las ignore, es decir, independientemente del hecho de que pueda o no prever las consecuencias que se derivarán de sus actuaciones; y aquí no me refiero solo —ni fundamentalmente— a la posible imposición de sanciones (pues en muchas ocasiones, sobre todo en el ámbito penal, estas puede verse atenuadas o excluidas⁵), sino a la posible pérdida de derechos o a la obligación de asumir algunos costes que pueden producirse como consecuencia de haber desconocido la normativa aplicable y, por tanto, no haber tomado ciertas precauciones o no haber realizado ciertas acciones.

Un modo de disolver esta aparente paradoja sería —como durante mucho tiempo fue usual— considerar que tras el principio de la inexcusabilidad de la ignorancia subyace un deber de conocimiento del Derecho. De este modo, el ignorante sería siempre culpable de haber incumplido este deber y el incumplimiento justificaría a su vez la situación de merma de previsibilidad que se le generaría. Ahora bien, esta justificación plantea serios problemas. Baste recordar las palabras con las que, recién estrenado el siglo XX, Joaquín Costa calificaba la «presunción» de conocimiento que en su opinión se generaba a partir de ese deber: «[...] un verdadero escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia» (Costa Martínez, 2000: 31). Las razones a las que en este punto aludía Costa eran las siguientes: en primer lugar, y como cuestión de hecho, nadie conoce todo el Derecho y solo una insignificante minoría de hombres sabe una parte —y no amplia— de las leyes vigentes en un momento dado; en segundo lugar, sería imposible que la mayoría, y aun aquella minoría, las conociera todas. De modo que, según la razón, la justicia y la lógica, para este autor la presunción debería ser cabalmente la inversa⁶.

Dichos argumentos no llevaron a nuestros juristas a abandonar el principio de inexcusabilidad —como proponía Costa en su programa reformista⁷—, sino más bien a buscar otro fundamento para el mismo. En este sentido resulta paradigmática la posición de De Castro, quien a mediados del siglo pasado afirmaba:

«Nuestro Derecho no acoge, ni tiene por qué acudir, a la farsa gigantesca y monstruosa de suponer en toda persona una sabiduría inasequible hasta a los mejores juristas: la de no ignorar nada del Derecho. El artículo 2 [actualmente artículo 6.1] tiene razones claras de justicia y se basa en el deber de cooperación de todos en la realización del Derecho; una manifestación de esta colaboración es respetar las leyes, incluso las que no se conocen, aceptando y reconociendo sus consecuencias» (De Castro Bravo 1984: 529).

Ahora bien, para afirmar que el principio de inexcusabilidad de la ignorancia (es decir, la eficacia generalizada de las normas independientemente de su conocimiento) es una exigencia que «tiene razones claras de justicia y se basa en el deber de cooperación de todos en la realización del Derecho»⁸ debemos considerar que la existencia del Derecho es algo valioso. Y esa atribución de valor suele realizarse precisamente a partir de la generación de seguridad que el Derecho conlleva⁹. Esto es por ejemplo lo que parece sostener Pérez Luño cuando se refiere al actual Estado de Derecho. Para el autor, el sentido de la inexcusabilidad de la ignorancia no se encuentra ni en un imperativo de que todos conozcan el Derecho ni en la presunción de dicho conocimiento, sino precisamente en la necesidad de garantizar los principios de validez y eficacia del Derecho, garantía que exige la sujeción de los poderes públicos y de todos los ciudadanos al ordenamiento jurídico. En opinión de Pérez Luño, todo el sistema de garantías jurídicas y políticas que comporta el Estado de Derecho «quedaría en el vacío de no existir la certidumbre cívica del cumplimiento, sin privilegios o exenciones injustificadas, de la legalidad» (Pérez Luño, 1991: 77-78).

Más recientemente, Hierro ha señalado en un sentido similar¹⁰ que «la seguridad que un

ordenamiento jurídico eficaz ofrece a sus destinatarios —y que es el primer instrumento de la posibilidad de actuar libremente— justifica suficientemente que aquel cuyo comportamiento, por ignorancia, no se ajusta a la norma jurídica asuma los riesgos derivados de él [...]. De otro modo no solo los ignorantes sino tampoco los conocedores podrían apoyar la previsión de las consecuencias de sus decisiones en la existencia de normas jurídicas, y las normas jurídicas serían inútiles» (Hierro, 2003: 219-220).

Visto de este modo, podríamos decir que el principio de inexcusabilidad de la ignorancia implicaría «sacrificar» la previsibilidad del individuo ignorante en aras de la generación de una previsibilidad generalizada (objetivo para cuyo logro son requisitos indispensables la existencia y eficacia generalizada del Derecho). Pero parece claro que los efectos de este «sacrificio» habrán de ser minimizados por el propio Derecho, al cual le ha de preocupar también la previsibilidad de los ignorantes. Y creo que esta minimización del «sacrificio» puede operar en dos niveles en absoluto independientes entre sí: en primer lugar, en un nivel que podemos considerar «interno» al propio principio de inexcusabilidad de la ignorancia y, en segundo lugar, en un nivel «externo» al mismo, que estaría conectado con la propia caracterización del valor de la seguridad jurídica.

Por lo que respecta al primer nivel de minimización del sacrificio, el que afecta al propio juego del principio de inexcusabilidad de la ignorancia, se trata de darse cuenta de que, en un Estado constitucional de Derecho comprometido con un sistema de valores materiales (encarnados en la garantía de los derechos fundamentales), el Derecho «no puede permanecer insensible a las circunstancias subjetivas que inciden en el cumplimiento del Derecho» (tomo la frase de Pérez Luño, 1991: 78). De modo que nos encontramos con que, según nuestro Derecho, hay ocasiones en las que la ignorancia sí puede implicar la inaplicabilidad de ciertas consecuencias normativas o la modulación de las mismas. Por ejemplo, en el ámbito penal el error de prohibición implica la

exclusión o limitación —dependiendo de que sea o no invencible— de la responsabilidad penal (artículo 14.3 del Código Penal español). Pero eso no quiere decir que el principio de la inexcusabilidad de la ignorancia no opere en nuestro Derecho. Significa simple y llanamente que opera como un principio y que, como tal (y a diferencia de lo que ocurre con los estándares normativos que solemos llamar reglas), su ámbito de aplicación no está conformado por un catálogo cerrado de condiciones de aplicación, sino que se configura de manera abierta (Atienza y Ruiz Manero, 1991). La aplicación de un principio exige llevar a cabo ponderaciones con otros principios jurídicos con los que puede entrar en colisión. Para determinar entonces el verdadero alcance de este principio en nuestro ordenamiento, sería necesario analizar estas posibles colisiones y las distintas respuestas que da el Derecho en los diferentes ámbitos (tal sería el caso, por ejemplo, del tratamiento del error de prohibición en el Derecho penal). Sin embargo, no es este el objetivo del presente trabajo¹¹; aquí me ocuparé del otro nivel en el que opera el compromiso por la minimización del «sacrificio» de previsibilidad que implica el principio de inexcusabilidad de la ignorancia, y al que he denominado nivel «externo»: si, al menos en principio, las normas se van a aplicar o van a generar efectos independientemente de su conocimiento por parte de sus destinatarios o afectados, el Derecho ha de comprometerse con una serie de exigencias dirigidas a maximizar la posibilidad de su conocimiento por parte de todos —o al menos de todos los afectados—. Como trataré de mostrar, ello implica apostar por una comprensión menos formalista del valor de la seguridad jurídica que, en cierto modo, se aleja de su caracterización usual¹².

2. LA SEGURIDAD JURÍDICA: ¿UN VALOR «FORMAL»?

En una primera aproximación, podemos entender por seguridad jurídica la capacidad

que nos proporciona el Derecho de prever, hasta cierto punto, la conducta humana y sus consecuencias¹³. Cuando hablamos del valor de la seguridad jurídica, hacemos referencia precisamente a que la existencia —como cuestión de hecho— de dicha capacidad de previsión es objeto de valoración positiva y, en ese sentido, aceptamos que tenemos razones para procurar alcanzarla o, mejor dicho, maximizarla.

En algunas ocasiones se remarca la idea de que con la expresión «seguridad jurídica» podemos referirnos bien a un valor ético-político que forma parte de las exigencias normativas del ideal del Estado de Derecho, bien a un valor positivizado (en España, por ejemplo, en el artículo 9.3 de la Constitución) o interno al Derecho. Ahora bien, creo que es equivocado trazar una distinción tajante entre estos dos sentidos. La adecuada comprensión de ese ideal normativo ético-político que utilizamos para valorar el Derecho «desde fuera» resulta fundamental si de lo que queremos ocuparnos es —como es mi caso— de las exigencias que se derivan de la incorporación a nuestros ordenamientos de dicho valor y de los principios y reglas en los que se desarrolla y concreta.

Un buen punto de partida para el estudio del valor de la seguridad jurídica lo encontramos en el análisis de las exigencias del Estado de Derecho. Siguiendo las ya clásicas reflexiones de Elías Díaz¹⁴, estas exigencias serían cuatro: 1) imperio de la ley (regulación y el control de todos los poderes y actuaciones del Estado por medio de leyes democráticas); 2) división de poderes; 3) actuación según ley y suficiente control judicial de los actos de la administración; y 4) garantía jurídico-formal y efectiva realización de derechos y libertades fundamentales. En esta caracterización, los distintos elementos no se encuentran en el mismo nivel: mientras que el primero (el imperio de la ley) goza de prioridad tanto lógica como histórica frente al resto, es precisamente el último elemento (la garantía de los derechos y libertades) el que dota de valor a las instituciones que lo hacen posible y, por tanto, el que tendría una prioridad justificativa frente al resto.

También Francisco Laporta ha desarrollado la idea de la instrumentalidad del ideal político del imperio de la ley. Se trata —dice el autor— de una idea moral regulativa, «un conjunto de exigencias éticas para el poder y para el Derecho que han de ser cumplidas en la mayor medida posible» (Laporta, 2007: 12). Y el valor moral se encuentra, para Laporta, en su vinculación directa con la autonomía personal: la existencia de normas que nos proporcionan un cierto grado de previsibilidad de las relaciones sociales es una condición necesaria (aunque no suficiente) para el desarrollo de la autonomía personal.

Cualquier análisis de las implicaciones de la seguridad jurídica debe entonces partir de la consideración de que se trata de un valor en la medida en que es un instrumento para la consecución de otros fines que consideramos valiosos: en términos individuales, el desarrollo de la autonomía personal y, en términos sociales, el hecho de formar parte del entramado institucional que posibilita el desarrollo de los derechos humanos o, dicho de otro modo, la realización de la justicia.

Otra característica que usualmente se predica de la seguridad jurídica es su carácter «formal». Sin embargo, no está nada claro a qué nos referimos con esta idea ni dónde radica el criterio de distinción entre los valores «formales» y los «sustantivos». Creo que pueden encontrarse al menos tres posibles interpretaciones de esta contraposición.

Según la primera, podemos estar haciendo referencia a la distinción entre valores últimos y valores no últimos (o utilitarios): los valores «sustantivos» serían entonces los valores últimos, pero ello nos llevaría a considerar que, por ejemplo, la estabilidad económica o el pleno empleo serían también valores «formales», lo que nos apartaría demasiado del uso generalizado de esta expresión.

De acuerdo con segunda interpretación, los valores «formales» son aquellos cuya realización depende exclusivamente de rasgos formales del Derecho, con independencia de

su contenido sustantivo. Soy consciente de que hablar de «rasgos formales» no aclara demasiado. Uso esta expresión para referirme a los cuatro sentidos de formalidad que distinguieron Atiyah y Summers¹⁵: formalidad autoritativa (que hace depender tanto la validez como la jerarquía de una norma del origen de la misma), formalidad en cuanto al contenido (que depende el grado en el que el contenido de la regla es definido mediante un *fiat* y no por referencia directa a las razones sustanciales que la justificarían), formalidad interpretativa (que atribuye primacía a la interpretación literal frente a otros métodos interpretativos que aluden a fines o valores subyacentes) y formalidad perentoria (que depende de la dificultad que presenta una razón para ser desplazada en el razonamiento aplicativo por las razones en contra).

En la tercera y última interpretación, la contraposición entre valores formales y valores sustantivos pretendería remarcar la idea de que el valor «seguridad» es independiente del resto de valores —los sustantivos— que encarnan el ideal de justicia (igualdad, libertad), de modo que aquel podría desarrollarse en la misma medida tanto en un Derecho centralmente justo como en uno injusto.

En mi opinión, las dos últimas interpretaciones del carácter formal de la seguridad jurídica (la que la hace depender exclusivamente de los rasgos formales del Derecho y la que defiende su independencia del resto de valores) corren el riesgo de ser exageradas y de derivar en un «formalismo» rechazable. En este trabajo defiendo que una adecuada comprensión de la seguridad jurídica requiere que se relativice tanto su exclusiva dependencia de esos rasgos formales como la pretendidamente tajante distinción entre los diferentes valores jurídicos¹⁶.

Dejemos momentáneamente de lado el aspecto valorativo de la seguridad jurídica y pasemos a analizar en qué consiste su «aspecto fáctico»: la previsibilidad, ese estado de cosas que el Derecho debe generar o maximizar. En general, con el término «previsibilidad» hace-

mos referencia a la cualidad de aquello cuya ocurrencia puede ser conocida o conjeturada anticipadamente. En el caso de la previsibilidad «jurídica» los sucesos a prever serían conductas humanas: tanto acciones naturales ordenadas por las normas jurídicas (conducir por la derecha, no matar, etc.) como acciones institucionales (actos jurídicos) realizadas bien por particulares (por ejemplo un despido), bien por órganos jurídicos (imposición de una multa, reconocimiento de una indemnización, la concesión o denegación de una licencia, etc.), así como los estados de cosas resultantes de dichas conductas. La mayoría de los análisis sobre la seguridad jurídica se han ocupado de la previsibilidad de las decisiones de los órganos jurídicos, principalmente judiciales. Pero no conviene perder de vista que estamos interesados también —y quizás fundamentalmente— en prever las conductas de los particulares (independientemente de que puedan ser luego judicializadas): un auxilio en caso de necesidad, la conducción por la derecha, el cumplimiento de una cláusula contractual, etc. A la generación de esta última previsibilidad, que podemos denominar «primaria», contribuye de manera fundamental la configuración del Derecho como orden coactivo, pero también hay muchas exigencias justificadas, al menos en parte, en el interés por poder prever directamente la conducta de los ciudadanos. Así, por ejemplo, la misma exigencia general de buena fe, la doctrina —del Derecho negocial— según la cual nadie puede ir en contra de sus propios actos¹⁷ o también, como ya hemos visto, el propio principio de la inexcusabilidad de la ignorancia de las leyes.

3. LAS DIMENSIONES —Y EXIGENCIAS— DE LA PREVISIBILIDAD

Es usual caracterizar a la previsibilidad como una propiedad graduable, es decir, que puede presentarse en mayor o menor medida.

Con ello no quiero decir —ni mucho menos— que pueda adoptarse una métrica que nos permita cuantificar el grado de previsibilidad logrado¹⁸, entre otras cosas porque, en realidad, cuando hablamos de previsibilidad no nos referimos exactamente a que de hecho las conductas hayan sido efectivamente previstas, sino a que hayan podido serlo, es decir, a que se den las condiciones para posibilitar dicho conocimiento anticipado¹⁹. Si pensamos en un continuo, en un extremo se situaría con la certeza absoluta y en el otro estaría la incerteza absoluta. En el ámbito de las conductas humanas, nos situaremos siempre en situaciones intermedias, pues las mismas están inmersas en diversas prácticas sociales que siempre operan como factores de estabilización generadores de algún grado de previsibilidad. Además, en el caso del Derecho, nos encontramos necesariamente con normas que —en alguna medida— han de ser públicas, generales, claras, estables, de posible cumplimiento, irretroactivas, no contradictorias, y aplicadas de manera consistente y regular²⁰, características todas ellas que contribuyen a incrementar la previsibilidad. El Derecho sería, en este sentido, una práctica social especialmente comprometida con la generación de previsibilidad.

Ahora bien, cuando decimos que un Derecho (o, mejor dicho, determinado sector del mismo o una regulación jurídica concreta) puede proporcionarnos mayor o menor grado de previsibilidad, ¿qué es lo que estamos comparando? Para responder a esta cuestión, debemos reparar en una segunda característica de la previsibilidad (ya no tan unánimemente señalada): se trata no solo de una propiedad graduable, sino también «compleja», en el sentido de que se proyecta en diversas dimensiones, cada una de las cuales resulta a su vez graduable. En particular, creo que deben destacarse tres dimensiones de la previsibilidad²¹: 1) una dimensión objetiva: ¿qué se puede prever?; 2) una dimensión subjetiva: ¿quién puede prever?; y 3) una dimensión temporal: ¿cuándo se puede prever? Como veremos a continua-

ción, cada una de estas dimensiones justifica distintas exigencias normativas.

3.1. ¿QUÉ SE PUEDE PREVER? LA EXIGENCIA DE PRECISIÓN

En primer lugar, un Derecho (o mejor dicho, una determinada regulación jurídica) será tanto más previsible cuanto mayor número de cosas permita prever y cuanto más precisa sea la previsión. De este modo, la gradualidad en esta primera dimensión dependerá de que se puedan conocer de antemano y con precisión las conductas que son prohibidas, obligatorias o permitidas según el Derecho y las consecuencias jurídicas establecidas para ciertas conductas (o para ciertos estados de cosas), así como las condiciones para la generación de tales consecuencias (condiciones que pueden ser de índole procesal, temporal, económica, etc.).

La mayoría de los análisis sobre la seguridad jurídica se ocupan solo de esta dimensión «objetiva» y suelen vincular el grado de previsibilidad exclusivamente a la presencia de los cuatro rasgos formales del Derecho que antes señalábamos: la formalidad en relación con el origen, la formalidad relativa al contenido, la formalidad interpretativa y la formalidad perentoria. Desde esta perspectiva, un Derecho será más previsible cuando la aplicación de sus normas —que han de ser identificadas por su origen autoritativo— pueda realizarse de manera independiente de las razones sustantivas que las justifican (para lo que han de adoptar la forma de reglas de acción y gozar de una completa autonomía semántica²²) y su interpretación se limite a constatar su significado literal. La situación óptima parecería ser entonces aquella en la que, para la aplicación del Derecho, bastara con llevar a cabo un mero razonamiento deductivo, dado que cualquier término valorativo, cualquier atribución de un poder discrecional o incluso cualquier actividad interpretativa menoscabaría la previsibilidad así entendida.

En este punto, conviene hacer dos observaciones. Por un lado, la exigencia de que todas las decisiones sean predecibles a través de procedimientos meramente subsuntivos, además de ser imposible de conseguir, ni siquiera es un objetivo siempre deseable. Ello no implica que se renuncie a la previsibilidad: en muchos casos parece conveniente optar por cierta flexibilidad en la regulación jurídica (lo que implicaría un bajo grado de formalidad en cuanto al contenido). Pensemos en los supuestos en que lo que resulta jurídicamente relevante prever es que un determinado interés (el interés del menor, el aseguramiento de ciertos bienes, etc.) será protegido. En estos casos, el Derecho puede regular la conducta a través de la delegación de poderes discrecionales para que sean los aplicadores del Derecho los que —a la luz de las circunstancias de cada caso— adopten las medidas más adecuadas²³. Estos poderes exigen para su aplicación llevar a cabo procedimientos argumentativos de adecuación medio a fin y razonamientos ponderativos que, si bien van más allá de la subsunción, pueden ser racionalmente controlables; en ese sentido, no excluyen cierto grado de previsibilidad. Conviene notar, en cualquier caso, que la efectiva generación de la previsibilidad dependerá aquí —pero no sólo aquí— de que se haya desarrollado una práctica social favorable a las exigencias de aquel control racional sobre el ejercicio del poder.

Por otro lado, hay ocasiones en las que la exigencia de que el razonamiento aplicativo del Derecho sea exclusivamente un razonamiento deductivo tampoco asegura la previsibilidad. Pensemos, por ejemplo, en la concesión de ayudas a través de un baremo muy formalizado en el que la cuantía a repartir sea, sin embargo, fija, de modo que la ayuda a recibir por cada sujeto dependerá del número total de solicitantes (dato que puede ser totalmente imprevisible para cada uno de estos). Un ejemplo aún más llamativo nos lo ofrece la regulación española de las infracciones y sanciones administrativas, que niega efectos prescriptivos al transcurso del plazo de resolución

de los recursos de alzada, de suerte que en los casos en los que haya «silencio administrativo» no empezará a computar el plazo de prescripción hasta el día en que la administración se pronuncie. Podemos considerar que el día en el que el plazo empieza a contar está *fijado* en la normativa (en un sentido «formal» de la expresión); ahora bien, el ciudadano no puede prever qué día será ese (que incluso, podría no llegar a existir nunca) y, por tanto, tampoco puede prever hasta cuándo su conducta podrá generar efectos²⁴.

3.2. ¿QUIÉN PUEDE PREVER? LA EXIGENCIA DE ACCESIBILIDAD

La segunda dimensión, la subjetiva, hace referencia a lo que podría considerarse la «extensión» de la previsibilidad: los sujetos que están en situación de poder llevar a cabo las previsiones. En este sentido, una normativa jurídica generará mayor grado de previsibilidad cuanto más fácilmente los ciudadanos puedan realizar previsiones a partir de ella. Los requisitos de que las normas sean públicas y fácilmente accesibles se orientan fundamentalmente a posibilitar aquella exigencia. Una norma secreta o de acceso restringido implicaría la negación absoluta de esta dimensión de la previsibilidad. Pero la previsibilidad también es aquí graduable: factores muy diversos pueden facilitar o dificultar que los ciudadanos puedan conocer y comprender adecuadamente el Derecho aplicable. Además de la publicación y la accesibilidad (no solo formal²⁵) de las normas, es preciso tomar en consideración la mayor o menor claridad en la redacción, el grado de complejidad técnica, las remisiones legislativas, la dispersión de competencias normativas (que implica la necesidad de conocer previamente qué administración pública es competente para una determinada materia), la proliferación de las llamadas «leyes ómnibus»²⁶, etc. Todos estos factores pueden llegar a hacer muy complejo —incluso imposibilitar en la práctica— para el ciudadano lego (incluso al jurista no muy especializado) el conociemien-

to o la comprensión en detalle la regulación aplicable²⁷. Recordemos aquí las observaciones que realizaba Costa a principios del siglo XX contra la «presunción de conocimiento» del Derecho (Costa Martínez, 2000: 31).

Por eso mismo, es importante reparar en que existe un factor generador de seguridad jurídica que resulta muy relevante en esta dimensión: la coherencia normativa que nos ofrecen los principios jurídicos²⁸. Si distinguimos — como hizo Llewellyn (1933: 58)— la seguridad de los legos y la de los abogados, habría que admitir que la previsibilidad jurídica para el lego no depende tanto, o no depende solo, de una predeterminación total del contenido de las decisiones judiciales en reglas jurídicas preexistentes: lo que en realidad permite orientarse a la población en general —y lo que, por tanto, contribuye a generar la previsibilidad necesaria para que puedan desarrollar satisfactoriamente sus planes de vida— es reconocer los principios que subyacen a las reglas y, en último término, la congruencia entre las normas jurídicas y los modos de vida o la proximidad entre las normas jurídicas y las normas sociales²⁹.

Si somos conscientes de la relevancia de los principios para la seguridad jurídica, entenderemos cómo también las razones sustantivas, y no solo las formales, cumplen un papel fundamental en la generación de la previsibilidad. En este sentido, son estas mismas razones —basadas, al fin y al cabo, también en la exigencia de seguridad— las que nos llevan, por ejemplo, a aceptar —en todo sistema jurídico, al margen de que estén o no expresamente previstos en una fuente autoritativa— los argumentos teleológicos y valorativos en la interpretación jurídica³⁰ y a justificar el desplazamiento de uno de los tipos de formalidad (la interpretativa); o también a aceptar lo que —siguiendo la terminología acuñada por Atienza y Ruiz Manero (2006)— podemos llamar «ilícitos atípicos», que aglutinarían las figuras de fraude de ley, abuso de derecho y desviación de poder y que supondrían el desplazamiento de otro tipo de formalidad: la perentoria.

Hasta ahora hemos hablado de que una determinada regulación jurídica sería tanto más previsible cuantos más sujetos puedan realizar previsiones a partir de ella. Sin embargo, lo importante no es el «número» de sujetos capaces de prever en abstracto; necesitamos partir de la idea de sujetos relevantes: se trata de determinar los sujetos que pueden prever en relación con los sujetos potencialmente afectados por la regulación y de atender con especial atención a las particularidades de las diferentes clases de sujetos afectados. En este sentido, conviene tener en cuenta que hay regulaciones que afectan típicamente a clases de sujetos con intereses enfrentados y con distintas posibilidades de «acceso real» (en el sentido no solo de posibilidad formal) a la información: ciudadanos/administración, consumidores/proveedores, empleadores/trabajadores, etc. En ocasiones, una misma normativa puede generar grados distintos de previsibilidad para cada una de las clases de sujetos afectados. Pensemos, por ejemplo, en el Derecho de los consumidores, que parece estar diseñado precisamente a partir de esta contraposición entre clases de sujetos que tienen diferente capacidad de acceder tanto a la regulación como a la información relevante para la determinación de las consecuencias de dicha regulación. También debe tenerse en cuenta que —como vimos en el apartado anterior— la previsibilidad puede predicarse de muy diferentes tipos de sucesos: conductas primarias (por ejemplo, un despido o un incumplimiento contractual), decisiones judiciales (la declaración del despido como procedente o improcedente, la fijación de una indemnización, etc.), el momento temporal en que se producirán o se harán efectivas dichas decisiones, etc. Pues bien, es importante advertir que cada una de las clases de individuos afectadas por una determinada regulación pueden estar interesadas fundamentalmente en la previsibilidad de unos u otros aspectos; en ocasiones, una normativa puede incrementar la previsibilidad relevante para una de las partes al precio de disminuir la previsibilidad relevante para la otra.

Como hemos señalado, el principio de la inexcusabilidad de la ignorancia también permite distinguir dos tipos de sujetos cuya previsibilidad puede verse afectada de distinta manera. Por un lado, el sujeto «ignorante», es decir, aquel que desconoce el contenido de normas que se le van a «aplicar» y para el que, obviamente, el principio puede suponer una merma de la previsibilidad. Pero, por otro lado, es posible que haya «terceros» afectados por la aplicación de esa norma (pensemos, por ejemplo, en una norma que regula la prescripción de un derecho) y respecto a los cuales la previsibilidad aumentaría con la aplicación de dicho principio porque la norma no hace depender el surgimiento de ciertas consecuencias de un dato difícilmente accesible: el conocimiento por parte de un tercero de las normas aplicables.

3.3. ¿CUÁNDO SE PUEDE PREVER? LA EXIGENCIA DE ESTABILIDAD

La tercera dimensión de la previsibilidad sería la temporal³¹. En esta dimensión un Derecho (o mejor dicho, una determinada regulación jurídica) generará mayor previsibilidad cuanto mayor sea el lapso de tiempo para el que la regulación permite realizar previsiones. La retroactividad supondría, obviamente, la negación absoluta de la previsibilidad en esta dimensión, pero aquí se justifican también exigencias que pueden darse en mayor o menor medida, como es el caso de la estabilidad normativa.

Cabe distinguir dos sentidos de estabilidad³², conectados ambos con la previsibilidad, aunque relativamente independientes entre sí. Según el primero, más formal, la estabilidad se identifica con ausencia de cambios; las normas jurídicas han de tener un mínimo de perdurabilidad en el tiempo para que los destinatarios puedan planificar su conducta a medio o largo plazo. Desde esta perspectiva, las transformaciones jurídicas frecuentes son un desafío a la previsibilidad. En el segundo sentido (ya no tan formal), la estabilidad se entiende como continuidad (coherencia) y no como mera au-

sencia de cambios. Aquí habrá que valorar el contenido de los cambios realizados para determinar si los mismos implican o no inestabilidad. Una determinada regulación puede ser más o menos estable en el primero y/o en el segundo de los sentidos. En ocasiones, ciertos cambios normativos (es decir, cierto déficit de estabilidad en el primer sentido) pueden no solo no afectar a la previsibilidad, sino incluso incrementarla. Supongamos que una regla tiene una formulación ambigua y que la reforma elimina dicha ambigüedad, o que la reforma consiste en eliminar una regla que resultaba incoherente con algunos principios jurídicos.

En consecuencia, para dar cuenta de esta dimensión temporal de la previsibilidad no basta con la incorporación de una perspectiva diacrónica, según la cual el Derecho es visto como un sistema dinámico, es decir, un conjunto de elementos que cambia en el tiempo; es imprescindible incorporar al análisis su rasgo central de práctica social que se desarrolla a lo largo del tiempo y que, como tal, ha de presentar cierta continuidad, al menos en sus principios fundamentales. Son precisamente los valores que pretende desarrollar la práctica los que nos permiten identificarla como un todo coherente dotado de sentido (es decir, dirigido a la persecución de ciertos fines). Los ciudadanos pueden tener interés en realizar predicciones a largo plazo, incluso incorporando la probabilidad de que en ese lapso de tiempo se produzcan modificaciones normativas. Veamos un ejemplo; cuando se modificó el estatus del personal investigador en formación, se estableció un plazo para que los que habían sido becarios pudieran cotizar a la Seguridad Social por una parte del tiempo que disfrutaron de la beca. Lo que a los antiguos becarios les resulta relevante prever (a efectos de tomar la decisión de acogerse a esta cotización extraordinaria) no es necesariamente la cuantía exacta de la pensión a que tendrán derecho en el futuro, sino más bien los principios generales del marco normativo aplicable en el momento —todavía incierto— de su jubilación: ¿seguirán existiendo pensiones «dignas»?; ¿se-

guirán computando más los últimos años cotizados para determinar la cuantía a recibir?, etc.

4. DE NUEVO SOBRE LA INEXCUSABILIDAD DE LA IGNORANCIA Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

Empezaba este artículo señalando que el principio de que «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento» puede leerse como una exigencia justificada precisamente a partir del valor de la seguridad jurídica, pero que al mismo tiempo el principio plantea un desafío al valor de la seguridad jurídica (valor vinculado a la capacidad de prever las conductas y sus consecuencias) porque establece la aplicabilidad —al menos *prima facie*— de las normas al margen de su efectivo conocimiento por parte de sus destinatarios o afectados —y puede, por tanto, afectar a la previsibilidad de las consecuencias de sus conductas a los individuos desconocedores de las normas—. Para minimizar estos efectos, el valor de la seguridad jurídica ha de comprometerse con una serie de exigencias dirigidas a la maximización de las posibilidades de conocimiento del Derecho por parte de todos los afectados por sus normas, que es lo que hemos remarcado al ocuparnos de la segunda dimensión de la previsibilidad (la subjetiva). Pero, como acabamos de ver, la previsibilidad es una propiedad graduable que se proyecta en diversas dimensiones. Lo que ahora debemos plantearnos es qué concreta previsibilidad nos obliga a maximizar el valor de la seguridad jurídica.

Determinada regulación puede ser muy precisa (tener un alto grado de previsibilidad en la primera dimensión) pero resultar muy poco accesible para sus destinatarios o muy variable como para permitir hacer previsiones a largo plazo. Por el contrario, una regulación poco precisa puede resultar muy accesible y muy estable. Las combinaciones son muchas y en ocasiones lo que incrementa el grado de

previsibilidad en una de las dimensiones que acabamos de señalar puede también incrementarlo en las otras dimensiones. No obstante, podemos encontrarnos con casos en los que se den relaciones de proporcionalidad inversa: a mayor precisión (o previsibilidad objetiva), menor accesibilidad (o previsibilidad subjetiva), o menor estabilidad (o previsibilidad temporal). Adicionalmente —y como también hemos visto—, estas dimensiones son a su vez complejas: lo que, por ejemplo, dentro de la dimensión subjetiva puede generar previsibilidad para una clase de sujetos (digamos los empresarios-proveedores), puede erosionarla para otra clase de sujetos (los consumidores); o —dentro de lo que hemos considerado la dimensión objetiva de la previsibilidad— una regulación muy precisa (es decir, muy formal en cuanto al contenido) puede llegar a generar incoherencias entre disposiciones que hagan imposible la formalidad interpretativa (y que obliguen a recurrir a otros criterios interpretativos).

No resulta posible establecer con parámetros formales —ajenos, por tanto, a valoraciones que tomen en cuenta las razones sustantivas que operen en cada caso— a cuál de estas dimensiones de la previsibilidad debe dársele en cada ocasión mayor peso. Hay que tener en cuenta que la modulación que deberá hacerse de las exigencias de la seguridad jurídica será diferente dependiendo de la naturaleza de los bienes o intereses que estén en juego en cada concreto sector jurídico (Derecho penal, mercantil, sucesorio, laboral, etc.) y dependiendo de la instancia de actuación jurídica de que se trate (no es lo mismo la previsibilidad exigible a la conducta de ciudadanos, que a los legisladores, o a los órganos judiciales o administrativos...). Ello dará lugar a diversas ponderaciones entre las distintas exigencias derivadas de la seguridad dirigidas a maximizar la previsibilidad en sus diferentes dimensiones: precisión, accesibilidad, estabilidad. Se trata de una ponderación que podemos considerar «interna» a la propia seguridad jurídica. En algunos casos, nos interesará más incrementar la

precisión que la previsión; en otros, sin embargo, otorgaremos más relevancia a la posibilidad de una previsión generalizada o que beneficie a determinado colectivo (pensemos, por ejemplo, en la protección de los consumidores); y en otros, en fin, nos parecerá fundamental el mantenimiento de cierta estabilidad. No obstante, junto a esta ponderación «interna», la determinación de cuándo se ha producido un resultado contrario al Derecho por violación del principio de seguridad jurídica exigirá también realizar una ponderación con otros valores jurídicos con los que puede entrar en conflicto, una ponderación a la que podemos considerar «externa» a las exigencias de la seguridad. Esto es lo que explica, por ejemplo, que no consideremos que toda retroactividad está prohibida por nuestro Derecho (aunque siempre implicará un déficit de previsibilidad).

Creo que esta caracterización de la seguridad jurídica algo sustantivizada coincide con la interpretación que el Tribunal Constitucional español ofreció en 1981, que sigue considerándose —al menos formalmente³³— la doctrina constitucional española de referencia en la materia. Según esta doctrina «la seguridad jurídica [...] es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbi-

triedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad» (STC 27/1981, FJ 10).

A modo de conclusión, y en respuesta a la pregunta que planteaba al inicio de este apartado, podría decirse que la previsibilidad que consideramos valiosa —y la que, por ello, hay que maximizar a través del principio de seguridad jurídica— es aquella que afecta a expectativas razonablemente fundadas³⁴ (es decir, expectativas que han de ser consideradas legítimas a la luz de los principios y valores reconocidos por el propio Derecho). Si esto es así, debemos admitir que, en un Estado constitucional de Derecho comprometido con una serie de valores sustantivos, la seguridad jurídica no puede seguir concibiéndose como un valor dependiente únicamente de rasgos formales del Derecho y que no es cierto tampoco que pueda desarrollarse en igual medida independientemente de la justicia o injusticia del Derecho del que se predica³⁵. Solo así podremos superar el desafío que el principio de la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley plantea al valor de la seguridad jurídica.

NOTAS

1. Podemos considerar que este es un principio necesario de los Derechos contemporáneos y que, por tanto, aunque no estuviera formulado explícitamente en nuestro ordenamiento jurídico, formaría parte del mismo como un principio implícito.

2. Liborio Hierro llega a afirmar que en su formulación literal el principio resulta ininteligible (Hierro, 2003: 51). Su razonamiento parte de considerar que debe distinguirse, por un lado, entre la *mera coincidencia* entre lo que la norma prescribe y el sujeto realiza, y el *cumplimiento en sentido estricto* de una norma; este último exigiría cierta intencionalidad hacia la regla: que la norma sea, «en algún modo, motivo, razón o parte del motivo o razón por la que el sujeto sigue la conducta prescrita en ella» (Hierro 2003: 76). Por otro lado, también debe distinguirse entre el *cumplimiento* de la norma por parte de sus destinatarios «primarios» (los ciudadanos) y su *aplicación* por los jueces (para los casos en que la misma haya sido incumplida). Si consideramos que el principio va dirigido a los ciudadanos y les obliga a *cumplir* (en el *sentido estricto* antes señalado) normas que ignoran (es decir, a motivar sus conductas por razones que ignoran), obviamente el principio resultaría absurdo, pero en mi opinión —y precisamente por ello— esta interpretación del principio resulta errónea. No olvidemos que el principio suele formularse estableciendo que la ignorancia «no excusa» del cumplimiento, lo cual lo sitúa no en la determinación del alcance de la dimensión directiva de las normas a sus destinatarios primarios (como guía, *ex ante*, de la conducta), sino más bien en su dimensión justificativa (que

operaría *ex post* a la conducta), que se ocupa de los efectos que debe desplegar el incumplimiento (en sentido amplio y no solo en el sentido estricto señalado por Hierro) de una norma.

3. Véase en este sentido Hierro (2003: 71 y ss.). El autor engloba estos efectos en lo que llama «eficacia constitutiva» de la norma, que a su vez sería uno de los supuestos que integran —junto a la vigencia o entrada en vigor— la «eficacia jurídica o interna» frente a lo que podríamos considerar como «eficacia sociológica o externa».

4. Como señala Delgado Echeverría al analizar la eficacia de los distintos tipos de normas civiles, solo tendría sentido hablar de «cumplimiento» respecto a las normas regulativas de mandato (las que obligan o prohíben hacer algo), lo cual dejaría fuera tanto a las normas permisivas como a las constitutivas: reglas que confieren poderes o puramente constitutivas (Delgado Echeverría, 2006).

5. Dado que este trabajo se inserta en un foro de discusión con los civilistas, no me voy a ocupar de las peculiaridades del juego de este principio en el ámbito penal. Dejo por ello fuera la discusión respecto al error de prohibición y de la ignorancia deliberada (normalmente centrada en la ignorancia de hechos y no de Derecho) desarrollada por los penalistas.

6. Aunque no es objeto de este trabajo analizar la postura de Costa, conviene señalar que, desde un punto de vista teórico, los argumentos que ofrece en contra de esta presunción de conocimiento del Derecho solo serían pertinentes si la misma fuera entendida como expresiva de una regularidad empírica que fundamenta una alta probabilidad de verdad (un enunciado del tipo «es presumible que el Derecho es conocido»). Si, por el contrario, consideramos que se trata de una norma que obliga a presumir un hecho («se debe presumir que el Derecho es conocido»), esos argumentos errarían el blanco. Como señala Aguiló Regla (2006), el Derecho puede —y suele— obligar a presumir algo aunque no haya razones teóricas que avalen la probabilidad de su verdad. Eso no implica que no quepa la crítica de estas normas que «obligan a presumir», sino que no basta con señalar que no existe base empírica que avale la probabilidad de la verdad del hecho presumido.

7. Así formula Costa su propuesta: «Acaso el problema no fue bien planteado en sus orígenes, y en vez de decir que ‘el pueblo está obligado a conocer y cumplir todas las leyes’, deban invertirse los términos diciendo que ‘no son verdaderamente leyes sino aquellas que el pueblo conoce... y refrenda cumpliéndolas, traduciéndolas en sus hechos» (Costa Martínez, 2000: 53).

8. De Castro analiza el tema de la inexcusabilidad del cumplimiento de la ley inmediatamente después de tratar el tema del deber jurídico. Para este autor «la norma no impone solo un deber de cumplimiento a aquel a quien directa y concretamente se dirige, sino que impone a todos un deber general de respeto y colaboración» (De Castro y Bravo, 1984: 522). En este sentido, señala que el deber jurídico que surge de la norma implica no solo el deber de cumplir el mandato concreto contenido en ella, sino también el deber de no obstaculizar su cumplimiento, el deber de respetar las situaciones jurídicas creadas directa o indirectamente al amparo de la norma y el deber de cooperar a la realización de su finalidad.

9. Esta sería la idea que remarca Luhmann al considerar que la principal contribución que realiza el Derecho (en cuanto sistema) es precisamente la reducción de la complejidad al servicio de la generalización de expectativas de comportamiento (*cf.* Atienza, 1985: 71).

10. Aunque explícitamente Hierro se está refiriendo en esta cita solo a los supuestos de redistribución de daños asociados a responsabilidad contractual o extracontractual, creo que la justificación que ofrece del principio de ignorancia puede operar con carácter general, independientemente de las distintas ponderaciones que en las diversas situaciones haya que llevar a cabo entre este y otros principios, a las que luego haré referencia.

11. Este sí sería el objetivo de Hierro en su intento de delimitar el alcance y justificación de este principio (Hierro, 2003: 218-220). Conviene señalar, sin embargo, que Hierro parece considerar aquí que el principio de inexcusabilidad de la ignorancia opera exclusivamente en el ámbito de las normas «sancionadoras» (aunque en un sentido amplio que incluye las sanciones de carácter restitutivo y las de carácter represivo) y que deja fuera de su análisis la aplicación de este principio a muchas otras situaciones en las que se pueden generar consecuencias lesivas para el ignorante. Pensemos en la ignorancia de las normas que regulan las condiciones para el surgimiento, mantenimiento o ejercicio de ciertos derechos.

12. En un trabajo anterior (Lifante Vidal, 2013) desarrollé con algo más de detalle esta concepción de la seguridad jurídica que aquí defiendo, contraponiéndola a lo que considero que podría ser calificada como una concepción «formalista» de la seguridad jurídica.

13. Tomo la definición de Atienza (1985: 116). El autor distingue tres niveles de seguridad: el orden, la certeza y la seguridad en sentido estricto. La previsibilidad del primero de estos niveles se lograría tanto con el Derecho como con cualquier otro sistema de control social (por ejemplo, la religión, los usos sociales...). El segundo nivel, el de la certeza, sería mucho más exigente y estaría vinculado a una serie de principios recogidos en los sistemas jurídicos evolucionados (legalidad, publicidad, jerarquía, cosa juzgada, inexcusabilidad de la ignorancia, etc.), así como con su sistematización. Por último, el nivel al que Atienza llama seguridad jurídica en sentido estricto hace referencia a «la capacidad de un determinado ordenamiento para hacer previsibles, es decir, seguros, los valores de libertad e igualdad» (Atienza, 1985: 118). Desde esta tercera perspectiva, la seguridad jurídica que presupondría los anteriores es concebida para Atienza como un valor adjetivo respecto de los otros dos componentes de la justicia (libertad e igualdad).

14. Me refiero a la caracterización que en 1966 Elías Díaz hizo del Estado de Derecho en Díaz (1992:31).

15. Cf. Atiyah y Summers (1987: 11 y ss.) y Summers (2001: 113-120). Es importante señalar que, para estos autores, la formalidad (en cualquiera de esos sentidos) es una cuestión de grado, de modo que una razón puede ser más o menos formal y/o sustancial. Un razonamiento jurídico sería «formalista» cuando se produce una degeneración de uno o más de los aspectos formales presentes en el Derecho en detrimento de sus aspectos sustantivos. En realidad, para estos autores serían igualmente rechazables tanto el exceso de formalidad como el exceso de sustantividad (cf. Atiyah y Summers, 1987: 28 y ss.) En un trabajo posterior escrito en solitario, Robert Summers se ha apartado en cierto modo de esta contraposición formal/sustancial (cf. Summers, 2006: esp. 61, nota 32). En esta obra, Summers opta por una definición mucho más amplia de lo que implica la forma en el Derecho pero seguiría estando de acuerdo con los riesgos del exceso de «formalismo» denunciado en aquella obra de 1987 junto a Atiyah.

16. En nuestro país, esta sería también la postura de Atienza (1985), quien distingue tres niveles distintos de seguridad jurídica: el orden, la certeza y la seguridad jurídica en sentido estricto. La conexión máxima con otros valores se produciría en el último nivel (en el que se armonizan los distintos valores). En sentido similar, Escudero Alday (2000: 503 y ss.) distingue dos niveles de «seguridad jurídica»: el primero —al que también llama «certeza»— sería independiente de las cuestiones relativas a la justificación (de origen y de contenido) del Derecho, mientras que el segundo (para el que propone reservar el nombre de «seguridad jurídica») incluiría el respeto de los derechos fundamentales. Mi tesis es, sin embargo, que también en el plano que estos autores denominan certeza se produce una cierta «materialización» de las exigencias de este valor.

17. Así, por ejemplo, la STC la STC 27/1981 establece en su FJ 9 que esta doctrina es aceptada porque «lo fundamental que hay que proteger es la relación de confianza, ya que el no hacerlo es atacar a la buena fe que, ciertamente, se basa en una coherencia de comportamiento en las relaciones humanas y negociales».

18. Esta sería en mi opinión una tarea condenada al fracaso; al menos desde una perspectiva interesada por sus aspectos normativos (otra cosa sería un estudio sociológico sobre, por ejemplo, la percepción de la previsibilidad). No es ésta, sin embargo, la opinión de Gometz quien en su trabajo *La certeza como previsibilidad* (2012) parece plantearse expresamente el objetivo de medir el grado de previsibilidad alcanzado por los distintos sistemas jurídicos. Pese a no coincidir con Gometz en este punto, muchas de las consideraciones que a continuación expongo sobre las dimensiones de la previsibilidad están directamente inspiradas en su sugerente trabajo (Gometz, 2012), aunque el lector podrá comprobar que las dimensiones de lo que yo hablo no coinciden exactamente con las propuestas por este autor.

19. Algunos se refieren a esta idea señalando que estamos ante una propiedad «disposicional», similar a la «solubilidad» del azúcar —sobre esta cuestión puede verse el minucioso análisis de Gometz (2012: 157 y ss.)—, pero no estoy muy segura de si la analogía de la previsibilidad con una propiedad natural resulta ilustrativa o más bien distorsionadora.

20. Estas características vendrían a configurar lo que Fuller (1969) llamó la moralidad interna del Derecho.

21. Podríamos añadir una cuarta dimensión, la de la fiabilidad (la probabilidad de éxito de las previsiones). En esta cuarta dimensión un Derecho sería tanto más previsible cuanto más fiables fueran las previsiones que nos permitiera realizar. Por supuesto, esta dimensión es muy relevante, pero la misma depende fundamentalmente del grado de eficacia del Derecho, eficacia que aquí presupongo y de la que no me ocupo. En este sentido, Pérez Luño (1991) pone de manifiesto la necesidad de que junto a lo que considera como «exigencias estructurales» de la seguridad jurídica,

se cumplan también las «exigencias funcionales», que son precisamente las relativas a la eficacia del Derecho (que es —en último término— de lo que dependerá la fiabilidad de las previsiones que el Derecho nos permite realizar).

22. Sobre la exigencia de que las reglas jurídicas gocen de una completa autonomía semántica como requisito necesario para alcanzar el «ideal» de que el razonamiento aplicativo sea deductivo, puede verse la crítica de Ruiz Manero a la visión de Laporta (*cf.* Ruiz Manero, 2009: 188).

23. En un trabajo anterior me he ocupado de caracterizar las exigencias para considerar justificado el ejercicio de los poderes discrecionales (*cf.* Lifante Vidal, 2012).

24. Véase la STC 37/2012, en la que el Tribunal Constitucional considera —con una argumentación en mi opinión claramente formalista y, como tal, rechazable— que en dicha regulación no hay lesión a la seguridad jurídica, pues no puede apreciarse incidencia en la previsibilidad, dado que el día en que hipotéticamente debería empezar a contar el plazo de prescripción está *fijado* (de modo que la determinación de si se ha producido o no la prescripción en un determinado caso se podrá establecer aplicando la regla por mera subsunción y sin necesidad de realizar valoraciones). Ahora bien, tal y como señalan algunos magistrados en sus votos particulares a esta sentencia, creo que esta argumentación olvida que dicho día podría incluso no llegar a existir nunca, por lo que el ciudadano recurrente no podrá prever hasta cuándo su conducta puede generar efectos, que es el objetivo fundamental de la institución de la prescripción.

25. Pensemos en prácticas que reducirían notablemente la capacidad real de acceso, como la publicación en tablones de anuncios ubicados en dependencias con horarios reducidos o la publicación de convocatorias universitarias en período vacacional, etc.

26. García de Enterría (1999) ofrece una buena ilustración del déficit de previsibilidad que generan este tipo de leyes —que regulan materias muy dispares—, así como otros defectos de técnica legislativa que dificultan gravemente la sistematización del Derecho.

27. Cárcova (1998) se ha referido a este fenómeno, que engloba todas las dificultades de conocimiento y adecuada comprensión del contenido del Derecho, recurriendo a la locución «opacidad del Derecho». La novedad del análisis de Cárcova radicaría en incorporar factores culturales de naturaleza etnográfica y antropológica que afectarían a la posibilidad de la adecuada comprensión del Derecho en las sociedades multiculturales (*cf.* Delgado Echeverría (2013:91).

28. El papel de los principios como generadores de seguridad jurídica ha sido destacado —entre muchos otros— por Habermas (1998: 272 y ss.), quien recoge las aportaciones de Dworkin en este punto. En nuestra cultura, este papel ha sido también especialmente destacado por Atienza y Ruiz Manero (1991: 114).

29. *Cf.* Fuller (1934: 432). En realidad, esta idea parece estar próxima a la que subyacía a la propuesta de Costa de hacer depender la obligatoriedad de la ley de su aceptación por los destinatarios, otorgando un papel preponderante a la costumbre, que —como señala Pérez Luño— es entendida por ese autor como «una manifestación experiencial del Derecho vivo, en cuanto producido y/o practicado por sus propios destinatarios, y de la irrenunciable potestad normativa popular» (Pérez Luño, 1991: 75).

30. Esta sería por supuesto la tesis de Dworkin, para quien es precisamente la naturaleza de la actividad interpretativa en general la que implica acudir a estos tipos de argumentos (Dworkin. 1986: 52 y ss.). También MacCormick llama la atención sobre esta «necesidad» de acudir a argumentos sustantivos (deontológicos), señalando que incluso aunque el Derecho pudiera regular su propia creación nunca podría regular su propia interpretación (MacCormick, 2010: 77).

31. Para un análisis detallado de la dimensión temporal de la seguridad jurídica, puede verse Ávila (2012: 294 y ss.).

32. Sobre estos dos sentidos de estabilidad, puede verse el trabajo de Arcos Ramírez (2000: 265).

33. Desgraciadamente, hay ocasiones en las que el Tribunal Constitucional, pese a remitirse a esta doctrina, se aparta completamente de ella y opta por una comprensión formalista de este principio. Sirva como ejemplo la STC 37/2012 en materia de prescripción de infracciones y sanciones administrativas a la que antes aludí.

34. También Arcos Ramírez (2000: 393) hace referencia a esta idea; aunque este autor acaba abogando por una concepción de la seguridad jurídica a la que califica de «formal».

35. Atienza se refiere a esta interconexión entre la seguridad jurídica y otros componentes de la justicia señalando su carácter de valor adjetivo (Atienza, 1985: 118-119; y, más recientemente, también en Atienza, 2015).

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, Josep (2006): «Presunciones, verdad y normas procesales», *Isegoría*, 35, 9-31.
- ARCOS RAMÍREZ, Federico (2000): *La seguridad jurídica: una teoría formal*, Madrid: Dykinson.
- ATIENZA, Manuel (1985): *Introducción al Derecho*, Barcelona: Barcanova.
- (2015): «Seguridad jurídica y formación judicial», en C. Cruz Moratones, C. Fernández Blanco y J. Ferrer Beltrán (eds.), *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica*, Madrid: Marcial Pons, 155-164.
- ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO (1991): «Sobre principios y reglas», *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 10, 101-120.
- (2001): «La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica», *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 24, 115-130.
- (2006): *Ílícitos atípicos: sobre el abuso de derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid: Trotta.
- ATTYAH Patrick S. y Robert SUMMERS (1987): *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford: Clarendon Press.
- ÁVILA, Humberto (2012): *Teoría de la seguridad jurídica*, trad. Laura Criado Sánchez, Madrid: Marcial Pons.
- CÁRCOVA, Carlos M. (1998): *La opacidad de Derecho*, Madrid: Trotta.
- COSTA MARTÍNEZ, Joaquín (2000): *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el estatus individual, el referéndum y la costumbre*, Edición del discurso de Joaquín Costa y Martínez de 1901, con nota introductoria de Luis Díez Picazo, Madrid: Civitas.
- De CASTRO BRAVO, Federico (1984): *Derecho civil de España*, reedición de los volúmenes publicados por el Instituto de Estudios Políticos en 1949 y 1952, ed. Civitas, Madrid.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (2006): «Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles», *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 29, 195-218.
- (2013): «El problema de la ignorancia del Derecho en Joaquín Costa: una visión refleja», en M. Cuenca, L. A. Anguita y J. Ortega (coords.), *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa*, Madrid: Dykinson, 115-128.
- DÍAZ, Elías (1992): *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid: Taurus.
- DWORKIN, Ronald (1986): *Law's Empire*, Harvard: Belknap Press.
- ESCUADERO ALDAY, Rafael (2000): *Positivismo y moral interna del Derecho*, Madrid, CEPC.
- FULLER, Lon L. (1934): «American Legal Realism», *University of Pennsylvania Law Review*, 82 (5), 429-462.
- (1969): *The Morality of Law*, New Haven y Londres: Yale University Press.
- GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo (1999): *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas.
- GOMETZ, Gianmarco (2012): *La certeza jurídica como previsibilidad*, traducción de Diego Moreno Cruz y Diego dei Vecchi, Madrid: Marcial Pons.
- HABERMAS, Jürgen (1998): *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Trotta.
- HIERRO, Liborio (2003): *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona: Ariel.
- LAPORTA, Francisco J. (2007): *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.
- LIFANTE VIDAL, Isabel (2012): «Voces de cultura de la legalidad: poderes discrecionales», *Eunomía*, 2, 139-144.
- (2013): «Seguridad jurídica y previsibilidad», *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 36, 85-105.
- LLEWELYN, Karl N. (1933): *Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Eine Spruchauswahl mit Besprechung*, Leipzig: Weicher.
- MacCORMICK, Neil (2010): «Argumentación e interpretación en el Derecho», traducción de Jorge Luis Fabra y Laura Sofía Guevara, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 33, 65-78.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco (2010): *El error iuris en el Derecho civil*, Madrid: Consejo General del Notariado.
- OLIVER-LALANA, Daniel (2011): *Legitimidad a través de la comunicación. Un estudio sobre la opacidad y la publicidad del Derecho*, Granada: Comares.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (1991): *La seguridad jurídica*, Barcelona: Ariel.
- RUIZ MANERO, Juan (2009): «Las virtudes de las reglas y sus límites. Una discusión con Francisco Laporta», en M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima: Palestra-Temis, Lima, 183-200.

- SUMMERS, Robert S. (1993): «A Formal Theory of the Rule of Law», *Ratio Juris*, 6 (2), 127-142.
- (2001): *La naturaleza formal del Derecho*, traducción de Pablo Larrañaga, México: Fontamara.
- (2006): *Form and Function in a Legal System. A General Study*, Nueva York: Cambridge University Press.

LA IGNORANCIA DE LA LEY Y LAS NORMAS DISPOSITIVAS IGNORANCE OF THE LAW AND DEFAULT RULES

María Paz García Rubio

RESUMEN

Este artículo trata de la relación entre la regla *ignorantia legis non excusat* y las normas dispositivas. Recuerda el significado de la antigua regla, el concepto de norma dispositiva, las funciones que estas cumplen en el ordenamiento jurídico y algunos de los problemas generales que plantean. A continuación profundiza en la aplicación de la regla según la cual la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento a tres concretas instituciones de derecho civil que se configuran fundamentalmente a través de normas dispositivas: las reglas contractuales, las del régimen económico matrimonial y las relativas a la sucesión intestada.

PALABRAS CLAVE

Ignorancia de las leyes, Normas dispositivas, Normas supletorias, Funciones, Normas contractuales dispositivas, Régimen económico matrimonial dispositivo, Normas hereditarias dispositivas.

ABSTRACT

This paper deals with the relationship between the rule *ignorantia legis non excusat* and the default rules. The author addresses the meaning of that ancient rule, the concept of default rules, its purpose in the legal system and some of the general issues raised by them. Furthermore, she explores the application of the rule in accordance with the premise by which the ignorance of the law does not excuse its obedience to three specific institutions primarily configured through default rules: the contractual norms, the matrimonial system and the intestacy statute.

KEY WORDS

Ignorance of the law, Default rules, Purposes, Contractual defaults, Marriage defaults, Inheritance defaults.

IGNORANCIA DE LA LEY Y LAS NORMAS DISPOSITIVAS*

María Paz García Rubio

Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

Sumario: 1. Los conceptos. 1.1. La ignorancia de la ley. 1.2. El Derecho dispositivo. 1.2.1. Norma dispositiva: aproximación al concepto. 1.2.2. Funciones las normas dispositiva. 1.2.3. Algunas cuestiones que plantean las normas dispositivas. El problema de su necesidad o conveniencia. El problema de su obsolescencia. Aunque se diga, no suponen la voluntad presunta de los sujetos interesados. 2. La ignorancia de la norma dispositiva por parte de su destinatario, del aplicador o de quien puede verse afectado por ella. 2.1. La regla del artículo 6.1 CC es aplicable a las normas dispositivas. 2.2. Algunos ejemplos de Derecho civil de normas dispositivas y trascendencia de su desconocimiento. 2.2.1. Las normas contractuales dispositivas (arts. 1255 y 1258 CC). 2.2.2. El régimen matrimonial supletorio. 2.2.3. Las normas de la sucesión intestada.

1. LOS CONCEPTOS

1.1. LA IGNORANCIA DE LA LEY

La frase contenida en el artículo 6.1 CC, conforme a la cual «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento» es, con toda probabilidad, una de las más conocidas de nuestro Código Civil. Al tratar de explicar su contenido, es habitual relacionarla con la fórmula surgida de textos romanos de Paulo y Ulpiano según la cual *ignorantia legis non excusat*, considerada por algunos como una máxima de raíces profundas, casi místicas (Pérès-Dourdou, 2004: 341), y que en algún momento se interpretó como una presunción *iuris et de iure* de conocimiento de las normas jurídicas.

Así entendida, fue objeto de aceras críticas de diversos juristas y filósofos, que destacaron especialmente su dureza e injusticia; entre nosotros es particularmente conocida la censura de Joaquín Costa, que llegó a calificar aquella interpretación como «un verdadero escarnio» ([1901], de las abundantes ediciones de la obra reflejadas por Delgado Echeverría, 2014: 3, nota 4, aquí se cita la de 2000: 31); por la misma época, en Francia, Dereux (1907: 554) la consideraba «una suerte de mentira que el jurista se dice a él mismo»; de «presunción de ciencia infusa» habló, bastante tiempo después, Carbonnier (1996: 95). Huellas de esta comprensión de la regla se encuentran en algunos códigos decimonónicos como el chileno, de 1856, cuyo artículo 8 permite la alegación

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Programa de consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas del Sistema universitario de Galicia [exp. GPC2014/024], financiado por la Xunta de Galicia y el FEDER. Mis colegas y amigos Emilio Blanco, Jesús Delgado Echeverría, Juan Antonio García Amado y Margarita Herrero han tenido la paciencia de leer una versión provisional y me han dado su opinión y sus atinados consejos; quede constancia de mi gratitud por su desinteresada ayuda. De la debida a mi maestra, Teodora F. Torres García presente en este, como en todos mis trabajos, hago aquí renovación expresa.

de la ignorancia de la ley cuando exista imposibilidad de conocerla por interrupción de las comunicaciones.

Sin embargo, hoy en día la regla no se interpreta de ese modo, sencillamente porque, como dice Díez-Picazo (2000: 8), sería un completo absurdo, pues la abundancia y la complejidad de leyes hacen imposible su íntegro conocimiento incluso en el caso de los juristas más expertos (García de Enterría, 1999: 49; y Rodotá, 2010: 62, entre otros muchos); y ello aunque también sea cierto que nunca ha sido tan fácil como ahora el acceso a los textos legales y a las decisiones judiciales a través de las tecnologías de la información, en muchos casos de acceso universal y gratuito, lo que no obsta para que su comprensión cabal escape a la gran mayoría de los ciudadanos.

La universal regla latina más bien se interpreta en la teoría del Derecho actual como explicativa de la necesidad de no subordinar la fuerza obligatoria de la ley a su conocimiento efectivo por los ciudadanos (así, por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 8 de mayo de 2002, en cuyo texto se dice expresamente que el desconocimiento de la legislación arrendaticia —o de cualquier otra norma jurídica— no impide su aplicación). En resultado es que imposibilita a los sujetos destinatarios prevalerse de su ignorancia, real o simulada, para eludir los efectos de la norma.

Así sucede con la explicación del reproducido artículo 6.1 del CC, copia literal del original artículo 2 del CC de 1889. A diferencia del modo en que fue leído e interpretado en otras épocas históricas, el precepto no impone la obligación de conocer las leyes ni implica una condena a quienes no las conozcan: simplemente trata de afirmar la voluntad de que el Derecho se cumpla y de que su realización no quede al albur de los particulares (Castro, 1949: 526, con referencia al texto normativo precedente inmediato; *cf.*, no obstante, los matices introducidos a la interpretación de Castro por Delgado Echeverría, 2014: 11 y ss.;

el pensamiento de Castro en relación con el precepto es asumido respecto al texto codificado vigente por Cabanillas, 1992: 662). Por lo tanto, su fundamento es puramente objetivo y radica en el interés general en la eficacia del Derecho con independencia del grado de su conocimiento subjetivo. En realidad, el precepto —hoy recogido con rango superior en el artículo 9.1 CE (García Rubio, 2010: 63; y Oliva, 2010: 143)— se limita a recordar que la norma obliga a su cumplimiento. El precepto constitucional citado exige que el Derecho sea objetivamente cognoscible (aunque no sea subjetivamente conocido), lo que a su vez impone deberes de transparencia al Estado (poder legislativo, ejecutivo y judicial), que muchas veces están muy lejos de ser cumplidos. La regla se relaciona también con los principios constitucionales de certeza y de seguridad jurídicas (Oliva, 2010: 150).

1.2. EL DERECHO DISPOSITIVO

1.2.1. Norma dispositiva: aproximación al concepto

Para concretar el concepto de norma dispositiva, puede ser de interés hacer alguna aproximación terminológica comparada. Observando los distintos sistemas jurídicos constatamos que el vocabulario utilizado no es del todo coincidente, ya que se usan expresiones distintas para hacer alusión a conceptos técnico-jurídicos que son muy semejantes y que aluden a un cierto tipo de normas que se oponen a las de naturaleza imperativa. Así, con parecido contenido semántico se habla de norma dispositiva en la tradición alemana (aunque el propio Windscheid, 1902: §30 utiliza hasta cinco calificativos como sinónimos: permisivo, conciliativo, completivo, supletorio y dispositivo, todos ellos como opuestos al derecho coactivo); de norma supletoria en la doctrina francesa —que utiliza la expresión «norma facultativa» como *tertium genus* entre la imperativa y la prohibitiva (Delvincourt, 1813: 10 y 238 y ss.), aunque en su explicación la re-

laciona fundamentalmente con la facultad de renunciar a los derechos que la norma en cuestión atribuye al sujeto—, o incluso de *default rule* en el *common law*, si bien conviene puntualizar que, por la propia configuración de este sistema jurídico, la bipartición imperativo/dispositivo no se aplica con carácter general y dicotómico a todo tipo de normas, aunque sí es relativamente fácil, en referencia a la materia contractual, aludir a esa dicotomía *default vs. immutable rules*, (Ayles y Gertner, 1989: 87; y Hirsch, 2004: 1032). En cambio, creo que en ningún caso es correcto hablar de norma disponible (Russo, 2001: 580), pues la norma civil es siempre disponible en el sentido de que respecto de ella funciona el principio dispositivo, aunque se trate de una disposición por inercia (omisión), o asociada a una actividad negocial (como la renuncia o la transacción).

Que aceptemos la calificación de las normas en los términos antedichos no significa que no existan autores críticos con la bipartición entre regla imperativa, por un lado, y regla dispositiva (o supletoria), por otro. Por ejemplo, el primer Geny y algunos autores alemanes no identifican la norma dispositiva con la supletoria, sino que consideran que ambas son, junto a la imperativa, tres tipos diferentes: la primera sería inaccesible a la voluntad de los particulares, por las circunstancias o por el origen, (tal es el caso de las reglas sobre la compensación). Algunos autores franceses apoyan esta tesis, que influyó claramente en el propio D. de Buen: en la *Enciclopedia Jurídica Española*, el autor recogió una clasificación del Derecho utilizando como criterio, precisamente, la relación de las disposiciones con la libertad de aquellos a quienes se dirigen; diferenciaba así entre un Derecho formulado y un Derecho electivo: el primero sería el contenido en una disposición que señala taxativamente el supuesto y la consecuencia; en cambio, el segundo no señala taxativamente ni el supuesto ni la consecuencia y solo hace alusión a un principio objetivo de justicia. Entendía que, a su vez, el Derecho formulado podía ser dispositivo u obligatorio, o facultativo o supletorio; llama

dispositivo al precepto que no deja margen a la autonomía de la libertad, imponiéndose a los particulares; y denomina facultativo o supletorio al que solo tiene vigencia «mientras las partes no dispongan otra cosa», añadiendo que estos preceptos o disposiciones facultativos son los sancionadores de la libertad de contratación (de Buen, [1913] 1966: 395); sin embargo, en otro lugar el mismo autor llama al primero Derecho impositivo, absoluto, preceptivo u obligatorio, y al segundo facultativo, supletivo o subsidiario, y señala que aquel obliga incluso contra la voluntad de las personas a quienes se dirige, mientras que este solo rige para suplir la voluntad de aquellas o completarla (de Buen, 1932: 270).

Posteriormente, siguiendo en la doctrina española, Federico de Castro menciona en algún momento las normas dispositivas de carácter imperativo (Castro, 1961: 333-334; 1982:1060); este mismo autor llega a calificar de «prurito de simplificación» la identificación entre el Derecho dispositivo y las normas de eficacia supletoria (1961: 333). Díez-Picazo ([1956] 2011: 1694-1695) tampoco se muestra del todo conforme con la identificación apuntada y en algún escrito concibe el carácter supletorio como una de las funciones de la norma dispositiva, si bien entiende que tal función que no agota el concepto ni constituye su esencia (Amorós, 1977: 330).

Con todos los matices apuntados, y aunque la reducción binaria sea una sobre-simplificación (*oversimplified* en expresión de Hirsch, 2004: 1032), lo cierto es que en la tesis más generalmente aceptada el concepto de norma dispositiva reclama necesariamente la otra cara de la moneda, esto es, la norma imperativa o cogente. Partiendo de esa premisa, la norma dispositiva se define negativamente como aquella que puede ser excluida por la voluntad de los particulares; si estos la excluyen y la sustituyen por lo voluntariamente asumido, la norma queda desplazada; si no lo hacen, la norma dispositiva es la aplicable, y ello aunque nada se diga y aunque ni siquiera se conozca (estaríamos ante «el sonido del silencio» al que

se refieren algunos autores); en este sentido, creo que norma dispositiva equivale a norma supletoria. Con raíces en la conocida distinción de H. L. A. Hart entre reglas primarias y reglas secundarias, Delgado Echeverría (2011: 252 y ss.) lo explica perfectamente en términos formales y describe el concepto de norma dispositiva como el resultado del juego de dos normas: a) una norma N_1 , que proporciona el contenido normativo y que puede ser de cualquier clase (de mandato, de permisión, atributiva de poderes, constitutiva, conceptual); y b) otra norma N_2 , que atribuye el poder de desplazar a N_1 , excluyendo su aplicación en ciertos casos y bajo ciertas condiciones; habitualmente se llama norma dispositiva a N_1 . De esta suerte, ser «norma dispositiva» no es una propiedad intrínseca de N_1 , sino una propiedad relacional (Delgado Echeverría, 2011: 256).

Así descrita, y a pesar de que el antedicho sea el concepto hoy generalmente aceptado, es interesante resaltar que el Tribunal Constitucional español parece entender otra cosa; concretamente, en la sentencia referida a la ley de parejas de hecho de Navarra (STC 93/2013, de 23 de abril), no duda en considerar que solo son dispositivas las normas que se asumen voluntariamente. Vale la pena, a este respecto, reproducir una parte del Fundamento Jurídico nº 8, que, en relación con las leyes de pareja, dice: «[...] Por ello, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el artículo 10.1 CE». Hasta aquí totalmente de acuerdo, dado que un régimen imperativo —de verdad— sobre los efectos jurídico-civiles de las parejas no casadas contradice la Constitución porque viola la libertad de no contraer matrimonio. Mi discrepancia se centra en la segunda parte del mismo párrafo cuando el máximo intérprete de la Constitución señala: «[...] De manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja». Puesto en relación con

la frase inmediatamente anterior, esto significa que para el Tribunal Constitucional lo «dispositivo» se equipara a lo previamente asumido por las partes: el TC se aparta así de lo que, como se ha dicho, es la concepción más habitual entre los teóricos de la norma.

Volviendo al sentido aquí asumido, la calificación bipartita que distingue entre norma imperativa y norma dispositiva tiene gran relevancia porque impacta en el núcleo mismo de la relación entre la ley y la autonomía privada. Esta perspectiva nos aboca a un problema de concurrencia de fuentes normativas o de competencias normativas (Russo, 2001: 574). Díez-Picazo (1956: 1149 y ss.) resalta que la autonomía privada cumple el doble papel de constitución de relaciones jurídicas y de reglamentar el contenido de las mismas; este último es el sentido que nos interesa aquí, porque tal reglamentación autónoma, de existir, desplaza a la norma dispositiva. Al respecto, es muy interesante el matiz de von Thur ([1946]1998: 35), que señala que el efecto del Derecho imperativo en relación con la voluntad de las partes puede ser variado: en ciertas materias se excluye toda disposición contractual —como en las relaciones personales entre cónyuges—; en cambio, otros preceptos imperativos están dispuestos para la eventualidad de que las partes quieran entrar en una relación jurídica, suponen una voluntad contractual y regulan de manera inderogable las condiciones y los efectos de la misma: así, en los preceptos relativos a la forma y en los que limitan la voluntad contractual en determinados contratos, como sucede con la forma en la donación, por ejemplo.

En el caso de la norma civil, el carácter dispositivo es la regla y la imperatividad la excepción (cf. ley 8 FN; el artículo 4 de la Ley vasca 5/2015; artículo 3 CDFA *Standum est chartae*; y Díez-Picazo, ([1956] 2011: 1699, para quien la presunción de Derecho dispositivo es una consecuencia del principio de autonomía de la voluntad); cf., asimismo, el Artículo 411-1 del anteproyecto de Código Mercantil, que bajo la rúbrica «Carácter dispositivo de las normas» establece: «Las normas que regulan

los contratos, excepto las relativas a su noción y su mercantilidad, tienen carácter dispositivo salvo que en ellas se establezca expresamente otra cosa, y en consecuencia se aplicarán salvo pacto en contrario entre las partes».

Cabe insistir en la idea de que, con este planteamiento, para la mayoría de los autores la distinción imperativa/dispositiva supone una división dicotómica de las normas jurídicas —al menos desde la publicación del *Code*, parece que no antes, según Pérès-Dourdou (2004: 43 y ss.)—, división que además es propia de la tradición romano-germánica. Sin embargo, entiendo que hay buenas razones para que actualmente la bipartición aludida pueda ser puesta en cuestión, y ello por varios motivos, entre los que cabe destacar los siguientes: (i) la creciente relevancia del *soft law* y su controvertido carácter normativo [códigos de conducta, principios doctrinales, etc. (Laporta, 2007: 261 y ss.)]; (ii) la existencia de normas consideradas semiimperativas o unilateralmente imperativas, esto es, desplazables solo por uno de los sujetos de la relación, como sucede paradigmáticamente en materia de protección de los consumidores; (iii) la presencia de hipótesis en las que la autonomía privada permite «escapar» de normas imperativas de un determinado ordenamiento y someterse a otro a través, por ejemplo, de la elección de una ley aplicable a un contrato —no obstante, cf. artículo 3.3. Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las relaciones contractuales (Roma)—, a través de la *professio iuris* prevista en el artículo 22 del Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y la creación de un certificado sucesorio europeo, o incluso en aquellos casos en los que se autoriza el desplazamiento dentro de un mismo ordenamiento cuando este es plurilegislativo (así sucede en el ámbito civil del

ordenamiento español, en el que, por ejemplo, el cambio de vecindad civil puede determinar la variación de la norma aplicable); y (iv) finalmente, el hecho de que las reglas o normas que no son genuinamente imperativas no actúan siempre de la misma manera. Detengámonos ahora con cierto detalle en esta última idea, que trataré de aclarar distinguiendo tres categorías diferentes de normas.

La primera sería aquella que reclama el *opt-in* (algo así como la opción de entrar) para ser aplicable, lo que es tanto como decir que sería la norma aplicable por elección. Los ejemplos que se pueden traer a colación son numerosos: así sucede con algunas normativas nacionales sobre parejas de hecho o, recientemente, y en el ámbito de la Unión Europea, con algunas disposiciones sobre acciones colectivas (Recomendación de la Comisión Europea sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión 2013/396/UE; BOE 26.7.2013); asimismo, puede citarse como ejemplo la propia configuración de la recientemente retirada Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL) como un instrumento opcional (Palao Moreno, 2015: 24 y ss.); también, en fin, podría mencionarse la ya citada *professio iuris* del Reglamento de Sucesiones. Sea como fuere, existen ejemplos mucho más clásicos, como el de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario en el Código Civil (artículo 1010 CC).

La segunda supone la aplicación de la norma en cuestión por defecto, de forma que lo que se permite es el llamado *opt-out* (sería la opción de salir del ámbito de aplicación de la norma), esto es, que la autonomía de la voluntad determine precisamente la exclusión de la aplicación de la norma sin que se produzcan ulteriores consecuencias directamente derivadas de ese ejercicio de autonomía. Se puede aludir, como ejemplos, a la posibilidad de excluir las normas sobre evicción en la compra-

venta del artículo 1475 CC *in fine* y, mucho más claramente, a mi modo de ver, a la regla contenida en el artículo 6 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, que regula los efectos de la voluntad de excluir su aplicación en todo o en parte, sin que sea exigible designar expresamente el Derecho aplicable, supuesto en el que más adelante me detendré. En el ordenamiento jurídico español los límites a esta exclusión son la contravención del orden público (lo que queda fuera del ámbito de cualquier norma dispositiva) y el perjuicio de un tercero, según establece el artículo 6.2 CC, precepto cuyos límites están, en realidad, pensados para la renuncia a los derechos (Cabanillas, 1992: 732 y ss.).

La tercera categoría implica que para que la norma en cuestión no sea de aplicación se exige el establecimiento de una regulación voluntaria alternativa (como sucede, por ejemplo, con el régimen económico matrimonial o con las reglas sobre la sucesión *mortis causa*); cuando esta autorregulación es insuficiente, se aplicará, en lo falte, la norma dispositiva que no haya sido válidamente excluida (Delgado Echeverría, 2011: 256).

Pues bien, a pesar de que la antes citada STC de 2013 sobre la ley de parejas de hecho Navarra llame dispositiva a la primera modalidad (*opt-in*), precisamente estamos ante la que no es tal o, al menos, no lo es en el sentido que aquí hemos considerado más acertado. Sí son normas genuinamente dispositivas, en cambio, las del tipo segundo (*opt-out*) y, en su plena dimensión, las del tercero, donde la norma dispositiva cumple además la misión de proporcionar una regla en defecto (o insuficiencia) de un acto de autonomía (Delgado Echeverría, 2011: 257).

Por otra parte, conviene resaltar que en el Derecho positivo no es frecuente que se aluda directamente a la distinción imperativo/dispositivo (aunque sí lo hacen abiertamente, como ya se ha anticipado, el Derecho aragonés o navarro y también el anteproyecto de Código Mercantil), lo cual no impide, como

dice Díez-Picazo, ([1956] 2011: 1694), que el ordenamiento se sirva claramente de ella. Con todo, como también señala este último autor, el verdadero problema no consiste en discernir conceptualmente entre norma dispositiva y norma imperativa, sino en dilucidar, en presencia de una norma concreta, si tiene uno u otro carácter; a veces la decisión será fácil, como sucede si la regla en cuestión contiene la cláusula «salvo pacto en contrario» u otra similar; en sentido opuesto, será imperativa si declara carente de efecto las disposiciones que se aparten de ella. Sin embargo, en otras ocasiones la calificación no será tan evidente y será necesario analizar el fin y el significado de la norma en cuestión para derivar su inclusión en una u otra categoría (von Thur, [1946] 1998: 35; y Cabanillas, 1992: 729).

1.2.2. Funciones las normas dispositivas

Considero que las funciones que puede cumplir una norma dispositiva en el sentido aquí mantenido son fundamentalmente tres, a las que llamaré función ordenadora, función regulatoria y función conformadora (Moslëin, 2011: 31 y ss.).

En primer lugar, la norma dispositiva cumple una **función ordenadora** para el caso en el que las partes no introduzcan la suya propia; se trata, pues, de suplir la regulación autónoma derivada de la voluntad por la heterónoma que supone precisamente la regulación dispositiva (Moslëin, 2011: 71ss.; y Morales Moreno, 1995: 2281, que distingue las normas dispositivas y las normas materiales de interpretación). A esta función responde la dimensión utilitarista de la regla supletoria (Pèrès-Dordou, 2004: 416 y ss.), muy destacada por los autores del Law&Ec., quienes consideran que este tipo de normas promueven la eficiencia y minimizan los costes de transacción. El campo clásico sobre el que razona dicha perspectiva es el contractual. Bajo este punto de vista, el Derecho contractual dispositivo cumple la función de ahorrar a las partes los costes de

transacción al suministrar un cuerpo de reglas «por defecto» que son eficientes, pero de las que pueden apartarse si lo desean; no obstante, las partes solo se apartarán efectivamente cuando, a su juicio, los beneficios de hacerlo excedan de los costes de transacción, así incrementados (Eidenmüller y otros, 2011: 111 y ss.; extensamente, Cziupka, 2010: *passim* y, en la doctrina española, Paz-Ares, 1985: 2843 y ss.). Esta función conecta con la idea anglosajona del *implied term in law*, también llamada *gap filling terms* (Barnett, 1992: 822), establecidos por la ley en lugar de basados en la voluntad de las partes. Repárese en dos puntos derivados de este planteamiento, que a su vez suelen estar conectados: (i) aunque tal punto de vista parece presumir que las partes conocen el Derecho dispositivo, pues solo así podrán juzgar su verdadera eficiencia, no siempre será así, pues los costes de información también han de ser tomados en consideración; incluso se dice que en ocasiones el legislador crea las normas llamadas *penalty default* con el propósito de incentivar a las partes para que se informen mejor (Ayres y Gertner, 1989: 91; y Hirsch, 2004: 1058) (ii) hasta cierto punto, para cumplir la función ordenadora el contenido de la norma dispositiva concreta es irrelevante, pues aunque no sea el más adecuado, por un lado será el aplicable cuando su desplazamiento imponga altos costes de transacción, incluidos los de información sobre la norma aplicable, y, por otro, cualquier norma supletoria tiene cierta *vis* atractiva, pues su aplicación deriva simplemente de la inercia o la inacción; el *sticky effect* de las *default rules* es ampliamente destacado en la doctrina americana (cf. Hirsch, 2004: 1060).

En segundo lugar, la norma dispositiva cumple una **función regulatoria**; con ello quiero expresar que la ley establece reglas que considera oportunas para el caso concreto, en la medida en que son, precisamente, las habitualmente seguidas en la práctica, lo cual no impide que puedan ser derogadas o modificada por una manifestación determinada de la voluntad privada (Castro, 1982: 1060; Morales Moreno, 1995: 2279; y Russo, 2001: 596). En cierta me-

didada, esta función cohonstaría con la idea de la voluntad presunta a la que aludiré más adelante, pero no coincide plenamente con ella. En tal sentido, es muy interesante la explicación de von Thur ([1946] 1998, y 32 y ss.) en la que apunta que el legislador establece las fórmulas de acuerdo con lo que sería, por término medio, la voluntad de las partes si ellas mismas hubiesen previsto y resuelto las cuestiones de referencia; el autor añade que, por ello, el Derecho supletorio corresponde en principio a la voluntad presumible de las partes, si bien aclara que no se funda en esta y que cabe aplicarlo aun cuando conste que una de ellas no conocía la ley o que la había entendido mal: así, si se contrae matrimonio sin convenciones matrimoniales, el lugar de estas lo ocupa el régimen legal no porque las partes lo hayan querido tácitamente, sino porque la ley lo dispone así para la eventualidad de que falten dichas convenciones, cualquiera que hubiese sido el motivo por el cual no se celebraron.

Entiendo que la función regulatoria corresponde a lo que cabe llamar la dimensión sociológica de la norma dispositiva: se supone que lo establecido por el legislador encarna la normalidad objetiva de la comunidad (Costa [1883], 1981: 194 y ss. atribuía, de hecho, a las normas supletorias un carácter consuetudinario, tesis que en breve desarrollaré). En este sentido, la función antedicha se relacionaría, entre otras, con la discusión existente en ciertos lugares sobre la necesidad de que el legislador opere el cambio de régimen económico matrimonial supletorio comunitario (gananciales, en el caso del Código civil y de la Ley de Derecho Civil de Galicia) por uno de índole separatista, según algunos mucho más adecuado para la realidad social actual, y ello aunque quepa recordar que también dentro del propio régimen legal supletorio caben pactos que desplacen normas concretas, pero no el entero régimen (entre otros, y por citar uno de los más frecuentes actualmente, el pacto capitular sobre la autonomía en la gestión, administración o disposición de los gananciales).

La tercera y última función de la norma dispositiva es la que se ha denominado **fun-**

ción conformadora del «ser» y del «deber ser» de la «normatividad» —de la «función expresiva» de la norma habla, en sentido aproximado, aunque no idéntico, la doctrina anglosajona, (Hirsch, 2004: 1053)—. Este tipo de normas cumplirían una función simbólica, a modo de control o guía de la norma deseable; incluso algunos autores piensan que pueden tener eficacia transformadora de las preferencias sociales (*transformative defaults*, según Hirsch, 2004: 1035 y 1056), algo así como si reconociéramos un poder pedagógico a la norma. Con esta función se está haciendo referencia a la dimensión moral de la norma supletoria, que sería expresión de las ideas de justicia, equidad, equilibrio de las prestaciones, etc. Si esta función se cumple efectivamente, es porque la norma dispositiva encarna el deber ser de la comunidad y tiene una misión directriz de los comportamientos, tesis germana desarrollada en relación con algunos problemas surgidos por la utilización de condiciones generales de la contratación y que en nuestra doctrina fue recogida por de Castro (1961: 334); 1982:1061), a quien siguen en este punto autores como Díez-Picazo (1956: 1695), Cabanillas (1992: 727) y Morales Moreno (1995: 2281). Si el presupuesto que la norma dispositiva es que encarna el ideal de justicia social, parece evidente que su apartamiento por voluntad de los particulares habrá de tener alguna justificación para ser eficaz. Creo que de algún modo se trata de una función de la que se ha hecho eco el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en algunas sentencias en materia de protección de los consumidores como la del caso Barclays Bank S.A. (STJUE: C:2013:280, de 30 de abril de 2014), un asunto en el que se estima que si las partes no han pactado otra cosa se dice expresamente que «es legítimo presumir que no se ha alterado el equilibrio contractual establecido por el legislador nacional» (citando también el caso RWE Vertrieb, EU: C: 2013: 180, apartado 28).

Otro ejemplo paradigmático de la tercera función de la norma dispositiva se halla en una de las explicaciones que dadas al régimen

jurídico de la sucesión intestada. Para algunos teóricos del Derecho de sucesiones, las normas codificadas sobre sucesión intestada reflejan —o deberían reflejar— el orden sucesorio social y moralmente aceptable o deseable, que representa además la voluntad presunta del causante medio y que, a mayores, supone la ejemplificación de lo que se considera la vía apropiada de transmisión de la riqueza (Pérez Escobar, 2003: 62 y ss.). Un claro ejemplo de este tesis se encuentra en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de mayo de 2007 (citada por Delgado Echeverría, 2012: 537), que resolvió un caso en el que la testadora, revocando un testamento anterior, nombra herederos a su dos hermanos. La sentencia dice literalmente: «[...] Veamos ahora si frente a las pruebas de carácter médico, constan en autos otras que pudieran desvirtuarlas y que expliquen el cambio de voluntad experimentado por la testadora, quien revocando el testamento anterior y alterando el orden natural de los afectos, cual es el mayor cariño a los descendientes respecto de los colaterales, reserva a su única hija la legítima que por ley le corresponde, pero instituye herederos a sus hermanos». A continuación, y al hilo de la narración de las circunstancias fácticas que explicaban las relaciones entre la testadora y su hija, la resolución añade: «[...] ni se constata la concurrencia de circunstancias objetivas que permitan comprender el cambio de voluntad testamentaria [...]». En resumen, el tribunal entiende que fue una «buena hija» y que, por tanto, la voluntad testamentaria no debió ser íntegra, o sea, que la testadora no estaba en su cabal juicio y que, por esa razón, el testamento no era válido.

1.2.3. Algunas cuestiones que plantean las normas dispositivas

El problema de su necesidad o conveniencia

Como hemos visto, las normas civiles (en realidad, las normas de Derecho privado) son

generalmente dispositivas porque operan en relación con otro poder normativo, la autonomía privada, que también tiene la facultad de crear normas. Se puede decir que las normas cogentes son islas en el mar de Derecho dispositivo, que conforma, como se ha dicho ya, la mayoría de normas civiles (Díez-Picazo, 1956: 1699; Russo, 2001: 596; y Möslein, 2011: 16 no lo comparten en el ámbito del Código Civil español, Amorós, 1977: 304; Cabanillas, 1992: 730). Por añadidura, en este sector del ordenamiento la norma dispositiva no solo es la regla modelo del Derecho privado, sino también la expresión de la cultura jurídica basada en la idea de libertad (Möslein, 2011: 18), de modo que la introducción de reglas imperativas en el ámbito del Derecho privado exigiría un motivo legítimo (garantía de la libre voluntad de las partes, protección de los menores, etc.).

Resulta, por cierto, sumamente interesante volver en este punto al pensamiento de Costa, a quien, como en tantas ocasiones, no siempre hemos comprendido correctamente. En su famosa obra sobre la *Libertad civil*, el autor aragonés entendía que los códigos contienen dos clases de leyes: unas, las imperativas, superiores a la voluntad de los particulares, independientes de toda carta, que rigen por sí mismas, quieranlo o no las personas privadas; otras leyes y otros artículos del Código tendrían, por el contrario, carácter libre, voluntario, facultativo, a modo de reglas virtuales, potenciales, que no pasarían a ser actuales y efectivas sino por voluntad de las personas privadas. Son una especie de fórmulas que solo rigen con carácter privado cuando los particulares las vivifican mediante su aceptación expresa o tácita (el autor parecía aceptar, pues, la tesis de la voluntad presunta, que más adelante intentaré refutar); al preguntarse por qué estas últimas se introducen en los códigos a pesar de ser de voluntaria aceptación, Costa estimaba que las razones eran dos. La primera, que los particulares no siempre tienen experiencia sobre lo actos que han de ejecutar, y el legislador les ofrece ya desarrollada de un modo preciso

la forma más usual, más conforme con el sentimiento jurídico de la generalidad. La segunda, que suponen la presunción de que cuando un particular no se ha dado ley propia en todo o en parte con respecto a determinada relación que ha contraído, es porque ha entendido aceptar lo acostumbrado por la generalidad, de suerte que toda esa masa de artículos y leyes voluntarias, de carácter supletorio, que llenan la mayor parte de las páginas de cada código son, en realidad, una traducción de la costumbre. Por eso, concluye que el legislador debe estar muy atento a las modificaciones que se van produciendo en la práctica del pueblo a fin de abrogar o derogar y sustituir paralelamente la ley supletoria correspondiente (Costa, [1883] 1981: 196 y ss.). No entraré ahora en la cuestión de las consecuencias que, para el autor aragonés, derivan de que se produzca la mutación de la querencia del pueblo sin el correlativo cambio por parte del legislador, que, como es conocido, no son las que refleja el artículo 2.2 CC.

El problema de su obsolescencia

En relación con lo que se acaba de decir, a veces se ha criticado que la plasmación de normas dispositivas en los códigos conduce directamente a su petrificación y frecuente obsolescencia. Si esta se produce efectivamente, la norma dispositiva dejaría de cumplir las funciones que le son propias o, cuando menos, las que hemos denominado aquí regulatoria y conformadora.

Por poner un par de ejemplos, no faltan quienes entienden que esto sucede hoy en día con algunas reglas del régimen jurídico del *ab intestato*, muy especialmente en lo que atañe a la posición del cónyuge viudo, menos favorable de lo que la mayor parte de las personas considera deseable (en similar sentido, Delgado Echeverría, 2011: 264). En sede contractual, sería lo que ocurre con algunos de los preceptos del Código Civil en materia de compraventa, de suerte que las reglas dispositivas codificadas, totalmente obsoletas, son desplazadas

en la práctica no solo por la voluntad de los particulares, sino incluso por alguna que otra forzada interpretación jurisprudencial (como muestra, por ejemplo, la exagerada utilización de la tesis del *aliud por alio* para eludir el breve plazo de caducidad de las acciones edilicias).

Sin embargo, y pesar de que no faltaran en el pasado opiniones contrarias, conviene recordar que esa presunta obsolescencia no implica que la falta de utilización de la norma en cuestión suponga su derogación, como claramente se deriva del artículo 2.2 CC cuando comienza señalando que las leyes solo se derogan por otras posteriores; tampoco implica que se admita en el régimen del Código Civil la costumbre *contra legem* (artículo 1.3 CC). Con todo, es preciso aclarar que, aunque no haya técnicamente derogación, el desuso de normas dispositivas puede convertir leyes enteras o partes enteras de códigos en letra muerta —gráficamente, Carbonnier (1995: 138) equiparaba el fenómeno al expositor de unos grandes almacenes con productos que nadie compra—, hasta el punto de aludir al «fracaso del legislador» (Delgado Echeverría, 2011: 270, citando como muestra el torturado artículo 1137 CC, que presume la no solidaridad entre deudores; otro tanto cabe decir, en mi opinión, de la regla de la revocación del testamento por el posterior perfecto contenida en el artículo 739.1 CC).

Aunque se diga, no suponen la voluntad presunta de los sujetos interesados

La tesis según la cual la norma dispositiva representa la voluntad presunta de los sujetos implicados fue la mantenida por la doctrina pandectística (Cziupka, 2010: 70 y ss.); reflejo de esta concepción son las palabras recogidas por Azcárate en la contestación a Costa ([1901] 2000:139). Esta teoría tiene su razón de ser en el pensamiento individualista, de absoluto imperio de la autonomía de la voluntad, propio del siglo XIX, que atribuye a la norma dispositiva o supletoria un simple valor interpretativo de una voluntad no declarada pero

existente (Pérès-Dourdeu, 2004: 312 y ss.); de ser así, la efectividad de la regla dispositiva derivaría de una aplicación por elección presunta y no por ausencia de elección.

Entiendo que no se puede compartir este planteamiento. No lo hace Díez-Picazo (1956: 1695) ni, en la doctrina francesa, Pérès-Dourdeu (2004: 331); sin embargo, sí se desliza en Castro (1982: 1060). La regla supletoria no supone una genuina presunción de voluntad, como lo demuestra el hecho de que el silencio, que no es expresión de voluntad alguna implica, como regla general, ausencia de voluntad y no voluntad presunta o voluntad hipotética.

Tampoco se puede defender, como en su día algunos mantuvieron —en la tradición francesa, es célebre el dictamen del juriconsulto Charles du Moulin a propósito de los esposos Ganey en 1525, citado y parcialmente reproducido por Pérès-Dourdeu (2004: 312 y ss.)— que el régimen matrimonial supletorio supone una convención tácita; baste pensar que ese régimen supletorio se aplica también a menores e incapacitados judicialmente, aunque no puedan por sí solos otorgar capitulaciones (arts. 1329 y 1330 CC). Idéntico argumento se puede hacer en relación con las reglas de la sucesión intestada, que también se aplican en caso de que el causante de la sucesión hubiese carecido de capacidad para testar y, por tanto, su voluntad de que se aplicaran efectivamente esas reglas fuera irrelevante.

La norma dispositiva no presume nada y, por tanto, nada se puede probar en contrario, por lo que no cabe su exclusión *ex post*. Esto nos plantea el problema de la relación de este tipo de normas con la regla de la ignorancia, relación sobre la que nos detendremos posteriormente. Baste decir, por el momento, que si en verdad detrás de la aplicación de la norma dispositiva estuviera la voluntad presunta del interesado, probada la ignorancia de la norma y con ella la ausencia de voluntad de someterse a la misma, la regla supletoria no sería de aplicación, pues por hipótesis la voluntad hacia algo o sobre algo implica su efectivo conoci-

miento. De hecho, el propio tenor literal del artículo 6.1 CC muestra que no cabe hablar de voluntad presunta, pues su campo de aplicación no se restringe, como se verá a continuación, a la norma imperativa.

En resumen, la norma dispositiva o supletoria se aplica por defecto, simplemente en ausencia de voluntad contraria (se trata de *default rules*), no por la voluntad (presunta) de los interesados (no estamos, pues, ante *choice rules*).

2. LA IGNORANCIA DE LA NORMA DISPOSITIVA POR PARTE DE SU DESTINATARIO, DEL APLICADOR O DE QUIEN PUEDA VERSE AFECTADO POR ELLA

2.1. LA REGLA DEL ARTÍCULO 6.1 CC ES APLICABLE A LAS NORMAS DISPOSITIVAS

El origen de la regla del artículo 6.1 CC conforme a la cual la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento (Oliva, 2010: 152 y ss. sobre el significado de «ley» en el precepto), muestra que se trata de un texto que fue concebido para normas de naturaleza imperativa (penales, prohibitivas, etc.); de hecho, resulta fácil reconocer que los ejemplos que nos vienen primero a la cabeza cuando queremos aplicarla son de esa índole. No en vano, García Goyena (1852: 15) señala que los antecedentes patrios de la regla antedicha, que se recogían en el Fuero Juzgo y en el Fuero Real, se referían solo a delitos o leyes prohibitivas, y que fueron las Partidas las que lo extendieron al ámbito civil, donde además incluyeron excepciones relativas a ciertas clases de personas a las que no se aplicaba la regla presuntiva (entre otras, por cierto, las mujeres). La explicación del insigne autor sobre la regla citada en sus *Concordancias* al Proyecto de CC de 1851 es la siguiente: «[...] nadie puede *escusarse* (sic) con la ignorancia de lo que ha debido y podido saber,

porque a nadie *escusa* (sic) su propia falta»; su explicación es, pues, de naturaleza puramente subjetiva. Es curioso cómo Castro (1949: 529, nota 6) da cuenta de que el Código de Parma, en su artículo 1084, distinguía entre leyes de orden público y de interés privado y admitía la excusa respecto de estas y no de aquellas, lo que a su juicio no podría admitirse. No obstante, en nuestra doctrina inmediatamente posterior a la publicación del Código Civil existen también opiniones que limitan la aplicación de la regla originalmente contenida en el artículo 2 CC a las normas imperativas y prohibitivas, al considerar que solo estas, y no las permisivas, son susceptibles de cumplimiento o incumplimiento (*Enciclopedia Jurídica Española*, [1913] 1966: 439).

De hecho, si analizamos el entorno comparado, observamos que en el ordenamiento jurídico italiano el código civil no contiene una regla similar a la de nuestro artículo 6.1 CC; sin embargo sí lo hace el artículo 5 del Código Penal; resulta esclarecedor que la Sentencia *Corte Costituzionale* de 24-25 de marzo de 1988 declaró inconstitucional el citado precepto del Código Penal si se interpretaba como exclusión de la conciencia de la antijuridicidad y de la culpabilidad, admitiendo así en el ámbito penal la relevancia de la ignorancia inexcusable. Al respecto, me permito recordar que, en el caso español, la teoría penalista más moderna enfoca este tema desde construcciones teóricas como «el error de prohibición» que se alejan de las referencias directas a la regla del artículo 6.1 CC (Díez-Picazo, 2000: 12; Hierro, 2003: 216 y ss.), construcciones que, es más que probable, propicien decisiones distintas a las de las sentencias de finales del XIX referentes a los albañiles condenados por hurto por apropiarse del tesoro encontrado, resoluciones que en su día mencionara Costa ([1901 (2000): 46) y de las que también se hace eco Hierro (2003: 211) (*cf.* ahora artículo 14 Código Penal español).

Volviendo al discurso general, cabe decir que incluso los privatistas más señeros muestran trazas de la creencia de limitar la regla de

la ignorancia a las normas cogentes; así lo hace, por ejemplo, Díez-Picazo (2000: 11) cuando trata de explicar el sentido moderno del principio recogido en el original artículo 2 CC (actual artículo 6.1) en estos términos: «[...] la máxima moderna expresa la indeclinable necesidad de cumplimiento de las leyes, con independencia de las circunstancias personales de los súbditos, y es una consecuencia inmediata del carácter imperativo que las normas legales pueden tener». A decir verdad, no estoy del todo segura que el autor esté aquí utilizando el término imperativo en el sentido técnico más arriba indicado.

Sea como fuere, como se ha anticipado, tal y como se expresa la redacción vigente en el Código Civil español, la contenida en el artículo 6.1 es un regla que afecta a todo tipo de normas y, por tanto, también a las normas dispositivas o supletorias, que al igual que las imperativas, obligan a su cumplimiento de no haber sido desplazadas por la voluntad contraria (Morales Moreno, 1995: 2280). La creencia contraria es una muestra más de lo que Pérez-Dourdou (2004: 107) denomina «la depreciación normativa de las reglas supletorias». El mismo autor denuncia que para algunos teóricos «la regla supletoria es, cuando menos, una regla de segundo grado, situada en el límite inferior del escalón normativo, mientras que la regla imperativa encarna el modelo ideal de la regla de derecho» (*Ibidem*).

Lo que hasta cierto punto puede tener menos sentido es la aplicación de la regla según la cual la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento a las normas aplicables por elección (las denominadas *opt-in*), dado que si se opta voluntariamente por ellas es porque, al menos en teoría, se conocen y por ello se prefieren. No obstante, una cosa es optar por la regulación de una institución jurídica que más o menos se conoce (por ejemplo, el régimen de separación de bienes) y otra que en realidad se esté al tanto de todas y cada una de sus reglas (como que puede existir una compensación *ex post* por el trabajo prestado para la casa), además de que este tipo de normas no responden

al modelo que hemos considerado prototípico de la norma dispositiva (aunque sí sea el que considera tal nuestro Tribunal Constitucional).

2.2. ALGUNOS EJEMPLOS DE DERECHO CIVIL DE NORMAS DISPOSITIVAS Y TRASCENDENCIA DE SU DESCONOCIMIENTO

A continuación expondré algunas cuestiones derivadas de la regla sobre la ignorancia prevista en el artículo 6.1 CC y su proyección sobre tres supuestos destacados de normas dispositivas, respectivamente referidos a la materia contractual, el régimen económico matrimonial y las normas sobre la sucesión intestada.

2.2.1. Las normas contractuales dispositivas (arts. 1255 y 1258 CC)

El contractual es el sector paradigmático de la norma dispositiva (Möslein, 2011: 24; Delgado Echeverría, 2011: 267). Ello es lógico en la medida en que, en un sistema de economía de mercado, el Derecho de contratos se basa en la autonomía privada, expresión del principio general de libertad contractual (Díez-Picazo, 2012: 12 y ss.). Aunque algo deshilvanadas, haré algunas consideraciones relativas al axioma de la ignorancia de la ley y a la norma contractual dispositiva.

Empezaré por recordar que es precisamente en el ámbito contractual donde algunos autores señeros han resaltado las que hemos llamado funciones ordenadora y conformadora de comportamientos objetivamente «correctos» que poseen las normas dispositivas. En nuestra literatura jurídica ha sido muy repetida la frase de Federico de Castro, quien, recogiendo la tesis de algunos autores alemanes, afirma que las normas (dispositivas) que regulan los contratos y cada tipo de contrato no son dadas para auxilio de descuidados o desmemoriados,

supletorias o adivinatorias de sus voluntades, sino que manifiestan la regulación normal y que, por tanto, tienen un cierto carácter imperativo; son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tienen una «función ordenadora», por lo que no puede ser desplazados sin razón suficiente (Castro, 1961: 333-334). Este punto de vista ha tenido gran trascendencia en la teoría de las condiciones generales de la contratación y sigue estando presente en decisiones judiciales tan recientes y significativas como la ya citada STJUE de 30 de abril de 2014 (caso Barclays Bank).

Descendamos ahora a algunos casos concretos de normas contractuales dispositivas que han suscitado cierto debate relacionado con el tema que nos ocupa. Me parece interesante comenzar con el análisis del ejemplo propuesto por un autor francés de comienzos del siglo XIX (Dereux, 1907: 515): dos personas concluyen una venta y, creyendo que los gastos del acto incumben al vendedor, suman al precio de la cosa el montante de estos gastos; a pesar de lo establecido en el artículo 1593 *Code*, que pone esos gastos a cargo del comprador (*cf.* artículo 1455 CC, no enteramente coincidente con el francés), el juez debe dejarlos a cargo del vendedor. Según el mencionado autor, ello es así es porque la máxima según la cual la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento no se aplica a las normas supletorias. Lo cierto es que no es esta la explicación plausible: la razón estriba en que los particulares han manifestado una determinada voluntad que desplaza la aplicación de la norma legal dispositiva y, por tanto, no cabe recurrir a ella.

Otra hipótesis curiosa sería la siguiente: supongamos que la ignorancia de una norma supletoria en materia contractual lleva a las partes a no pactar otra cosa que, de haber conocido el contenido de la norma supletoria, sí hubieran acordado —así, sobre los gastos del contrato, o en materia de arras, o sobre los criterios de conformidad en la entrega de la cosa, o sobre la extensión de los daños por incumplimiento, por poner solo algunos ejemplos sen-

cillos—. Me parece claro que, en este tipo de situaciones, el juez (continental) no podrá suplir la falta de disposición de las partes buscando su verdadera intención y, por consiguiente, la norma dispositiva se aplicará a pesar de la ignorancia *ex ante* de las partes.

Con anterioridad he citado la decisión de nuestro Tribunal Constitucional sobre la ley navarra de parejas de hecho como un supuesto de mala comprensión de lo que es la norma dispositiva; en este punto traigo a colación otra decisión judicial, en este caso francesa, que también supone una desacertada asunción por parte del tribunal de lo que es la norma dispositiva o supletoria. Se trata de la sentencia de la *Cour Cass*, de 26 junio de 2001, en un supuesto de compraventa internacional de mercaderías en el que se discutía si era o no de aplicación la Convención de Viena. El alto tribunal afirma que las normas de la Convención constituyen derecho sustantivo francés y que el juez francés debe aplicarlas, lo que es de todo punto razonable. Pero añade que tales normas pueden ser excluidas, según el artículo 6 de la propia Convención, precepto que se ha de interpretar en el sentido de que permite que las partes puedan eludirlo tácitamente «[...] si ambas se abstienen de invocarlo delante del juez francés». Como se desprende de la abundante doctrina internacionalista que ha tratado el tema del acuerdo de exclusión de la Convención, admitiendo incluso la exclusión tácita pero en todo caso consciente (Calvo Caravaca, 1998: 96 y doctrina allí citada); y, en Francia, Heuzé, (2000:93), la afirmación del tribunal francés es absolutamente incorrecta, ya que el derecho supletorio no precisa la invocación de parte para ser aplicado (Morales Moreno, 1995: 2280); en este caso, y sin razón alguna, el juez francés está transformando una regla aplicable por defecto de voluntad expresa o tácita, pero existente, en una regla aplicable por elección. Aunque las partes no invoquen la regla en cuestión porque la ignoren, el juez ha de aplicarla y no puede a su vez ignorarla (Delgado Echeverría, 2011: 269, que sostiene que para el juez la norma dispositiva es norma

cogente), pues él sí tiene un deber de conocimiento y cumplimiento de las normas, con el límite, en el caso español, de la costumbre y el Derecho extranjero, *ex* artículo 281.1 LEC para la aplicación judicial, si bien otras autoridades pueden estar sometidas a reglas diferentes.

2.2.2. El régimen matrimonial supletorio

No me parece arriesgado afirmar que, en ámbito del régimen económico matrimonial, la ignorancia de la ley va a ser relativamente frecuente. Baste pensar que, incluso entre expertos juristas, puede existir una absoluta ignorancia sobre el régimen económico matrimonial que tienen determinados cónyuges en el caso de matrimonios internacionales e interregionales, muchas veces derivada de la dificultad de conocer *ex ante*, en defecto de elección expresa, el ordenamiento que rige los efectos del matrimonio a tenor de los artículo 9.2 y 3 CC.

Tampoco es rara la ignorancia sobre el concreto régimen económico que puede afectar a determinadas personas —de nuevo, incluso entre verdaderos expertos— provocada por la desidia del legislador contemporáneo en la elaboración de las normas. Un ejemplo paradigmático lo proporciona la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Derecho Civil de Galicia (2006 primera versión, 2007 segunda y vigente) que hizo nacer en profesores, notarios, registradores y jueces la duda y la controversia sobre la aplicación o no del régimen de gananciales a las parejas de hecho sometidas al Derecho Civil gallego, duda que el Tribunal Constitucional todavía no ha resuelto (SSTC 18/2014, de 30 de enero y 75/2014, de 8 de mayo, 125/2014, de 21 de julio de 2014 y 127/2014, de 21 de julio de 2014; en todas, el TC rechaza entrar en el fondo del asunto al considerar que no estaba correctamente identificada la norma sometida al control de constitucionalidad).

En fin, es muy frecuente, en este caso entre los interesados, la ignorancia de las normas concretas que rigen su economía en caso de no celebración de capitulaciones matrimoniales, con la consiguiente aplicación del régimen supletorio; en el caso del régimen de gananciales del Código Civil, estas reglas tienen un contenido a veces complejo, de controvertida interpretación y, en muchas ocasiones, contrario a la creencia de los sujetos implicados —lo que, de nuevo, refuta la tesis de la voluntad presunta o hipotética como fundamento de la norma dispositiva—.

En la mayoría de los casos, la ignorancia destacada solo trasciende cuando surge el conflicto (v.gr. por divorcio de los cónyuges), supuesto en el que conviene hacer algunas puntualizaciones. La primera, que por tratarse de una materia de libre disposición de las partes, si ellas acuerdan una solución, el descubrimiento de la ignorancia previa no va a tener relevancia alguna. La segunda, que si se produce la controversia entre los interesados, y estos no llegan a un acuerdo, la solución que ha de proveer el juez (o la autoridad que corresponda) plantea dos posibles escenarios: (i) que sea el juez o la autoridad correspondiente los que ignoran la norma aplicable y se equivocan, supuesto en el que, como en cualquier otro caso, el desconocimiento podrá provocar la revocación de la resolución por la autoridad o tribunal superior y, en su caso, de ser pedida y reconocida, la indemnización de daños (Delgado Echeverría, 2006: 196); y (ii) que fueran los particulares interesados los que, por ignorar *ex ante* la norma aplicable, tomaron decisiones que a la larga les perjudican, de modo que no tendrán otro remedio que someterse a las consecuencias de la correcta apreciación *ex post* de la norma por parte del órgano decisor.

2.2.3. Las normas de la sucesión intestada

Para un cierto punto de vista clásico, las normas legales relativas a la sucesión intestada serían algo así como un testamento presunto,

tácito o latente del causante. La idea se remonta cuando menos a Grotius, quien en su *De iuri belli ac pacis* explica que si el *de cuius* no ha testado es porque la sucesión legal es conforme a sus deseos, idea también recogida en los trabajos preparatorios del *Code*, pues según Bigot-Prémeneu, si no existe la voluntad declarada del causante, ejerce su imperio la voluntad presunta y es la ley la que suple su voluntad (Fenet). Para el caso del Derecho español, esta tesis y su repercusión en nuestro proceso codificador está expuesta con bastante detalle por Pérez Escolar (2003: 62 y ss.).

Ya he dicho con porfiada insistencia que las normas dispositivas no suponen ninguna voluntad presunta o hipotética de los interesados; por tanto, en el caso de la sucesión *mortis causa*, no cabe que los herederos u otros sujetos afectados prueben que la voluntad del causante no coincidía con lo que la norma legal establece (v.gr. porque el fallecido desconocía completamente las reglas de la sucesión intestada, por ponerlo en relación con el artículo 6.1 CC), o incluso que demuestren que tal voluntad era cabalmente otra, lo que hubieran podido hacer si, en efecto, la regla de la inexcusabilidad de la ignorancia fuera una genuina presunción. La única prueba posible para excluir la sucesión *ab intestato* es presentar un testamento válido (o en su caso un contrato sucesorio) cuyas reglas, de ser eficaces, desplazarán a la normas supletorias donde se establece el régimen legal.

También en este punto vuelvo a recordar que el adecuado cumplimiento de las que hemos convenido en llamar las funciones ordenadora y conformadora de la norma dispositiva aconseja seguramente la revisión de algunas reglas del Código Civil español en materia de sucesión intestada, muy singularmente las destinadas a disciplinar la posición del cónyuge viudo «en defecto» de voluntad testamentaria, puesto que el refuerzo de dicha posición, so-

bre todo en lo que atañe a su prioridad en el orden sucesorio respecto de los ascendientes del causante, puede considerarse una demanda socialmente muy extendida (así sucede ya en el artículo 442-3 CC Cat., pero no por ejemplo en el artículo 517 CDF de Aragón)

Desde otro punto de vista, pero manteniéndome en el ámbito sucesorio, destaco que algunos autores pertenecientes al Law & Ec. piensan que las normas de la sucesión intestada discriminan entre ricos y pobres, porque los primeros pueden soportar mejor que los segundos los costes de transacción conectados tanto con la carga de informarse sobre el contenido de las normas supletorias —lo que de nuevo establece una conexión entre norma dispositiva y la regla de la ignorancia— como con los costes asociados a hacer testamento, que en el caso de España, como ha puesto de relieve el estudio empírico realizado en 2006 por Delgado, son relativamente bajos (Delgado Echeverría, 2011: 262). De seguir esta línea de pensamiento, los pobres estarían sometidos a la norma dispositiva en más ocasiones que los ricos, lo que no deja de ser bastante probable.

Por último, haré mención a las tesis que estiman que en la preferencia por las normas del *ab intestato* juegan, sobre todo, factores psicológicos, de suerte que hay personas que tienen aversión a hacer testamento, frente a otras que tienen lo que ha llegado a llamarse «logorrea testamentaria» (Hirsch, 2004: 1047 y ss.). En relación con lo dicho en el párrafo anterior, no falta incluso quien se pregunta si los ricos son menos supersticiosos que los pobres, lo que, para concluir, nos conecta de nuevo con Joaquín Costa y su acerba crítica a la regla conforme a la cual la ignorancia del Derecho no excusa de su cumplimiento, pues es bien conocido que él también era de la opinión de que la regla en cuestión perjudicaba a los pobres ([1901] 2000: 38); y también, más liviano en su denuncia, de Buen (1932: 363).

BIBLIOGRAFÍA

- AMORÓS GUARDIOLA, Manuel (1977): «Comentario al artículo 6.2 y 6.3», en *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código Civil y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, Madrid: Tecnos.
- AYRES, Ian (2012): «Regulating Opt-Out: An Economic Theory of Altering Rules», *Yale Law Journal*, 121 (8), 2032-2116.
- AYRES Ian y Robert GERTNER (1989-1990): «Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules», *Yale Law Journal*, 99 (4), 87-130.
- (1992): «Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules», 101, *Yale Law Journal*, 101, 729-773.
- BARNETT, Randy E. (1992): «The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent», *Virginia Law Journal*, 78, 821-911.
- BUEN, Demófilo De ([1913] 1966): «Norma jurídica», voz, *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XXIII, Barcelona: F. Seix ed.
- (1932): *Introducción al estudio del Derecho Civil*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (1992): «Comentario al artículo 6», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid: Edersa.
- CARBONNIER, Jean (1995): *Flexible droit*, París: LGTD.
- (1996): *Droit et passion du droit sous la V République*, París: Flammarion.
- CASTRO BRAVO, Federico De (1949): *Derecho Civil de España*, vol. 1, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- (1961): «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, 295-341.
- (1982): «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, 987-1051.
- COSTA, Joaquín ([1883] 1981): *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*, (Introd. de Jesús Delgado), Zaragoza: Guara Editorial.
- ([1901] 2000): *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre* (Introd. de Luis Díez-Picazo), Madrid: Civitas.
- CZIUPKA, Johannes (2010): *Dispositives Vertragsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (2006): «Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte», *Derecho de sucesiones. Presente y futuro. XI [i.e. XII] Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Murcia: Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 13-171.
- (2006): *Elementos de Derecho Civil (Parte General, vol. I)*, Madrid: Dykinson.
- (2011): «Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles», en J. Delgado Echeverría (ed.), *Retos de la dogmática civil española*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 221-284.
- (2012): «Autonomía privada y Derecho de Sucesiones», en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado, t. I, Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Madrid: Consejo General del Notariado, 513-542.
- «El problema de la ignorancia del Derecho en Joaquín Costa: una visión refleja», [En línea]. <https://www.academia.edu/8561453/EL_PROBLEMA_DE_LA_IGNORANCIA_DEL_DERECHO_EN_JOAQU%C3%8DN_COSTA_UNA_VISI%C3%93N_REFLEJA>.
- DELVINCOURT, Claude Étienne (1813), *Cours de Code Napoléon*, I, París: Chez P. Gueffier.
- DEREUX, Georges (1907): «Étude Critique de l'adage 'Nul n'est censé ignorer la loi'», *RTDCiv.*, 1907, 512-554.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis (1956): «La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Anuario de Derecho Civil*, 1149-1182.
- (2000): «Nota introductoria al libro de J. Costa *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*», Madrid: Civitas.
- (2012): «A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica», en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado, t. III-1, Derecho patrimonial*, 1, Madrid: Consejo General del Notariado, 1-19.
- EIDENMÜLLER, Horst (2012): «Hacia una revisión del *acquis de consumo*», en S. Cámara Lapuente y S. Arroyo Amayuelas (coords.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 107-162.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1999): *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid: Civitas.
- GARCÍA RUBIO, María Paz (2010): «Comentario al artículo 6», en A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid: Lex Nova.

- HART, Herbert L. A. (1962): *El concepto de Derecho*, trad. Genaro T. Carrió, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- HEUZÉ, Vincent (2000): *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, París: La Librairie Juridique de Référence en Ligne.
- HIERRO, Liborio (2013): *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona: Ariel.
- HIRSCH, Adam (2004): «Default Rules in Inheritance Law: a Problem in Search of its Context», *Fordham Law Review*, vol. 73, 1031-1101.
- «Ignorancia de la ley» Voz, *Enciclopedia Jurídica Española*, L. Mouton y Ocampo, L. Ma^a Aller y Cassi, E. Oliver Rodríguez, J. Torres Ballesté, t. XVIII, Barcelona, ed., [1913?]-1966.
- LAPORTA, Francisco Javier (2007): *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.
- MARTÍN MORÓN, María Teresa (2010): *El deber general de conocimiento de la norma y su proyección en el ámbito contractual*, Cizur Menor, Pamplona, 2010.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (1995): «Derecho dispositivo», voz, *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Madrid: Civitas.
- MÖSLEIN, Florian (2011): *Dispositives Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco (2010):, *El error iuris en el Derecho Civil*, Madrid: Consejo General del Notariado.
- PALAO MORENO, Guillermo (2015): «Some Private International Law Issues», en *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Heidelberg: Springer, 17-35.
- PAZ-ARES, Cándido (1995): «Principio de eficiencia y Derecho privado», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a M. Broseta Pont*, III, Valencia: Tirant lo Blanch, 2843-2900.
- PÉREZ ESCOLAR, Marta (2003): *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, Madrid: Dykinson.
- PÉRÈS-DOURDOU, Cécile (2004): *La règle supplétive*, París: La Librairie Juridique de Référence en Ligne.
- RODOTÀ, Stefano (2010): *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, trad. A. Greppi, Madrid: Trotta.
- RUSSO, Ennio (2001): «Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva», *Rivista di Diritto. Civile*, 47, 573-599.
- VON THUR, Andreas ([1947] ²1998): *Derecho civil, vol. I. (Los derechos subjetivos y el patrimonio)*, Madrid: Marcial Pons.
- WINDSCHEID, Bernhard (1902): *Diritto delle Pandette vol. I*, trad. Italiana C. Fadda y P. E. Bensa, Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese.

IMPERIO DE LA LEY E IGNORANCIA DE LA LEY (SOBRE EL MODESTO PRINCIPIO DE QUE LA IGNORANCIA DE LA LEY NO EXCUSA DE SU CUMPLIMIENTO)
RULE OF LAW AND IGNORANCE OF LAW. ON THE PRINCIPLE *IGNORANTIA LEGIS NON EXCUSAT*

Liborio L. Hierro

RESUMEN

El principio *ignorantia legis non excusat* está generalmente admitido en los ordenamientos jurídicos occidentales, aunque su justificación está lejos de ser clara. Este trabajo recuerda los diversos intentos de justificar este principio, incluyendo la negación misma de su justificación, y propone un análisis que demuestra el escaso ámbito de aplicación del principio en el derecho actual y, en estos términos, su razonable justificación.

PALABRAS CLAVE

Ignorancia del Derecho, Seguridad jurídica, Justicia

ABSTRACT

The principle *ignorantia legis non excusat* is generally recognized in Western legal systems though its justification is far from clear. This work recalls the various attempts to justify this principle, including the very negation of its rationale, and proposes an analysis that shows the limited scope of the principle in current legal order and, in these terms, its reasonable justification.

KEYWORDS

Ignorance of the Law, Legal security, Justice

IMPERIO DE LA LEY E IGNORANCIA DE LA LEY (SOBRE EL MODESTO PRINCIPIO DE QUE LA IGNORANCIA DE LA LEY NO EXCUSA DE SU CUMPLIMIENTO)¹

Liborio L. Hierro

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario: 1. Un principio muy elemental y no muy bien conocido. 2. Un principio antiguo pero difícil de justificar. 3. Un principio fundamental pero difícil de aplicar. 4. Deconstruyendo el principio. 4.1. Normas con sanción restitutiva y normas con sanción represiva. 4.2. *Mala in se* y *Mala prohibita*. 4.3. El error de prohibición. 5. Conclusión: la justificación de un principio muy modesto.

1. UN PRINCIPIO MUY ELEMENTAL Y NO MUY BIEN CONOCIDO

El principio que nos ocupa es un principio que los estudiantes de Derecho aprenden en los primeros días de sus estudios pero que la mayoría de la gente desconoce. Es muy antiguo y muy simple. Está recogido hoy, con un carácter rotundamente normativo, en el párrafo primero del artículo 6 del Código Civil español y dice así: «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento». Cuando se aprobó el Código Civil, en 1889, estaba en el artí-

culo 2 exactamente con la misma redacción, aunque curiosamente no aparecía en el Código Civil francés. Hoy, en ese artículo 6, se añade inmediatamente que «el error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen».

Esta norma que prescribe que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento es claramente autorreferente: como es obvio, implica que las leyes deben ser conocidas y, sobre todo, que debe ser conocida la ley que establece que las leyes deben ser conocidas. A este respecto, viene a cuento una curiosa anécdota que siempre me gusta recordar. Según

cuenta Joaquín Costa, un filósofo del derecho krausista español llamado Alfredo Calderón había publicado en el *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza* un artículo en que contaba lo siguiente: «Recibió un sujeto una herencia, sin acogerse al beneficio de inventario: acudieron los acreedores y, practicada la liquidación, resultó en definitiva alcanzado el heredero en una cuantiosa suma. Mal avenido con esto y deseando salir de la dificultad, consultó a un letrado. “—Pero ¿cómo no aceptó usted la herencia, le dijo éste, a beneficio de inventario?” “—Porque no sabía que existiera semejante cosa”, replicó la víctima. “—Pues debía usted haberlo sabido, porque todo ciudadano tiene obligación legal de conocer las leyes”. “—Pues mire usted, tampoco eso lo sabía”». (Costa, 1901: 8, n° 1).

2. UN PRINCIPIO MUY ANTIGUO PERO DIFÍCIL DE JUSTIFICAR

Este principio tan familiar a los juristas se remonta, como es sabido, al Derecho romano. No fue recogido, sin embargo, como precepto, en el Código Civil francés aunque sí en algunos otros, como en el de Prusia, en el de Austria o en el de Costa Rica.

En su sentido literal, este precepto, que parece tan claro, resulta ininteligible. Si las leyes son normas o, al menos, contienen normas, resulta contrario al sentido común afirmar que alguien es destinatario de una norma y está obligado a cumplirla aunque no la conozca; es indiferente, a estos efectos, sostener una concepción hilética de las normas, como el significado de ciertas expresiones (oraciones normativas), o sostener una concepción expresiva de ellas como órdenes (es decir, como resultado de un uso prescriptivo del lenguaje), puesto que en ningún caso es concebible que alguien quede obligado a actuar conforme al significado de una oración que desconoce o por una orden que asimismo desconoce.

Parece, sin embargo, que la primera justificación plausible de semejante norma estriba precisamente en que exista otra norma que obliga a conocer las leyes, de forma tal que el que incumple una ley porque la desconoce está, en realidad, incumpliendo aquella norma que obliga a conocer las leyes. Esta explicación —aunque no es la única posible— parece ser, en efecto, la que se encuentra en los orígenes históricos de la norma. Aristóteles, en un lugar clásico para la filosofía moral, su *Ética a Nicómaco*, había señalado que «es quizá necesario para los que reflexionan sobre la virtud definir lo voluntario y lo involuntario, y es también útil para los legisladores, con vistas a recompensas y castigos» (1109b, 30) y, a tal efecto, introdujo una distinción de enormes consecuencias: no es lo mismo obrar por ignorancia (*di' agnoian*) que obrar «con» ignorancia (*toú agnooúnta*): «Todo malvado desconoce lo que debe hacer y aquello de lo que debe apartarse, y por tal falta son injustos y en general malos, y el término “involuntario” pide emplearse no cuando alguien desconoce lo conveniente, pues la ignorancia en la elección no es causa de lo involuntario sino de la maldad; ni tampoco lo es la ignorancia general» (*ibid.*). En consecuencia, resulta comprensible que los legisladores —concluye Aristóteles— castiguen a los que cometen malas acciones por una ignorancia de la que ellos mismos son responsables (como los que se embriagan) o «a los que desconocen algo de las leyes que deben saberse y no es difícil» (*ibid.*, 1113b, 30).

La evolución del principio *ignorantia legis non excusat* —otras veces enunciado como *nemo censetur ignorare legem, nemini licet ignorare ius* o *nulli leges nescire liceat*— ha sido bastante más pacífica que alguna otra cuestión cercana como la de la fuerza normativa de la costumbre. En el Derecho antiguo y medieval se reproduce una y otra vez, en ocasiones quedando explícito el fundamento, esto es, la obligación de conocimiento del Derecho. Así ocurre cuando el *Liber iudiciorum* (h. 654) establece *quod nulli leges nescire liceat*, lo que traduce al castellano el *Fuero Juzgo* (1241) como

«que tod omme debe saber las leyes... ca el que mal fiziere non debe seer sin pena, maguer diga que non sabía las leyes ni el Derecho» y, en parecidos términos, se reproduce en el *Fuero Real* (1255): «E por ende establecemos, que ninguno no piense de mal facer, porque diga que no sabe las leyes ni el Derecho; ca si ficie-re contra ley, no se puede escusar de la culpa que ficie-re por decir que no sabe la ley». *Las Partidas* (1265) continúan la tradición romana y establecen que el conocimiento del Derecho es exigible a todos, con excepción de los caballeros en campaña, los menores de veinticinco años, los aldeanos y los pastores que vivan en despoblado, las mujeres y los locos. Idéntica regulación se mantiene en la *Nueva Recopilación* (1567) y en la *Novísima Recopilación* (1805)².

Si alguna diferencia cabe observar en la evolución de este principio es, ciertamente, la que se produce en el Derecho canónico. El *Decreto de Graciano* (h. 1140) parte más bien de un principio favorable al efecto excusador de la ignorancia para matizar el viejo principio romano: no toda ignorancia excusa y hay que distinguir, en primer lugar, entre la ignorancia de hecho y la ignorancia del Derecho; dentro de la ignorancia de hecho hay que distinguir, a su vez, la ignorancia de lo que debe saberse y la ignorancia de lo que no es obligatorio saber; y dentro de la ignorancia del Derecho hay que distinguir, una vez más, la ignorancia del Derecho natural, que no es excusable para ningún adulto, y la ignorancia del Derecho civil, que permite a unos ignorarlo y a otros no. La casuística del error, a partir de estas distinciones, generó abundantes discusiones en los siglos siguientes, destacadamente en la escolástica española, pero el punto de partida siguió siendo que la ignorancia del Derecho, en principio, no excusa de su cumplimiento.

El iusnaturalismo protestante no modificó esta persistente convicción y los ilustrados la heredaron, aunque preocupados por la adecuada publicidad de las leyes; como dijo Bentham: «Para conformarse con la ley es preciso conocerla, y para hacerla conocer es menester promulgarla» (Bentham, [1821] 1981: 575).

Creo que fue su discípulo John Austin el primero que se planteó una justificación distinta para la inexcusabilidad de la aplicación de la ley, es decir, una explicación no basada en el deber de conocer las leyes. Mientras que la ignorancia o el error de hecho es causa de justificación en la medida en que produce una ausencia de intención ilícita, y por eso señala Austin que «[...] la ignorancia o error inevitable respecto a una cuestión de hecho, está considerada, en todos los sistemas, como fundamento de exención [...]» (Austin, [1861] 1970, II: 170), y que, cuando hablamos de la ignorancia o error de Derecho, «[...] las normas de los diferentes sistemas parecen diferir considerablemente; aunque todos ellos coinciden en asumir generalmente que no debe constituir fundamento de una exención. *Regula est, juris ignorantiam cuique nocere es el lenguaje de las Pandectas*. Y para Manwood, tal y como lo cita Plowden, “It is to be presumed that no subject of this realm is misconusant of the Law whereby he is governed. Ignorance of the Law excuseth none”» (*ibid.*). Y añade Austin a renglón seguido: «No tengo duda de que esta regla es conveniente o, todavía más, es absolutamente necesaria. Pero las razones aducidas a favor de la regla, con las que he podido encontrarme, no son satisfactorias» (*ibid.*).

Austin establece que para que una obligación pueda ser efectiva, en el sentido de que su sanción pueda operar como motivo del cumplimiento, han de darse dos condiciones: la primera, que el sujeto pueda conocer la ley que impone la obligación y a la que se añade la sanción; la segunda, que el sujeto pueda conocer que un determinado acto, sea acción u omisión, constituya una violación de la ley o una ruptura de la obligación. «*A menos que concurren estas condiciones, es imposible que la sanción pueda operar sobre sus deseos*» (*ibid.*: 169). Para Austin, la única razón plausible a favor de la supuesta obligación de conocer las leyes que fundamenta (o es igual a) la inexcusabilidad de la ignorancia del Derecho es una razón utilitarista o, si se prefiere, consecuencialista. Si se admitiera la ignorancia del Derecho como

causa de exención «los Tribunales se verían envueltos en cuestiones que difícilmente sería posible resolver y que harían impracticable la administración de justicia» (*ibid.*). El razonamiento es el siguiente:

1. La ignorancia del derecho, si excusara, se alegraría siempre.
2. El tribunal tendría que averiguar, como cuestión de hecho, si la parte que lo alega efectivamente desconocía la ley en el momento de la infracción.
3. Si se comprobase que la ignoraba, el tribunal tendría que averiguar si la ignorancia en aquel momento era o no era inevitable.

Cualquiera de las dos últimas cuestiones — afirma Austin— es prácticamente insoluble. Por ello, la auténtica razón para la regla de la inexcusabilidad es bien distinta: «Sucede no infrecuentemente que la parte ignora la ley y que su ignorancia de la ley es inevitable. Pero si la ignorancia de la ley fuese causa de exención, la administración de justicia quedaría detenida» (*ibid.*: 172). Por ello, concluye Austin, la presunción es justa y, además, es cierta en una gran mayoría de las ocasiones cuando las leyes se han promulgado y son claras, pero, en todo caso, la razón última es la necesidad de que las leyes sean efectivamente aplicadas por los tribunales.

Joaquín Costa dedicó al «problema de la ignorancia del Derecho» su discurso de ingreso en la Academia. Su tesis principal se enuncia en las primeras palabras: «Es sabido que uno de los más firmes sostenes de las sociedades civilizadas viene siendo, desde hace más de dos mil años, una presunción *juris et de jure* que constituye un verdadero escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia: esa base, ese cimiento de las sociedades humanas es el que se encierra en estos dos conocidos aforismos, heredados de los antiguos romanistas: 1º A nadie le es permitido ignorar las leyes (*nemini liceat ignorare jus*); 2º En su consecuencia, se presume que todo el mundo las conoce; por lo cual, aunque resul-

te que uno las ignoraba, le obligan lo mismo que si las hubiese conocido (*nemo jus ignorare censetur; ignorantia legis neminem excusat*). Esta presunción se mantiene a sabiendas de que es contraria a la realidad de las cosas; a sabiendas de que es una ficción, a sabiendas de que es una falsedad [...]» (Costa, 1901: 5)

Costa dedica un notable esfuerzo a probar o, al menos, argumentar la afirmación. Los argumentos, básicamente, son cuatro: 1. la realidad de los hechos es justamente la contraria de la que se presume, es decir, «nadie conoce las leyes como no se pruebe lo contrario» (*ibid.*, pág. 6) y ello tanto porque la mayor parte de la gente las desconoce como porque la minoría que las conoce, no conoce más que parte de ellas; 2. la promulgación por escrito no hace posible el conocimiento más que a algunos, ya que la mayoría no sabe leer, por lo que resulta tan incongruente como «pregonar las leyes en un pueblo de sordos» (*ibid.*: 7); 3. paradójicamente, a los jueces se les excusa por la ignorancia de las leyes, ya que el delito de prevaricación exige dictar sentencia injusta a sabiendas o por ignorancia inexcusable (*ibid.*: 23-24); y 4. la única solución sería imposible: «la consecuencia necesaria de la máxima *nemini licet ignorare jus* sería una vasta organización socialista, en que el Estado se hiciera cargo de todos los hijos de los ciudadanos, sin distinción, a partir de la primera niñez, dándoles manutención, vestido y alojamiento, como ahora a los soldados, mientras les enseñaba a leer las leyes, a entenderlas y almacenarlas en la memoria, para devolverlos, una vez enseñados, a sus familias y a la sociedad» (*ibid.*: 32) y, como el Derecho cambia, la tarea tendría que reproducirse continuamente haciendo incompatible el aprendizaje del derecho con cualquier otra ocupación, «incompatible, por tanto, con la vida» (*ibid.*: 34).

Parece que Costa tiene bastante razón. Dado que es imposible que todo el mundo conozca todas las leyes, el reconocimiento de esta norma se reduce, pues, a que los tribunales superiores y los inferiores y/o la comunidad de los juristas y/o la mayoría de la población

acepten, en efecto, que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento aun siendo todos ellos perfectamente conscientes de que el presunto deber de conocer las leyes es sencillamente imposible de cumplir. Esta contradicción pragmática (que todos consideremos obligatorio algo imposible de cumplir) solo puede resolverse bien negando la regla y proponiendo su desaparición, como hizo Costa, bien admitiendo la regla y buscándole otra explicación en la que no esté implícita la obligación de conocer las leyes, como hizo Austin.

3. UN PRINCIPIO FUNDAMENTAL PERO DIFÍCIL DE APLICAR

Terminaba el siglo XIX cuando unos albañiles se encontraban trabajando en una casa en construcción y tuvieron la buena fortuna de encontrar un tesoro. El artículo 351 del Código Civil español establecía —como sigue estableciendo— que el tesoro oculto pertenece al dueño del terreno en que se halle, si bien cuando el descubrimiento se hace en propiedad ajena y por casualidad, la mitad se aplicará al descubridor. Los albañiles —obvio es decirlo— no tenían la menor idea de lo que establecía el artículo 351 del Código Civil y es fácil suponer que tampoco tenían la menor idea de lo que por aquel entonces establecía el artículo 2 del mismo, es decir: que la ignorancia de las leyes, y entre ellas la del artículo 351 del Código Civil, no excusaba de su cumplimiento. Así que los albañiles se repartieron el tesoro y, con la normal discreción, no dijeron nada a nadie. Pero de algún modo fueron descubiertos y, a continuación, fueron procesados y condenados por hurto. El Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala Segunda del 13 de mayo de 1896, confirmó que eran reos de hurto y que no podía excusarles su ignorancia del artículo 351. La misma posición mantuvo el Tribunal Supremo en sentencias del 14 de abril de 1900 y 5 de julio de 1901, en casos muy similares. Sin embargo, el Tribunal Su-

premo no lo tenía nada claro, puesto que en sentencias del 18 de enero y del 7 de febrero de 1899 declaró que no habían cometido el delito de hurto una legataria y una inquilina que habían hecho exactamente lo mismo con el tesoro encontrado en un mueble legado y en el edificio, respectivamente. La diferencia no estaba en el sigilo, en la ocultación de su descubrimiento, circunstancia que concurría en todos estos casos, pues en las primeras sentencias se afirma que precisamente el sigilo es lo que muestra la malicia, mientras que en las segundas se dice que el sigilo es comprensible por el temor a compromisos y reclamaciones. La diferencia estaba en que, en el caso de las segundas, se considera que la legataria y la inquilina tenían la equivocada creencia de que tenían derecho al tesoro. Parece, en consecuencia, que el Tribunal Supremo tenía serias dudas sobre si la ignorancia del artículo 351 del Código Civil era o no era una excusa o —dicho de otro modo— sobre cuál era el alcance del principio «la ignorancia del derecho no excusa de su cumplimiento».

4. DECONSTRUYENDO EL PRINCIPIO

Desde entonces hasta ahora la teoría del Derecho se ha enriquecido de forma notable y, por ello, antes de examinar cuál pueda ser la justificación de este incómodo principio de la ignorancia —si es que la tiene—, conviene examinar cuál es exactamente su alcance. Creo que hay tres esquemas teóricos que delimitan el alcance del principio y facilitan, gradualmente, su justificación. Los ordenaré en una secuencia que me parece lógica —es decir: de mayor a menor— en la medida en que ofrecen sucesivamente respuestas a aspectos cada vez menos generales del problema. De acuerdo con el primero, debemos distinguir entre normas con sanción restitutiva y normas con sanción represiva, vinculando el alcance y justificación del principio con la función restitutiva de las

normas jurídicas. De acuerdo con el segundo, y enfrentados ya solo con normas represivas, podríamos utilizar la distinción entre acciones *mala in se* y acciones *mala prohibita*, vinculando el alcance y justificación del principio con las acciones *mala in se*. De acuerdo con el tercero, y enfrentados ya solo con las acciones *mala prohibita*, podríamos recurrir al concepto de «error de prohibición», reduciendo entonces de forma notable el alcance del principio. El análisis demostrará que, si se admiten las tres respuestas anteriores, el alcance del principio queda tan restringido que su justificación resulta, en efecto, fácilmente razonable.

4.1. NORMAS CON SANCIÓN RESTITUTIVA Y NORMAS CON SANCIÓN REPRESIVA

Es claro que en un supuesto como el del ejemplo de los albañiles las reacciones jurídicas posibles manifiestan aquella distinción a la que Emile Durkheim atribuía tanta importancia —en mi opinión, con toda razón— entre reglas jurídicas con sanción restitutiva, que realizan la solidaridad positiva orgánica, y reglas jurídicas con sanción represiva, que realizan la solidaridad positiva mecánica (Durkheim, [1893] 1967: 34, 96-98 y 393), porque una cosa es sostener que los albañiles cometieron un delito de hurto y deben ser castigados y otra, muy distinta, sostener que, aunque no lo cometieran, deben entregar la mitad del tesoro al dueño del terreno.

Si nos atenemos solo al efecto restitutivo, propio de la solidaridad orgánica, no parece haber inconveniente alguno en justificar razonablemente el principio de ignorancia. En realidad, lo que establece el principio, en este nivel, es que la ignorancia de las leyes no excusa de sufrir sus consecuencias restitutivas. Como señalaba Federico de Castro: «El cumplimiento general de la ley no se basa en la suposición de su conocimiento por todos; son falsas, por ello, las afirmaciones de que la regla contenida en el artículo 2º del Código sea una presunción *iuris tantum*, contra la cual quepa

aducir prueba en contrario, que sea una ficción y hasta la de que sea una presunción *iuris et de iure*. Nuestro Derecho no acoge, ni tiene por qué acudir, a la farsa gigantesca y monstruosa de suponer en toda persona una sabiduría inasequible hasta a los mejores juristas: la de no ignorar nada del Derecho. El artículo 2º tiene razones claras de justicia y se basa en el deber de cooperación de todos en la realización del Derecho; una manifestación de esta colaboración es respetar las leyes, incluso las que no se conocen, aceptando y reconociendo sus consecuencias» (Castro, 1949: 529).

Si entendemos por «consecuencias» solo las consecuencias restitutivas, no veo inconveniente alguno en admitir que está justificado restituir los estados de cosas al diseño establecido en las normas con independencia de que el destinatario lo conociera o lo desconociera. La acción restitutiva del Derecho obedece, al fin y al cabo, a un esquema del tipo «no lo hizo, pues hágalo ahora». «no reparó el daño, repárelo ahora», «no pagó la cantidad, páguela ahora», «no abandonó el inmueble, abandónelo ahora», etc. y, para el caso de ignorancia, basta añadir en el esquema: «no lo hizo porque no lo sabía; pues ahora ya lo sabe, hágalo ahora». Para el caso de los albañiles, resulta claro: «No dieron la mitad del tesoro al dueño del terreno porque no conocían la ley; ahora ya la conocen, entreguen esa mitad».

No es ocioso recordar que el régimen de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, no exige otra cosa que el cumplimiento de la obligación o la reparación del daño. La responsabilidad extracontractual que exige el artículo 1902 del Código Civil no exige, en efecto, otra cosa que «reparar el daño causado». Si uno lo repara sin generar mayores discusiones, no hay castigo alguno asociado a la responsabilidad. No sería exagerado decir que la responsabilidad civil no implica reproche alguno por el incumplimiento y, por eso mismo, es indiferente que la obligación originaria se haya incumplido por mala fe, por desidia o por mera ignorancia. El Derecho solo obliga a reponer las cosas al estado jurídicamente

previsto. La ignorancia anterior es irrelevante, en estos casos, porque desde que se requiere al agente a reponer las cosas al estado jurídicamente previsto, el agente deja de ser ignorante de lo que la ley le exige y, en la medida en que solo se le exige eso, la ignorancia deja de ser una excusa posible por inexistente. La interpretación de Federico de Castro parece perfectamente asumible porque, en realidad, el artículo 6 del Código Civil, en este aspecto, no exige ni presume el conocimiento de las leyes. Pero esto solo resuelve una parte, aunque sea un parte extensa, del problema: el de las normas con sanción meramente restitutiva.

4.2. MALA IN SE Y MALA PROHIBITA

En un excelente trabajo sobre los presupuestos de la responsabilidad jurídica, afirma Fernando Molina que, mientras la reparación civil no suscita problemas, «muchos más problemas plantea la justificación de medidas sancionadoras que, aparentemente, sólo añaden mal sobre mal ya causado[...] tanto si su justificación se busca en la retribución del hecho cometido, como en la prevención de futuros hechos, el requisito del merecimiento resulta insoslayable» (Molina, 2001: 80). Aunque el grueso de la discusión sobre el fundamento de la responsabilidad penal se refiera al problema del libre albedrío o, lo que es lo mismo, a la capacidad de actuar de modo distinto, hay una parte, probablemente una parte menor, en esta discusión que afecta al principio de la ignorancia.

La doctrina penal clásica distinguía, a estos efectos, entre las acciones malas en sí mismas y las acciones malas en cuanto prohibidas. Las primeras estaban prohibidas y castigadas porque eran malas; las segundas eran malas solo en cuanto estaban prohibidas y castigadas. Sea que entendamos la idea de acciones *mala in se* en un sentido aristotélico, como lo que es naturalmente malo conforme a alguna noción normativa de la naturaleza, sea que la entendamos en referencia a los valores morales medios de un determinado grupo social —como

proponía Raffaele Garofalo en su concepto del «delito natural», concepto que por cierto ha sido frecuentemente utilizado por el Tribunal Supremo español frente a la alegación del error o la ignorancia— lo cierto es que tendríamos un buen expediente para fundamentar el principio de la ignorancia. No es difícil admitir que si uno de los albañiles de nuestro ejemplo hubiese decidido abandonar a su hijo recién nacido en un cubo de la basura y, una vez procesado, hubiese alegado en su defensa desconocer que el entonces artículo 155 del Código Civil obligaba a los padres a alimentar, tener en su compañía, educar e instruir a sus hijos, así como desconocer la correspondiente norma penal, cualquiera hubiera podido oponerle con buen sentido que las convicciones morales operantes en la sociedad española de entonces y notorias para el común de las gentes sostenían esa obligación de los padres y que el derecho se limitaba, en realidad, a sancionar semejante convicción. Muchos hubieran añadido, desde luego, que semejante convicción expresaba una ley natural grabada en el corazón de los hombres.

No es mi intención ahora discutir la noción de *mala in se* o la de «delito natural» y mucho menos el delicado problema del alcance que cualquiera de ellas pudiera tener, aunque sí me parece insoslayable admitir que alguna parte importante de las normas con sanción represiva (típicamente, las normas penales) se corresponden con reglas de la moral positiva del grupo. Lo que, ello no obstante, ha de añadirse es que, aun admitiendo la plausibilidad de cualquiera de aquellas nociones para justificar el principio de la ignorancia en relación con las normas represivas, su alcance es limitado. No sirven, en todo caso, para justificar el principio si —por continuar con este ejemplo tan sencillo como claro— lo que discutimos es si el albañil era responsable penal de un delito de hurto, porque se concederá que no está inscrito en el corazón de los hombres ni es parte de las convicciones morales medias el que precisamente un 50% del tesoro corresponda al dueño del terreno y otro 50% al descubridor, y

esto solo si el tesoro se descubre por casualidad. Pero los albañiles de nuestro ejemplo podrían estar un tanto más tranquilos si su problema con la ley se hubiese producido hoy en lugar de hace ciento y pico años, ya que la doctrina jurídica, primero, y el legislador, después, han refinado la idea de la responsabilidad penal en relación con la ignorancia.

4.3. EL ERROR DE PROHIBICIÓN

Fue precisamente el hecho de que las normas penales, como las demás normas jurídicas, se hubieran extendido y tecnificado separándose de las convicciones morales generalizadas el primer argumento en que se apoyó el Gran Senado del Tribunal Supremo Federal alemán (el *Bundesgerichtshof*) para acoger la figura del error de prohibición (*Verbotsirrtum*) en una bien famosa sentencia del 18 de marzo de 1952. La teoría del dolo había sido dominante en la doctrina y en la jurisprudencia, tanto en Alemania e Italia como en España, hasta después de la Segunda Guerra Mundial. Conforme a ella, el principio general era el de la inexcusabilidad de la ignorancia del Derecho, salvo que la ignorancia o error de Derecho llegase a implicar una falta de intención de delinquir, excluyendo, por tanto, el dolo. Aunque con dificultades esa es la línea que seguía la jurisprudencia del Tribunal Supremo español a principios del siglo XX para confirmar unas veces la presencia de la intención maliciosa, a pesar de la ignorancia, y negarla otras constatando, por el contrario y gracias a la ignorancia, bien que «a causa de su rusticidad se hallaban en la explicable creencia de que en su totalidad les correspondía el tesoro» (sentencia de 28 de noviembre de 1906) o bien que «lo hizo sin intención o malicia [...] dadas sus cualidades subjetivas y derivadas de su absoluta incultura y completa ignorancia» (sentencia de 18 de marzo de 1931). El error de Derecho no era, en principio, una causa de exclusión del dolo, salvo que, en determinadas circunstancias, pudiese asimilarse al error esencial de hecho como, por ejemplo, declaraba la sentencia

de 31 de diciembre de 1924: «La creencia de ejercitar un derecho constituye error esencial, invalidante del dolo, pero ha de mediar para ello la condición de que la creencia aparezca debidamente fundada y el error, por tanto, pueda considerarse invencible».

El gran cambio se había producido en la dogmática penal cuando la relevancia del error de Derecho se trasladó desde la teoría del dolo a la teoría de la culpabilidad. De acuerdo con la teoría de la culpabilidad, el error de Derecho, aun siendo irrelevante para el dolo, es relevante para la culpabilidad y ello exige distinguir entre el error sobre el tipo (que excluye el dolo) y el error de prohibición, que, si bien no excluye el dolo, sí permite graduar la culpabilidad. Esta fue la tesis que, como acabo de indicar, asumió el Tribunal Supremo alemán en 1952 y terminó por ser incorporada a la legislación penal en 1975, en el § 17 del Código Penal de la República Federal Alemana (*Strafgesetzbuch*). En España fue la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio la que introdujo un artículo 6 bis cuyo apartado a) acogía la distinción entre el error de tipo, invencible y vencible, y el error de prohibición, invencible y vencible; el error-de-tipo invencible excluye la responsabilidad o, si es sobre una agravante, su apreciación; el error-de-tipo vencible permite castigar la infracción como culposa; el error-de-prohibición invencible excluye la responsabilidad; y el error-de-prohibición vencible atenúa en uno o dos grados la pena. El Código Penal vigente, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en su artículo 14 introduce algunas modificaciones formales, pero mantiene las mismas distinciones con los mismos efectos.

Este régimen penal se extiende al régimen de las sanciones administrativas. Sin duda alguna, la peculiaridad más relevante en el ámbito del Derecho administrativo sancionador deriva de la mayor exigencia de diligencia por conocer el derecho aplicable a una actividad cuando se trata de relaciones de las llamadas de «especial sujeción» o de actividades de carácter profesional, técnico o industrial que se

entienden sometidas a una especial obligación de diligencia, lo que se ha denominado como «especial severidad» en el orden administrativo. Esta es la posición vigente en la doctrina jurisprudencial española ya que, como señala Alejandro Nieto, «para el Tribunal Supremo la profesionalidad del autor excluye la posibilidad del error en razón a su obligación de no equivocarse» (Nieto, 1994: 367). Es decir, difícilmente podría alegar y probar un error invencible en el orden administrativo quien voluntariamente realiza una actividad regulada por el Derecho administrativo y, al hacerlo, asume —o podemos afirmar que debería haber asumido— obligaciones especiales de información y asesoramiento sobre las condiciones de ejercicio de tal actividad, que es justamente lo que ocurre con los profesionales y cuyo fundamento debe entenderse extensible a cualquier actividad de acceso reglado, como la que realiza el titular de un permiso de conducir, de un permiso de caza, de una licencia de apertura de un local público, etc.

De esta forma, en el ámbito de las normas con sanción represiva, la ignorancia del Derecho ha terminado por ser admitida bien con un total efecto exculpatorio si la ignorancia es invencible, bien con un efecto solo atenuante si la ignorancia es vencible.

5. CONCLUSIÓN: LA JUSTIFICACIÓN DE UN PRINCIPIO MUY MODESTO

Como hemos visto, el principio de ignorancia, en su formulación legislativa, aparece como un principio muy general en su alcance y muy estricto en sus consecuencias. Su justificación clásica parece estar asociada a una obligación general subjetiva de conocer las leyes; su justificación ilustrada parece trasladarse a una necesidad colectiva de aplicar las leyes establecidas previa garantía de que los destinatarios puedan haberlas conocido. Sin embargo, tanto el análisis histórico como el análisis ac-

tual muestran que el alcance del principio y la rigidez de sus consecuencias han sido continuamente objeto de minoración.

En su alcance actual, en un sistema jurídico como el español, 1. el principio de ignorancia no es aplicable a los supuestos de incumplimiento de normas con sanción meramente restitutiva, pues, en tales casos, el Derecho se limita a requerir el cumplimiento de la norma desde que el agente es requerido conforme a la ley para hacerlo y, al ser requerido, la norma se hace para él conocida y la ignorancia deja de existir; 2. el principio no es aplicable a los supuestos de normas con sanción represiva sobre acciones *mala in se* pues se trata de acciones cuyo reproche social es generalmente admitido y notorio, y cuando el agente puede demostrar una ignorancia o error invencible, entonces queda excusado; y 3. el principio solo es parcialmente aplicable a los supuestos de normas con sanción represiva sobre acciones *mala prohibita*, pues cuando el agente puede demostrar una ignorancia o error invencible queda excusado y cuando puede demostrar una ignorancia o error vencible la pena queda atenuada.

¿Cuál es, entonces, el alcance actual del principio? El principio solo alcanza a soportar el efecto de ciertas redistribuciones del daño asociadas a la responsabilidad contractual o extracontractual como son la compensación del lucro cesante o del daño emergente y a soportar una sanción atenuada en uno o dos grados en el caso de normas represivas y de ignorancia o error vencible.

Lo único que hay que justificar, en consecuencia, es por qué —en el primer supuesto— es justo cargar los daños sobre el incumplidor ignorante y no sobre el cumplidor (conocedor o, quizá también, ignorante) y por qué es justo castigar atenuadamente —en el segundo supuesto— al infractor ignorante. El problema de atribuir el coste del daño causado al incumplidor ignorante o a la víctima de su incumplimiento (sea conocedora o ignorante de la ley) puede resolverse razonablemente sin necesidad de recurrir a ninguna presunción de conoci-

miento ni a ninguna obligación infringida de conocer las leyes. Tampoco es necesario ni deseable recurrir a un análisis económico para atribuir el daño a quien con menos coste hubiera podido evitarlo en el caso concreto.

La seguridad que un ordenamiento jurídico eficaz ofrece a sus destinatarios, y que es el primer instrumento de la posibilidad de actuar libremente, justifica suficientemente que aquel cuyo comportamiento, por ignorancia, no se ajusta a la norma jurídica asuma los riesgos derivados de él, tanto si la víctima también actuaba con ignorancia como, con mayor motivo, si esta actuaba con conocimiento. De otro modo, no solo los ignorantes, sino tampoco los conocedores podrían apoyar la previsión de las consecuencias de sus decisiones en la exis-

tencia de normas jurídicas, y las normas jurídicas serían inútiles.

En el segundo supuesto, la única justificación posible para castigar, aunque sea atenuadamente, al infractor ignorante es que su ignorancia era vencible y ello solo tiene sentido si se admite una obligación implícita de conocer las leyes. Se trata, sin embargo, de una obligación atenuada y esgrimida preventivamente, de forma que el agente aprenda que la sociedad le requiere una cierta diligencia para conocer las leyes que pueden afectarle.

No parece, desde luego, que se trate en ninguno de ambos supuestos de una farsa, un absurdo, un escarnio ni una tiranía. Parece, más bien, un modesto precio a pagar si merece la pena vivir bajo el imperio de las leyes.

NOTAS

1. Este es el texto de la ponencia que leí en el Coloquio Derecho Civil-Filosofía del Derecho «La ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento» celebrado en la Universidad de Zaragoza el 26 septiembre 2014. Quiero expresar mi agradecimiento a los profesores Jesús Delgado y Manuel Atienza que organizaron tan inusual encuentro, eligieron un tema sobre el que yo había trabajado en los últimos años y me invitaron a exponer allí mi punto de vista.

La primera vez que me ocupé del tema fue en mi libro «La eficacia de las normas jurídicas», publicado por primera vez en 2003, donde lo abordaba en la introducción histórica acompañando a otros dos, el de la costumbre *contra legem* y el del desuso. Estos dos temas tenían luego en aquel libro un mayor desarrollo por afectar a los aspectos teóricos de la eficacia de las normas jurídicas legisladas, pero la cuestión del principio de ignorancia no encontraba allí lugar y quedaba sin resolver por lo que añadí un breve epílogo proponiendo una solución. Posteriormente elaboré una versión del tema que unía la parte histórica y la parte sistemática, con alguna mayor extensión, que presenté como ponencia en el XV Seminario Hispano-Italiano de Teoría del Derecho que se celebró durante los días 23 y 24 de octubre de 2009 en Florencia, organizado en esa ocasión por el Centre de Théorie et Analyse du Droit de la Université Paris Ouest Nanterre, cuya discusión me ayudó a corregir y completar mi propuesta (Hierro 2011). Tuve también ocasión de presentar una versión abreviada en junio de 2012, en el Máster sobre Argumentación Jurídica que se imparte en la Universidad de Alicante, y fue también el contenido de la Lección de Apertura del Curso Académico 2013-2014 en la Universidad Autónoma de Madrid.

El profesor Jesús Delgado conoce bien la versión que aparece en el libro y la de 2011 y ha sido crítico con ellas por cuanto se refiere a mis críticas a Joaquín Costa. Tiene razón tanto cuando señala que «Hierro no profundiza en la obra de Costa» como cuando afirma que «sin embargo, sus páginas son objetivamente un homenaje al jurista aragonés» (Delgado 2013, 124). Tampoco ahora profundizaré en la obra de Costa, lo que me excede personalmente y excede también mi objetivo al tratar de desentrañar la justificación —si la tiene— del principio de inexcusabilidad de la ignorancia. Precisamente en lo que yo discrepo de Costa es en que creo que la tiene mientras que él no lo creía.

2. *Vid.* para todas las referencias, García Gallo (1959: 125-128).

BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES (1989): *Ética a Nicómaco*, edición de M. Araujo y J. Marías, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- AUSTIN, John ([1861] 1970): *Lectures on Jurisprudence*, tres volúmenes, Nueva York: Burt Franklin.
- BENTHAM, Jeremy ([1821] 1981): *Tratados de legislación civil y penal*, ed. de Ramón Salas, Madrid: Editora Nacional.
- CASTRO, Federico de (1949): *Derecho civil de España, I*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- COSTA, Joaquín (1901): *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referendum y la costumbre*, Barcelona: Sucesores de Manuel Soler.
- (2000): *El problema de la ignorancia del Derecho*, Madrid: Civitas.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (2013): «El problema de la ignorancia del derecho en Joaquín Costa: una visión refleja» en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa*, Madrid: Dykinson, 115-128.
- DURKHEIM, Émile ([1893] 1967): *De la Division du Travail Social*, París: Presses Universitaires de France.
- GARCÍA GALLO, Alfonso (1959): *Manual de historia del Derecho Español*, T. I: *El origen y la evolución del Derecho*; y T. II: *Antología de las fuentes del antiguo Derecho*, Madrid: ed. del autor.
- HIERRO, Liborio (2011): «Sobre el modesto principio de que la ignorancia del Derecho no excusa de su cumplimiento», en Pierre Brunet y Federico J. Arena (dirs.), *Cuestiones contemporáneas de teoría analítica del Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 99-127.
- MOLINA, Fernando (2000): *Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)*, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 53 (1), 169-284.
- NIETO, Alejandro (2^a1994): *Derecho administrativo sancionador*, Madrid: Tecnos.
- PANTALEÓN, Fernando (ed.) (2001): *La responsabilidad en el Derecho*, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4.

LA IGNORANCIA DE LA LEY NO EXCUSA DE LAS CONSECUENCIAS DE SU
INCUMPLIMIENTO (PERO A VECES SÍ)
IGNORANCE OF THE LAW EXCUSES NO ONE (BUT SOMETIMES ACTUALLY IT
DOES)

Juan Antonio García Amado

Pilar Gutiérrez Santiago

RESUMEN

Más allá de los tópicos doctrinales que, al cobijo de ficciones, metaficciones y presunciones, tratan de fundamentar —insatisfactoriamente y con insalvables contradicciones— la positivización del clásico brocardo de que «la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento», se hace preciso incardinar este en la complejidad del sistema jurídico y afrontar su análisis en clave de teoría de las normas jurídicas y de su rica y diversa tipología. A la luz del examen de la estructura de las más prototípicas clases de normas y de sus respectivos efectos, y tras dar cuenta del cabal significado del desconocimiento subjetivo de la norma y su repercusión jurídica, podrá atisbarse que la plasmación expresa de aquel principio en el artículo 6.1 del Código Civil deviene estéril y hueca de contenido. Igualmente prescindible resulta la alusión normativa de ese mismo precepto al error de Derecho y sus consecuencias. Y tampoco el recurso al artículo 6.3 sobre el régimen general de la nulidad y sus excepciones se torna necesario ni añade nada de particular al juego propio de las exoneraciones de efectos de las normas que, por mor de la ignorancia de las mismas, cada una de ellas pueda prever.

PALABRAS CLAVE

Ignorancia de la ley, Teoría de las normas jurídicas, Obligatoriedad y efectos de las normas, Error de hecho y error de Derecho, la Nulidad y sus excepciones.

ABSTRACT

Ignorance of the law excuses no one is one of the most recurrent legal aphorisms. But does it remain good law? We argue in this paper that to ascertain the normative value of «ignorance of the law excuses no one» requires going beyond doctrinal rhetoric, and in particular, setting aside the fictions, meta-fictions and assumptions on the basis of which a full assessment of the real value of the aphorism, which should take seriously the complexity of the legal system, is frequently avoided. We start by dissecting the structure and effects of the paradigmatic types of legal norms. We then consider what should be understood by subjective ignorance of the law, and what implications should be drawn when ignorance is actually ascertained. We conclude that the fact that «ignorance of the law excuses no one» is enshrined in Section 6.1 of the Spanish Civil Code does not make the aphorism less indeterminate and, consequently, less irrelevant in actual legal practice. The same conclusion should be extended to the reference that can be found in the same Section of the Code to errors in law and in fact, and to their normative implications. Moreover, the framework regulation of nullity and its exceptions, contained in Section 6.3 of the Spanish Civil Code, does not alter the specific effects that are to be assigned to ignorance of the law according to specific legal provisions.

KEY WORDS

Ignorance of the law, Theory of legal norms, Binding character and effectiveness of legal norms, Errors in law and in fact, Nullity: rule and exceptions.

LA IGNORANCIA DE LA LEY NO EXCUSA DE LAS CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO (PERO A VECES SÍ)*

Juan Antonio García Amado

Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León

Pilar Gutiérrez Santiago

Profesora Titular de Derecho Civil (Acreditada CU, 2009)
Universidad de León

Sumario: 1. Planteamiento del problema. Tópicos doctrinales en la fundamentación teórica del art. 6.1 CC: ficciones, metaficciones, presunciones y contradicciones. 2. Obligatoriedad de las normas jurídicas *vs.* conocimiento o desconocimiento subjetivo de la norma. 3. El principio de «la ignorancia de la ley» a la luz de la teoría de las normas jurídicas: lo que las normas mandan y los efectos de las normas. 3.1. Normas que de modo directo confieren un estatus jurídico o una calificación jurídica: la intrascendencia del desconocimiento de la norma. 3.2. Normas instrumentales e «ignorancia de la ley». 3.2.1. Un par de supuestos tipo. 3.2.2. Referencia particular a las llamadas normas «constitutivas» y la nulidad del art. 6.3 CC (con sus matices y excepciones). 3.2.3. ¿Y «la exclusión voluntaria de la ley aplicable» del art. 6.2 CC? 3.2.4. A modo de colofón: el innecesario recurso a la regla de «la ignorancia de la ley» en sede de normas instrumentales. 3.3. Normas sancionadoras y directamente imperativas: de nuevo la redundancia de la positivización de la cláusula general de «la ignorancia de la ley». 3.3.1. La estructura prototípica de dichas normas y la prescindible alusión del art. 6.1 CC al «error de Derecho» y sus consecuencias jurídicas. 3.3.2. El juego propio de las exoneraciones de efectos de las normas sancionatorias, al margen del art. 6.1 CC.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «Razonamiento judicial. Bases teóricas y análisis prácticos» (DER2013-47662-C2-1-R; Calificación: A), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (Proyecto de I+D+i del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los Retos de la Sociedad).

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. TÓPICOS DOCTRINALES EN LA FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA DEL ART. 6.1 CC: FICCIONES, METAFICCIONES, PRESUNCIONES Y CONTRADICCIONES

Del viejo principio o brocardo jurídico de que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, como de tantísimos otros, no se puede apenas hablar con sentido si no es basándose en una adecuada teoría de las normas jurídicas. Fuera de ahí no tiene más valor que el de un tópico, es decir, un argumento que se usa para respaldar una decisión o solución, pero cuya utilidad, la del argumento, deriva nada más que de su fuerza sugestiva, de la apariencia de que se está dando una razón, mientras que, en verdad, solo se pronuncia una frase a la que la justificación y la coherencia última se le presupone sin detallarla.

Cuando se entra a saco en la fundamentación teórica de un tópico tal, de un argumento de ese tipo, la salida más fácil consiste en sostener que en el fondo late una especie de ficción operativa, un «como si» que en la práctica jurídica se asume contrafácticamente. En este caso, se trata de la *ficción* de que todos los ciudadanos, en cuanto destinatarios reales o potenciales de las normas jurídicas, están obligados a conocerlas y de que se les «sanciona» en el caso de que no las conozcan, es decir, de que, cuando esas normas les son aplicables, las ignoran. La dureza o desmesura de tal exigencia de conocimiento no puede dejar de ser matizada cuando nos hallamos ante sistemas jurídicos extraordinariamente complejos y «artificiales» como los sistemas jurídicos modernos. Entonces, ante el *hecho* evidente de que nadie sabe de todas las normas jurídicas en vigor, ni siquiera las que le puedan ser aplicables, se introduce el matiz: en realidad, no se estaría exigiendo el conocimiento efectivo de la existencia y contenido de todas las normas, sino su mera *posibi-*

*lidad*¹. Puesto que está vedado el Derecho secreto y dado que es imperativo que las normas jurídicas se publiquen o que se arbitren ciertos mecanismos que permitan su conocimiento al que lo busque, basta esa posibilidad tangible de conocer las normas por los ciudadanos para que a estos se les pueda exigir su cumplimiento o acatamiento como si las conocieran; es decir, como si hubieran empleado el esfuerzo y la diligencia necesarios para llegar a conocerlas y saber lo que imponen.

Así pues, frente al hecho indudable de que nadie conoce todas las normas jurídicas en los sistemas jurídicos complejos, y dado que nadie las conoce todas porque conocerlas todas es imposible, se asume que no tiene mucho sentido hablar de una auténtica obligación, pues sería una obligación de imposible cumplimiento². Hacerle a alguien «pagar» por no conocer lo que asumimos que no puede conocer suena a escarnio, incluso si asumimos que tal obligación es en verdad una ficción. Entonces se da un paso atrás y se mantiene que no es que el sujeto desconocedor incumpla la obligación de conocer todas las normas, y dentro de ellas esa que viene a su caso: se trata, más bien, de que tal sujeto *podría haberla conocido* si hubiera querido, pues estaba disponible y al alcance de su saber si hubiera puesto los medios que para ello le eran posibles. Aquí ya no se afirma el incumplimiento de una obligación inmediata de conocer, sino de una obligación de diligencia³. Ese sujeto no «paga» por desconocer la norma que debía conocer junto con todas las demás, sino por incumplir la obligación de poner los medios a su disposición para haber conocido en tiempo y forma la norma particular que afectaba a su caso o situación⁴.

Pero esta segunda vía no lleva a resultados ni tiene fundamentos muy congruentes o razonables. En primer lugar, porque presupone al menos una norma jurídica cuya presencia en los ordenamientos jurídicos es más que dudosa, a saber, aquella que estipula la obligación de cada sujeto de utilizar los medios razonablemente a su alcance para conocer a tiempo las normas aplicables a su situación o su caso.

En segundo lugar, porque suscita y muy difícilmente resuelve el problema de la *autorreferencia* de tal norma⁵: qué pasa si esa norma tan especial, en caso de que exista, no es conocida por el sujeto. Llegamos a aporías así siempre que jugamos con ficciones y nos olvidamos de que lo son y de que ciertos fundamentos de una ficción no son más que metaficciones o ficciones de segundo grado. En este caso, esa *metaficción* consiste en postular como fundamento esa norma ficticia: la que obliga a cada ciudadano a poner los medios razonablemente necesarios para conocer la norma que directamente o inmediatamente le afecta.

Una figura que seguramente se ha empleado con alguna frecuencia para dar cuenta de lo que representa ese precepto del art. 6.1 del Código Civil (antes de 1974 en el art. 2⁶) es la de la *presunción*⁷. El legislador puede afirmar que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento porque se acoge a la presunción de que el ciudadano conoce o puede efectivamente conocer toda la legislación⁸. Ese planteamiento no solo es completamente absurdo debido el desbordamiento de la producción jurídica, que también⁹, sino que tendría muy poco sentido aun cuando no fuera tan abrumadora la proliferación de normas legales y reglamentarias¹⁰. Y es que decir que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento puesto que se supone que todos la conocen o pueden conocerla es tan extraño como decir que los gorditos no están eximidos de cumplir las normas porque se les considera flacos o porque podrían adelgazar o haber adelgazado. Sencillamente, no tiene sentido ni puede valer como explicación. Una fundamentación inverosímil de una norma incomprendible únicamente puede incrementar la oscuridad. En cierta dogmática se aprecia a menudo lo que podemos llamar el efecto multiplicador de las oscuridades: una práctica o institución que no se entiende viene respaldada por una explicación incomprendible.

Mientras que el jurista ortodoxo y con «fe» en los fundamentos perfectamente racionales del sistema se acoge a ese tratamiento de las ficciones como si no fueran tales, la reacción

desencantada y terminante viene del escéptico que quiere zanjar la cuestión expeditivamente. Ese escéptico corta por lo sano y afirma que el «principio» de que la ignorancia de la ley no excusa es un puro requerimiento operativo de los sistemas jurídicos, una condición ineludible para su efectivo funcionamiento, para *la eficacia de sus normas*. No se trataría, pues, de que la ignorancia excuse o no, sino de que las normas tienen que aplicarse a sus destinatarios sin pararse en ciertos detalles subjetivos, en todos aquellos detalles subjetivos que el propio sistema no incluya en el supuesto de hecho de la respectiva norma. Así que, bajo este punto de vista, que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento solo significa esto: que al sujeto se le va a aplicar la norma en todo caso, a no ser que en la norma misma (o en el entramado de normas que se apliquen al caso) se contemple como descargo ese dato subjetivo del desconocimiento, igual que pueden contemplarse tantos otros datos subjetivos (u objetivos) de descargo (o de cargo o agravación).

Cuando nos empeñamos en justificar lo obvio —en este caso que las normas jurídicas son obligatorias (jurídicamente) porque son jurídicas y que son jurídicas porque son obligatorias (jurídicamente)—, corremos el peligro de retroceder mientras creemos que avanzamos; el rey sigue desnudo, pero le vamos añadiendo vestidos imaginarios. Veamos el siguiente fragmento de una tratadista reciente de este tema: en el Estado de Derecho «la *ignorantia iuris* no opera como imperativo de que todos lo conocen, por la notoria imposibilidad material que supondría lo primero y la evidente falsedad de la segunda [*sic*]. La propia libertad, igualdad y dignidad de la persona humana [*sic*], que constituye el soporte informador del Estado de Derecho resulta incompatible con la atribución a la ciudadanía de deberes imposibles o de sumisión a presunciones *iuris et de iure* manifiestamente falsas o absurdas y por tanto injustas. El sentido de la ignorancia del Derecho en la sociedad democrática no es otro que el de garantizar los principios de validez y eficacia del Derecho. Esa garantía requiere la

sujeción general de los poderes públicos y de todos los ciudadanos al ordenamiento jurídico y, por consiguiente, la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley»¹¹.

Perfecto; pero, de este modo, tenemos que:

- a) no tiene sentido ordenar a todos los ciudadanos que conozcan todas las normas jurídicas;
- b) no tiene sentido presumir que las conocen;
- c) vale de poco resaltar que podrían haberlas conocido, cuando resulta que las que les importaban no las conocían. Mas, de tal modo puestos ante la Gorgona del poder que en todo Derecho se expresa, acudimos a las bases valorativas del Estado de Derecho y le explicamos al ciudadano que la ley se le va a aplicar aunque ni la conozca ni prácticamente pueda conocerla muchas veces (aun cuando esté publicada, naturalmente), y menos saber cómo se deberá interpretar o cómo la van a interpretar mañana los jueces en su caso, pero que se le aplica porque es buena y legítima, ya que nace del Estado de Derecho y que, además, puede estar tranquilo porque hay igualdad en esa sumisión. Se oculta así algo bastante obvio: que también donde no había o no hay Estado de Derecho ni cosa que se le parezca el Derecho se aplica a los que lo ignoran y que, dado que el fenómeno es general, ha de valer con idéntica generalidad la explicación o fundamentación que se busca y seguramente tiene que hallarse en las condiciones estructurales de lo jurídico, no en los coyunturales caracteres de un sistema jurídico-político preciso, aunque sea el nuestro y el que nos gusta.

Las *contradicciones*, pues, están servidas. Primero se ha afirmado que el sentido de la ignorancia del Derecho, también en la sociedad democrática, está en «asegurar que la validez y la eficacia de la ley no se hallará supeditada a pretextos de su conocimiento por parte de los destinatarios obligados por ellas», pero enseguida se puntualiza que «al propio tiempo, el Estado social y democrático de Derecho, en cuanto entraña no solo un orden de garantías formales sino un sistema de valores materiales, no puede permanecer insensible a las circunstancias subjetivas que inciden en el conoci-

miento del Derecho, siendo este el criterio de la Jurisprudencia que ha interpretado el precepto citado no como deber general de conocer las leyes de cumplimiento imposible o una necesidad social de imponer sus consecuencias, sean o no conocidas, sino como un principio de que la ignorancia de las leyes a nadie debe aprovechar»¹². Comentemos brevemente este párrafo, bien representativo de tantos que hoy se leen sobre este tema.

En primer lugar, si reconducimos el problema a aquellos casos en que alguien usa el desconocimiento como pretexto y trata de sacar partido, desviamos el problema teórico real que nos ocupa. Problemas de prueba al margen, la ignorancia fingida, la ignorancia que podríamos llamar dolosa o la ignorancia no excusable no es la cuestión central aquí. Y si hemos dicho que nadie puede conocer todas las normas, aun obrando de buena fe y con la más honesta de las intenciones, no cabe que luego justifiquemos la imposición de la norma desconocida como manera de evitar las malas jugadas de listillos y aprovechados.

En segundo lugar, si no podemos permanecer insensibles «a las circunstancias subjetivas que inciden en el conocimiento del Derecho», volvemos al principio, a donde estábamos, y resulta que no hemos avanzado nada. Pues precisamente ahí está el problema: afirmamos que somos «sensibles» a esas circunstancias y, al mismo tiempo, que la regla de que la ignorancia no excusa se fundamenta en la garantía de la validez y eficacia de las normas. Y ahí va a resultar que el fundamento poco tiene que ver con nuestras sensibilidades, sino, en efecto, con los atributos constitutivos de lo jurídico. Pues vemos que: a) para todos los sistemas jurídicos sus normas (válidas) son por definición jurídicamente obligatorias, y no puede ser de otro modo; b) que los sistemas jurídicos también contienen normas que son dispositivas, con su particular estilo de obligatoriedad¹³; c) que los sistemas jurídicos pueden regular y regulan de modos muy diversos los efectos de sus normas y no por ello dejan de tratarlas como obligatorias; d) que, a la hora de graduar los

efectos de sus normas, uno de los elementos que los sistemas jurídicos pueden tomar en consideración es el conocimiento de las mismas (o el conocimiento de ciertos datos fácticos —error de hecho—) por sus destinatarios; e) que la distinción básica y habitual que a tal fin los sistemas jurídicos usan es entre desconocimiento excusable o no excusable.

Y algo más: lo que acaba de decirse es común tanto a los sistemas jurídicos democráticos y de Estado de Derecho como a los dictatoriales y autoritarios. Conviene que aclaremos cuándo estamos haciendo teoría del Derecho en general y cuándo estamos dedicados a la teoría del Derecho legítimo o teoría del Derecho del Estado de Derecho. Podemos cultivar una, otra o ambas, pero no hay que perder de vista que cuando empezamos las monografías estudiando el tratamiento de la *ignorantia iuris* en el Derecho romano y en las Partidas o en el Fuero Juzgo no estamos refiriéndonos al Estado de Derecho. Si el problema teórico es común y sus soluciones muy coincidentes, ha de ser porque topamos con una cuestión teórica general que se relaciona con la naturaleza del Derecho, no con un asunto específico del Derecho nuestro que vaya a recibir una luz nueva y distinta porque vivamos, aquí y ahora, en democracia. En democracia y Estado de Derecho la cuestión de la ignorancia de la ley no se resuelve mejor y más fácilmente, sino con mayor dificultad, ya que se hace más aguda la tensión entre la autonomía del sujeto y la heteronomía de lo jurídico. Por consiguiente, la paradoja resplandece: el ciudadano autónomo, que lo es gracias al Derecho del Estado de Derecho, no puede dejar de ser un ciudadano sometido al Derecho y al Estado (de Derecho). La alternativa no está en la retórica que finge resolver las contradicciones mediante alquimias morales y acumulación de principios anestésicos, sino en la anarquía.

Si pretendemos ir más allá de los tópicos doctrinales y las fundamentaciones apresuradas, deberíamos dar buena cuenta de la complejidad de los sistemas jurídicos. La complejidad nace aquí, ante todo, de la diversidad de

las normas jurídicas, que responde a la variedad de sus funciones y a la riqueza de situaciones que las normas contemplan para sus fines reguladores. Mas si, como se requiere, nos embarcamos tentativamente en una teoría de las normas, acabaremos concluyendo seguramente que el «principio» expreso de que la ignorancia de las normas no excusa de su cumplimiento es perfectamente *prescindible y vacío* y apenas cabe añadir nada a esa su utilidad como *tópico o argumento aparente*. Intentaremos, en lo que sigue, sustentar esta hipótesis valiéndonos de una cierta y provisional teoría de las normas.

2. OBLIGATORIEDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS VS. CONOCIMIENTO O DESCONOCIMIENTO SUBJETIVO DE LA NORMA

Si tomamos la primera frase del art. 6.1 del Código Civil («La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento»), lo primero que comprobamos es la enorme imprecisión o equívocidad del enunciado. Es evidente que las normas jurídicas tienen y han de tener un esencial componente imperativo o de obligatoriedad, de obligatoriedad *jurídica*. Eso queda también de manifiesto cuando el art. 9.1 de la Constitución dice que «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Ahora bien, el hecho de que un ciudadano esté sujeto o atado al ordenamiento jurídico o que esté obligado a cumplir las normas jurídicas no es ningún atributo ontológico o «natural» de los ciudadanos (o de los poderes públicos); significa simplemente que los sistemas jurídicos ven sus normas como obligatorias o imperativas para los destinatarios, en sentido lato de imperatividad u obligatoriedad¹⁴. Y esto, a su vez, solo implica una cosa: que los sistemas jurídicos hacen valer frente a los sujetos ciertas consecuencias por el no cumplimiento de sus normas, consecuencias que son jurídicas, es

decir, consecuencias a la luz del propio sistema jurídico y de sus normas.

La base para la calificación jurídica de un comportamiento o situación del sujeto no está, como regla general, en su actitud o en su conocimiento. Si la base para la aplicación de la norma y de la consecuencia jurídica correspondiente fuera un contenido de conocimiento del sujeto, habría que entender también que el acatamiento por desconocimiento no es obediencia jurídicamente válida, de manera que no se desplegarían las consecuencias correspondientes cuando faltase ese conocimiento. El que materialmente cumple con lo que la norma dispone sin saber que la norma lo dispone no estaría actuando, entonces, jurídicamente y su acción no debería surtir los efectos correspondientes¹⁵. Y esto, obviamente, no es así ni puede ser así.

Podemos, por tanto, formular la primera tesis de la siguiente manera. El conocimiento de la norma o de ciertos datos normativos, al igual que el conocimiento de ciertos hechos, es un dato atinente a la *subjetividad* del individuo que opera de modo estructuralmente igual a cualesquiera otros datos subjetivos (intención, actitud, interés personal, sentimientos, emociones): solo cuando las normas correspondientes integran esos hechos subjetivos como parte del supuesto de hecho y, por tanto, como condición para que la norma surta sus efectos, para que puedan o deban aplicarse sus consecuencias jurídicas.

Así pues, decir, con carácter general, que el desconocimiento de la norma no excusa¹⁶ es como decir que la buena intención no excusa o que el amor no excusa o que el interés loable o razonable no excusa: una afirmación burda y ociosa¹⁷. No hay ningún dato referido a la subjetividad del individuo que con carácter general justifique jurídicamente el incumplimiento de lo que las normas mandan o disponen, es decir, que libre de la consecuencia jurídica cuando esta es negativa de algún modo para el sujeto; de la misma manera que, cuando la consecuencia jurídica es positiva para el sujeto (un premio, una recompensa, una ventaja), no

hay con carácter general ningún dato subjetivo que garantice esa consecuencia positiva ni que la excluya. Así que veamos.

3. EL PRINCIPIO DE «LA IGNORANCIA DE LA LEY» A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LAS NORMAS JURÍDICAS: LO QUE LAS NORMAS MANDAN Y LOS EFECTOS DE LAS NORMAS

En el Derecho tenemos muy distintos tipos de normas y muy diferentes clases de consecuencias jurídicas vinculadas a la realización de la conducta por la norma positivamente mandada, prohibida o permitida. Describamos, pues, algunas de esas clases de normas y tratemos de precisar su relevancia y su juego para nuestro tema.

3.1. NORMAS QUE DE MODO DIRECTO CONFIEREN UN ESTATUS JURÍDICO O UNA CALIFICACIÓN JURÍDICA: LA INTRASCENDENCIA DEL DESCONOCIMIENTO DE LA NORMA

Un ejemplo bien sencillo entre muchos otros lo encontramos en el art. 12 de la Constitución: «Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años»¹⁸. Donde este artículo dice «dieciocho» podría haber dicho diecisiete o diecinueve, sin duda y al margen de cualesquiera debates políticos y morales. Lo que en razón de tal norma se alcanza al cumplir dieciocho años es el estatuto de mayor de edad y a ese estatuto va ligado un amplio ramillete de deberes, responsabilidades, derechos, facultades o poderes.

Con las normas de este tipo *no tiene sentido plantearse las consecuencias del desconocimiento de la norma*. Dado el hecho desencadenante (el cumplir los dieciocho años), el estatuto de mayor

de edad se alcanza y se alcanza tanto si ese sujeto como los demás conocen como si no conocen la norma de referencia: tal conocimiento o desconocimiento es jurídicamente intrascendente.

Por supuesto, podría ser de otra manera si la norma determinante así lo dispusiera. En el citado ejemplo, el artículo 12 de la Constitución podría decir: «Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años, siempre que cada uno sepa que es mayor de edad a los dieciocho años». Entonces, para ser mayor de dieciocho años a efectos de nuestro ordenamiento jurídico, se estarían exigiendo dos cosas: tener dieciocho años y conocer este artículo 12. Suena absurdo, pero en hipótesis cabría y significaría que la mayoría de edad solo contaría para los que supieran de la norma y la entendieran.

Asunto bien diferente es el desconocimiento o error sobre los *hechos*. El sujeto S nació hace dieciocho años y dos meses, pero él mismo cree erróneamente que nació hace diecisiete años y tres días y obra en consecuencia. O el sujeto S' piensa erróneamente que S no tiene los dieciocho años bien cumplidos, sino diecisiete; o, para que resulte más fácil, construyamos el ejemplo al revés: S tiene diecisiete años y S' cree con error que ya ha cumplido los dieciocho. Sea como sea, nos encontraremos muy diversas normas reguladoras de los efectos de ese error sobre los hechos y en función de las circunstancias del mismo (error vencible o invencible, error provocado con mala fe o sin mala fe, etc.), pero es bien difícil imaginar supuestos en los que lo que el sistema jurídico tome en cuenta no sea el error sobre los hechos, sino el error sobre la norma de esa clase. Si acaso, habría que estudiar la posible incidencia del error de prohibición en ciertos tipos penales en los que la edad —por ejemplo, la edad de la víctima— es decisiva¹⁹.

3.2. NORMAS INSTRUMENTALES E «IGNORANCIA DE LA LEY»

Llamamos normas instrumentales a aquellas que establecen la realización de ciertas

conductas para la consecución de determinado objetivo pretendido. La variedad aquí es muy amplia, así que diferenciamos algunas clases sin pretensión alguna de exhaustividad.

3.2.1. Un par de supuestos tipo

(i) *Normas que disponen los requisitos o condiciones para que un sujeto pueda ejercer cierto derecho, poder o facultad.* Por ejemplo, para presentar una demanda en defensa de cierto derecho he de someterme a un plazo y a determinadas formalidades, para votar en ciertas elecciones debo inscribirme previamente en un censo, para matricularme en una carrera universitaria tengo que abonar unas tasas, para poder asistir a las sesiones de un congreso científico debo hacer un acto formal de inscripción

No es fácil concebir casos en los que la ignorancia de la correspondiente norma pueda exonerar de su cumplimiento, de manera que el objetivo pretendido (que se admita a trámite la demanda, que se me considere estudiante regular de esa universidad, que se me permita asistir al congreso válidamente y con los derechos consiguientes) se pueda conseguir, conforme a Derecho, cuando no se ha realizado lo exigido porque se ignora la exigencia. Pero sin duda en la jurisprudencia encontraremos más de cuatro resoluciones judiciales que dejan sin efecto la consecuencia de la norma clara para hacerle favor al principio oscuro y, de paso, a la parte procesal más simpática.

Cosa diferente es que se ataque la validez de la norma en cuestión, por ejemplo porque se estima que su exigencia es desproporcionada y que ello hace de la norma un obstáculo para el ejercicio de algún derecho fundamental. Mas el debate sobre la validez de la norma o sobre su aplicabilidad a un sujeto concreto y en relación con sus derechos es asunto independiente del de los efectos de la ignorancia de la norma.

(ii) *Normas que ponen las condiciones de acción o conducta para que surja o aparezca una «entidad» jurídica a la que se vinculan ciertos*

efectos para los sujetos implicados o partícipes. Estas son una variedad esencial de las llamadas normas constitutivas. Por ejemplo, las normas que regulan la producción o creación de cosas tales como testamentos, contratos, matrimonios, sociedades civiles o mercantiles, fundaciones, etc., etc. Complemento o envés de esas normas serían las que versan sobre cómo «disolver» o extinguir esas «entidades».

Hemos dicho «condiciones de acción o de conducta» porque los correspondientes requisitos constitutivos o condicionantes que las normas ponen pueden ser de diferente índole. Así:

- Requisitos puramente fácticos: que cierto objeto esté en cierto lugar, que se posea un capital determinado, que determinada acción se lleve a cabo en un plazo concreto, etc.
- Requisitos atinentes a condiciones jurídicas de los sujetos: ser mayor de edad, no estar casado, no estar judicialmente incapacitado, tener cierto título jurídico sobre ciertos bienes, etc.

Y junto a esos aparecen los requerimientos que tratan sobre conductas (acciones u omisiones) de los sujetos: prestar consentimiento o prestarlo de determinada manera o con una precisa fórmula, firmar ciertos documentos, portar o aportar o entregar a alguien algunos objetos, acudir a un lugar específico, etc.

También pueden concurrir condiciones referidas a los terceros que puedan o deban intervenir en el acto constitutivo; por ejemplo, la presencia de cierto funcionario que lleve a cabo algunas formalidades, la actuación reglada de testigos, etc.

En ocasiones, la normativa pertinente solicita también la concurrencia de un elemento subjetivo, como una creencia; *v.gr.* la creencia de que la persona con la que nos casamos tiene determinadas características o está en determinada situación fáctica o jurídica, la creencia de que la otra persona abraza determinados sentimientos o propósitos —o no tiene otros sen-

timientos o propósitos—, la creencia de que algunos datos son verdaderos...

A las normas que aquí comparecen les falta en cierto sentido el elemento imperativo, pero en otros sentidos lo tienen plenamente. Quiere decirse que los sujetos no están obligados a hacer eso que hacen (casarse, contratar, testar), pero si quieren hacerlo deben hacerlo con esos requisitos, según tales pautas. El fin no es imperativo, pero son imperativos los medios o es imperativo elegir entre algunos de los medios normativamente prescritos (por ejemplo, las diversas modalidades legales para testar).

En esos ámbitos normativos, las consecuencias jurídicas principales o prioritarias que el Derecho regula tienen que ver con los efectos. ¿En qué sentido? En el sentido de que a la realización de los variados requisitos se liga la aparición o no de la correspondiente «entidad» jurídica (contrato, matrimonio, sociedad, testamento) para el Derecho. Por extensión, al surgimiento de tal «entidad» jurídica el Derecho anuda los consiguientes efectos para las partes (o, en su caso, para terceros), efectos que las partes (y quienes las normas dispongan) podrán reclamar o hacer valer con los medios coactivos del sistema jurídico.

¿Qué pasa si algunos de esos requisitos «constitutivos» no se cumplen? La consecuencia jurídica más grave que se une a los incumplimientos esenciales es *la nulidad*²⁰. En términos elementales y rotundos, y para abreviar, podemos entender que la nulidad significa que aquella «entidad» que se pretendía o se aparentaba no existe para el Derecho y, por tanto, sus efectos jurídicos no se despliegan. Detengámonos, pues, en este asunto.

3.2.2. Referencia particular a las llamadas normas «constitutivas» y la nulidad del art. 6.3 CC (con sus matices y excepciones)

Como pauta general, puede afirmarse que la ignorancia por las partes de esas normas «constitutivas», de tales requisitos normativos,

no libra de esa consecuencia jurídica de nulidad. El que yo ignore que para casarme tiene que haberse disuelto mi anterior matrimonio no sana este matrimonio nuevo. La norma requiere lo que requiere, lo sepa yo o no lo sepa y sea mi error vencible o invencible.

De inmediato, sin embargo, se imponen los *matices*:

- De un lado, las normas correspondientes pueden diferenciar entre requisitos esenciales o propiamente constitutivos y requisitos secundarios. Y, por ejemplo, pueden establecer que cierto vicio o incumplimiento es sanable *a posteriori* de alguna manera²¹. Pero esto es irrelevante a efectos del papel de la ignorancia sobre la norma. Que se pueda sanar lo que de la norma se incumplió porque la norma se ignoraba es independiente del juego del conocimiento: también sería sanable eso si la norma no se hubiera ignorado y simplemente se hubiera incumplido pese a conocerla. Salvo que sea la norma misma la que exija el desconocimiento de buena fe o no negligente para la sanación. No hay ahí, en consecuencia, una pauta general referida al conocimiento o desconocimiento.

Mas, a veces, el incumplimiento ligado al desconocimiento de la norma o de su correcta aplicación *se equipara a cumplimiento pleno y se desencadenan todos los efectos*. Dice el art. 53 del Código Civil: «La validez del matrimonio no quedará afectada por la incompetencia o falta de nombramiento legítimo del Juez, Alcalde o funcionario que lo autorice, siempre que al menos uno de los cónyuges hubiera procedido de buena fe y aquéllos ejercieran sus funciones públicamente». Y en el art. 78 CC se lee: «El juez no acordará la nulidad de un matrimonio por defecto de forma, si al menos uno de los cónyuges lo contrajo de buena fe, salvo lo

dispuesto en el número 3 del artículo 73». Entre los motivos que pueden sustentar la buena fe del contrayente está el desconocimiento de la norma que regula la competencia o los requisitos de forma²².

- En segundo lugar, aun cuando la «entidad» sea nula y jurídicamente no exista, ese conjunto de acciones que buscaban constituir la pueden haber tenido consecuencias de diverso género: económicas, psicológicas, profesionales. Y ello tanto para las partes directamente concernidas como para terceros. El sistema jurídico puede reaccionar a esas consecuencias —o «efectos secundarios», si se quiere— disponiendo cuándo proceden compensaciones o, en suma, quién carga con esas consecuencias negativas o quién se beneficia de las positivas, si las hubiera habido. Para ese fin de redistribución de las consecuencias, las normas podrán considerar aspectos tales como la actitud subjetiva de las partes (por ejemplo, buena fe o mala fe, dolo o negligencia), la situación comparativa de cada sujeto, sea por referencia a la otra parte, sea por referencia a su situación anterior, etc. Y siempre jugarán ciertas reglas de cierre, entre las que (fuera de los contratos) destaca la regla general de responsabilidad por daño del art. 1902 CC.

Nuevamente: la norma general es que *la ignorancia de estas normas redistributivas* de consecuencias no incide, pero ello no quita para que pueda haber normas que también —y para la regulación de tales efectos— consideren el elemento subjetivo del conocimiento o desconocimiento de las normas, bien por sí, bien asociado a otros datos «subjetivos» como el de la buena fe.

- Por otra parte, se impone prestar atención a la diferencia entre *error sobre los hechos y desconocimiento de la norma o*

error sobre la norma. ¿Qué significaría aquí que la ignorancia de la norma no excusa o no libera? Si la ignorancia del requisito legal constitutivo deja sin efecto el requisito, este ya no es constitutivo como tal o por sí, sino que deberíamos formularlo de otra manera: para la validez del acto (del matrimonio, del testamento, de la sociedad...) se requiere R y que el sujeto sepa que se requiere R. De modo que, si el sujeto desconocía la exigencia de R, R por sí no está exigido.

Otra cosa son los errores sobre hechos. El sujeto no desconoce que la norma requiera R, sino que cree que R se cumple. Por ejemplo, el sujeto sabe que la persona con la que contrae matrimonio no puede estar casada, pero cree equivocadamente que no lo está. El error de hecho y el error sobre la norma son conceptualmente distintos, de modo que los efectos que en cada caso el ordenamiento jurídico asigna a ambos son igualmente divergentes. Entremezclar ambos tipos de error supone introducir mayor oscuridad aún en el tema de la ignorancia de la ley y sus efectos.

- Cabe, en fin, que la parte responsable del incumplimiento de alguno de aquellos requisitos constitutivos pueda, con su conducta activa u omisiva, haber incurrido en algún ilícito propiamente sancionable. Así, puede haber cometido un delito. Pero en tal caso estamos ante algún hecho subsumible en el supuesto de hecho de otra norma —en nuestro ejemplo, una norma penal— y la relevancia que para la aplicación de la sanción correspondiente pueda tener ese *dato subjetivo del conocimiento o desconocimiento de la norma* es la que en la normativa penal figure, al igual que pueden ahí ser considerados otros elementos subjetivos de la conducta del autor.

Así las cosas, sometamos ahora a escrutinio el *apartado 3 del artículo 6 del Código Civil*: «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». Preguntémosnos qué ocurre si uno de esos actos contrarios a normas imperativas o prohibitivas ha sido realizado por un sujeto que desconocía la pertinente norma que manda lo que no se hizo o que prohíbe lo que se hizo.

Si la ignorancia de la norma no exime de su cumplimiento, tendríamos en tales casos un incumplimiento de cuyas consecuencias no se está eximido. Pero aquí, por el momento, no estamos tratando de normas sancionadoras en sentido pleno o más propio, sino de las que hemos denominado normas instrumentales. El sujeto quería conseguir algo (un contrato que vinculara a la otra parte, un cierto estatuto jurídico, el reconocimiento de un derecho vulnerado, etc.) y hay unas normas que dicen cómo ha de proceder para alcanzar ese objetivo. El sujeto no obró así, por desconocimiento de la norma que le obligaba a obrar así para lograr ese fin, con lo que resultará esta particular forma de «sanción», la nulidad: el contrato que quería no vale, la demanda le es rechazada, etc. Con ello tenemos que, al no cumplir —por desconocimiento— con la norma que le decía el cómo (o el cómo no), aquella pretensión que guiaba su acción se frustra.

Las normas instrumentales establecen unos requisitos para «hacer» o «producir» válidamente una «entidad» jurídica (por ejemplo, un matrimonio). De la existencia lograda de esa entidad jurídica deriva un estatuto del sujeto (por ejemplo, el estado civil de casado). A ese estatuto va asociado para ese sujeto un conjunto de derechos y obligaciones (por ejemplo, los derechos frente al otro cónyuge y las obligaciones frente al mismo).

Puede suceder, por supuesto, que un sujeto desconozca la existencia de alguna de esas normas que estipulan requisitos o que esté equivocado esencialmente sobre su contenido.

Incumple la norma porque la desconoce. En ocasiones, el propio sistema contiene normas que arbitran *mecanismos para evitar que el acto correspondiente se lleve a cabo sin la concurrencia de los requisitos establecidos*. Así sucede, por ejemplo, en los artículos 56 y 65 del Código Civil respecto del matrimonio. Pero no siempre es así (al margen de que puede darse también el error o negligencia del operador respectivo, sumada a la ignorancia de la parte).

En cualquier caso, pongamos que la ignorancia de la parte lleva a esta a incumplir la norma que fija un requisito y que tal ignorancia no es enmendada o corregida por un tercero competente para ello. ¿Qué pasaría entonces? Que el requisito no se ha cumplido. ¿En qué repercutirá tal incumplimiento? *Dependerá de lo que las normas del propio sistema jurídico señalen para cada tipo de supuestos, para cada tipo de «entidad» o «hacer»*. ¿Sobre qué versará siempre esa regulación? Sobre los efectos. Se trataba de «hacer» un X (un matrimonio, un contrato) y no se hizo como se debía. ¿Importa que el incumplimiento obedezca a desconocimiento de la norma o error sobre ella? Generalmente no, pero nada impide que alguna norma pueda tomar en consideración ese dato. ¿A qué fin? Para dispensar de la pérdida de efectos que acarrearía el incumplimiento de lo normativamente requerido. Exonerar de la pérdida de efectos es lo mismo que atribuir tales efectos. ¿Quiere ello decir que, en tales casos, el que desconoce la norma está eximido de su cumplimiento? *Esto sería tanto como decir que los desconocedores de la norma no son destinatarios de la norma. Y eso no es así*.

Cuando el art. 6.3 del Código Civil afirma: «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», *no está contradiciendo el apartado 1 de ese artículo* («La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento»): *está poniendo las cosas en su auténtico terreno, el de los efectos*. Pero tal norma podría ser *prescindible* y seguramente en nada o muy poco cambiaría el sistema

jurídico si ese precepto no existiera²³, porque está habilitando genéricamente *excepciones* que tendrían el mismo valor si se contuvieran en las correspondientes normas reguladoras del respectivo «hacer» o institución. La concreta norma excepcionadora no necesita, para valer y ser eficaz, esta «autorización» del art. 6.3 del Código Civil. En otras palabras, en la regulación de toda institución vamos a encontrar normalmente: a) las normas que imponen requisitos y que regulan si es posible o no sanar la falta de tales requisitos; b) las normas que señalan los efectos de la concurrencia de los requisitos exigidos; c) las normas que indican en qué casos puede haber efectos, y cuáles, aun en ausencia de esos requisitos; d) las normas que establecen si la correspondiente pérdida de efectos es inicial o radical y si se requiere algún tipo de acción invalidante y por obra de quién (por ejemplo, una demanda de nulidad o anulación²⁴).

Todas las combinaciones caben y de todas podemos encontrar ejemplos. Así, vemos el contraste entre el art. 79 CC («La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del cónyuge o contrayente de buena fe») y el 1275 CC («Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral»). Buenas muestras de regulación de efectos de contratos nulos las hallamos también en los arts. 1303 y ss. CC.

Seguramente la razón asiste a Carrasco Perera cuando escribe: «Si se hace un balance estadístico de las nulidades específicas contenidas en el Código Civil o en el resto de las leyes de más abundante aplicación por los Tribunales civiles se aprecia que el mismo legislador debe tener escasa confianza en la eficacia del artículo 6, 3 del Código Civil. El papel que está llamado a desempeñar esta norma es bastante parco, ya que las normas que contienen un imperativo o prohibición se aprestan a añadir de inmediato una cláusula específica por la que se declara la nulidad de lo actuado contra la norma. O bien, la norma en cues-

ción sanciona una nulidad específica, dejando implícita la existencia de una norma primaria prohibitiva. Todo ello hace innecesario el recurso al artículo 6, 3 del Código Civil»²⁵. Y a renglón seguido, agrega: «Esta privación de funciones es tanto más aparente cuanto que el precepto comentado carece de virtualidad para *completar* listas específicas de nulidad previstas por el legislador. El artículo 6, 3 por ejemplo, no puede utilizarse para admitir más casos de nulidad matrimonial que los previstos en el artículo 73 del Código Civil»²⁶.

Con algo de *animus iocandi*, pongamos sobre la mesa los deberes que para los cónyuges señalan los artículos 67 («Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia») y 68 CC («Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deben, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo»). Imaginemos ahora que, en un matrimonio, los cónyuges pactan con gran seriedad que mutuamente se dispensan del deber de guardarse fidelidad, o que no van a compartir las responsabilidades domésticas, puesto que de las labores del *domus* se va a ocupar en exclusiva el esposo. ¿Será nulo el matrimonio por razón de ese pacto, en caso de que se hubiera signado antes de que el matrimonio se celebre? Parece claro que no. ¿Sería nulo al menos el acuerdo por contrario a la ley y hasta al orden público? Cuesta creerlo, pues si vamos al fondo de tantos matrimonios y a tantos acuerdos tácitamente operantes desde el inicio, concluiríamos que no es conforme a Derecho una gran parte de las uniones matrimoniales. ¿Cambiaría algo por el hecho de que uno o los dos cónyuges no supieran lo que «mandan» esos dos artículos del Código Civil? De ningún modo.

Probablemente, la mejor explicación en términos generales es la de Carrasco Perera: «No puede ser una contravención de norma imperativa que dé lugar a nulidad la infracción de deberes impuestos por la ley, bien en relaciones de Derecho privado (deberes in-

herentes a la patria potestad) o de Derecho público (*v.gr.* obligaciones tributarias). El incumplimiento no es una contravención en el sentido del artículo 6.3, sino en el sentido «obligacional» del artículo 1.101 del Código Civil: habrá lugar a acción de cumplimiento, a indemnización por incumplimiento, etc.»²⁷. Pero en nuestro ejemplo no estábamos hablando de la vulneración de alguno de esos «deberes» por uno de los cónyuges²⁸, sino del acuerdo de ambos para no atenerse a ellos. Ante cuestiones como la que planteamos, lo que se deja ver es la inconsecuencia y la cursilería del legislador. Inconsecuencia porque acabamos en una posible discriminación de las personas casadas. Si en todo (o casi todo) lo que las beneficia las parejas no casadas gozan de los efectos de la unión matrimonial (para evitar que esas parejas sufran discriminación, al parecer) y para las parejas no casadas en ninguna parte se establece un deber de fidelidad o de compartir las labores domésticas²⁹, resulta que, si se tomaran en serio tales obligaciones para los casados, estos estarían discriminados en nuestro Derecho.

La cursilería se aprecia en el gusto del legislador actual por llenar el ordenamiento de cosas bonitas o muy finas con supuesto propósito educativo y muy políticamente correcto. No pasa nada, en principio, porque en los Códigos y los boletines oficiales se hagan concesiones a la lírica o a la literatura de autoayuda, pero sucede que cuando ciertas proclamaciones legislativas con carga sentimental se presentan bajo la forma de normas imperativas, lo que se tergiversa y se degrada es el valor mismo de las normas imperativas. Lo cual nos lleva de nuevo a subrayar la urgente necesidad de una buena teoría de las normas, entre otras cosas para que expurgue el sistema jurídico de normas que en verdad no lo son. Pero a lo mejor resulta que son principios y valores y sirven, eso sí, para que valiéndose de ellos puedan siempre los jueces hacer de su capa un sayo o para que el casuismo campe por sus respetos en la práctica jurídica.

3.2.3. ¿Y «la exclusión voluntaria de la ley aplicable» del art. 6.2 CC?

Puestos a buscar relaciones del art. 6.1 CC con los apartados siguientes del mismo artículo, podríamos interrogarnos sobre el encaje con el *apartado 2*: «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros».

Además de que también se puede opinar que estamos ante otra «norma ociosa y perturbadora»³⁰, si con el sentir doctrinal abrumadoramente mayoritario entendemos que se alude a las normas dispositivas³¹, poco hay que añadir, pues cuando se opta por sustituir la norma en cuestión por lo resultante de la *autonomía de la voluntad* no nos encontramos ante el incumplimiento de la norma y no parece relevante que esa exclusión de la norma dispositiva obedezca a desconocimiento o a voluntad. Por otro lado, si esa exclusión de la norma dispositiva en principio aplicable implica, siquiera *lato sensu* afirmado, la renuncia a un derecho³² y para esto se pide, como hace el Tribunal Supremo³³, una declaración de voluntad por medio de la cual la renuncia sea personal, clara, terminante e inequívoca³⁴, va de suyo que se está imponiendo que se sepa que se renuncia a ese derecho, y si se sabe que se tiene el derecho no se ignora la norma que lo reconoce.

3.2.4. A modo de colofón: el innecesario recurso a la regla de «la ignorancia de la ley» en sede de normas instrumentales

En resumen, de las normas instrumentales cabe decir que:

- Regulan los requisitos para que se constituya una «entidad» jurídica o institución jurídica conforme a la voluntad de los sujetos (matrimonio, contrato, fundación, sociedad, asociación).

- Establecen el estatuto que para los sujetos se deriva de la válida y plena consumación de esa entidad o institución y los efectos consiguientes.
- Regulan los efectos y, si contempla requisitos, las consecuencias para el caso de que estos no se cumplan. A tal fin las normas pueden tomar en cuenta toda una serie de datos o factores y, entre ellos, los atinentes a los sujetos. Estos datos o factores referidos al sujeto versan sobre: a) si se encuentra en la situación empírica o jurídica exigida (por ejemplo, ser mayor de edad); b) si materialmente hizo lo que debía o no debía; c) si concurría en él o no un cierto ánimo o contenido subjetivo (por ejemplo, quería libremente o no hacer lo que hizo o declarar lo que declaró, si tenía o no poseía ciertos conocimientos o informaciones). Aquí es donde pueden las normas atender al error (sea error sobre hechos, sea error sobre normas) a fin de graduar de una manera u otra los efectos en el caso.

Así inserto, en ese marco *el error sobre el Derecho o la ignorancia de la ley no tienen nada de particular*, son unos elementos más que la norma puede o no considerar al tiempo de dar o de restar efectos a la institución en cuestión. No rige al efecto una norma general del tipo de las que presenta el art. 6 del Código Civil, sino que se manifiesta una especie de evidencia que igualmente operaría y cumpliría su cometido aunque ninguna norma del sistema la explicitara: que *cuando una norma jurídica sienta una obligación no queda excluido de ella el sujeto que desconozca esa norma, a no ser que la propia norma u otra incluyan en el supuesto de hecho ese elemento que excluye de sus destinatarios a los que la desconozcan*³⁵; eso va de suyo y está en la esencia misma de la normatividad jurídica. Lo que no quita para que, aun siendo antijurídica o contraria a la norma la acción del que la incumple por desconocimiento, el sistema pueda contemplar excepciones en cuanto a la

aplicación de las consecuencias jurídicas correspondientes³⁶.

Esto se aprecia aún mejor en el caso de las normas propiamente sancionadoras. Veámoslo.

3.3. NORMAS SANCIONADORAS Y DIRECTAMENTE IMPERATIVAS: DE NUEVO LA REDUNDANCIA DE LA POSITIVIZACIÓN DE LA CLÁUSULA GENERAL DE «LA IGNORANCIA DE LA LEY»

3.3.1. La estructura prototípica de dichas normas y la prescindible alusión del art. 6.1 CC al «error de Derecho» y sus consecuencias jurídicas

Recordemos. Las normas del apartado 3.1. tenían la siguiente estructura:

Si en X se dan las circunstancias C¹, C²... Cⁿ, entonces X cuenta jurídicamente como Y.

Las del apartado 3.2. pueden reconducirse al siguiente esquema:

Si se dan las circunstancias C¹, C²...Cⁿ y se realizan las conductas K¹, K²...Kⁿ, entonces procede el efecto jurídico F.

En las normas de las que ahora vamos a hablar el esquema es el más típico; es el que generalmente se piensa cuando se describen las normas jurídicas:

Si un sujeto S (con determinadas características prefijadas) lleva a cabo la conducta (activa u omisiva) C, entonces se le puede/debe imponer la sanción (positiva o negativa) S.

Ejemplo fácil: si un sujeto (penalmente responsable, imputable) mata a otro, entonces se le puede/debe imponer la pena P.

Ocupémonos solo de las normas con sanción negativa y consideremos sanción negativa a la consistente en la privación directa de algún bien del destinatario primario de la norma. Hay, pues, tal tipo de sanción cuando el su-

jeto es privado de cosas tales como la libertad, un bien de su propiedad, el ejercicio de algún derecho, etc.

Imaginemos que, para este tipo de normas, rigiera la pauta de que el desconocimiento de la norma sancionatoria correspondiente exime de la obligatoriedad de la norma. A todas las normas sancionatorias, normas que sientan obligaciones de hacer o no hacer bajo amenaza de sanción para el caso de incumplimiento de tal obligación, debería entonces atribuírseles la siguiente estructura:

Todos los X están obligados a hacer/no hacer C, bajo sanción S, a no ser que desconozcan esta norma.

Las normas sancionatorias se convertirían, así, en inviables: serían masivamente ineficaces e inefectivas. La mera alegación de desconocimiento o mala comprensión por el sujeto de la norma N que le asigna la obligación de hacer o no hacer C debería ser tomada en consideración, y para poder sancionar habría que probar que dicho sujeto conocía N. Esa prueba debería abarcar los extremos siguientes, relativos a dicho conocimiento de N: que el sujeto sabía de la existencia de N, que conocía el contenido o significado de N y que entendía lo que para su propio hacer implicaba ese contenido de N. Fuera cual fuera la regulación de la carga de la prueba, las consecuencias parecen claras: aumento descomunal de costes para el sistema jurídico y división y discriminación entre los ciudadanos destinatarios de las normas, de manera que el grado de sometimiento a las mismas estaría en proporción a la situación social y las capacidades cognoscitivas de los individuos. También estarían abocadas a tener menor aplicabilidad o eficacia las normas técnicamente más complejas.

Más aún, un enfoque tal conduciría a soluciones autoritarias y escasamente respetuosas con las libertades y los derechos. Se suscitaría el problema de qué hacer con las personas que se consideran incapaces de conocer adecuadamente las normas o muchas de ellas. No cabría en la práctica otra cosa que entender que los

que no conocen o no entienden las correspondientes normas no pueden ser sancionados por dañar a otros, por robar a otros, por invadir la propiedad de otros, por no pagar impuestos, por construir sus casas donde y como quieran Y no quedaría más que un camino: puesto que no se les puede sancionar, habría que «inocuizarlos» mediante otro tipo de medidas de seguridad, menos respetuosas, sin duda, con su libertad y sus derechos. Cuando en sistemas pretéritos se entendía que las mujeres o los «rústicos»³⁷ (también los militares en campaña o los menores) estaban exentos de la obligación de conocer el Derecho y, con ello, de la responsabilidad cuando por desconocimiento lo vulneraban³⁸, no se les estaba haciendo más libres, sino ratificando su sumisión o su condición servil y socialmente inferior.

Hay una tensión insalvable en el Derecho moderno. Las normas jurídicas son fundamentalmente normas legisladas y, con ello, «artificiales», fruto de una voluntad legislativa y de un expreso ánimo regulador. Pero su legitimación y, con ella, gran parte de su eficacia exige anclarlas en la voluntad o la personalidad de los mismos súbditos o ciudadanos que son sus destinatarios. En unas partes se apeló para este fin al arraigo de los ordenamientos jurídicos en el espíritu del pueblo y, allí donde se desarrolló primero la teoría democrática, en la voluntad general; y siempre con esa idea de que quien obedece la norma de Derecho se está también obedeciendo en algo a sí mismo. Se aligera la inevitable heteronomía de lo jurídico³⁹ a base de aparentar que la norma no es ajena a cada uno, pero de esa manera se fuerza hasta el límite la paradoja: si ya es extraño que se me castigue por incumplir la norma ajena que yo no conozco porque no pude conocerla o porque no soy capaz de conocerla, más raro sonará que se me sancione por no atenerme a la norma para mí desconocida pero que, se me dice, es también mía —la norma que, al parecer, yo y mis conciudadanos nos hemos dado a nosotros mismos, pero que ignoro—.

El arreglo vino de la mano en el énfasis en la publicidad de las normas. Pero la publicidad

de las normas implica que el ciudadano «normal» o medio puede conocerlas si quiere, si pone los medios y el esfuerzo para ello. A partir de ahí la responsabilidad se le trasfiere al sujeto y la sanción para el que incumple la norma que desconoce se presenta como sanción también por desconocerla⁴⁰. Los defectos o tachas del sujeto, entonces, son dos: no hizo lo que debía y no se esmeró para saber lo que debía hacer. El ocultamiento de la heteronomía del Derecho da pie a una nueva norma heterónoma, la que dice que el ciudadano debe conocer las normas. La ya mencionada autorreferencialidad de esta norma hace insalvable la paradoja constitutiva de lo jurídico.

Como lo que no puede ser no puede ser, lo único que un precepto como el del art. 6.1 del Código Civil («La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento») viene a ratificar es que las normas en general, y las sancionatorias en especial, no tienen la estructura antes señalada («*Todos los X están obligados a hacer/no hacer C, bajo sanción S, a no ser que desconozcan esta norma*»), sino esta otra:

Todos los X están obligados a hacer/no hacer C, bajo sanción S.

Pero una norma como la del art. 6.1 CC es perfectamente *prescindible*, ya que contiene una especie de *redundancia* de todas las demás normas del sistema. Si el art. 6.1 no existiera, nuestro sistema jurídico vigente sería exactamente igual a como es y la obligatoriedad y eficacia de sus normas sería la misma. Lo que hace viables, operativas o eficaces las normas de un ordenamiento no es la presencia en él de una cláusula como la del 6.1, sino la ausencia de una cláusula que establezca lo contrario, que diga que «*la ignorancia de las normas sí excusa de su cumplimiento*».

Esa manera de hablar de « *cumplimiento*» también es equívoca o imprecisa en grado sumo. Pareciera que quiere decirse que los ciudadanos están obligados a cumplir las normas aunque no sepan que tienen que cumplirlas. Pero entonces nos topamos con una noción bien torcida de cumplimiento, ya que desvin-

culamos la idea de cumplimiento de cualquier deliberación o propósito subjetivo. No solo incumple el que no sabe que incumple (pues desconoce que tiene que cumplir), sino que también cumple el que no sabe que cumple, pues desconoce el mandato al que fácticamente se atiene con su conducta. Se ve todavía mejor si sustituimos «cumplimiento» por «obediencia». Nadie me dirá que estoy desobedeciendo una norma que ignoro por completo ni que la estoy obedeciendo. Simplemente, habrá una correspondencia o falta de correspondencia objetiva, material, entre mi conducta y la norma.

En verdad, de lo que se trata no es de quién «cumple» o no —externamente y al margen de componentes subjetivos— la norma, sino de a quiénes de los que materialmente o de hecho no obran como la norma manda se aplican o no los efectos correspondientes; o sea, la sanción, si de normas sancionatorias hablamos. Y en esto no hay ni puede haber en ningún sistema jurídico una pauta general: ni la de que en todo caso se apliquen esos efectos al que materialmente actuó conforme a la norma ni la de que no se le apliquen. De ahí que el auténtico sentido del art. 6.1 del Código Civil no esté en su primer enunciado, sino en su segunda proposición: «*El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen*». Pero también esta norma, calificada doctrinalmente de «un poco sibilina en su redacción»⁴¹, es *prescindible* del todo, ya que las cosas no pueden ser de otra manera⁴². No es que el artículo 6.1 esté en verdad fijando una regla y su excepción puntual, sino que presenta con aspecto de norma lo que no es más que una descripción de algo evidente, de algo que no puede ser de otro modo.

Imaginemos ahora que en el art. 6 del Código Civil estuviera su primer párrafo («La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento»), pero no ese segundo. Y supongamos que se promulgara una norma N que dijera esto:

«El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal».

Se trata, como se ve, del art. 14.3 del vigente Código Penal⁴³. En ausencia, repetimos, del párrafo segundo del art. 6.1 del Código Civil, ¿tendríamos que decir que ha surgido una antinomia entre el 14.3 CP y el 6.1 CC? ¿Ha derogado el art. 14.3 CP, posterior, al 6.1 CC, anterior? ¿Respondemos que no lo deroga en sus términos generales, pero que prevalece como *lex specialis*? Entonces, toda norma que reconozca efectos exoneradores a la ignorancia de la ley o el error de derecho⁴⁴ se impondría así, y la norma del art. 6.1 carecería de todo valor normativo. Pues es evidente que toda norma sancionatoria que diga «Obligatorio X bajo sanción S» y que no excepcione de la sanción a los que la ignoren se impone y va a ser aplicada incluso a esos que la ignoren y aunque no existiera el primer párrafo del 6.1 CC.

Cuando una norma N, por ejemplo una norma penal, concede efectos exoneradores al error de Derecho, tal exoneración va a regir y ser eficaz, pero no en virtud de la habilitación general contenida en el segundo inciso del art. 6.1 del Código Civil, sino porque lo dice N en su supuesto de hecho.

Así que si ahora imaginamos que desaparece de nuestro sistema el art. 6.1 entero, también su segundo párrafo, y nos preguntamos qué cambiaría, la contestación es sencilla: no cambiaría nada. *Los efectos de cada norma seguirían siendo los que cada norma prevea y las exoneraciones de esos efectos también*⁴⁵.

Podría aducirse que lo que el segundo párrafo del art. 6.1 CC encierra es una limitación que impide que los efectos exoneradores que una norma prevea en su supuesto se trasladen a otras normas que no los prevean en el suyo. Tendríamos de ese modo una especie de principio de legalidad estricto aplicable a las exoneraciones por error de Derecho, de forma que, por ejemplo, se estaría vedando la extensión de tales exoneraciones por vía de *analogía* (o hasta de interpretación extensiva o correctora). Pero eso en verdad no es así⁴⁶. Ni siquiera lo sería en el campo paradigmático de vigencia del principio de legalidad estricta —el Dere-

cho penal— en el caso de que no contuviera el Código Penal una cláusula general como la del art. 14.3 y sí contemplara para delitos puntuales la exoneración por error de Derecho. La analogía vedada para las normas penales es la analogía *in malam partem*, en perjuicio del reo.

3.3.2. El juego propio de las exoneraciones de efectos de las normas sancionatorias, al margen del art. 6.1 CC

Los supuestos en que la ignorancia de la norma o el error de Derecho exoneran de sanción son abundantísimos, también en las normas sancionatorias. Baste recordar de nuevo lo que para todos los delitos y faltas estipula el art. 14.3 del Código Penal. Pero tal exoneración no es del sometimiento a la norma, sino de la aplicación *de los efectos de la norma*, efectos que en las normas sancionatorias consisten en la sanción. No es que para el sistema jurídico no rija la norma que tipifica y sanciona un delito para el sujeto que ignora esa norma, no es que a él esa norma no lo obligue, sino que se le libera de sus efectos, de la sanción. Una cosa es que el sujeto no caiga bajo la obligación establecida en la norma, porque su conducta no encaja bajo el supuesto de hecho de la norma y otra es que, si tal conducta encaja en el supuesto de la norma, no se le apliquen los efectos, la consecuencia jurídica. La expresión del art. 14.3 del Código Penal es bien clara en esto: el error (invencible) sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal no saca al sujeto de entre los destinatarios de la norma penal, sino que lo exonera de «responsabilidad penal». Hizo lo jurídicamente indebido, pero no paga por ello.

Comparemos esas dos situaciones diversas.

Una norma, N¹, dice:

Todo X está obligado a no hacer H (prohibición), siempre que sepa que está obligado por esta norma a no hacer H, y será sancionado con la sanción S si hace H.

Para que a un X se le pueda imponer la sanción S por hacer H, se requiere que en su situación y su conducta se den dos circunstancias fácticas: que haga H y que sepa que N¹ prohíbe hacer H. ¿Por qué no se le deberá aplicar la sanción? Porque su obligación sancionable de no hacer H nace de que en su acción se reúnan dos circunstancias: hizo H y sabía que la norma prohibía hacer H. Si falta cualquiera de estos dos elementos no se ha dado el supuesto de N¹, no es subsumible su conducta bajo N¹ y, por consiguiente, no se le puede aplicar la consecuencia de N¹, la sanción. Diríamos que su conducta no ha sido antijurídica.

Ahora veamos la segunda situación. La norma N² dice:

Todo X está obligado a no hacer H (prohibición), y será sancionado con la sanción S salvo que no supiera que estaba obligado por esta norma a no hacer H.

Si, bajo N², un individuo hace H, incumple la norma, pues su acción es perfectamente subsumible bajo el supuesto de hecho, pero no se le deberá aplicar la sanción ¿Por qué? Porque esa norma contempla una excepción para la aplicación de su consecuencia jurídica al que la incumple. No estamos aquí ante una excepción en el supuesto de la norma —una restricción del alcance obligacional de la norma—, sino ante una excepción en la aplicación de los efectos de la norma. El sujeto no estaba excepcionado o exonerado de cumplir el mandato de no hacer H, sino que es eximido de los efectos (la sanción) por haber hecho H.

Se dirá, con cierta lógica inicial o aparente, que para el caso es lo mismo y que, a fin de cuentas, para el sujeto da igual. Cierto de mano que para el sujeto puede parecer indiferente que se le libre de la sanción porque no incumplió la norma o porque, habiéndola incumplido, la sanción no se le aplica y se le hace a él, incumplidor, una excepción. Pero para el Derecho, para el sistema jurídico y para sus fundamentos y su funcionamiento no da igual. Por dos razones al menos:

- Porque al tipificar la norma prohibitiva se señala el disvalor de lo prohibido⁴⁷. Se estaría diciendo que es disvaliosa o reprochable la conducta del que mata y que matar es delito, que el matar está prohibido y castigado por una norma jurídica. No saber que está prohibido matar no convierte el homicidio en permitido. Se hizo lo indebido, pero en el caso no se es sancionado. La circunstancia del sujeto que se toma en cuenta no elimina la antijuridicidad de su acción, solo deja de hacerlo a él personalmente merecedor del castigo. Si no, tendríamos que admitir que le está perfectamente permitido matar (o la comisión de cualquier otro delito o ilícito) al que no sabe que está prohibido matar. Nadie debe matar, pero a algunos no se les castiga aunque hayan matado.
- En ocasiones, los efectos jurídicos son distintos dependiendo de que la nor-

ma se haya cumplido o de que se haya incumplido con exoneración de los efectos del incumplimiento. Para ese incumplidor puede haber otros efectos o medidas conformes a Derecho que no cabrían si fuera un perfecto cumplidor de la norma en su caso. Por ejemplo, un sujeto puede no ser penalmente responsable por su acción, pero se le pueden imponer medidas de seguridad por su «naturaleza» incumplidora. Bás-tenos ver, a estos efectos, los artículos 101 y siguientes del Código Penal.

Mutatis mutandis, también podríamos mencionar en este punto la regulación de la responsabilidad civil por daño. Aquí la particular sanción, consistente en el deber indemnizar, no se asigna al padre o tutor porque el menor o incapaz esté exento de la obligación de no dañar, sino porque esa obligación se ha incumplido y simplemente a ese menor o incapaz el ordenamiento jurídico los libera de tal responsabilidad consistente en reparar (art. 1903.2 y 3 CC).

NOTAS

1. Entre tantos, escribe Cabanillas Sánchez (1992: 671): «Como afirma Cossío, al legislador le basta, para que la ley cobre toda su eficacia, poner su conocimiento al alcance de todos, de manera que nadie pueda justificar legítimamente su ignorancia». Y añade: «En conclusión, la efectividad social de las normas jurídicas y la *posibilidad que brinda el ordenamiento jurídico para conocerlas*, garantizada por la Constitución y el Código Civil mediante su imprescindible publicidad, con la *vacatio legis* (arts. 9.3 de la Constitución y 2.1º del Código Civil), constituyen el fundamento del principio de inexcusabilidad del cumplimiento de las leyes, consagrado en el artículo 6.1» (*ibid.* 671-672).

2. Como señala Gullón (2000: 387), el presunto deber de conocimiento de la ley por los destinatarios de la misma no se sostiene por partir de un presupuesto inverosímil: «[...] sería un deber *imposible de cumplir*, cuando los ordenamientos jurídicos se han convertido en una selva de leyes inextricable, en la que en más de una ocasión se pierden hasta los más obligados a su conocimiento como son los profesionales del Derecho». Igualmente destacan que la regla contenida en el primer inciso del art. 6.1 CC no puede entenderse como un deber de conocer las leyes, pues no cabe atribuir a la ciudadanía *deberes imposibles*, p. ej. Pena López (1995:1114-1115); Pérez Luño (1991: 77); Hierro (2003: 69); Delgado Echeverría (2013: 95-96); y en la misma línea, Rodotà (2010: 62).

3. Para evidenciar el absurdo, señala Albadalejo (2013: 22) que «[...] se llegaría así a la pintoresca conclusión de que resultaría más obligado el que —por ser más diligente o ilustrado jurídicamente— más normas conociese». También en esa línea, la SAP de Madrid de 22 febrero de 2013 (JUR 2013\173352) afirma que «[...] el hecho de carecer de conocimientos jurídicos no exonera de las consecuencias de los propios actos, dado que con arreglo al art. 6.1 del Código Civil la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, y *si únicamente se aplicasen los efectos del ordenamiento jurídico a quien tuviera conocimientos de tal índole, únicamente cabría predicar la responsabilidad con respecto a las personas versadas en Derecho, cosa que obviamente no es así*».

4. Esta «singular» opinión es la que parece defender Martín Mateo (2000: 57) cuando escribe que lo que impone el art. 6.1 CC «[...] no es la obligación de memorizar la totalidad de las leyes que rigen en el país, sino el *conocimiento de las aplicables en un momento dado y ante un supuesto* que exige su observancia por el sujeto afectado para que éste las aplique, con el concurso, si es necesario, de expertos en Derecho, funcionarios o profesionales liberales». A partir de esa premisa —que es inadmisibles que «cada sujeto pudiera optar legítimamente a su libre albedrío por *informarse o no sobre las leyes que le afectan*» (ibid. 58)—, se afana el autor en exponer toda una batería de «[...] paliativos técnico-jurídicos que *faciliten el mejor conocimiento de las normas y auxilien a ciertos colectivos para una adecuada información*» (ibid. 58): en concreto, llega a proponer que se introduzcan «[...] algunas reformas al sistema actual para *facilitar la información sobre el dispositivo normativo*» —cuya «solución definitiva solo puede venir de la utilización de medios informáticos», afirma— y que se dé «[...] un trato especial a determinados grupos sociales que se encuentran con un sensible déficit de conocimientos»; «[...] grupos sociales particularmente desasistidos en materia de información legal, para los que debería proveerse una asistencia pública particular», entre los que incluye, en primer lugar, a quienes «*tienen escasos recursos económicos*», para terminar postulando, como corolario de su más que chocante discurso argumentativo sobre «*las actuales circunstancias*» de la regla de la ignorancia de la ley, un apoyo especial en materia de información legal a «*los visitantes turísticos extranjeros*» y las personas con el estatus de emigrante» (ibid. 63-67).

5. «[U]na disposición de este tipo parece implicar que las leyes deben ser conocidas y, sobre todo, que debe ser conocida la ley que establece que las leyes deben ser conocidas. Si esta norma no llegase a ser eficaz, en el sentido de que no llegase a ser regularmente cumplida o aplicada, su falta de eficacia tendría un doble efecto: no solo que esta disposición sería ineficaz sino que, por su falta de eficacia, la ignorancia de cualquier otra norma excusaría de su cumplimiento». (Hierro, 2011: 114-115 y 2003: 69).

6. Sobre los antecedentes históricos y la evolución legislativa de la regla *ignorantia iuris non excusat*, vid. p. ej. Lucini Casales (1977: 212-229); Morales Moreno (1990: 1457-1461); Combalía (1999: 149-157); Rivero (2000: 176); Hierro (2003: 53 y ss.); Martín Morón (2010: 126-157) y Oliva Blázquez (2010: 56-90).

7. Véanse amplias referencias en Cabanillas Sánchez (1992: 666 y ss.).

8. Según afirmara, de forma ciertamente aislada en la jurisprudencia de nuestro TS, la archiconocida Sentencia de 19 marzo de 1928 (*Jurisprudencia civil*, 1928, T. 182, n.º 44, págs. 248-257), dicho principio (concretamente su plasmación en el primitivo art. 2 CC) equivale a «[...] presumir *iuris et de iure* que las leyes son conocidas por todos». Esta errónea tesis es la que, a día de hoy, siguen aún sustentando algunas resoluciones judiciales, como las SS. de las AAPP Santa Cruz de Tenerife de 4 diciembre de 2012 (JUR 2013\224959) y Málaga de 29 de abril 2004 (JUR 2004\162013), en las que puede leerse que, puesto que «[...] conforme al art. 6.1 del CC la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, este precepto implica que, en teoría, *todas las disposiciones que se publiquen en el BOE. tienen que ser conocidas por todos los ciudadanos*»; o como las SS. de las AAPP Zaragoza, de 2 marzo de 2010 (JUR 2010\222299) y Ávila, de 14 de julio de 2006 (AC 2007\77) y 9 de marzo de 2005 (JUR 2005\135676), según las cuales el fundamento de dicho precepto «[...] se encuentra en *la preexistencia de un deber de conocimiento del Derecho*». También vinculan el principio de la ignorancia de la ley con el «*deber de conocer*» o el «*deber saber*» la regulación legal las SS. del TSJ Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 12 febrero de 2014 (JUR 2014\67160) y la de la AP de Barcelona, de 14 febrero de 2013 (JUR 2013\172291).

9. Como ha afirmado Díez-Picazo (2000: 8), si el antiguo artículo 2 del Código Civil, trasladado con idéntica redacción al apartado primero del vigente artículo 6, «[...] se lee como el mandato de una presunción *iuris et de iure* de conocimiento de todo el Derecho, no es que sea una norma tiránica, sino que es, pura y simplemente, *un absurdo*. Y lo es, especialmente, en un momento en que la constante proliferación de normas legales y reglamentarias nos rodea por doquier [...]. Ello significa que el sentido de la regla de que se arranca hay que buscarlo por otro sitio».

10. Ya en época temprana fueron muchos los autores (Lalaguna, 1977: 283; Lucini Casales, 1977: 219-220, 236; De Castro, 1984: 529) que denunciaron con ahínco el sinsentido de que la regla de que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento descansase en la suposición de su conocimiento por todos —ni como presunción *iuris et de iure* ni tampoco *iuris tantum*—. Un amplio y documentado examen *crítico* de esas llamadas tesis subjetivistas o presuntivas puede verse en Oliva Blázquez (2010: 107-136). En fechas recientes, y como síntesis del estado actual de la cuestión, afirma sobre el particular Carrasco Perera (2014: 1) que «[...] el art. 6.1 CC no contiene un predicado deontológico (los sujetos a la ley *deben* conocerla) ni se soporta en un presupuesto fáctico implícito de que los ciudadanos *normalmente* conocen las leyes».

11. Martín Morón (2010: 183). En honor a la verdad, estas palabras no son de la autora que las pone como propias, sino transcripción exacta y literal de las contenidas en una monografía de Pérez Luño (1991: 77). Que inmediatamente antes haya recogido otro párrafo de la página 71 de la misma obra de Pérez Luño, esta vez citando la fuente, no nos vale para resolver el arduo problema de cuántas normas y de qué tipo estará vulnerando la referida autora.

12. Martín Morón (2010: 183-184). También este fragmento está literalmente transcrito de Pérez Luño (1991: 78); y de nuevo incurre la «autora» en el imperdonable olvido de citar la fuente en la que abreva.

13. Para una adecuada caracterización de las normas dispositivas y un buen tratamiento de los problemas de su eficacia, véase Delgado Echeverría (2006: 207-209).

14. Escribía García Amigo (1997: 145) sobre el primer párrafo del art. 6.1 CC que si se quiere hallar la *ratio* de ese precepto, «[...] esta no se encuentra ni en el conocimiento efectivo, ni en la presunción del mismo, ni siquiera en la publicación de las leyes que brinda la posibilidad de conocerlas: el deber de cumplir deriva inmediatamente de la *obligatoriedad de la norma*, y, en último término, se fundamenta en la seguridad jurídica». En «razones de seguridad jurídica» sitúan expresamente el fundamento del principio de la ignorancia de la ley las SSTS (Sala de lo Militar), de 28 febrero de 2013 (RJ 2013\5368), de 21 octubre de 2013 (RJ 2013\8057), de 14 mayo de 2015 (RJ 2015\3106) y de 9 julio de 2015 (JUR 2015\198595).

15. Piénsese en el que suscribiera un contrato ateniéndose de hecho a todos y cada uno de los requisitos que para el contrato requiere el Código Civil (art. 1261 y concordantes), pero sin tener ni lejana idea de que existen tales normas para los contratos y de que, además, las está cumpliendo a la perfección en ese instante. Si el conocimiento de la norma fuera decisivo, a lo mejor habríamos de llegar a la (descabellada) conclusión de que ese contrato es nulo.

16. En clásica fórmula de estilo, suele afirmar el TS que «[...] el Derecho y la realidad del mismo no dependen de la creencia más o menos acertada que acerca de tal Derecho la persona interesada pueda tener» (*vid.* la añeja Sentencia de 8 agosto de 1925), o que «[...] es deber de todos respetar las leyes, incluso las que no se conocen, soportando y reconociendo sus consecuencias» (STS Sala 3ª, de 11 mayo de 1999 [RJ 1999/6146]). *Vid.*, en la misma línea, las SSTS Sala 1ª, de 17 octubre de 2001 (RJ 2001/8740) y de 16 junio de 2011 (RJ 2011\4637); las SSTS Sala 3ª, de 30 septiembre de 1989 (RJ 1989/6519) y de 24 octubre de 1986 (RJ 1986/5802); la STS Sala 4ª, de 15 marzo de 2011 (RJ 2011\3260); o el Auto del TS (Sala 3ª) de 9 octubre de 2000 (JUR 2000\311721) que, a efectos de confirmar la inadmisión de un recurso de casación por haberse interpuesto fuera de plazo, señaló que «[...] el desconocimiento del carácter hábil de los sábados a los efectos del cómputo de los plazos para la interposición de los recursos es solo achacable al recurrente, sin que la ignorancia de las leyes excuse de su cumplimiento (artículo 6.1 del Código Civil)» —*vid.* igualmente, sobre el desconocimiento de otros plazos o trámites procesales, las SS. de las AAPP de Las Palmas, de 10 julio de 2014 (JUR 2014\269222) y Madrid, de 22 febrero de 2013 (JUR 2013\173352), de 18 de febrero de 2014 (JUR 2014\81324) y 7 mayo 2014 (JUR 2014\158448), o la ST del TSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 marzo de 2015 (JUR 2015\91813). *Vid.* asimismo las SS. del TSJ de Extremadura (Sala de lo Civil y Penal) de 16 junio de 2011 (RJ 2011\4637) y 18 febrero 2013 (AC 2013\1710), del TSJ Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 10 marzo de 2015 (JUR 2015\91813) y del TSJ País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 24 marzo de 2015 (JUR 2015\116061). En la llamada jurisprudencia menor, *vid.* entre otras muchas, las SS. de las AAPP de Vizcaya, de 4 febrero de 2013 (JUR 2014\146182), de 14 mayo 2010 (JUR 2010\409712) y de 30 noviembre 2004 (JUR 2005\42488), Sevilla, de 5 marzo 2012 (JUR 2012\302353), Pontevedra, de 25 octubre de 2011 (JUR 2011\394582), Barcelona, de 21 junio de 2011 (JUR 2011\310681) y 14 de febrero de 2008 (JUR 2008\130652), Granada, de 31 marzo de 2011 (AC 2011\1830), Valencia, de 21 abril de 2010 (JUR 2010\253760) y 9 de marzo de 2009 (AC 2009\875), Baleares, de 23 enero de 2004 (JUR 2004\80609) y Alicante, de 9 mayo de 2003 (JUR 2003\151702); el Auto de la AP Madrid, de 18 noviembre de 2014 (AC 2014\2122); el Auto de la AP de Murcia, de 3 noviembre de 2009 (JUR 2010\9169) —donde puede leerse que «[...] las leyes han de ser cumplidas por sus destinatarios aunque las ignoren (artículo 6.1 del Código Civil), lo que no se deriva de un presunto deber de conocimiento que tuvieran que tener los ciudadanos de la legislación, completamente imposible por lo demás (cf. SSTS de 6 de abril de 1962 y 21 de mayo de 1963, entre otras)»; o la SAP Cantabria de 8 mayo de 2002 (JUR 2002\187135) que —a fin de dar por extinguido un arrendamiento urbano a la muerte del arrendatario y declarar improcedente la subrogación *mortis causa* de la demandada al no haber ésta comunicado de forma fehaciente al arrendador su voluntad de subrogarse en el contrato, en los términos que exige el art. 16.3 LAU/1994 (en un plazo máximo de tres meses desde la muerte del arrendatario, mediante notificación escrita del hecho del fallecimiento, con certificado registral de defunción y de la identidad del subrogado, indicando su parentesco con el finado)— señaló que «[...] la alegación de que dicha comunicación se realizó de forma verbal, en la ignorancia

de que fueran exigibles los requisitos señalados por el citado artículo, es inútil para modificar la sentencia que declaró extinguido el arrendamiento litigioso, [...] pues *el desconocimiento de la legislación arrendaticia (o de cualquier otra norma jurídica) no impide su aplicación* de acuerdo con lo establecido en el art. 6 CC» (*vid.* igualmente, para litigios similares al anterior, las SS. de las AAPP de Málaga, de 6 junio de 2005 [JUR 2005\230001], Barcelona, de 24 abril de 2012 [JUR 2013\352653] y Madrid, de 29 abril de 2014 [JUR 2014\163995] y 4 de noviembre de 2014 [JUR 2015\17596]).

17. Difícilmente se podrá expresar la tesis básica a la que nos acogemos con más claridad y rotundidad que como lo hace Carrasco Perera (2013: 141) al comentar el art. 6.1 CC: «El precepto es un simple trasunto de *elegantia iuris*, cuya fuerza normativa es tan escasa, que la sanción que contiene la norma hubiera resultado obvia sin necesidad de su consagración legal en el Código Civil. Es un mandato que resulta sin más del “principio de legalidad”, de las exigencias de la seguridad jurídica, de la interdicción de la arbitrariedad en la aplicación de las leyes (art. 9.3 CE), y, principalmente, de la garantía constitucional de la *eficacia* del Derecho válidamente producido (art. 9.1 CE). Dicho de otra forma, una vez que la norma jurídica ha sido debidamente promulgada (arts. 2 CC, 91 CE, 52 Ley 30/1992), su eficacia no se hace depender nunca del efectivo conocimiento de la misma por parte de los destinatarios de la regla, ni se pone en cuestión por la alegación y prueba de una ignorancia incluso excusable por parte del sujeto obligado por la norma. El desconocimiento excusable de la norma no es una razón para justificar su derogabilidad singular». Y añade también dicho autor (2013: 143): «[...] el fundamento de la obligatoriedad incondicional no puede encontrarse en una especie de sanción al desconocimiento reprochable, sino en la necesidad de que las normas se apliquen *al margen de las condiciones subjetivas* con las que los destinatarios se representan su existencia y contenido».

De nuevo en otro lugar —y bajo la expresiva rúbrica “El derecho “pertinente” siempre se aplica”— insiste Carrasco Perera (2014: 1): «La larga tradición jurídica relativa a la (in)excusabilidad de la *ignorantia iuris* no tiene más valor que el de curiosidad histórica (...) El art. 6.1 CC no incorpora presuposiciones ni valores algunos en especial, afirma solo que las normas se aplican incondicionalmente *sin importar el estado subjetivo de sus destinatarios*. Como, por demás, debería ser *cosa obvia*».

18. En igual sentido, art. 315 CC.

19. *Vid.* la monografía sobre el tema de Córdoba (2012).

20. En aras de no enredarnos más, prescindamos aquí y ahora de las diferencias entre nulidad y anulabilidad.

21. Un ejemplo, entre tantísimos posibles, podemos verlo en el último inciso del art. 48 del Código Civil, a tenor del cual «La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes».

22. En el ámbito del Derecho privado, tres elementos subjetivos, es decir, atinentes a estados psíquicos o actitudes del sujeto, se combinan en proporciones diversas según los casos y con interrelaciones que merecerían examen detallado: *la buena fe, el error iuris y la excusabilidad o inexcusabilidad del error*. Esa amalgama se aprecia en las siguientes palabras de DÍEZ-PICAZO (2000: 12): «El error de derecho es, por supuesto, vicio del consentimiento que puede invalidar la voluntad contractual o su declaración, siempre que se den para ello los requisitos del artículo 1.266 CC; puede producir la existencia de un pago de lo indebido; y puede producir, por supuesto, una situación que merezca el calificativo de buena fe, como por lo demás resultaba ya de algún otro proyecto del Código Civil y, como se deduce del artículo 433 CC, que reputa poseedor de buena fe al que “ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide”, que, con la caracterización que el supuesto recibe, solo puede ser un error *iuris*. Naturalmente, en aquellos casos en que la relevancia del error, y también del error *iuris* de acuerdo con el artículo 6 del Código Civil, exija la inexcusabilidad, habrá que examinar, de acuerdo con los parámetros generales de la culpabilidad, la excusabilidad o inexcusabilidad, pero teniendo siempre presente que no hay ninguna regla general que haga el error *iuris* o la ignorancia *iuris* absolutamente inexcusable».

23. Se podría pensar que el art. 6.3 CC establece un régimen general de nulidad para los casos en que, en un sector determinado, haya normas prohibitivas imperativas y no esté contemplado qué tipo de consecuencias tiene su vulneración. Ésa parece ser la tesis de Pérez Álvarez (2011: 188). Sin embargo, lo que se observa es que *en la práctica no se aplica tal régimen general de nulidad, sino que los tribunales discriminan supuesto por supuesto* en consideración a los más variados factores y circunstancias. Véase al respecto la pormenorizada enumeración de supuestos de nulidad y de no nulidad, según la jurisprudencia, que recoge Carrasco Perera (2013: 155 y ss.). Y, como reconoce el mismo Pérez Álvarez (2011: 190), «[...] sea como fuere, el examen de las sentencias referentes a la invalidez de los actos jurídicos permite afirmar que en la reciente jurisprudencia son cada vez más infrecuentes las sentencias que aplican el artículo 6.3

CC. Ello tampoco es de extrañar si se aprecia que, según escribe Carrasco, *es muy escaso el número de disposiciones del Código Civil donde se contempla una prohibición para cuya infracción la norma no haya previsto un determinado efecto*».

24. No conviene olvidar lo que nos explica Delgado Echeverría (2006: 201): «En efecto, en el Derecho privado no hay agentes públicos que velen para impedir los incumplimientos de las normas o procedan a sancionar de oficio cuando estos se producen. Es el particular interesado quien, si quiere, invocará el Derecho (ejercitará su derecho) exigiendo cumplimiento a otro particular y, si es desatendida por este su reclamación, poniendo en marcha un proceso en que se apliquen las normas hasta la ejecución coactiva si es necesaria, y siempre a impulso del particular. En el Derecho privado, todas las normas son disponibles, en el sentido de que los favorecidos por ellas pueden, ciertamente, invocarlas; pero pueden también, facultativamente, con plena libertad, no invocarlas, con lo que no habrá ocasión de que los Tribunales (ni autoridad alguna) las apliquen. No es solo que los particulares puedan, de ordinario, renunciar a sus derechos, sino que incluso en los supuestos en que la renuncia no les está permitida (por ser contraria al interés o el orden público, o en perjuicio de tercero: art. 6.2 CC) pueden lícitamente no hacer nada, no invocar la norma, con lo que ninguna autoridad del Estado podrá aplicarla».

25. Carrasco Perera (1992: 785).

26. *Ibid.* (1992: 785-786). Poco más adelante, afirma: «Realmente es muy escaso el número de disposiciones del Código Civil donde se contenga una prohibición para cuya infracción la norma no haya previsto un determinado efecto (no solo nulidad). Sin contar las normas que contienen solo prohibiciones *aparentes*» (*ibid.* 786).

27. Carrasco Perera (1992: 809).

28. Y, aun en tal caso, tenemos que la jurisprudencia es bien reacia a conceder indemnizaciones por daño con cargo al cónyuge infiel (*vid.*, en especial, STS de 30 julio de 1999 [RJ 1999/5726]), y tampoco nos imaginamos con facilidad cómo cabría aquí una acción de cumplimiento...

29. A título de ejemplo, la legislación catalana reguladora de las uniones de hecho dispone: «Las relaciones de la pareja estable se regulan exclusivamente por los pactos de los convivientes, mientras dura la convivencia» (art. 234-3.1 de la Ley 25/2010, de 29 julio, por la que se aprueba el Libro II, sobre Persona y Familia, del CC de Cataluña). Y el art. 307.1 del Código del Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 marzo) establece: «La convivencia de la pareja y los derechos y obligaciones correspondientes podrán regularse en sus aspectos personales y patrimoniales mediante convenio recogido en escritura pública, conforme al principio de libertad de pactos, siempre que no perjudiquen los derechos o dignidad de cualquiera de los otorgantes y no sean contrarios a normas imperativas aplicables en Aragón».

30. Carrasco Perera (2013: 147). Además de calificar también al art. 6.2 CC como norma «[...] superflua en nuestro sistema y conducente a producir redundancias difícilmente conciliables», Carrasco radicaliza sus críticas en particular respecto a «[...] la sedicente “exclusión de la ley aplicable”. Tal expresión —afirma— es un sinsentido, salvo que proceda de contrato u otro negocio jurídico (testamento). Nadie puede obligarse mediante un negocio jurídico unilateral a desactivar una norma de derecho dispositivo establecida en su beneficio. La exclusión de la ley aplicable es una fórmula enfática para referirse sin más a la existencia de un acuerdo contractual o a una disposición testamentaria que establece una reglamentación distinta de la predispuesta por la ley. Quien “excluye” voluntariamente la ley aplicable beneficiosa para él simplemente está pactando o disponiendo *en contrario*» (*ibid.*: 150).

31. Entre otros muchos autores para quienes está fuera de duda que se hace referencia a normas dispositivas, *vid.* p. ej. Rodríguez Morata (2013: 70); Pérez Álvarez (2011: 183); Asúa (2011: 79); Lasarte (2011: 94); García Rubio (2010: 63); Gullón (2000: 388); Rivero (2000: 184); Lacruz (2012: 196); García Amigo (1997: 146); Cabanillas Sánchez (1992: 724); Batlle (1978: 106); Moreno Quesada (1977: 112) y Amorós (1977: 303 y 317). De forma complementaria señala al respecto Carrasco Perera (1992: 815-816) que «[...] hay que empezar negando categóricamente que una norma dispositiva pueda ser “contravenida”. En realidad, es impensable, incluso desde presupuestos lógicos, una norma dispositiva que contenga una “prohibición”, o una prohibición que se halla expresada a través de una norma dispositiva». En la jurisprudencia, *vid.* p. ej. la STS de 7 junio de 1983 (RJ 1983/3452) o la STS (Sala 3ª), de 16 abril de 1996 (RJ 1996/3425).

32. *Vid.* en este sentido Amorós (1977: 304); Batlle (1978: 107-108); Cabanillas Sánchez (1992: 733) y Rodríguez Morata (2013: 70).

33. *Vid.* entre infinidad de ellas, las SSTs de 9 febrero de 2011 (RJ 2012/4627), de 15 octubre de 2010 (RJ 2010/7461), de 3 diciembre de 2007 (RJ 2008/34), de 11 octubre de 2007 (RJ 2007/6489), de 27 febrero de 2007 (RJ 2007/1768) y de 19 julio de 2005 (RJ 2005/6555).

34. *Cf.* Pérez Álvarez (2011: 184) y Asúa (2011: 81).

35. Tiene buena razón Carrasco Perera (2013: 144) cuando escribe que «[...] el error *iusuris* no es una restricción o limitación a la aplicabilidad de las normas, cuando es la propia norma la que incorpora de modo *relevante* la producción de error a su supuesto de hecho». *Vid.*, igualmente del mismo autor, con referencia particular al Derecho de Consumo, Carrasco Perera (2014: 2). En efecto, si la norma incluye la ignorancia o el error de Derecho como uno de los elementos de su supuesto de hecho, no es que la ignorancia excuse de la aplicación de esa norma, sino que la norma no es aplicable, sin necesidad de excusas: no se cumple su supuesto de hecho y, por consiguiente, no viene al caso la consecuencia jurídica.

36. En la civilística española esto lo vio claramente Puig Brutau (1989: 345-346), entre otros. Como afirma este autor, «[...] con la máxima *error iuris non excusat* se confunden dos cosas que han de quedar perfectamente diferenciadas: el juicio acerca de la responsabilidad subjetiva del demandado y el juicio acerca de la ilegalidad objetiva del acto. El cometido con infracción de las normas por ignorancia del Derecho es un acto objetivamente ilegal, pero ello no excluye que su autor pueda ser considerado no responsable».

37. A este respecto, cabe traer a colación, siquiera a título anecdótico, que en fechas relativamente recientes la ST TSJ Aragón (Sala de lo Social), de 20 enero de 1993 (AS 1993\92) resuelve un asunto —donde se desestima el reintegro de gastos realizados en la sanidad privada, por falta de solicitud previa de autorización a la Seguridad Social— en el que el actor adujo que «[...] siendo *agricultor*, no le es dable conocer con exactitud los plazos adecuados (a los efectos de notificar a la Gestora de la Seguridad Social la intervención quirúrgica); alegato que —resolvió el Tribunal con mención explícita de que “la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento” — es rechazable a la vista del art. 6 del CC». *Vid.* también la ST del TSJ Cataluña (Sala de lo Social) de 12 marzo de 2014 (JUR 2014\117084).

38. *Cf.* las reflexiones de Carrasco Perera (2014: 6) acerca de la «tentación» de sostener que, al modo que hicieran las Leyes de Partida conforme a la tradición romana respecto a aquellas clases de sujetos (mujeres, soldados, rústicos), pudiera hoy concebirse a los *consumidores y usuarios* (en el sentido legal del art. 3 TRLGDCU como colectivo al que dispensar un trato más benévolo en materia de ignorancia de las leyes y sus consecuencias, de modo que «[...] un sujeto consumidor sería un contratante cuya *ignorantia iuris* valdría siempre como error excusable». Semejante planteamiento hipotético es, no obstante, sensatamente desechado por el autor, quien afirma —con ulterior desarrollo pormenorizado— que «[...] *este postulado no está formulado ni siquiera implícitamente en el Derecho español de consumo*. No está recogido en el repertorio de *ventajas* legales que el Ordenamiento concede al colectivo de consumidores, ni en la lista de *presupuestos de debilidad institucional* que hacen necesaria una especial tutela del consumidor». Precisamente en este sentido, señala de modo expreso el Auto de la AP Barcelona de 29 septiembre de 2006 (JUR 2007\106140) que «[...] la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, *aunque se trate de consumidores*». *Vid.*, en la misma línea, la ST de la AP Barcelona de 14 mayo de 1998 (AC 1998/5541).

39. Al tiempo que se acentúa la imperatividad de las normas. Explica Díez-Picazo (2000: 11) que la regla que antes estaba en el artículo 2 del Código Civil y que en la reforma del Título Preliminar en 1974 pasó al art. 6.2 «[...] no guarda relación con las viejas máximas relativas a la inexcusabilidad de la ignorancia *iusuris*. Se trata de una regla de nuevo cuño que aparece cuando el Estado liberal proclama la primacía de la ley y convierte a esta, como expresión de la voluntad general, en la primera de las fuentes del Derecho [...]. La máxima moderna expresa la indeclinable necesidad de cumplimiento de las leyes, con independencia de las circunstancias personales de los súbditos, y es una consecuencia inmediata del carácter imperativo que las normas legales pueden tener».

40. «En el momento de la codificación, numerosos Códigos civiles confunden la inexcusabilidad del cumplimiento de las leyes con el deber de conocerlas, partiendo de una irreal facilidad para conocer las disposiciones codificadas como dictadas por la razón. De esta manera se afirma la culpabilidad del error de Derecho. En este sentido hay que citar al código de Baviera de 1756, al prusiano de 1794, al de Baden de 1809 y al austriaco de 1811. En cambio, el Código civil francés guarda un elocuente silencio no consagrando expresamente el principio *Nul n'est censé ignorer la loi*, aunque está latente en su artículo 1, según se desprende de los trabajos preparatorios» (Cabanillas Pérez, 1992: 674).

41. *Vid.* Batlle (1978: 105). Igualmente resaltan su extraña, confusa o poco afortunada redacción Lacruz (2012: 195); Oliva Blázquez (2010: 290-291); Carrión Olmos (1999a: 409); y Espín (1974: 1310), entre otros.

42. Como en esa línea observa Gullón (2000: 387), lo que el art. 6.1 CC dice sobre el error de derecho «significa muy poco», pues «es evidente que toda figura o institución jurídica produce los efectos que las leyes determinen».

43. De forma monográfica sobre este artículo del CP de 1995 —precepto no afectado por las reformas acometidas en la LO 1/2015, de 30 de marzo—, *vid.* p. ej. Felip (2000); y Arias Eibe (2007).

44. Según los objetivos que con el análisis se persigan y lo que se quiera afinar con las distinciones, ignorancia de la ley y error de Derecho pueden diferenciarse o no (*vid.* en firme defensa de su distinción Oliva Blázquez (2010: 185-203). Aquí, y para lo que estamos tratando, podemos equipararlos. Y siguiendo en este punto a Albadalejo (2013: 118), señala el autor que «[...] lo que se afirma del que las ignora [las leyes], es aplicable al que yerra sobre ellas: tampoco el error puede eximirle de cumplirlas, luego se le aplican tal *como son*, y no como él *crea que son*». «También el que yerra la desconoce [la ley], en cuanto que lo que cree sobre ella, no corresponde a la verdad, luego *ignora ésta*» (*ibid.*: 169). *Vid.* en la misma línea Morales Moreno (1990: 1467-1468, nº 56), para el que «[...] no es adecuado entender que la ignorancia de la ley y el error de Derecho son en el artículo 6.1 del CC cuestiones distintas». Y, matizadamente, Lalaguna (1977: 286; 1983: 671), quien afirma que «[...] una situación de error del Derecho objetivo no es otra cosa, en definitiva, que una forma de ignorancia de la ley»; Combalía (1999: 149, nº 2) para quien, si bien no es exactamente lo mismo ignorar que errar, «[...] el planteamiento que subyace a la regulación de la ignorancia de la ley y a la del error en el ámbito extranegocial coinciden esencialmente»; y Carrión Olmos (1990b: 210) que, tras sintetizar un nutrido repertorio de sentencias (ya clásicas) del TS, llega a la «conclusión» de que «[...] no cabe hallar en la jurisprudencia analizada criterio alguno diferenciador entre ignorancia de la ley y error de Derecho», pues éste «implica *desconocimiento* o conocimiento equivocado de normas o reglas de Derecho».

45. Como afirma García Amigo (1997: 146), al margen del art. 6.1 CC «[...] en todo caso, los efectos del error de Derecho previstos en la ley son peculiares en cada caso, sin posibilidad de generalización; por tanto, la única nota generalizable es negativa, queremos decir la de su diversidad».

46. Piénsese, por caso —y ya de este ejemplo se sirvió en su día Lucini Casales (1977: 232-233) para defender una opinión similar a la nuestra—, en el debate doctrinal sobre si al testamento (*ex art.* 673 CC) le es aplicable *analogicamente* lo que para el contrato se dispone en cuanto al error (también el error de Derecho, según doctrina prácticamente unánime). *Vid.* al respecto, entre otros, Cabanillas Sánchez (1992: 688); Oliva Blázquez (2010: 465-467) y Rubio Garrido (2013: 5199-5202).

47. Correspondientemente, al tipificar la norma de mandato o la norma permisiva se señala el valor positivo, lo deseable moral o socialmente, de la conducta positiva impuesta o de la conducta permitida.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO, Manuel (¹2013): *Derecho Civil. I. Introducción y parte general*, S. Díaz Alabart (ed.), Madrid: Edisofer.
- AMORÓS GUARDIOLA, Manuel (1977): «Comentario al artículo 6.2 CC», en *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Vol. I, Madrid: Tecnos.
- ARIAS EIBE, Manuel José (2007): *El error en Derecho Penal en el Código de 1995*, Madrid: Dykinson.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel (2011): «Comentario al artículo 6 CC», en A. Cañizares Laso, P. de Pablo, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta (dirs.), *Código Civil Comentado*, Vol. I, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.
- BATLLE VÁZQUEZ, Manuel (1978): «Comentario al artículo 6 CC», en M. Albadalejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. I, Madrid: Edersa.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (²1992): «Comentario al artículo 6, apartados 1 y 2 CC», en M. Albadalejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. I, Vol. 1º, Madrid: Edersa.
- CARRASCO PERERA, Ángel Francisco (²1992): «Comentario al artículo 6, apartado 3 CC», en M. Albadalejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. I, Vol. 1º, Madrid: Edersa.
- (2013): «Comentario al artículo 6 CC», en R. Bercovitz Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. I, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2014): «¿Perjudica al consumidor la ignorancia del Derecho?», en *CESCO* (Centro de Estudios de Consumo), 3 de octubre. [En línea], < <http://www.uclm.es/centro/cesco> >.

- CARRIÓN OLMOS, Salvador (1990a): «Algunas consideraciones en sede doctrinal sobre el error de Derecho», en *Centenario de Código Civil (1889-1999)*, T. I, Madrid: Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centro de Estudios Ramón Areces.
- (1990b): «El error de derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de Derecho Privado*, T. LXXIV, marzo.
- COMBALÍA, Zoila (1999): «Incidencia de la *ignorantia vel error iuris* en la aplicación de la Ley (Distintos planteamientos y su conexión con la función del Derecho)», en *Escritos en honor a Javier Hervada*, Pamplona: Universidad de Navarra-Instituto Martín de Azpilcueta.
- CÓRDOBA, Fernando Jorge (2012): *La inevitabilidad del error de prohibición*, Madrid: Marcial Pons.
- DE CASTRO BRAVO, Federico (1984): *Derecho civil de España*, T. I (Reproducción facsímil de la edición de 1949), Madrid: Civitas.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (2013): «El problema de la ignorancia del Derecho en Joaquín Costa: una visión refleja», en M. Cuenca Casas, L. A. Anguita y J. Ortega (coords.), *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa*, Madrid: Dykinson.
- (2006). «Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles», en *Doxa*, 29.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2000): «Nota introductoria» a Joaquín Costa y Martínez, *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre* (Edición facsímil de 1901), Madrid: Civitas.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego (1974): «La formulación del error de derecho en el nuevo Título preliminar del Código Civil», en *Documentación Jurídica*, octubre-diciembre.
- FELIP i SABORIT, David (2000): *Error iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código Penal*, Barcelona: Atelier.
- GARCÍA AMIGO, Manuel (1997): *Derecho Civil de España. I. Parte General*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- GARCÍA RUBIO, María Paz (2010): «Comentario al artículo 6 CC», en A. Domínguez Luelmo (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid: Lex Nova.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio (2000): «Comentario al artículo 6 CC», en I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, T. 1, Barcelona: Bosch.
- HIERRO, Liborio (2011): «Sobre el modesto principio de que la ignorancia del Derecho no excusa de su cumplimiento», en P. Brunet y F. J. Arena (dirs.), *Cuestiones contemporáneas de teoría analítica del Derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- (2003): *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona: Ariel.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, Francisco de Asís. SANCHO REBULLIDA, Agustín LUNA SERRANO, Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ y Joaquín RAMS ALBESA (2012): *Elementos de Derecho Civil*, I (Parte General), Vol. 1º (Introducción), ed. a cargo de J. Delgado Echeverría, Madrid: Dykinson.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique (1977): «Comentario al artículo 6.1 CC» en *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Vol. I, Madrid: Tecnos.
- (1983): «La ignorancia de la ley y el error de Derecho», en AA.VV., *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en memoria y homenaje al Catedrático don Luis Legaz Lacambra (1906-1980)*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- LASARTE, Carlos (172011): *Principios de Derecho Civil*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- LUCINI CASALES, Ángel (1977): «La ignorancia de las leyes y el error de Derecho», en *Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil*, Vol. 1 (Parte General), Madrid: Academia Matritense del Notariado-Edersa.
- MARTÍN MATEO, Ramón (2000): «La ignorancia de las leyes. Las actuales circunstancias», *Revista de Administración Pública*, 153, septiembre-diciembre.
- MARTÍN MORÓN, María Teresa (2010): *El deber general de conocimiento de la norma y su proyección en el ámbito contractual*, Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (1990): «La incidencia del error de derecho en el contrato», en AA.VV. *Libro Centenario del Código Civil (1889-1999)*, T. II, Madrid: Asociación de Profesores de Derecho Civil-Centro de Estudios Ramón Areces.
- MORENO QUESADA, Bernardo (1977): «Sobre la exclusión voluntaria de la ley aplicable», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2, febrero (T. 242).
- PENA LÓPEZ, José María (1995): «El alcance del error de derecho en el artículo 6.1 del CC», en *Revista de Derecho Privado*, diciembre.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco (2010): *El error iuris en el Derecho civil*, Madrid: Consejo General del Notariado.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel (2011): «Efectos de las normas jurídicas», en P. de Pablo (coord.), *Curso de Derecho Civil*, Vol. 1º, *Derecho Privado. Derecho de la Persona*, Madrid: Colex.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1991): *La seguridad jurídica*, Barcelona: Ariel.

PUIG BRUTAU, José (²1989). *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo Preliminar, Introducción al Derecho, Barcelona: Bosch.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (2000): «Comentario al artículo 6 CC», en J. Rams Albesa (coord.), *Comentarios al Código Civil*, T. I, Barcelona: Bosch.

RODOTÀ, Stefano (2010). *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, trad. de A. Greppi, Madrid: Trotta.

RODRÍGUEZ MORATA, Federico (⁴2013): «Comentario al artículo 6 CC», en R. Bercovitz (coord.) *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

RUBIO GARRIDO, Tomás (2013): «Comentario al artículo 673 CC», en R. Bercovitz (coord.), *Comentarios al Código Civil*, T. IV, Valencia: Tirant lo Blanch.

Fecha recepción: 29/04/2015

Fecha aceptación: 23/10/2015

RAZÓN PÚBLICA Y DEBER DE CIVILIDAD EN LA JUSTIFICACIÓN MORAL Y POLÍTICA DEL PRINCIPIO *IGNORANTIA IURIS NON EXCUSAT*

PUBLIC REASON AND DUTY OF CIVILITY: THE MORAL AND POLITICAL JUSTIFICATION OF THE PRINCIPLE *IGNORANTIA IURIS NON EXCUSAT*

Juan Manuel Pérez Bermejo

RESUMEN

El trabajo se interroga si el hecho de vivir en un marco democrático proporciona alguna justificación particular al principio *ignorantia iuris non excusat*. La investigación elige la filosofía política de John Rawls como el marco teórico más explicativo de nuestros principios constitucionales básicos. Dentro de este marco, se examinan las siguientes ideas: el punto de partida pragmático, el hecho del pluralismo, el punto de vista de la razón pública y el deber de civilidad. El análisis revela que, en un Estado democrático, sobre los ciudadanos pesa un deber de resolver los conflictos sociales movilizando únicamente razones que todos puedan reconocer como relevantes y legítimas. Rawls identifica estos argumentos con las normas del sistema jurídico, de donde se infiere el deber de informarse del contenido de las normas previstas para resolver los conflictos en los que el ciudadano se vea envuelto. El ensayo termina con una caracterización de este deber y de su ámbito de aplicación.

PALABRAS CLAVE

Pluralismo, Razón pública, Deber de civilidad, Deber de informarse, error de Derecho.

ABSTRACT

The essay searches for a particular reason to justify the old principle *ignorantia iuris non excusat* within the framework of a democratic and constitutional state. It assumes that John Rawls' political philosophy provides one of the most coherent explanations of this framework. Hence, it examines some crucial Rawlsian concepts: the «pragmatic» starting point, the fact of pluralism, the public reason approach and the duty of civility. It concludes that these concepts justify a constraint on the kind of arguments a citizen may rely on in any social conflict: we must use relevant and legitimate reasons, and exclude reasons coming from our conception of the good. Rawls identifies this set of public arguments with «fair terms of cooperation», norms and rules enacted by the political procedure. It means every citizen must show a degree of caution and vigilance, and search for enough information on the content of law. The final section of the article deals with the problems related to the content and scope of this duty.

KEY WORDS

Pluralism, Public reason, Duty of civility, Duty of information, Mistake in law.

RAZÓN PÚBLICA Y DEBER DE CIVILIDAD EN LA JUSTIFICACIÓN MORAL Y POLÍTICA DEL PRINCIPIO *IGNORANTIA IURIS NON EXCUSAT*

Juan Manuel Pérez Bermejo

Profesor titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Salamanca

Sumario: 1. Introducción. 2. Un punto de partida «pragmático» y un punto de vista público. 3. La razón pública como plataforma argumentativa: sus bases objetiva y subjetiva. 4. El contenido normativo del principio *ignorantia iuris non excusat*.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo surge de un interrogante específico: el hecho de que nuestro marco político sea un Estado democrático y constitucional que, además, reconoce como valores esenciales la pluralidad y la igualdad de sus ciudadanos, ¿proporciona una explicación o una interpretación particular del principio *ignorantia iuris non excusat* reconocido en el artículo 6.1 I de nuestro Código Civil? En otras palabras, la pregunta es si los valores subyacentes y fundamentales de un Estado democrático y constitucional como el nuestro proporcionan una base moral y política al principio antes mencionado, una base que sea capaz de perfilarlo con más precisión y, en la conocida expresión de Dworkin, de interpretarlo desde su mejor luz.

Creo que la filosofía política de Rawls expresa estos valores de una forma útil y precisa para el problema que nos ocupa. Como es sabido, su «sociedad bien ordenada» se identifica con un Estado liberal y democrático de Derecho. Dicho modelo democrático ha de comprenderse como una democracia deliberativa en la que los ciudadanos deberán adoptar en los asuntos públicos el punto de vista de lo que denomina «la razón pública», y cumplir con las exigencias de un deber de civilidad que les obliga, en caso de conflicto, a explicarse o dar cuenta de sus acciones ante los otros ciudadanos en términos que puedan entender como relevantes y legítimos. El trabajo presume que estos conceptos rawlsianos dotan de sentido a conceptos básicos de nuestro marco político y constitucional tales como pluralidad, igualdad o neutralidad estatal;

pero, más importante ahora, de estos conceptos se infiere una interpretación específica del principio *ignorantia iuris non excusat* según la cual este mandato le impone al ciudadano un deber de informarse de los argumentos que le proporciona el sistema jurídico a la hora de resolver un conflicto real o previsible que sostenga con otros ciudadanos. Se trata de lo que, a veces peyorativamente, se ha denominado la solución «subjética» o «culpabilista» al problema del desconocimiento del Derecho por los ciudadanos, solución que, sin embargo, responde con mayor fidelidad a las exigencias de un Estado democrático de Derecho y de un modelo democrático deliberativo en el que se exige que, en la esfera pública, los agentes y ciudadanos den razón o explicación de sus acciones a los demás ciudadanos en caso de conflicto.

La justificación propuesta se ubica en el contexto de un Estado democrático y constitucional. Esta no contradice necesariamente otras posibles interpretaciones o justificaciones de carácter más formal y universal como puede ser la comprensión de la fórmula *ignorantia iuris non excusat* como una presunción *et de iure* de conocimiento del Derecho por parte de los ciudadanos (Del Vecchio, 1947: 371), como la expresión de un axioma lógico inherente a cualquier sistema de normas jurídicas¹ o como un principio formal que obliga al Estado a garantizar un alto grado de certeza y previsibilidad mediante sus leyes acerca de las obligaciones de los ciudadanos. El trabajo se limita a afirmar que los Estados democráticos y constitucionales exhiben una serie de razones particulares que respaldan la exigencia de un deber ciudadano de informarse del contenido de las leyes válidas para resolver sus conflictos reales o preVISIBLES, y que convierten este deber en una interpretación privilegiada dentro de dicho contexto de la máxima *ignorantia iuris non excusat*. Las demás alternativas no serán abordadas ni impugnadas en profundidad, y, si en algún momento son criticadas, será en la medida en que presenten argumentos supuestamente incompatibles o excluyentes con nuestra posición.

Reconoceré desde el comienzo que la interpretación que elaboro de algunos conceptos rawlsianos excede de la reconocida por el propio Rawls, quien, desde luego, no se ocupó nunca del problema que aquí se discute. Creo, sin embargo, que existen razones suficientes para sustentar estas interpretaciones y que su resultado es la obtención de una base moral correcta que, además, nos permitirá arrojar alguna luz sobre el alcance y los perfiles normativos de este deber².

Organizaré el escrito en tres secciones. En primer lugar, me referiré al punto de partida «pragmático» del razonamiento de Rawls, y describiré cómo este presupuesto nos exige recurrir a un punto de vista «público en todos nuestros razonamientos a la hora de resolver los problemas de convivencia. En un segundo apartado, distinguiré el razonamiento ubicado en este punto de vista como «razón pública» y describiré lo que puede denominarse como su base objetiva y su base subjetiva. En tercer lugar, extraeré algunas consecuencias del anterior discurso para la interpretación del principio *ignorantia iuris non excusat* y de los deberes que este pueda imponer a los ciudadanos.

2. UN PUNTO DE PARTIDA «PRAGMÁTICO» Y UN PUNTO DE VISTA PÚBLICO

He llamado «pragmático» al punto de partida de Rawls porque, desde su punto de vista, una teoría política no debe ser juzgada por su perfección lógica o su coherencia sistemática con otras ramas de la filosofía, sino por su aptitud o su idoneidad para resolver el problema que tiene planteado³. El problema político fundamental de nuestras sociedades, a juicio de Rawls, es el de cómo sería posible componer un marco de convivencia que acomodara la variedad y el antagonismo de formas de vida. Desde este imperativo pragmático, una primera exigencia de la teoría es el análisis del problema, una descripción de los rasgos del

mismo como fuente de la dificultad que debe ser específicamente resuelta⁴.

Para Rawls, la fuente del problema social y político es el pluralismo de formas de vida que está vigente en nuestras sociedades y, más en concreto, el carácter inevitable e irreversible de dicho pluralismo. Los individuos responden al problema de qué forma de vida pretenden observar atendiendo a una serie de interpretaciones sobre qué es una vida buena que, sean los individuos conscientes de ello o no, se corresponden con una serie de doctrinas, filosofías, concepciones generales o credos. Estas doctrinas, filosofías o credos son denominadas habitualmente «concepciones del bien», pero Rawls prefiere servirse de la fórmula «doctrinas comprensivas». En función de esta variedad de doctrinas (catolicismo, marxismo, vegetarianismo, hedonismo, romanticismo, maltusianismo, etc.), cada individuo compone su «plan de vida», que podemos definir como el conjunto de opciones o tomas de postura sobre los problemas vitales más importantes. Para Rawls, el conflicto social se debe a que, dado que muchas de estas doctrinas comprensivas o concepciones del bien son contradictorias e incompatibles, los individuos que siguen sus planes de vida terminan enfrentándose.

Ahora bien, el rasgo del problema que a Rawls le parece fundamental es el siguiente: en nuestras sociedades, hemos llegado a un estado de desarrollo en el que podemos prever que la diversidad de doctrinas comprensivas incompatibles y enfrentadas es un hecho permanente e irreversible, es decir, un hecho que no podemos evitar ni separar de nuestras sociedades. El pluralismo es inevitable porque es una mera consecuencia del uso de la razón; desde que su uso se generalizó en la modernidad, y la reforma protestante es aquí un ejemplo elocuente, la razón ha demostrado tener como efecto una diversificación de los puntos de vista que se manejan a propósito de un problema. No podemos prever que la razón disuelva los debates sobre nuestras formas de vida, y menos recurrir al uso de la fuerza para solventarlos: esta solo podría encubrir o acallar

los debates mientras fuese capaz de desplegar un poder suficiente, una contingencia reñida con la aspiración a la estabilidad de cualquier construcción política; e incluso mientras lograra desplegar dicho poder; no olvidemos que cualquier doctrina o concepción hegemónica termina generando divisiones y disputas. Por todo ello, los individuos han de resolver sus problemas de coexistencia sobre la certidumbre de que viven en sociedades irremediablemente plurales y divididas por concepciones sobre cómo debemos vivir o a qué llamamos una vida buena que resultan ser no solo distintas, sino, en ocasiones, enfrentadas de forma real o potencialmente conflictiva⁵.

El hecho del pluralismo, incluido su carácter inevitable e irreversible, impone una exigencia sobre todo aquel que trate de organizar un marco político de convivencia: las normas que organicen dicho marco no pueden provenir de una determinada doctrina comprensiva, ni ser justificadas como tesis o conclusiones derivadas de alguna de estas doctrinas. De hacerlo así, las normas de este marco político y los principios morales y políticos que lo respaldasen se convertirían en parte del problema, no en la solución al mismo. La concepción política que inspira la organización política y jurídica del Estado no puede ser contemplada como una teoría más sobre lo bueno o lo verdadero. La solución al problema de convivencia debe acceder a un nivel superior y más abstracto, a aquel en el que concurren las distintas doctrinas enfrentadas, nivel superior o distinto que Rawls denomina «público» o «político»⁶.

Aunque la descripción de Rawls se refiere a los problemas de convivencia más profundos que afrontan las comunidades, los problemas que podemos llamar políticos o constitucionales, su relato también puede ser extendido a conflictos sociales de menor escala. Insistir en mi punto de vista moral, religioso, científico o estético cada vez que protagonizo un conflicto social, o, dicho en el vocabulario de Rawls, recurrir a una razón no pública en estas situaciones tendrá como efecto la imposibilidad de resolver el problema, e incluso el de agravarlo

y prolongarlo. Es tal vez posible que nuestra doctrina sea acertada, pero no es razonable aducirla en la esfera relativa a la convivencia entre ciudadanos. La razón argüida no puede ser una razón particular, sino una razón pública, es decir, una razón que no se aduzca como la inferencia o la conclusión de una determinada doctrina comprensiva, sino como una razón que la otra parte pueda reconocer como un argumento relevante y legítimo a la hora de solucionar dicho conflicto⁷.

Sobre el contenido de la razón pública hablaremos más extensamente a continuación. Por ahora, es suficiente concluir que las características de nuestras sociedades y de los conflictos sociales que en ellas se presentan nos obligan a adoptar un determinado punto de vista que compromete a todos los ciudadanos sometidos a reglas generales de convivencia. A la hora de resolver los conflictos sociales, el punto de vista del que debemos partir no puede ser un punto de vista comprensivo, confiado en una teoría o una concepción sobre lo que es bueno o verdadero; ha de ser un punto de vista público, un razonamiento que pueda ser aceptado como relevante y legítimo por quienes disienten de nosotros. El ciudadano razonable será el que, ante un conflicto real o posible, toma conciencia de que el otro ciudadano puede observar criterios sobre lo bueno y lo verdadero muy diferentes al suyo, suspende o pone entre paréntesis sus propios criterios y se esfuerza por usar razones públicas que la otra parte pueda compartir.

Adoptar este punto de vista está lejos de ser un mero ideal o una utopía; se trata de una actitud previsible en ciudadanos que conviven en sociedades democráticas que disfrutan de un cierto desarrollo. Por ejemplo, es posible que el plan de vida de algunos ciudadanos les exija apartarse de la esfera política, e incluso vivir en condiciones de aislamiento; si el gobierno decide, sin embargo, que una carretera pase por su lugar de retiro, lo previsible es que traten de solucionar el problema y que, lejos de invocar como argumentos las razones propias de su doctrina, busquen otros que la

otra parte pueda reconocer y aceptar como válidos y relevantes⁸. Además de una actitud posible, es la actitud moralmente correcta, por muy convencidos que estemos de la bondad de nuestra posición filosófica general. En el ejemplo favorito de Rawls, todos podemos estar muy convencidos de nuestros test de evidencia científica, pero casi todos los sistemas jurídicos imponen desoír las conclusiones a las que lleguen dichos test si estos se han aplicado, por ejemplo, vulnerando principios morales importantes como los derechos fundamentales de los individuos (Rawls, 1993: 218). Del mismo modo que nuestros sistemas jurídicos suspenden nuestros criterios de evidencia científica más elementales por razones morales superiores, los individuos también deben poner entre paréntesis sus concepciones de lo bueno y lo verdadero por un interés moral superior, como es la resolución del problema básico de la convivencia social.

Cerraré este apartado sugiriendo que el anterior discurso es ya incompatible con dos soluciones o aproximaciones teóricas al problema que nos ocupa.

Como se ha dicho, la teoría de Rawls trata de hacer frente a los problemas sociales representados por el pluralismo inevitable e irreversible de formas de vida, y propone un marco de convivencia de reglas extraídas a partir de un punto de vista público y no doctrinal o comprensivo. Este presupuesto es incompatible con lo que llamaré un enfoque «romántico» del problema de la ignorancia del Derecho. El presupuesto de este enfoque presume una comunidad homogénea desde el punto de vista ético y nutrida por un marco de tradiciones y de costumbres que pudiésemos representar como propio e idiosincrásico; el ciudadano puede confiar en que el Derecho de su comunidad está orgánicamente identificado con el sustrato de tradiciones propio de su comunidad; por esta razón, se presume que el ciudadano averiguaría cuál es la norma jurídica aplicable recurriendo al marco de instituciones, costumbres y valores que aprendió e internalizó de su entorno social y cultural,

lo que a veces podría resolverse de una forma espontánea y casi natural⁹. El hecho del pluralismo, sin embargo, desmiente la idea de que la comunidad política pueda corresponderse con una determinada tradición moral o ética susceptible de ser juzgada como propia o característica y de que su Derecho deba nutrirse principalmente de ella. Por supuesto, socialmente puede imperar una determinada concepción moral mayoritaria, pero en convivencia con otras muchas y variadas doctrinas minoritarias. Estas tendrán razones para sostener que el conflicto no ha quedado verdaderamente resuelto si todo lo que se ha hecho es aducir e imponer una concepción del bien o una regla inferida de aquella que sea completamente ajena a las suyas. Y no solo eso: si todo el argumentario movilizado por el Derecho consiste en invocar una tradición moral particular por entenderla enraizada en sus valores y los del Estado, los cultivadores de las doctrinas minoritarias tendrán razones para sentirse relegados a la condición de ciudadanos de segunda clase.

En segundo lugar, el enfoque público rawlsiano es un enfoque liberal y, por tanto, difícilmente conciliable con la solución previsible en la filosofía política republicana, sobre todo en sus versiones más radicales. Como es sabido, el republicanismo afirma que una parte muy importante de lo que podemos llamar el bien o la vida buena de cada individuo está ocupada por el bien público, por el éxito de la comunidad política a la que el individuo pertenece¹⁰. No existe una diferencia de niveles entre el nivel público y, por debajo de este, el nivel de las concepciones de la vida buena o virtuosa: solo existe un nivel sustantivo relacionado con lo que debemos juzgar como una vida buena. Y, para el republicanismo, una parte fundamental de la vida buena está constituida por la satisfacción por parte de los individuos de las virtudes ciudadanas que determinan el éxito de la comunidad política, en particular las virtudes de participación, solidaridad o patriotismo. Previsiblemente, los deberes y virtudes republicanas de participación justifican la mayor implicación posible del ciudadano en los asuntos

públicos, una plataforma idónea para justificar a su vez el mayor grado posible de conocimiento de las normas jurídicas. De ese modo, un ciudadano sorprendido en crasa ignorancia de lo que dice la ley en un asunto público importante merecería no ya la imputación rigurosa de las cargas legales, sino también un juicio ético concerniente al modo con el que el ciudadano desarrolla su vida que le reprocharía su falta de implicación y participación en los problemas públicos evidenciada en su desconocimiento de la ley. Desde el punto de vista liberal o rawlsiano, el republicanismo es una de tantas concepciones del bien o doctrinas comprensivas sobre la vida buena presentes en nuestra comunidad; junto a ella, debemos tomar conciencia de otras concepciones que tal vez no valoran en absoluto la participación en asuntos públicos y que incluso quieren que esta sea la menor posible¹¹. Sin perjuicio de que sea políticamente necesario promocionar un conocimiento ciudadano básico de los elementos fundamentales de la constitución¹², no es razonable sostener un deber ciudadano genérico de conocer el mayor número posible de normas e instituciones positivas y menos con el respaldo de sanciones éticas.

3. LA RAZÓN PÚBLICA COMO PLATAFORMA ARGUMENTATIVA: SUS BASES OBJETIVA Y SUBJETIVA

Después de estas exclusiones, llega el momento de perfilar con más precisión lo que podemos describir como el enfoque, la base o la plataforma moral adecuada desde la que investigar el significado del principio *ignorantia iuris non excusat*.

Este enfoque ha sido definido como un enfoque público y no comprensivo. Podemos precisar ahora que este enfoque se identifica con el uso en cada conflicto social de lo que Rawls denomina la «razón pública», es decir, con argumentos que no se aducen como parte

de una concepción del bien o doctrina comprensiva juzgada como buena o verdadera, sino como argumentos que la otra parte puede reconocer como relevantes y legítimos para el caso.

Ahora bien, ¿cuáles son estos argumentos? ¿Cuál es la base objetiva de la razón pública? En principio, esta dispone que el ciudadano, a la hora de enfrentarse a sus conflictos reales o previsibles, ha de acudir a normas generales o, en su vocabulario, «términos justos de cooperación» (Rawls, 2003: 6) establecidos por todos. No debe perderse de vista este último inciso: la razón pública es presentada por Rawls como la razón propia e inseparable de un Estado democrático, un modelo político en el cual existen normas generales, y en el que todos los ciudadanos pueden ser interpretados como legisladores de dichas normas (Rawls, 1993: 213). Desde este planteamiento, la razón pública dispondrá que, en las discusiones sobre los problemas de convivencia más básicos, los ciudadanos han de invocar los principios de justicia fundamentales que sirven de núcleo a su constitución¹³; en el caso de los problemas constitucionales, el ciudadano debe invocar los preceptos de su constitución; por último, en el caso de los conflictos sociales de menor escala, el ciudadano debe recurrir a las leyes emanadas del procedimiento político prescrito en la constitución, así como a las sentencias judiciales u otras normas individuales dictadas en aplicación de las leyes generales.

Llegados a este punto, podría aducirse que nuestro planteamiento incorpora una extralimitación del contenido de la razón pública y del ámbito de problemas a los que se destina que contrasta con los previstos en la obra de Rawls. En efecto, el discurso va más allá de sus previsiones en lo que se refiere al ámbito de aplicación de la razón pública, si bien no estoy tan seguro de que contradiga sus previsiones sobre el contenido de esta.

Por lo que se refiere a su ámbito de aplicación, Rawls, en efecto, insiste en que los problemas a los que se destina la razón pública

se reducen a aquellos que alcanzan lo que denomina la «estructura básica» de su sociedad, es decir, sus principales instituciones sociales, económicas y políticas (Rawls, 1993: 223)¹⁴. Teniendo en cuenta el contenido de la razón pública que veremos a continuación, debemos concluir que, de acuerdo con Rawls, la razón pública solo necesita ser movilizada en problemas que podemos rotular genéricamente como básicos o constitucionales. Ahora bien, como primer comentario, observemos que el ámbito de problemas que Rawls incluye en las competencias de la razón pública es más extenso de lo que la expresión «estructura básica» o «problemas constitucionales» puede sugerir. Rawls afirma que debemos adoptar el punto de vista de la razón pública allí donde el caso particular dependa de la ponderación de una serie de principios constitucionales básicos¹⁵; la jurisdicción de la razón pública se amplía así tanto como estimemos la creciente «constitucionalización» del sistema jurídico¹⁶. Pero, aun reconociendo que nuestro punto de vista amplía seguramente el ámbito de la razón pública más allá de las previsiones rawlsianas, creo que debe recordarse el punto de partida pragmático de su posición: la finalidad de la teoría es ofrecer un marco social de convivencia con el que pueda resolverse el problema de la conflictividad entre las distintas concepciones e intereses que dividen y enfrentan a los individuos. Rawls propone una fórmula de solución de conflictos, y esta resulta útil, pero también inevitable tanto en los conflictos más básicos o generales como en los conflictos de menor escala. También en estos últimos ocurre que la invocación de razones propias de la concepción del bien o de los intereses particulares de los individuos no solo no resuelve el conflicto, sino que tiende a agravarlos, y también en estos últimos ocurre que el individuo deberá poner entre paréntesis su tendencia a aplicar estas razones no públicas y a movilizar las que la otra parte puede compartir o reconocer como legítimas¹⁷.

Eso no significa, sin embargo, que todas las normas jurídicas, incluidas leyes generales

y resoluciones judiciales, puedan ser interpretadas como contenido de la razón pública, y menos como la respuesta única y definitiva que los principios políticos fundamentales de la razón pública justifican y defienden. Como es sabido, Rawls se muestra conscientemente reductivo a la hora de asignar contenido a la razón pública; esta se limita a estos componentes: a) Una concepción política de la justicia, que, a su vez, incluye: i) un elenco de derechos, libertades y oportunidades para todos los ciudadanos; ii) las reglas de prioridad que los jerarquicen; iii) medios o condiciones de posibilidad para su obtención. b) Guías de investigación, principios de razonamiento y reglas de evidencia que permitan a los ciudadanos dilucidar si los principios fundamentales de justicia se están cumpliendo, así como elegir las leyes y políticas que los desarrollen de mejor forma (Rawls, 1993: 223-4). En otras ocasiones, resume más escuetamente el contenido de la razón pública mediante la suma de los «aspectos esenciales de la constitución» y «los procedimientos políticos establecidos» (Rawls, 1993: 230), o bien «los aspectos esenciales de la constitución y las cuestiones de justicia básica» (Rawls, 1993: 214; y 2000a: 575). Podría entonces aducirse que nuestro discurso supone un ensanchamiento ilimitado del contenido de la razón pública, y una incorporación a esta de leyes generales y sentencias. Sin embargo, cuando afirmamos que la razón pública le impone al ciudadano poner entre paréntesis sus intereses o sus concepciones del bien e interesarse por lo que pueda decir una ley muy específica no pretendemos afirmar que esta ley sea un contenido de la razón pública ni la única respuesta moralmente justificada por ella. De hecho, es posible que el contenido de esta ley sea el resultado de razones no públicas y de concepciones o doctrinas comprensivas, en concreto las que pueda defender el partido mayoritario o en funciones de gobierno: Rawls acierta al recordarnos que, en los estadios más particulares y complejos de la legislación, resultará inevitable que la mayoría imponga sus doctrinas particulares para salir del *impasse*

legislativo (Rawls, 1993: 230 y 235). Y, en segundo lugar, también puede ocurrir que la ley sea injusta y que se enfrente con los principios de justicia fundamentales que informan la constitución. Sin embargo, si decimos que el ciudadano debe resolver el conflicto sirviéndose en primer lugar de la ley positiva, aun inspirada en razones no públicas e incluso injustas, es porque el ciudadano debe aplicar un contenido fundamental de la razón pública, que es el procedimiento político incorporado en el núcleo esencial de la constitución, según el cual serán argumentos legítimos o términos equitativos de cooperación los que emanan de un procedimiento democrático en el cual, además, los ciudadanos puedan reconocerse como legisladores (Rawls, 1993: 230). Las leyes y precedentes particulares no son contenido de la razón pública, pero son señalados por la razón pública como los argumentos que los individuos deben aducir y movilizar a la hora de resolver los conflictos reales e hipotéticos. La razón pública justifica así, como declara Rawls, un compromiso moral y político de sus ciudadanos con el Derecho positivo legítimamente promulgado (Rawls, 2000a: 590)¹⁸. El procedimiento político de producción de normas, tanto de leyes generales como de sentencias, puede ser identificado como el marco más habitual de la razón pública y de sus deliberaciones. Los ciudadanos están moral y políticamente obligados a aceptar como legítimas sus decisiones y resoluciones, y, por tanto, a servirse prioritariamente de las mismas a la hora de resolver sus conflictos sociales¹⁹. Por supuesto, este compromiso moral y político con las normas jurídicas emanadas de dicho procedimiento y con su uso prioritario es compatible con el desacuerdo del ciudadano con su contenido; al tiempo que le vincula primariamente con dichos argumentos a la hora de resolver sus conflictos, la razón pública también le faculta y le otorga argumentos para criticarlos en uso de su libertad de expresión y para tratar de modificarlos o derogarlos con todos los mecanismos jurídicos válidos²⁰. Sin embargo, en tanto no sea así, es decir, en tanto

no sean modificados o derogados conforme al procedimiento político legítimo, el argumento que la otra parte de cualquier conflicto social reconocerá necesariamente como relevante y legítimo para resolverlo es el derivado de dicho procedimiento y, por esta razón, el ciudadano contrae con este una responsabilidad primaria.

Podría aducirse que este compromiso moral al que aludimos, que vincula al ciudadano con las leyes generales o los términos justos de cooperación, no es sino el viejo deber de obediencia al Derecho. Todo lo que nos ofrecería Rawls sería en realidad una justificación moral de signo liberal o contractualista del deber ciudadano de obedecer las leyes. Su construcción, como es sabido, parte de la hipótesis de unos agentes puestos en el compromiso de elegir los principios de justicia para su comunidad, para lo cual habrían de ubicarse en un escenario de argumentación y decisión en el que se cumplieran perfectamente las condiciones morales que exigimos en nuestras deliberaciones prácticas —lo que Rawls denomina «posición original»—. Desde este punto de vista moral correcto, los individuos acordarían, en primer lugar, los principios de justicia que inspirarán la constitución política de su comunidad; pero, en segundo lugar, no se olvidarían de pactar también un deber de obediencia que equivaldría al compromiso moral de los individuos de solucionar sus conflictos mediante el resultado del procedimiento político establecido en su constitución. Rawls denomina «deber natural de apoyar y promover instituciones justas» al deber de obedecer el resultado de este procedimiento, es decir, las leyes y precedentes judiciales mientras no sean derogados formalmente²¹. Sin embargo, el deber que impone la razón pública a los ciudadanos no se corresponde exactamente con este «deber de apoyar y promover instituciones justas» o deber moral de obedecer el Derecho. Este deber implica el compromiso del ciudadano de acatar el Derecho, lo que bien puede verificarse en ciudadanos totalmente desentendidos de (o indiferentes a) su contenido, o que se aferran a sus concepciones del bien durante el proceso,

pero que, finalmente, acatan pacíficamente la sentencia o la decisión de las autoridades. Este tipo de ciudadanos cumplen con el deber de obediencia, pero no satisfacen las exigencias de la razón pública y los deberes que esta incorpora. Para entender esta idea, debemos sumar un elemento crucial en el discurso de Rawls: la razón pública y el procedimiento de resolución de conflictos que esta representa se inscriben no dentro de un modelo genérico de democracia, sino de un modelo de democracia deliberativa (Rawls, 2000a: 579-580). Bajo este modelo, el compromiso del individuo en caso de un posible conflicto no es solo acatar lo que finalmente dicten legisladores y jueces: desde el principio, ha de ser capaz de explicar o dar cuenta de su posición y hacerlo mediante razones o argumentos que la otra parte sea capaz de comprender y de compartir (Rawls, 1993: 217)²². Por eso, la razón pública impone sobre el individuo no ya un mero deber de obediencia o de acatamiento, sino un «deber de civilidad» (Rawls, 1993: 217 y ss.), que nuestro autor describe como un deber de explicar, de justificarse y de dar cuenta públicamente de la posición sostenida en un conflicto real o posible, lo cual, a su vez, obligará al ciudadano a buscar términos de cooperación o normas generales que la otra parte pueda aceptar.

Esta última idea conduce a un aspecto de la razón pública que también es preciso subrayar: la razón pública, al margen ahora de cuestiones objetivas como su jurisdicción o sus contenidos, es una disposición subjetiva o un punto de vista moral. Rawls habla aquí del deber de comportarse de un modo «razonable» o de afrontar una carga de razonabilidad (Rawls, 1993: Lecture II, § 1). Como ya se ha insinuado, la persona razonable no es la que se compromete con posiciones filosóficas que podamos juzgar como lógicas y racionales (de hecho, puede que sus puntos de vista sobre lo bueno o lo verdadero sean ilógicos en no escasa medida); es la persona consciente del hecho del pluralismo y de las cargas de la razón y, consecuentemente, consciente de que, llegado un conflicto, debe poner entre paréntesis sus

posiciones filosóficas substantivas y esforzarse por proponer argumentos que la otra parte no pueda rechazar y pueda reconocer y aceptar como legítimos y relevantes. Para subrayar que esta es la actitud demandada por la moral política que está en la base del marco liberal y democrático de convivencia, Rawls representa esta actitud bajo la forma de un deber moral ciudadano que, como ya sabemos, denomina «deber de civildad». El deber de civildad le impone al individuo situarse en el punto de vista moral correcto, lo que equivale a ser capaz de explicar la forma en la que pretende resolver un conflicto real o previsible mediante razones que la otra parte pueda comprender y compartir.

Una vez justificado este deber de civildad, la solución de nuestro problema es inmediata: condición necesaria para estar en condiciones de explicarse y de ejercitar el deber de civildad es informarse de los términos justos de cooperación que regulan cada problema específico. El punto de vista de la razón pública arroja una conclusión precisa sobre el problema del grado de conocimiento del Derecho exigible para los ciudadanos: sobre el ciudadano pesa el deber de que, llegado un conflicto o ante la previsión de que una determinada conducta o acción suya pueda provocarlo, se informe de los argumentos que la razón pública señale como relevantes y legítimos para dicho conflicto, o, en otras palabras, se informe de la legislación vigente sobre dicho problema. En caso de que el ciudadano haya incumplido con sus deberes de civildad, no podrá impugnar la aplicación de los términos justos de cooperación públicamente establecidos.

En conclusión, los conceptos de razón pública y deber de civildad justifican un deber del ciudadano de informarse de lo que dicta el Derecho ante un conflicto real o en el que previsiblemente pueda verse envuelto. La conducta civil y razonable en el sentido antes explicado es equivalente a una búsqueda de argumentos cuya relevancia y legitimidad no puede ser negada por la otra parte, lo que significa un esfuerzo por encontrar los términos

públicos de cooperación establecidos en la ley. Como veremos en el siguiente apartado, se trata de un deber emparentado con los deberes de atención, cuidado y diligencia. Consiste así en una exigencia moral práctica dirigida a encauzar la voluntad y la acción de los ciudadanos. Dicho de otro modo, lo que el deber de civildad exige no es la posesión de un determinado estado intelectual de conocimiento de las normas, de modo que podamos concluir que lo han cumplido de mejor forma quienes hayan alcanzado un grado de conocimiento más profundo y complejo sobre el ámbito de validez de las leyes. Como ocurre con los deberes de atención o de cuidado, la exigencia es más volitiva y práctica, y aspira a que los ciudadanos desplieguen un esfuerzo suficiente de acuerdo con estándares públicos de prudencia, cuidado o vigilancia. Desde la perspectiva del deber de civildad o de informarse del contenido del Derecho, lo que hay de reprochable en quien alega haber ignorado la ilicitud de su conducta no es la falta de conciencia subjetiva o empírica de la ilicitud de la conducta en el momento en que esta se llevara a cabo, sino la posibilidad de haber conocido dicha ilicitud caso de que el ciudadano se hubiese esforzado suficientemente en el conocimiento de las razones públicas que regulan los conflictos. En otras palabras, la cuestión a dirimir por los tribunales no es tanto si el ciudadano X era ignorante en el momento Y sobre la norma Z, sino si el ciudadano X satisfizo o no unos estándares de civildad y atención por el contenido del Derecho que se interpretan como socialmente exigibles y normativa u objetivamente impuestos²³.

Además de justificada por argumentos morales y políticos, la conclusión propuesta es sustentable desde el punto de vista dogmático. El planteamiento es coincidente con la posición mayoritaria de la jurisprudencia y la doctrina que han demostrado una mayor preocupación por este problema, que son la jurisprudencia y la dogmática penales²⁴. En lo que se refiere al Derecho privado, la legislación positiva ha formulado en algunos códigos la vigencia del deber de todo ciudadano

de informarse de las leyes que le conciernen²⁵. Sin embargo, interpretar que bajo el artículo 6.1 I de nuestro Código Civil («la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento») subyace un deber ciudadano de informarse del contenido de las normas está hoy lejos de ser la posición mayoritaria en la doctrina civil española. Como cuestión previa, y como reconocen los propios civilistas, el problema de precisar las consecuencias jurídicas de la desinformación o el desconocimiento del Derecho —en otros términos, el problema del error de Derecho— ha merecido en la dogmática civil española un notable desinterés²⁶. Pero, más importante aún, algunas de sus contribuciones se muestran muy críticas con el reconocimiento de este deber de informarse o de conocer el Derecho²⁷. Numerosos autores defienden una completa separación conceptual del principio «la ignorancia no es excusa» y el error de Derecho; la primera idea no sería sino un sinónimo de la obligatoriedad de las leyes y el sometimiento de todos los ciudadanos e instituciones a las mismas, mientras que la segunda, de ámbito totalmente distinto, manifestaría un problema relativo a la formación del consentimiento y consistente en que, allí donde el consentimiento hubiera sido motivado por un error, la voluntad plasmada en el contrato no sería la voluntad real del contratante²⁸. En realidad, quien alegase un error no desearía eludir las consecuencias jurídicas de las normas, sino, al contrario, su cumplimiento, porque el Derecho civil de contratos dispone mediante el principio de autonomía de la voluntad que las declaraciones de consentimiento no pueden estar viciadas. La nómina de defensores de esta tesis es muy amplia y significativa²⁹, lo que explica que algunos civilistas juzguen esta como definitiva, y consideren la doctrina «subjética» o «culpabilista» aquí defendida como superada o extinta. Como se advirtió al comienzo, no es objetivo ni posibilidad de este trabajo exponer en profundidad tesis alternativas y someterlas a un análisis crítico detallado³⁰. Algunas de las dudas lógicas y dogmáticas que plantea una tesis como la que se acaba de mostrar serán

esbozadas a continuación, en nota y a modo de excursio³¹. Sí puede aducirse ahora que, de entre las escasas monografías recientemente publicadas sobre ignorancia y error, no dejamos de encontrar civilistas que se muestran partidarios del deber de informarse del contenido del Derecho³². Y, no menos importante, la jurisprudencia civil española ha admitido repetidamente, y en sentencias relativamente recientes, la vigencia de un deber de los ciudadanos de conocer el Derecho e informarse de su contenido³³. Lejos de introducir una grave contradicción dogmática, la conclusión del trabajo está suficientemente amparada por análisis doctrinales y jurisprudenciales de distintas ramas del Derecho. Es así justificable interpretar que el artículo 6.1 I de nuestro Código Civil formula un deber de informarse del contenido de las leyes.

Establecido este principio general, podemos introducir algunos matices sobre su alcance y contenido en un tercer apartado.

4. EL CONTENIDO NORMATIVO DEL PRINCIPIO IGNORANTIA IURIS NON EXCUSAT

De acuerdo con el anterior discurso, el artículo 6.1 I no puede ser interpretado como un mandato de optimización, es decir, no ordena ningún deber ciudadano de conocer el mayor número posible de normas jurídicas. Esta interpretación sí sería sustentable desde una plataforma moral y política republicana radical. Sin embargo, desde una interpretación liberal, la perspectiva pública del Estado y del Derecho no puede permitirse juzgar positiva o negativamente los planes de vida individuales, incluidos planes de vida poco o nada interesados en lo público que, sin embargo, llegado un supuesto de conflicto, pueden comportarse de forma razonable en el sentido que Rawls asignaba a este término. Desde el criterio de la razón pública, la interpretación del principio que nos ocupa se inserta dentro de un deber

de civilidad, es decir, un deber orientado a la resolución de conflictos sociales mediante argumentos públicos, lo que se traduce en el deber del ciudadano de informarse del contenido de dichos argumentos públicos llegado un conflicto o ante la previsión del mismo. En consecuencia, el argumento que denuncia la inabarcable extensión del sistema jurídico no derrota al principio *ignorantia iuris non excusat*. Por supuesto, el sistema jurídico no cabe en la memoria de ningún ser humano, ni siquiera en la de muchas máquinas; pero todo lo que este principio implica es un deber de informarse del contenido del Derecho en situaciones en las que el ciudadano puede verse envuelto en un conflicto, situaciones en las que existe una razón particular para interesarse en cómo el sistema resuelve tales conflictos³⁴.

Y, hablando de las razones que deben impulsar al ciudadano a informarse del contenido del Derecho, el ámbito en el que se restringe dicho deber, es decir, situaciones reales o posibles de conflicto o daño a terceros, vuelve a conciliar este planteamiento con la doctrina penal mayoritaria relativa al error de prohibición. Dicho en términos más claros, sobre el ciudadano pesa un deber de informarse de lo que dicen algunas normas cuando existen razones objetivas para suponer que su conducta puede ser conflictiva, dañosa, lesiva para terceros o incurso en un régimen jurídico especial³⁵. Estas situaciones, además, pasan inadvertidas mucho más difícilmente de lo que conjeturamos, y ello por muy legos que nos juzguemos en el conocimiento del Derecho positivo³⁶. Otras interpretaciones de este deber son menos conciliables con el punto de vista rawlsiano. Por ejemplo, no hay razón para informarse por el mero hecho de que la acción que el sujeto proyecte sea atípica, heterodoxa o no esteotipada desde el punto de vista de la moral social, sobre todo si hacemos equivaler esta a la doctrina moral mayoritaria: conceptualmente, el punto de vista público no es equivalente a la concepción o doctrina moral comprensiva que obedezca la mayoría de la población, sino que se trata de una esfera categorialmente dis-

tinta y separada del marco de concepciones y tradiciones morales en disputa³⁷.

Por otro lado, como ya se ha advertido, este deber de informarse se halla emparentado con los deberes elementales de prudencia y de cuidado que son exigibles de cualquier ciudadano³⁸. La vigilancia por el contenido de las leyes es una demanda particular de cuidado o de diligencia, así como una prevención contra una particular forma de imprudencia. En caso de que el ciudadano cargue con las consecuencias de la ley, ello será por haber observado una determinada actitud (imprudente, descuidada), y no por carecer de unos determinados conocimientos; como ya dijimos, el problema a dirimir no es el examen de su mayor o menor ignorancia, sino no haber satisfecho unos estándares de diligencia normativamente imputados que obligan al ciudadano a ubicarse en un determinado punto de vista moral y político representado por la razón pública y el deber de civilidad³⁹.

La pregunta que surge de este enfoque atañe a los estándares de prudencia y de cuidado que son exigibles de los ciudadanos a la hora de informarse sobre las consecuencias sociales y jurídicas de sus acciones. Algunos autores, por ejemplo, defienden que el Derecho solo podría condenar al ciudadano ignorante o equivocado cuando se constatará un grado de imprudencia o de descuido muy elevado, y ello porque, en situaciones de incumplimiento del deber por ignorancia o desconocimiento, juegan a favor del ciudadano los principios de confianza y buena fe, competidores del artículo 6.1 y presuntos vencedores en buen número de casos⁴⁰. ¿Qué estándar de cuidado debe ser patrocinado desde el planteamiento aquí defendido?

La dificultad de la respuesta nos fuerza a reclamar una cierta indulgencia: precisar un estándar concreto de exigencia es una tarea que desborda las expectativas de este trabajo. El propósito de este escrito es más genérico y consiste simplemente en desvelar el trasfondo de principios morales y políticos que subyacen a la norma según la cual la ignorancia no es ex-

cosa para eludir la aplicación de las leyes en un Estado democrático y constitucional. Como se ha visto, la idea que se ha defendido es que las relaciones sociales entre los ciudadanos están presididas por un deber de civildad que nos obliga a adoptar el punto de vista de la razón pública en caso de conflicto real o posible. Dado que, como se ha dicho, este deber preside las relaciones sociales entre los ciudadanos, puede sustentarse que la fórmula general es la exigencia de un deber de informarse del contenido de las normas jurídicas por parte de todos los que están o pueden estar implicados en cualquier conflicto. Dicho de otro modo, este deber de informarse del contenido del Derecho por parte de los ciudadanos posee un carácter central o troncal. Existe una última defensa posible, no formulada por Rawls, de esta troncalidad: el deber de civildad es una simple muestra de un deber de sociabilidad y de respeto según el cual el ciudadano mínimamente diligente se interroga a sí mismo sobre si alguna de sus acciones puede entrañar daño o conflicto social, y se interesa entonces por el contenido de las razones socialmente aceptadas como válidas y relevantes para dicho conflicto. El deber de informarse es así una continuación natural de una fórmula tradicional del Derecho civil, como es el *naeminem laedere*. Sin embargo, puede que el Derecho penal, en concreto las tendencias generales de la doctrina penal alemana sobre el error de prohibición, pueda servirnos para precisar de mejor forma este punto de vista. Como es sabido, la doctrina y la jurisprudencia penal alemanas sobre el error de prohibición oscilan entre dos polos; para la primera posición, todo ciudadano «debe considerar, antes de emprender cualquier actividad, si esta se corresponde con los preceptos del deber jurídico», y, desde esta previsión, se exigen del ciudadano medio todas las fuerzas intelectuales y representaciones de valor que estén a su alcance; para la segunda, la imposición de las consecuencias jurídicas de la norma ignorada exige demostrar un grado de imprudencia elevado que solo puede evidenciarse cuando podemos demostrar que el ciudadano

ha abrigado subjetivamente una «tenué duda» sobre la ilicitud de su conducta, una demostración tan difícil que, en la práctica, su exigencia casi privaría de sentido al artículo 6.1 de nuestro Código Civil⁴¹. Postular el carácter central o troncal del deber de civildad implica un planteamiento más cercano a la primera posición que a la segunda; en otras palabras, nuestra posición reclama que los estándares de atención y de cuidado que imputemos a los ciudadanos a la hora de prevenir conflictos o de prever posibles infracciones sean elevados, más aún de lo exigido para verificar delitos imprudentes o imponer reparaciones civiles⁴². Lo que está en juego en este problema no es meramente que algunos ciudadanos abusen de estados psicológicos inciertos de desinformación o de ignorancia para eludir sus cargas u obligaciones. Incumplir el deber de civildad no incorpora simplemente un problema de fraude o de elusión de cargas, sino otro más profundo y relevante para la convivencia: los ciudadanos que desdennan el esfuerzo por prevenir la conflictividad de su conducta y por informarse de términos públicos para su solución muestran una tendencia socialmente inaceptable a hacer valer sus propios criterios sobre lo que es bueno y verdadero, y a hacer equivalentes la resolución de problemas sociales y sus creencias privadas.

La consideración final nos obliga a subrayar que el planteamiento aquí suscrito no sugiere una reducción simplista del problema mediante una regla de cierre del tipo «la ignorancia del Derecho nunca es excusa para su cumplimiento». Desde el punto de vista del Derecho positivo, mal podría explicarse la reforma del Título Preliminar y la atención que este dedica al error de Derecho si este fuera el régimen previsto por nuestros sistemas jurídicos. El deber de informarse no tiene un alcance absoluto, sino que compite con otros principios morales y políticos como la buena fe, la confianza en el ciudadano o la evitación de enriquecimientos injustos en los contratos privados. Pese a que, como hemos postulado, el deber de información desempeña un papel

troncal o medular, caben también situaciones en las cuales estos últimos principios sean acreedores de una mayor consideración. Se trata, en suma, de situaciones en las cuales el error o la ignorancia merecen la consideración de «excusables», y eximen al ciudadano de las cargas o las obligaciones contenidas en la norma jurídica.

Podemos referirnos, en primer lugar, a aquellas situaciones en las que previsiblemente el ciudadano, aun observando unos estándares de cuidado tan elevados como puedan ser exigidos, fracasará en su esfuerzo por conocer el contenido de la ley. Un supuesto significativo es el que incluye a ciudadanos que se enfrentan con casos particulares cuyas circunstancias propician la desinformación o la confusión, y mueven a estos a abrigar una creencia falsa sobre el contenido de la ley. En estos casos, aunque el deber de informarse siga siendo exigible en una medida considerable, las circunstancias del caso, sumadas a la buena fe mostrada por el individuo y su actitud desinteresada, pueden inclinar la balanza a favor de la confianza en el ciudadano y en contra de la aplicación de la norma⁴³. Los conocidos ejemplos propuestos por Federico De Castro sobre situaciones de error o ignorancia cuyos efectos jurídicos son, sin embargo, protegidos por el legislador en consideración a la buena fe de las partes encajan en los ejemplos que estamos sugiriendo⁴⁴. En estas situaciones, el principio de buena fe desplaza al deber de información, aun interpretado este con toda la importancia y severidad que merece y, en palabras de Hernández Gil, se convierte en el concepto fundamental (Hernández Gil, 1980: 237). Nada esencialmente distinto es lo que sucede en lo que nuestro legislador penal denomina «error invencible», el cual, como reza el 14.3 de nuestro Código Penal, exige de responsabilidad criminal. Sin duda, la importancia de las prohibiciones penales y su tantas veces proclamado carácter de «constitución negativa» reafirman la severidad con la que habrá de interpretarse el deber de información; sin embargo, también son posibles las situaciones que inducen a

creencias falsas, y en las que, si el ciudadano ha mostrado buena fe, se legitimará la aplicación de un principio de confianza que haga valer la exención.

Cuestión distinta es la discusión relativa a si, en situaciones de error que podríamos juzgar como evitable o vencible por parte del ciudadano, si no una completa exención, este podría disfrutar de una atenuación en el rigor de las consecuencias jurídicas. En este contexto, el punto de vista aquí defendido ya no resulta propicio para la elusión de las reglas y es más consistente con un mayor rigor, en coherencia con la exigencia de estándares elevados de cuidado en el conocimiento de la ley. Es cierto que el artículo 14.3 del Código Penal de 1995 sostiene que el error evitable atenúa la pena impuesta en uno o dos grados; sin embargo, otras legislaciones no parecen dispuestas a conceder este beneficio: la legislación penal alemana estipula que el juez no debe, sino que, simplemente, puede atenuar la pena, posibilidad que la práctica jurisprudencial ha convertido en muy remota. En lo que se refiere a la legislación civil, es cierto que el carácter bilateral y sinalagmático de estas relaciones obliga a atender consideraciones de justicia muy diversas: la confianza o la certeza en el tráfico mercantil, la distribución del riesgo, evitar enriquecimientos injustos, etc. En cualquier caso, el análisis de la jurisprudencia civil revela que esta se muestra igualmente exigente y poco favorable a otorgar concesiones⁴⁵.

Por último, además de las posibles situaciones en que la ignorancia es eximente o atenuante, el posible rigorismo de nuestro planteamiento puede suavizarse en atención a esta pregunta: el deber de informarse del contenido del Derecho, ¿es relativo únicamente al contenido general de la norma, o también es exigible el conocimiento de los perfiles exactos de la misma, es decir, su ámbito de validez tal y como lo interpreta la jurisprudencia? Sin tiempo para abordar el problema en toda su complejidad, nuestro planteamiento es de nuevo compatible con soluciones menos severas. Sobre el ciudadano pesa un deber genérico de co-

nocer el contenido de la ley, pero no un deber de desarrollar subsunciones lógicamente correctas e interpretaciones jurídicamente aceptables que tomen como premisa el enunciado de las normas, deber que, sin embargo, sí pesa sobre el juez. Por eso, frente a lo que suponían los detractores tradicionales del artículo 6.1 (o, en su momento, el artículo 2), nada hace suponer que la legislación española extienda sobre el ciudadano el *iura novit curia*⁴⁶. De lo dicho se infiere que el ciudadano, si no está seguro de la interpretación de la norma, tendrá que recabar la asistencia de un profesional del Derecho. En ese caso, dadas nuestras condiciones de acceso a la justicia, podría denunciarse la injusticia que representa condicionar el deber de informarse del contenido del Derecho a la

contratación de un servicio privado y oneroso. Sin embargo, tanto esta discusión como el problema de las mejoras jurídicas e institucionales que universalicen el acceso a la justicia constituyen un problema distinto al que aquí tratamos. Nuestra discusión versa sobre el grado de esfuerzo exigible a los ciudadanos para conocer el Derecho. Estas discusiones, sin embargo, son relativas al deber de las instituciones de hacer posible un presupuesto de nuestro problema: que el Derecho, en toda su complejidad, sea cognoscible o accesible para el ciudadano. El trabajo no analiza este deber correlativo de las instituciones ni analiza las obligaciones de claridad o de certeza en la promulgación de las leyes.

NOTAS

1. Como «una necesidad dogmática absoluta» se reconoce en Maggiore (1938: 656). Pugliatti (1966: 58) lo concibe como «una expresión de la funcionalidad práctica y, por tanto, de la lógica interna al ordenamiento jurídico en cuanto tal».
2. El trabajo tampoco profundiza en los problemas que entraña la división «en cuatro estadios» de las normas públicas que solucionan los problemas sociales, o, de acuerdo, con su terminología, de los «términos justos de cooperación». Sobre la secuencia en cuatro estadios, véase Rawls (1971: 195 y ss.). Como es sabido, el primer nivel de las normas públicas es el de los principios de justicia de la concepción política que subyace a la constitución y nutre su núcleo básico; el segundo nivel es el de la constitución positiva, el tercero el de las leyes generales y el cuarto es el nivel aplicativo de las leyes, fundamentalmente sentencias judiciales. Estos distintos estratos normativos también representan distintos niveles de publicidad y, con ellos, distintos grados de exigencia en el conocimiento de las normas por parte de los ciudadanos. Por ejemplo, el conocimiento del primer nivel (no así el de los demás) exige una «publicidad plena», lo que significa que se ha de conocer no solo la formulación de los principios de justicia más generales, sino también la justificación moral más profunda de los mismos (Rawls, 2000b: 324-326). Algún matiz será añadido sobre el diferente grado de exigencia que puede separar a los otros tres niveles, pero, en general, el trabajo no se sirve de la secuencia en cuatro estadios para mostrar diferencias en la idea de publicidad. En su lugar, recurre fundamentalmente a la idea de razón pública movilizada por Rawls a partir de 1993, con la cual, como la doctrina ha puesto de relieve, ha tratado de superar y desarrollar las explicaciones anteriores sobre la idea de publicidad. Véase al respecto Larmore (2003), Rodilla (2006: 300).
3. Como explica Rodilla (2006: 83), el punto de vista de Rawls es que una teoría política o de la justicia no puede ser «una teoría pura»: «La teoría de la justicia no es una empresa especulativa, que, asentada en un terreno más allá de la experiencia histórica, investigue en actitud contemplativa un orden moral independiente, sino un discurso con intención práctica, que se concibe a sí mismo *situado* en un campo de intereses prácticos:[...] práctico es el contexto problemático del que procede, práctico es también el rendimiento que reclama para sí misma». Por supuesto, si el término «pragmático» figura entrecomillado es para subrayar que su aplicación a Rawls tiene un sentido particular, se limita a la idea aquí expresada, y no vincula su obra con la tradición filosófica pragmatista.
4. Por usar términos de R. Dworkin, la estrategia de Rawls es «del problema al sistema» o «del problema a la teoría», no a la inversa (Dworkin, 1993: 27-8).
5. Rawls (1993: xxii-xxvi y Lecture II, § 2 y 3).

6. En sus palabras, se trata de un nivel *freestanding*, es decir, no fundamentado o dependiente de verdades morales, religiosas o, en suma, comprensivas (Rawls, 1993:133 y ss.). Otra expresión similar y no menos conocida es que estos argumentos han de ser «políticos, no metafísicos» (Rawls, 1985).
7. No se trata, simplemente, de un argumento que la otra parte pueda comprender o interpretar. A fin de cuentas, recuerda Rawls a modo de ejemplo, Miguel Servet pudo comprender muy bien las razones por las que Calvino le condenó a morir en la hoguera; sin embargo, ello está lejos de convertir estas razones en razones públicas. Lo que se precisa es una razón que la otra parte pueda aceptar. Un argumento legítimo es precisamente un argumento que cumple esta función: puede que el contenido de este argumento no responda exactamente a los criterios de verdad del destinatario, lo que es muy posible en sociedades plurales como las nuestras; y, sin embargo, puede ser al mismo tiempo un argumento compartido y aceptado por ella (Rawls, 2000a: 579).
8. Por eso afirma Rawls que una hipotética concepción del bien fundada en la trascendencia y en lo que llama la *visio dei*, si es razonable, no tiene por qué desplazar ni anular los valores políticos razonables (Rawls, 2000a: 609).
9. No es preciso acudir a ejemplos históricos muy lejanos para ilustrar esta tesis. Un autor como E.R. Zaffaroni (1987: 529 y ss.) exige no sólo conocimiento, sino también «comprensión» de la norma jurídica por parte del ciudadano para que éste merezca reproche jurídico, lo que incluye que el ciudadano la haya internalizado culturalmente.
10. «Solo se puede ser libre en un Estado libre» (Skinner, 1997: 60). Podría observarse que esta presentación es más propia de lo que se ha dado en llamar «humanismo cívico» y que el republicanismo se limita a afirmar que el bien común es importante, pero solo instrumentalmente, para que el individuo alcance sus propios fines. No entro a discutir esta posible distinción, si bien representantes fundamentales del republicanismo como Sandel (1996: 69) no dudan en reservar el término a lo que hemos llamado su versión fuerte o «humanista». En cualquier caso, estas discusiones explican el matiz añadido al comienzo, según el cual nos referimos únicamente a las versiones del republicanismo más radicales.
11. Las concepciones del bien del anarquista, del místico, del *hippy* o del famoso surfista de Van Parijs, ocupado simplemente de su deporte (1996), deben ser tan respetables para el Estado como la del individuo más concienciado en política y Derecho, e incluso, llegado un momento de conflicto, pueden ser tan razonables como la del más politizado de los ciudadanos.
12. «La democracia deliberativa reconoce que, sin una educación generalizada sobre los aspectos constitucionales básicos [...] las decisiones sociales y políticas más importantes, simplemente, no podrían tomarse» (Rawls, 2000a: 580).
13. No necesariamente los conocidos dos principios de justicia por él propuestos, sino la concepción política de la justicia que eventualmente impere. De ese modo, la lista de principios fundamentales legítimos es una lista abierta, si bien no del todo abierta: en todo momento, Rawls habla de principios «dentro del liberalismo político», es decir, dentro de modelos necesariamente democráticos que reconozcan la igualdad de los ciudadanos y la neutralidad del Estado ante las concepciones del bien (Rawls, 2000a: 581-582).
14. Como se le ha reprochado a veces, Rawls no ha proporcionado una definición o una lista detallada de los problemas o instituciones que incorpora este concepto; sin tiempo para ahondar en este problema, me limito a transcribir la definición sintética incluida en esta referencia.
15. Estos habrán de ponderarse mediante razones públicas, pues, de otro modo, los principios constitucionales se convertirían en «[...] marionetas movidas, tras el escenario, por las doctrinas comprensivas». Además, añade, recurrir en estos casos a las doctrinas comprensivas violaría el principio de reciprocidad (Rawls, 2000a: 585 y 605).
16. Que la razón pública es competente en asuntos regidos por muchas leyes ordinarias es algo que Rawls reconoce con frecuencia. «El criterio [de la razón pública] se aplica en dos niveles: el primero es el de la estructura constitucional misma; el segundo es el de las leyes particulares promulgadas con arreglo a dicha estructura» (Rawls 2000a: 578).
17. Tengamos en cuenta, finalmente, que Rawls no desautoriza el uso de la razón pública más allá del ámbito por él propuesto, e incluso llega a afirmar que sería «altamente deseable» que ello pudiera ser factible (Rawls, 1993: 215). Si afirma que la razón pública es más necesaria en los aspectos básicos de la constitución, y ello porque es en estos puntos donde el consenso o el acuerdo resultan más urgentes (Rawls, 1993: 227). Por lo demás, Rawls no deja de reconocer que caben otros diseños de la razón pública compatibles con el liberalismo político (Rawls, 1993: 254).

18. Abunda en esta idea cuando se refiere a un concepto emparentado con el de razón pública como es el de razonabilidad, concepto al que ya hicimos alusión en la primera parte del trabajo y que puede definirse como la competencia del ciudadano de usar la razón pública. Rawls describe al ciudadano razonable como aquel que, en primer lugar, acepta las «cargas del juicio» implicadas en el uso de la razón, es decir, el que comprende como muy posible que la otra parte en el conflicto profese criterios de lo bueno y lo verdadero muy distintos de los suyos; en segundo lugar, es la persona capaz de proponer términos justos de cooperación o reglas generales de solución de conflictos, y de someterse a ellas con independencia de que estas le beneficien o no. La razonabilidad aboca, según Rawls, al compromiso de los ciudadanos con el derecho legítimo: estos saben que la unanimidad es raramente posible (Rawls: 2000a: 613).

19. «Cuando [...] todos los cargos del Estado actúan de la forma apropiada... la ley que expresa la opinión de la mayoría es derecho legítimo [...] Puede que no todos piensen que es la más razonable o apropiada; sin embargo, ésta es políticamente (moralmente) obligatoria para él como ciudadano, y ha de aceptarla como tal» (Rawls, 2000a: 578).

20. Ni las decisiones del legislador ni las de los tribunales, ni siquiera las del Tribunal Supremo o Constitucional resuelven definitivamente qué es lo que realmente dicta la razón pública ante un caso concreto o problema específico (Rawls, 1993: 237). Este desacuerdo es, sin embargo, moralmente compatible con dos circunstancias: en primer lugar, como sabemos, con el hecho de que la ley, mientras no haya sido derogada o anulada, siga siendo el argumento que la razón pública señala como legítimo a la hora de resolver estos problemas, y ello a pesar de que la juzguemos como una conclusión incompatible con alguno de sus postulados básicos; en segundo lugar, con la presunción de que la razón pública señala una respuesta objetivamente correcta al problema planteado, una presunción implícita en la idea de que necesitamos argumentos que los demás puedan no solo reconocer, sino aceptar. «Debemos creer sinceramente que nuestra visión del asunto se basa en valores que puede razonablemente esperarse que todo el mundo respalde» (Rawls, 1993: 311; Rodilla, 2006: 304).

21. Este deber tiene en realidad dos partes: «[...] en primer lugar, un deber de cumplir y satisfacer la parte que nos corresponda en el marco institucional justo allí donde esté vigente; en segundo lugar, colaborar en el establecimiento de instituciones y normas justas allí donde no existan, siempre que no represente para nosotros un coste excesivo» (Rawls, 1971: 115 y 334). La primera parte es habitualmente señalada como la respuesta de Rawls a lo que se conoce como el problema de la obligación política. No podemos abordar en el trabajo problemas como las razones por las que Rawls sustituye la «obligación» de *fair play* por el «deber» aquí señalado como fuente de justificación de nuestro deber de obediencia.

22. La explicación por la que, según Rawls, el modelo de democracia correcto ha de ser un modelo deliberativo se halla en las particularidades de la relación política que vinculan al ciudadano con sus autoridades. Los lazos no políticos que unen al ciudadano con las autoridades de las diversas asociaciones, comunidades o iglesias son electivos y voluntarios; sin embargo, la relación política con las autoridades públicas no es electiva (sugerir que podemos sustituirla mediante emigración es poco realista para la mayoría); además, esta relación puede derivar en leyes y normas que inflijan consecuencias muy gravosas para los ciudadanos. Por esta razón, sobre las leyes y sobre todas las acciones que tienen lugar en la esfera pública pende en todo momento la cuestión de la legitimidad, lo que se traduce en una necesidad de explicar, justificar y dar cuenta en todo momento de las mismas en términos asumibles por los demás (Rawls, 1993: Lecture IV, § 1).

23. En términos penales, nuestro planteamiento niega que el conocimiento subjetivo o psicológico por parte del ciudadano de la ilicitud de la conducta y del ámbito de validez de la norma violada sea por principio condición previa y necesaria para la imposición a este de sus consecuencias jurídicas. Nuestro planteamiento no se vincula con una «teoría del dolo» (Binding, 1919) como forma de interpretar la figura del error de prohibición, doctrina según la cual el infractor podía excusarse si demostraba una ignorancia o error que implicara su falta de dolo o intención de delinquir.

24. Sobre la importancia doctrinal y jurisprudencial de este deber en la dogmática penal puede consultarse una de las últimas contribuciones a su justificación: Córdoba (2012). Véase también Arias Eibe (2007: 132-3, en especial nota 192). Además de extendido en la doctrina y la jurisprudencia penales, se trata de un deber positivizado en algunas legislaciones: el artículo 9.2 del código penal austríaco fundamenta la punibilidad del error de Derecho vencible en el deber ciudadano de conocer el Derecho. Por supuesto, no faltan penalistas manifiestamente críticos con la imposición de dicho deber; destaca, entre ellos, Armin Kaufmann (1977), quien juzga dicho deber como una limitación inmoral de la libertad humana.

25. «Todo habitante del Estado debe informarse de las leyes que le conciernen a él, a su industria y a sus actos», rezaba el *Código general para los Estados prusianos* de 1791, Intr. 1, art. 12.

26. «Con la digna excepción de algunos comentarios y trabajos preparados con ocasión de la reforma del Título Preliminar del Código Civil, apenas si se han realizado aportaciones que revelen un cierto estado de preocupación científica» (Oliva, 2010: 33-34).

27. Por ejemplo, el mismo Oliva (2010: 143) llega a calificarlo de «abominable» e «injusto».

28. «La ignorancia es una categoría ontológica y jurídicamente distinta del error», declara M. Alonso Pérez en sus notas a Pietrobon (1971: 649).

29. Esta incluye, a modo de ejemplo, a Albadalejo, Alonso Pérez, Borda, Díez-Picazo, Gil Rodríguez, Morales Moreno, Roca Sastre y Puig Brutau.

30. Un debate en condiciones de esta tesis exigiría una presentación mucho más aquilatada de la misma. Para dar idea de la complejidad de esta tarea, deben tenerse en cuenta otros dos factores: a) Pese al desinterés hacia nuestro problema denunciado en la doctrina civilista, esta ha sido también fértil en distinciones y categorizaciones de gran interés (recuérdese, por ejemplo, la distinción entre el error-vicio y el error obstativo); b) El problema de la ignorancia del Derecho reviste una mayor complejidad en Derecho de contratos porque en él inciden un mayor número de principios y de valores que deben tenerse en cuenta: la distribución del riesgo, la evitación de enriquecimiento injusto, la seguridad del tráfico y el deber de cumplir la palabra dada serían algunos de ellos.

31. Frente a la tesis de la separación, aludiré a tres argumentos. Los dos primeros son típicamente dogmáticos, y refieren que tanto la ubicación sistemática como la formulación literal elegidas por el legislador para su artículo 6.1 I encajan difícilmente con la tesis que comentamos. Por supuesto, la doctrina puede partir del carácter ilógico de la doctrina culpabilista y lamentarse tanto de la formulación como de la sistemática elegidas por el legislador. Sin embargo, si nos planteamos la significación dogmática del precepto, no se me ocurre cómo podemos eludir las consecuencias a las que conducen tanto la interpretación literal como la sistemática. Ahora bien, nuestro tercer argumento sostiene que es precisamente la tesis de la separación entre ignorancia y error de Derecho la que conduce a consecuencias ilógicas. 1) La teoría de la separación circunscribe el art. 6.1 al Derecho de contratos. Esta es una tendencia frecuente en la dogmática civil en general, no solo en la española: por ejemplo, el jurista francés Guestin (1971: 57) también interpreta el error de Derecho como una figura referida únicamente al Derecho de contratos. Esta interpretación restrictiva del artículo 6.1 colisiona con la lectura consolidada del Título Preliminar como «norma del resto de normas» del sistema jurídico, o como norma de Derecho común. Antes de 1978, se reconocía incluso su dimensión cuasi-constitucional o sus aspectos constitucionales (Herrero de Miñón, 1974: 105). Después de 1978, es obvio que la lectura constitucional del texto es insostenible desde el punto de vista formal: el Título Preliminar no es sino parte de una ley ordinaria que puede modificarse como cualquier otra ley ordinaria. Sin embargo, por su historia y por su contenido, esta dimensión generalista sigue siendo reconocida; por eso la dogmática suele imputar las conclusiones sobre su alcance y contenido al «ordenamiento jurídico español» en su conjunto; por ejemplo Arau (2008: 34 y ss.), y Lasarte (2007: 45).

Por otro lado, la idea de que ignorancia y error son conceptual y categorialmente distintos se enfrenta a la sistemática del Título Preliminar, que incluye ambos en un mismo artículo, y a la negativa del legislador a trasladar estos preceptos a los capítulos sobre contratos.

2) Si el artículo 6.1 I fuese un mero sinónimo de la obligatoriedad de las normas, aciertan quienes sostienen que sería innecesario o redundante («perfectamente prescindible y vacío», J.A. García Amado y P. Gutiérrez Santiago [2014: 5]). Este podría ser suprimido sin que nada cambiara, porque es una cualidad inherente a cualquier norma jurídica imputar necesariamente su consecuencia jurídica cada vez que se verifica su supuesto de hecho. Sin embargo, suponer que el Código Civil está incluyendo un artículo innecesario y vacío concuerda difícilmente con la vigencia pertinaz de este precepto, ya recogida en el proyecto de 1851 y el anteproyecto de 1881-2, y cuya formulación, en lugar de ser suprimida o desplazada al capítulo de contratos, es desarrollada en la reforma de 1974 (por no hablar de su constancia positiva en otros códigos civiles presentes y pasados); dado que lo habitual es su inclusión, la interpretación más verosímil es que el precepto encierra un mensaje normativo relevante, y no que se trata de un error lógico de redundancia en el que los legisladores españoles y europeos se muestran multirreincidentes. Por lo demás, si la interpretación que presumen estos autores es correcta, puede afirmarse que, en ese caso, para expresar el mensaje «las leyes son obligatorias» o «las leyes se cumplirán necesariamente» se ha elegido una fórmula extrañamente elíptica o incompleta («la ignorancia no es excusa»): si se quiere expresar que la ley se impondrá con independencia del foro interno o de los estados psicológicos subjetivos, ya sean intelectivos o volitivos, en ese caso sorprende que el legislador haya olvidado otros supuestos de conflicto, como puede ser el debido no a la ignorancia de la ley, sino al desacuerdo ético o político con su contenido. También sorprende que no se haya especificado si todos los ciudadanos y todos los poderes públicos

están sometidos al imperio de la ley; esta cuestión sí es resuelta en el artículo 9.1 de la Constitución de 1978, una expresión mucho más directa y precisa de la obligatoriedad de las leyes.

3) Interpretada estrictamente, la tesis que comentamos produciría consecuencias indeseables para la práctica jurídica; para evitarlas, resulta inevitable encomendarse a la tesis del deber de informarse del contenido del Derecho, y la práctica jurisprudencial así lo corrobora.

En efecto, interpretada estrictamente, la tesis sería extremadamente benévola en el Derecho de contratos: si, como hemos visto, el propósito de la figura «error de Derecho» es hacer valer la verdadera voluntad del *errans* frente a la erróneamente declarada en el contrato, cualquier alegación fundada de error en la declaración encontraría un sólido basamento jurídico, y comprometería el cumplimiento de las obligaciones (no es así extraño que Oliva, uno de sus defensores, acepte alegar error de Derecho incluso en contratos de transacción judicial o en testamentos). En segundo lugar, por principio, la tesis sería extremadamente severa en cualquier forma de Derecho imperativo, donde la inflexibilidad sería extrema: las leyes deben cumplirse siempre, de modo que sería impropio hablar de errores invencibles o excusables.

Dado que los defensores de estas tesis circunscriben el artículo 6.1 al Derecho de contratos, se han mostrado más preocupados por conjurar el primero de estos dos peligros. Y, en efecto, no faltan reconocimientos de que la aplicación estricta de sus puntos de vista minarían los principios de seguridad y confianza que son esenciales al tráfico jurídico: «No cabe ninguna duda de que estas teorías, literalmente entendidas como la más pura defensa y protección del que comete el error unilateral, resultan absurdas, burdas... Conducirían a declarar la nulidad de prácticamente todos los actos». (Oliva, 2010: 306). Por esa razón, insisten, habrían de tomarse en consideración solo algunos errores, en concreto los que resulten excusables. El problema es que, a la hora de distinguir entre errores excusables e inexcusables, resulta difícil pensar en un criterio justificable que inflija a un ciudadano las consecuencias negativas derivadas de su propio error, pero que no recurra a un criterio subjetivo o culpabilista que apele a negligencia, descuido o falta de diligencia en la información de los términos del contrato. La misma terminología, que diferencia entre lo excusable y lo inexcusable para el ciudadano, ya alude a esta dimensión. Es cierto que la doctrina ha propuesto otros criterios diferenciadores entre lo excusable y lo inexcusable ajenos a esta dimensión subjetiva, tales como la mala fe de la otra parte o la distribución justa del riesgo entre las partes. Sin duda, estos esfuerzos ponen de relieve la complejidad de la red de principios y valores que confluyen en los casos de error de Derecho cuando hablamos de derecho de contratos. Es muy posible que, en ocasiones, estos principios ostenten un mayor peso que el que pueda exhibir el deber de informarse del contenido del derecho: pueden darse situaciones en las que el elemento decisivo no sea tanto la indolencia del ciudadano como otros principios o valores diversos. Sin embargo, ello es compatible con reconocer la justificación del deber de informarse, y con interpretar que su mensaje normativo subyace al enunciado del artículo 6.1 I, aunque se vea desplazado por otros valores de más peso: el deber de informarse actúa aquí de una forma indirecta o incluso tangencial, pero ello no lo convierte en absurdo. En cualquier caso, estos esfuerzos doctrinales por eludir la doctrina culpabilista se enfrentan con una tradición jurisprudencial en la que la distinción entre errores excusables e inexcusables se vincula a la satisfacción por parte del ciudadano de estándares de atención y de cuidado, y que define error inexcusable como todo error «que obedece a la falta de la diligencia exigible a las partes contratantes que implica que cada una debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella [...] Así pues el contratante que pretenda la declaración de nulidad del negocio jurídico concluido por error debe acreditar [...] la observancia por su parte de una diligencia normal en el conocimiento (deber de información) de los extremos propios del objeto del contrato» (véase STS de 18 de febrero de 1994 o 6 de noviembre de 1996).

No faltan otros problemas dignos de atención. Por ejemplo, si el error de Derecho es un problema relativo a la sinceridad de la declaración de voluntad, existen muchas razones para sospechar que estamos hablando más bien de un error de hecho, y no de Derecho. Y, en efecto, es hoy común en la dogmática civil sugerir que resulta imposible diferenciar entre errores de hecho y de Derecho, e incluso declarar que esta distinción está «oficialmente muerta» (Rittner, 1967: 399). La distinción entre errores de hecho y de Derecho sufre así una crisis severa en Derecho privado, mientras que goza de buena salud en otras ramas de la dogmática. Es sólo una ilustración del carácter inabarcable de la polémica, que, de paso, confío en que sirva para excusar la simplicidad de este excurso.

32. Corral Talciani (1987: 210) entiende que todos tienen el deber de informarse respecto de aquellas normas que regulan la situación particular en la que cada uno se encuentra.

33. Véanse STS 29 de abril de 1972 y 10 de noviembre de 1994.

34. En los estudios sobre el tema, es frecuente sugerir que la inflación legislativa hace hoy imposible justificar deber alguno de conocer el derecho. Cárcova (1998: 43), por ejemplo, insiste en que, estadísticamente, lo normal es el desconocimiento y la incompreensión del Derecho positivo motivados por la profusión legislativa. Y es muy posible que,

empíricamente, este dato sea cierto, pero este es compatible con el deber de conocer el Derecho en la interpretación que aquí proponemos.

35. Por supuesto, no es posible elaborar un análisis detenido de este elenco de razones, alguna de las cuales resulta problemática. La sola mención del criterio del daño, por ejemplo, puede resultar trivial si atendemos al juicio de Nino (1989: 346 y ss.), según el cual «difícilmente puede pensarse en una conducta de un individuo que no pueda llegar a afectar, más o menos seriamente, los intereses de otros».

36. La psicología de la asociación demuestra que nuestro conocimiento de estas situaciones va mucho más allá de nuestra conciencia, y ello en virtud de las relaciones analógicas que, intuitivamente, establecemos con los casos o los problemas jurídicos particulares que todos conocemos, aunque juzguemos el número de estos como escaso. En la jerga de la psicología de la asociación, tal vez no seamos del todo conscientes de la conflictividad y la relevancia jurídica de nuestras acciones, pero sí somos co-conscientes de ello en la mayor parte de los casos. Estos argumentos han sido desarrollados por el penalista Platzgummer (1964), con base en la psicología de Rohrhammer.

37. Tampoco habrá razones para presumir negligencia en el cumplimiento de este deber cuando la conducta del sujeto vulnere un supuesto derecho civil o penal «natural», cuyo conocimiento pueda conjeturarse como necesariamente arraigado en todo ser humano moralmente responsable: la esfera pública en la que se incluyen las normas es una esfera disputada y, por tanto, un producto artificial del acuerdo humano, y no una dotación natural de todo individuo. Como es sabido, la jurisprudencia española ha tendido no solo a reconocer esta esfera «natural», sino también a sobredimensionarla, de modo que un vasto número de acciones sobre cuya ilicitud podríamos abrigar alguna duda si fuésemos legos en Derecho (por ejemplo, la posesión de armas o el tráfico de drogas de moderada cuantía) han sido juzgadas como delitos naturales y quedado así privadas de cualquier exención o atenuante posible fundados en el error de prohibición. Véase un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre estos temas en Nieto Martín (1999: en especial notas 157-160).

38. Una relación que se remonta al derecho romano y continúa en autores como Savigny. Véase Cárcova (1998: 27).

39. La imprudencia viene entendiéndose tradicionalmente como un problema volitivo, y no intelectual. Véase Pérez Del Valle, 2002: 41-75).

40. Tras la reforma de 1999, el artículo 3 de la Ley de Procedimiento Administrativo insta a la administración a tratar a los ciudadanos de acuerdo con los principios de buena fe y confianza legítima.

41. La doctrina de la tenue duda es debida a Horn (1969: 105). El primer punto de vista está representado por algunas sentencias del Tribunal Supremo Federal Alemán (Bundesgerichtshof): BGHSt4, 1, [5]; BGHSt2, 201.

42. Por esa razón, los estándares de cuidado o, como decía Bentham (1821-1822: Cap. XVII), nuestra curiosidad por el Derecho ha de ir más allá de lo que éste llamaba «las esperanzas naturales» en torno al contenido de la ley. Nuestra jurisprudencia civil suele exigir en España una diligencia normal o propia de un buen padre de familia (art. 1104 CC). Desde luego, eso significa que el listón está mucho más arriba de lo que representa el error *a culpa lata*, según el cual el único error inexcusable es el que no satisface la mínima diligencia exigible al hombre más descuidado (lo que en Francia se conoce como el *erreur grossière*). Nuestro planteamiento, sin embargo, se sitúa con aquel sector de la doctrina civil para el cual los estándares de *culpa in contrahendo* exigen una diligencia más elevada; a las razones generales que aducimos, se suma la protección de la buena fe de quien confía en la veracidad del consentimiento emitido por la otra parte. Véase, por ejemplo, De Verda y Beamonte (2000: 684-685). Por lo demás, el carácter restrictivo del reconocimiento del *error iuris* en la jurisprudencia civil española tiende, en la práctica, a elevar el estándar de responsabilidad en la línea que aquí se sugiere.

43. Oliva (2010: 456) nos propone este ejemplo: «Imaginemos que el propietario de una pequeña tienda de barrio comunica a su hijo en presencia de sus clientes y deudores reunidos en un bar que va a donarle de manera inmediata el negocio. Realmente, la donación no llegó a tener lugar nunca, pues no se formalizó en escritura pública. Sin embargo, uno de los deudores presentes en el bar comenzó a saldar sus deudas con el hijo del propietario, al entender que la donación era perfecta desde aquel momento, sin que el hijo le hubiera comunicado lo contrario. Pues bien, entiendo que podría llegarse a la conclusión de que el deudor pagó válidamente a un acreedor aparente en posesión del crédito». El análisis puede aplicarse a situaciones de Derecho imperativo y normas sancionadoras. Por ejemplo, la Agencia Tributaria abre expedientes sancionadores a ciudadanos extranjeros de la Unión Europea residentes en España por no presentar declaraciones de la renta, y ello aun cuando estas arrojarían un resultado a devolver. En el país de origen de muchos de ellos, sus deudas fiscales directas se resuelven totalmente mediante las retenciones men-

suales, sin necesidad de presentar declaración formal anual del impuesto sobre la renta. (véase: <<http://www.empleo.gob.es/es/mundo/consejerias/reinoUnido/portalemplo/es/informacion/impuestos/index.htm>>.). En el momento en que estos ciudadanos comprobaron en sus nóminas mensuales que se les venían practicando retenciones, se vieron razonablemente impulsados a confiar en que el régimen fiscal de otro país de la Unión Europea como España era semejante al que ya conocían, y a descartar que fuese preciso presentar una declaración u otro tipo de acto. Sumado a esto su falta de ánimo defraudador y su buena fe (de hecho, su no declaración ahorra dinero al fisco), creo que podría interpretarse que, en estos casos, incluso satisfaciendo estándares estimables de atención y de cuidado, las circunstancias particulares conducen a una creencia falsa sobre la legislación fiscal en la que el individuo puede sentirse razonablemente confiado. Esto explica que, en lo que se me alcanza, la Agencia suela archivar estos expedientes una vez oído al ciudadano.

44. Matrimonio putativo (art. 79 CC), posesión de buena fe y sus efectos (arts. 433, 451 y 1940 CC), plantaciones, construcciones y obras de buena fe (arts. 360 y 361 CC), incorporación, mezcla, confusión y especificación de buena fe (arts. 372, 382 y 383 CC) y pago de buena fe al poseedor del crédito (art. 1164 CC). Algunos autores han añadido otros supuestos, como el matrimonio celebrado en defecto de forma, pero con buena fe en alguno de los contrayentes (art. 78 CC) y la partición hecha con persona a quien se creyó heredero sin serlo (art. 1081 CC). No entramos ahora en el debate de si éstos son casos más bien de error de hecho que de derecho; cuando menos, puede afirmarse que son situaciones en las que son posibles los errores de derecho.

45. Prueba de ello es que solo suele otorgar beneficios o atenuación de las cargas contractuales por error de Derecho en aquellas situaciones en las que el error ha sido provocado por la mala fe o la falta de cooperación de la otra parte.

46. Por eso afirma Rawls que el punto de vista de la razón pública o el deber de civildad se imponen sobre los jueces «de un modo especial» (1993: 216) o «de forma más estricta» (2000a: 575-576).

BIBLIOGRAFÍA

- ARNAU, Federico (2008): *Lecciones de Derecho Civil* T. I, Castellón: Sapientia.
- ARIAS, Manuel José (2007): *El error en Derecho Penal en el código de 1995*, Madrid, Dykinson.
- BENTHAM, Jeremy (1821-22): *Tratados de legislación civil y penal*, traducción de Ramón Salas, Madrid: Imprenta de Don Fermín Villalpando.
- BINDING, Karl (1919): *Die Schuld im deutschen Strafrecht*, Leipzig: Meiner.
- CÁRCOVA, Carlos María (1998): *La opacidad del derecho*, Madrid: Trotta.
- CÓRDOBA, Fernando Jorge (2012): *La inevitabilidad del error de prohibición*, Madrid: Marcial Pons.
- De VERDA y BEAMONTE, José Ramón (2000): «El requisito de la excusabilidad del error en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho Privado*, 673-721.
- Del VECCHIO, Giorgio (1947): *Filosofía del Derecho*, traducción de Luis Recasens, Barcelona: Bosch.
- DWORKIN, Ronald (1993): *Life's Dominion*, London: Harper Collins.
- GARCÍA AMADO, José Antonio y Pilar GUTIÉRREZ SANTIAGO (2014): «La ignorancia de la ley no excusa de las consecuencias de su incumplimiento (pero a veces sí)», comunicación presentada al coloquio *Derecho Civil-Filosofía del Derecho*, Zaragoza, 26 de septiembre. En línea, <<https://sites.google.com/site/coloquio26septiembre/.../g-amado-y-gutierrez>>. [Consulta: 15/04/2015.]
- GUESTIN, Jacques (1971): *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris: LGDJ.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio (1980): *La posesión*, Madrid: Civitas.
- HERRERO de MIÑÓN, Miguel (1974): «Aspectos constitucionales del nuevo Título Preliminar del Código Civil», *Revista de Estudios Políticos*, 198, 89-114.
- HORN, Eckhard (1969): *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, Berlin.
- KAUFMANN, Armin (1977): *Teoría de las normas*, traducción de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires: Depalma.
- LARMORE, Charles (2003): «Public Reason», en S. Freeman (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge (Mass): The Cambridge University Press.
- LASARTE, Carlos (2007): *Principios de derecho civil*, T. I, Madrid: Marcial Pons.
- MAGGIORE, Giuseppe (1938): «Ignoranza della legge penale», *Nuovo Digesto Italiano*, T. VI, Torino.
- NIETO MARTÍN, Adán (1999): *El conocimiento del Derecho*, Barcelona: Atelier.
- NINO, Carlos Santiago (1989): *Ética y derechos humanos*, Barcelona: Ariel.

- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco (2010): *El error iuris en el Derecho Civil*, Madrid: Consejo General del Notariado.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos (2002): *La imprudencia en el derecho penal*, Barcelona: Atelier.
- PIETROBON, Vittorino (1971): *El error en la doctrina del negocio jurídico*, traducción de Mariano Alonso Pérez, Madrid, *Revista de Derecho Privado*.
- PLATZGUMMER, Winfried, 1964: *Die Bewusstseinsform des Vorsatzes*, Viena, Springer Verlag.
- PUGLIATTI, S., 1966, *Enciclopedia del Diritto*, Varese, Giuffrè.
- RAWLS, John (1971): *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass), The Harvard University Press, 1971.
- (1985): «Justice as Fairness: Political, not Metaphysical». *Philosophy and Public Affairs*, 14, 223-251.
- (1993): *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press.
- (2000a): «The Idea of Public Reason Revisited», en S. Freeman (ed.) *Collected Papers*, Cambridge, Harvard University Press, 573-615.
- (2000b): «Kantian Constructivism in Moral Theory», en S. Freeman (ed.) *Collected Papers*, Cambridge, Harvard University Press, 515-572.
- (2003): *Justice as Fairness: A Briefer Restatement*, Cambridge (Mass), The Harvard University Press.
- RITTNER, Fritz (1967): «Rechtswissen und Rechtsirrtum im Zivilrecht», *Festschrift für Fritz Von Hippel*, Tübingen: J.C.B. Mohr.
- RODILLA, Miguel Ángel (2006): *Leyendo a Rawls*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca.
- SANDEL, Michael (1996): «On Republicanism and Liberalism», *The Harvard Review of Philosophy*, 6 (Spring), 66-76.
- SKINNER, Quentin (1997): *Liberty before Liberalism*, Cambridge: Cambridge University Press.
- VAN PARIJS, Philippe (1996): *Libertad real para todos*, traducción de J. Francisco Álvarez, Barcelona: Paidós.
- ZAFFARONI, Ernesto Raúl (1987): *Derecho penal*, Buenos Aires: Edial.

LA IGNORANCIA DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL
Y SU APLICACIÓN ESTRICTA AL DEUDOR HIPOTECARIO EN UN CONTEXTO DE
CRISIS: ¿SOLUCIÓN LEGAL Y JUSTA?

THE IGNORANCE OF THE UNLIMITED LIABILITY PRINCIPLE AND ITS STRICT
APPLICATION TO THE MORTGAGE DEBTOR IN A CRISIS' CONTEXT: IS IT A LEGAL
AND FAIR SOLUTION?

M^o Elena Sánchez Jordán

RESUMEN

En este trabajo se analizan algunas de las explicaciones que se han dado a la regla de la ignorancia de la ley para seguidamente ponerla en conexión con el «problema de los desahucios». De tal análisis resultan más interrogantes que certezas y, en todo caso, el carácter injusto de una aplicación rígida del art. 1.911 del Código Civil a todos los deudores hipotecarios sin excepción, por lo que se exploran algunas posibilidades que permitan superar la situación descrita. En particular, se estudia el recurso que se ha hecho por parte de algunos tribunales a la buena fe y el abuso del Derecho para acordar la denegación de la continuación de la ejecución sobre los restantes bienes del deudor cuando la adjudicación del inmueble hipotecado no cubre el importe total de la deuda.

PALABRAS CLAVE

Ignorancia de la ley, Justicia, Responsabilidad patrimonial universal, Desahucio, Ejecución hipotecaria; Buena fe, Abuso del Derecho

ABSTRACT

In this paper we analyse some of the explanations about the ignorance of the law rule, with the scope to connect it with the so-called «eviction problem». Such research opens many questions and it also leads us to the conclusion that the strict application of article 1.911 of the Civil Code to all kind of mortgage debtors is unfair. Therefore, we explore some possibilities that might allow us to find a solution to the described situation. Specifically, we will study the use of the good faith and the abuse of rights principles by the Courts in order to reject the foreclosure proceedings when the mortgaged good has already been sold to the creditor (bank) for an amount that does not cover the total owed sum.

KEYWORDS

Ignorance of the law, Justice, Unlimited liability, Eviction; Foreclosure; Good faith; abuse of the law

LA IGNORANCIA DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL Y SU APLICACIÓN ESTRICTA AL DEUDOR HIPOTECARIO EN UN CONTEXTO DE CRISIS: ¿SOLUCIÓN LEGAL Y JUSTA?*

M^a Elena Sánchez Jordán

Profesora titular de Derecho Civil
Universidad de La Laguna

Sumario: 1. Planteamiento. 2. El punto de partida. 3. La ignorancia de la ley: diferentes aproximaciones. 4. Sobre las explicaciones de la regla del art. 6.1 CC y el conflicto entre ley (derecho) y justicia. 4.1. El deber del cumplimiento de la ley (ignorada) se basa en la justicia. 4.2. La función de la ignorancia de la ley consiste en garantizar la seguridad jurídica. 5. El carácter relativo de la máxima *ignorantia iuris non excusat* y la búsqueda de paliativos. 5.1. La relatividad de la regla del art. 6.1 CC. 5.2. El recurso al abuso del derecho. 5.3. El empleo de la buena fe. 5.4. El enriquecimiento sin causa. 6. La inexcusabilidad de la ignorancia de la ley y su conexión con «el problema de los desahucios»: algunas reflexiones sobre el alcance de la labor del juez.

* Me gustaría dejar constancia de mi agradecimiento por los comentarios de los participantes en el Coloquio Derecho civil-Filosofía del Derecho celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza el día 26 de septiembre de 2014. Quiero agradecer, en particular, las sugerencias y observaciones del prof. M. Atienza.

1. PLANTEAMIENTO

Este trabajo pretende llamar la atención sobre una situación que ha despertado un gran interés en los últimos años, en los que la aplicación de los arts. 1.911 CC y 105 LH ha dado lugar a que un gran número de deudores hipotecarios que no ha podido hacer frente a la devolución del préstamo garantizado con hipoteca no solo haya perdido el inmueble gravado, sino que sigue sujeto al pago de la deuda con sus bienes futuros, salvo en aquellos casos en los que el banco prestamista hubiera aceptado la dación en pago del bien hipotecado. Por tratarse de una fuente fidedigna en la que, además, se ofrecen datos desagregados, me apoyo en los números contenidos en el Informe titulado *Panorama registral*. Impagos hipotecarios de vivienda 2012, elaborado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, en el que se proporcionan las cifras aproximadas de impagos hipotecarios correspondientes a 2012. Estas cifras permiten concretar, al menos para el año analizado, el problema en el que pretendo centrarme: 66.000 ejecuciones de hipoteca iniciadas, 39.000 adjudicaciones por ejecución hipotecaria —este es el dato que aquí interesa— y algo más de 14.000 daciones en pago. A pesar de la contundencia de las cifras, en el mismo documento se afirma que «hablamos de un problema grave siempre por su profundo impacto social en los afectados, pero minoritario en el mercado hipotecario, que funciona con absoluta normalidad en el 96% de los casos, incluso inmerso en una crisis económica de una envergadura desconocida desde hace muchas décadas». Esta afirmación, no obstante, creo que no debe llevarnos a minimizar el alcance de la tragedia que ha afectado a un elevadísimo número de familias desde el estallido de la crisis.

Y si bien es verdad que la solución legal es la que es, habría que preguntarse si la mayoría de quienes se aventuraron a solicitar un préstamo hipotecario en los años de bonanza económica (animados muchas veces por las propias entidades bancarias) conocían las consecuencias

últimas derivadas del incumplimiento de su obligación de devolver puntualmente los plazos del préstamo y, en consecuencia, si en tales casos *es justo* aplicarles sin matices las previsiones legales. Ya hay autores que, en cierto modo, se han pronunciado al respecto: así, Carrasco ha afirmado que el error sobre las consecuencias jurídicas del propio incumplimiento no puede desplazarse a la contraparte contractual, con lo que implícitamente está respondiendo a la segunda de las cuestiones planteadas (Carrasco, 2014: 8), aunque no debe perderse de vista que vierte dicha aseveración a propósito del análisis de la inexistencia de un deber de procurar a la contraparte el conocimiento de las normas y no al hilo del problema concreto que aquí se pretende estudiar. En cualquier caso, podemos encontrar también posiciones de signo contrario: por ejemplo, Atienza se refiere a la «injusticia clamorosa» a la que ha conducido la rígida aplicación del art. 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Atienza, 2013: 116 y 117), precepto que, recuérdese, no incluyó la existencia de cláusulas abusivas en el contrato entre las causas de oposición a la ejecución hipotecaria hasta 2013.

Precisamente en el contexto descrito, y frente a las tesis firmemente apegadas a la letra de la ley sostenidas por la mayor parte tanto de la doctrina como de nuestros tribunales, un puñado de jueces y magistrados —además de algún autor, de entre los que sin lugar a dudas destaca Atienza— se ha atrevido a llevar a cabo una interpretación alternativa de los textos legales, haciendo uso de instrumentos y técnicas presentes en el ordenamiento jurídico español y, en particular, del abuso del Derecho (Atienza, 2013: 124 a 126). Esta actitud se explica, a mi juicio, desde una concepción no formalista del Derecho, que permite paliar (o, al menos, intentarlo en la medida de lo posible) las duras consecuencias derivadas de la estricta aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal, y, probablemente también —al menos en el fondo— de la previsión contenida en el art. 6.1 CC, aunque en sus resoluciones

no han aludido, que yo sepa, ni a la inexcusabilidad de la ignorancia ni al error de Derecho.

Para tratar de responder a la pregunta que planteo en el título de este trabajo, me propongo apoyarme en las discusiones doctrinales que se ocupan de las tensiones entre Derecho (o ley) y justicia, para luego repasar los pronunciamientos judiciales dictados en procedimientos de ejecución hipotecaria en los que se ha decidido echando mano de esas herramientas que permiten corregir el Derecho. Como conclusión, y en conexión con todo lo anterior, expondré algunas reflexiones sobre el alcance de la labor del juez.

2. EL PUNTO DE PARTIDA

Me parece que no me equivoco si afirmo que ha sido solo a partir del estallido de lo que algunos han denominado *Gran Recesión* de la primera década del siglo XXI (Navarro, Torres López y Garzón, 2011: 17) cuando muchos ciudadanos de nuestro país —la gran mayoría, pero no solo, legos en Derecho— han *descubierto* que el préstamo que habían solicitado al banco para adquirir el inmueble que se convertiría en su vivienda habitual (y que inmediatamente quedaba sujeto al cumplimiento de la obligación de pago a través de la constitución de una garantía hipotecaria) vincularía no solo dicho inmueble, sino todo su patrimonio presente y futuro hasta la total devolución del importe prestado. Pocos sabían que esto sucedería, incluso en los supuestos en los que, imposibilitados para hacer frente a la amortización de las cuotas pendientes, tratasen de extinguir la deuda mediante la entrega al acreedor del bien hipotecado. Cuando la entidad bancaria les prestaba una suma para adquirir una vivienda sobre la que constituían una hipoteca en escritura de préstamo hipotecario otorgada en la misma notaría en la que se había formalizado un minuto antes la adquisición del inmueble, tasando además el bien hipotecado por al menos el importe de la

suma prestada, seguramente el sentido común les llevaba a considerar que en el improbable caso de que no pudieran devolver las cuotas del préstamo (posibilidad que, estoy convencida, no pasaba por la mente de al menos un 95% de los compradores en el momento de suscribir el contrato de préstamo y de sujetar el bien adquirido por una garantía tan potente), quedarían liberados de su responsabilidad frente al banco entregándoles el inmueble hipotecado. Es más, la ignorancia en este campo —aun cuando la adquisición de la vivienda habitual es, seguramente, la operación jurídico-económica más importante de la mayor parte de las familias de este país— era patente también en otros aspectos; así, era corriente escuchar frases del tipo «la casa no es mía, es del banco»; muchos entendían que solo se convertirían en propietarios al acabar de devolver el préstamo hipotecario y consideraban a la entidad bancaria, en unos casos, una suerte de intermediario entre la parte vendedora y la compradora o, en la mayoría de las ocasiones, una especie de revendedor del inmueble con el que se habría convenido, a la hora de celebrar el contrato de compraventa, algo así como un pacto de reserva de dominio. Sobre la base de estos antecedentes no es de extrañar, por lo tanto, que casi nunca hasta hace muy pocos años se encontraran referencias a la dación en pago —figura que se explicaba en Derecho de obligaciones sin gran entusiasmo entre los subrogados del cumplimiento— en los medios de comunicación; menos aún a los artículos 1.911 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria. En cambio, una búsqueda (hecha en Google el 27 de agosto de 2014) empleando los términos «dación en pago» y «blog» arroja aproximadamente 179.000 resultados; aunque muchos de ellos no fueran pertinentes, el cambio de tendencia es evidente. Y la situación no era muy distinta a nivel doctrinal: nuestros autores casi no le habían prestado atención hasta los años inmediatamente posteriores al estallido de la crisis. Hasta esa fecha, los trabajos sobre la materia eran más bien escasos, frente a la proliferación que se detecta a partir de entonces: una

consulta a la base de datos Dialnet (efectuado el 1 de abril de 2015) ofrece un listado de 154 trabajos relativos a la dación en pago, de los que únicamente 23 son anteriores a 2008.

Podría afirmarse, por tanto, que a lo largo de los últimos años se han dado miles de ejemplos de ignorancia (que podría llegar a calificarse de colectiva) de la ley en materia de responsabilidad civil patrimonial y ejecución hipotecaria. Creo que es interesante tener en cuenta, además, que esta situación ha tenido entre sus principales afectados a un importante número de ciudadanos extranjeros que adquirieron su vivienda en pleno *boom* de venta de inmuebles: así, en el Informe del Colegio de Registradores ya citado se indica que el 75.5 % de los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados en 2012 afecta a ciudadanos españoles, mientras que el 24.5% ha recaído sobre inmuebles adquiridos por extranjeros (de los cuales un 5.7 % son ecuatorianos, un 3.7 % marroquíes, un 2.1 % británicos, un 1.6 % rumanos y un 2.6 % agrupa al resto de sudamericanos, en este caso sin distinción de países), en estrecha correlación con la adquisición de viviendas durante el período alcista. A todos ellos, sin distinción, se les han aplicado rigurosamente las normas en vigor, a pesar del más que seguro desconocimiento de las mismas, y aun tratándose de supuestos en los que se da una particularidad: en tales casos es necesaria la intervención de operadores jurídicos especialmente cualificados como son los notarios y los registradores de la propiedad. Recuérdese, en este sentido, que entre las funciones de los primeros ya se incluye expresamente la de asesoramiento a sus clientes (*cf.* art. 147 del Reglamento Notarial), mientras que el art. 258 de la Ley hipotecaria lleva por titulillo «Información y protección al consumidor». Me gustaría hacer notar que ya a finales del siglo XIX se alertaba de que la ignorancia de las leyes afectaba en mayor medida a los sectores más desfavorecidos de la sociedad: lo hacía Menger en su notable estudio crítico al proyecto de BGB, que fue publicado por vez primera en los años 1889 y 1890 (Menger, 1998: 137 a 139,

151); mucho más recientemente lo reiteran otros (Cárcova, 2006: 39), a la vez que se advierte de que a través de esta regla se reproduce la injusticia social (lo apunta Oliver-Lalana, 2011:138, con cita de Dimmel). Un repaso a las nacionalidades de los extranjeros afectados por la pérdida de viviendas pone de manifiesto lo acertado de tal aseveración, salvo, quizás, en lo que se refiere a los británicos, quienes no obstante proceden de un sistema jurídico distinto al nuestro y por lo tanto pueden encontrar más dificultades aún que el resto para conocer (y entender) la normativa aplicable.

3. LA IGNORANCIA DE LA LEY: ALGUNAS APROXIMACIONES

Se ha repetido hasta la saciedad que no es posible entender la regla contenida en el primer párrafo del art. 6.1 CC como un mandato de presunción *iuris et de iure* de conocimiento por todos de todo el Derecho. Así, en concreto, para Menger se trata de «la más ridícula de las invenciones» (Menger, 1998:138). Es sobradamente conocido que Joaquín Costa la consideraba «un verdadero escarnio y la más grande tiranía que se ha ejercido jamás en la historia» (Costa, 2000: 31 y ss.). Por su parte, Díez-Picazo afirma que esta forma de entender la regla de la ignorancia de las leyes es un absurdo (Díez-Picazo, 2000: 8), mientras que Federico de Castro sostiene que «nuestro Derecho no acoge, ni tiene por qué acudir a la farsa gigantesca y monstruosa [...] de suponer en toda persona una sabiduría inasequible incluso a los mejores juristas: la de no ignorar nada del Derecho» (De Castro, 1984: 529).

Tampoco puede concebirse la regla analizada como expresiva de un supuesto deber de conocimiento de las leyes, según ha sostenido con razón un nutrido grupo de autores (Pérez Luño, 1991: 77; Hierro, 2003: 69 y Delgado Echeverría, 2013: 95 y 96). Pérez Luño añade, además, que no cabe atribuir a la ciudadanía deberes imposibles ni someterla a presunciones absurdas y,

por lo tanto, injustas (Pérez Luño, 1991: 77). Esta manera de abordar la máxima *ignorantia iuris non excusat* se aleja de forma sustancial de lo que sucedía en el Derecho romano, como ha afirmado, entre otros, Hierro (2003: 53) y como explica De Castro, quien liga el estudio de la ignorancia de la ley con el error de Derecho mucho antes de la reforma del Título preliminar del Código Civil de 1974, al tiempo que apunta que las dificultades a la hora de interpretar la regla de la inexcusabilidad de la ignorancia de las leyes derivan de la escasa claridad de las reglas romanas, que contraponen el error de hecho —considerado excusable— al de Derecho, que, por lo general y con escasas excepciones, se entendía inexcusable debido a la fuerte presencia de juristas en la sociedad romana y al hábito del paterfamilias de consultar con los expertos sus actos con trascendencia jurídica (De Castro, 1984: 526 y 527). Mas, mientras que autores como Joaquín Costa, posiblemente siguiendo en este punto a Giner de los Ríos (Delgado Echeverría, 2013: 95), propusieron invertir los términos del problema, de manera que en lugar de entender que «el pueblo está obligado a conocer y cumplir todas las leyes» debía afirmarse que «no son verdaderamente leyes sino aquellas que el pueblo conoce y refrenda cumpliéndolas, traduciéndolas en sus hechos» (Costa, 2000: 53), conectando así el problema de la ignorancia del Derecho con el del cumplimiento de las normas, otros —que, me parece, son mayoría, al menos entre los civilistas de nuestro país— se han inclinado por concebir la máxima consagrada en el art. 6.1 CC como expresiva de un mandato de cumplimiento de las leyes (De Castro, 1984: 526; Lacruz, 1988: 229; Díez Picazo, 2000: 11). Me parece que es de interés la posición de Frosini, quien se muestra muy crítico con la regla que nos ocupa, tras explicar que esta solo puede entenderse en el sentido de que la ignorancia de quien debe observar la ley no le libra de la aplicación de sus consecuencias por parte del magistrado que conoce la ley (Frosini, 1998: 28 y 29).

Algunos de los que defienden que el principio de la inexcusabilidad de la ignorancia

expresa un mandato de cumplimiento de las leyes lo consideran fundado en razones de justicia (De Castro, 1984: 529, con cita de Gómez de la Serna) y, también, en el deber de cooperación de todos en la realización del Derecho (De Castro 1984: 529), al tiempo que para otros encuentra sentido en su condición de garantía de los principios de validez y eficacia del Derecho, de manera que representa «una cláusula de seguridad jurídica implícita en el sistema axiológico legitimador del Estado de Derecho» (Pérez Luño, 1991: 77). En cualquier caso, no se puede olvidar que la práctica unanimidad de la doctrina reconoce que la regla del art. 6.1 CC admite matizaciones o excepciones: la principal de ellas es la que se contiene en el párrafo segundo del precepto que nos ocupa, que reconoce que el error de Derecho puede, en ocasiones, ser excusable (por ejemplo, Díez-Picazo, 2000: 11 y 12), ya que, de lo contrario —esto es, si se considerara que el error de Derecho es siempre inexcusable— se producirían «graves e injustas consecuencias prácticas» (De Castro, 1984: 529).

A mi juicio son dos, como mínimo, las cuestiones que suscitan estos modos de justificación de la regla examinada en relación con la pregunta que formulaba en el título de este trabajo, que me parece que pueden condensarse en la expresión de las tensiones entre ley (o Derecho)/justicia, por una parte, y seguridad jurídica/justicia, por otra. Sobre ellas me detendré en los siguientes apartados.

4. SOBRE LAS EXPLICACIONES DE LA REGLA DEL ART. 6.1 CC Y EL CONFLICTO ENTRE LEY (DERECHO) Y JUSTICIA

4.1. EL DEBER DEL CUMPLIMIENTO DE LA LEY (IGNORADA) SE BASA EN LA JUSTICIA

La tesis que justifica la obligatoriedad del cumplimiento de la ley a pesar de su desco-

nocimiento en la idea de justicia (posición que sostiene, entre otros, Federico De Castro, 1984: 529) —que quizás se explica llevando el imperio de la ley a sus extremos— presenta problemas no solo en las tiranías totalitarias, como ha denunciado Pérez Luño (1991: 76), sino también, creo, en el Estado de Derecho, aun cuando en este último la ciudadanía participa —al menos de manera mediata— en los procedimientos de creación legislativa, reduciendo así el grado de opacidad del Derecho (Oliver-Lalana 2011: 151, en una suerte de reformulación de la tesis de Costa). A propósito de la relación ley-justicia me gustaría destacar cómo uno de los principales defensores del imperio de la ley reconoce que no siempre el Derecho suministra una respuesta jurídica al caso —supuestos entre los que quizás podría incluirse algunos casos de ignorancia—, así como que, en ocasiones, la respuesta proporcionada por el Derecho vigente puede ser injusta de acuerdo a cánones éticos externos al propio Derecho, de forma que en tales casos el imperio de la ley puede dar respuestas injustas, lo que le lleva a concluir que sin imperio de la ley «no puede haber derecho justo, pero su presencia no garantiza la justicia de ese Derecho» (Laporta 2007: 218).

Nótese, en cualquier caso, que el propio Pérez Luño reconoce que tampoco el Estado democrático de Derecho es garantía absoluta (no puede serlo) de la participación de todos los ciudadanos en todos los procedimientos de creación del derecho (participación que supondría una mejora significativa del conocimiento y, sobre todo, de la comprensión del Derecho), aunque en su opinión la participación democrática permite afirmar que, al menos las expresiones más importantes de la legislación —entre las que sitúa no solo a la Constitución, sino también a las normas básicas del sistema jurídico público y privado, lo que, en el tema que interesa, resulta de especial relevancia—, responden a valores socialmente compartidos (Pérez Luño, 1991: 76 y 77). En conexión con lo expuesto, me parece que cabe afirmar que la aplicación sin matices del art. 1911 CC tras la

ejecución hipotecaria de la vivienda habitual en los casos en los que la deuda no ha sido completamente satisfecha no solo carece de un apoyo social mayoritario, sino que, además, se opone a lo que la mayoría de los ciudadanos considera justo, de acuerdo con un juicio de valor —muy probablemente intuitivo— que no ha de quedar reservado exclusivamente a los juristas (Menéndez, 1997: 1.003), y entendida aquí la justicia como una instancia de valoración del Derecho. No es de extrañar, por lo tanto, que se haya afirmado que el principio de inexcusabilidad de la ignorancia genera injusticias (entre otros, Cárcova, 2006: 24 y 26; Delgado Echeverría, 2013: 88, nota 2, a propósito del tratamiento de la ignorancia de las leyes en México), injusticia que, en opinión de algunos autores, «hiere especialmente a las clases inferiores de la sociedad» (Menger, 1998: 138).

4.2. LA FUNCIÓN DE LA IGNORANCIA DE LA LEY CONSISTE EN GARANTIZAR LA SEGURIDAD JURÍDICA

La segunda vía para justificar la máxima contemplada en el art. 6.1 CC es la que atribuye a la regla examinada la condición de garante de la validez y eficacia de las normas y, en conexión con ellas, de la seguridad jurídica (Pérez Luño 1991: 77), que tantas tensiones puede generar cuando se vincula con la justicia, como se ha apuntado con reiteración en la doctrina. Y es que son evidentes las dificultades que plantea la obligatoriedad de cumplir una regla que no se conoce, lo que ha llevado a algún autor a afirmar, de modo muy acertado, que es «contrario al sentido común afirmar que alguien es destinatario de una norma y está obligado a cumplirla aunque no la conozca» (Hierro, 2003: 51), por mucho que se justifique el deber de cumplimiento sobre uno de los pilares del Estado de Derecho. Porque si no se conocen las leyes, puede suceder que los ciudadanos no las cumplan ni las respeten, circunstancia que, por cierto, afectaría tanto a la validez del derecho —y sígo aquí la tesis sos-

tenida por Elías Díaz, según la cual el respeto al Derecho equivale realmente a la validez del derecho, y de ahí la trascendencia de respetar el derecho y las leyes, ya que si no se respetaran es como si no existieran (Díaz, 2006: 861)— como a su eficacia, lo que plantea el problema relativo a qué sucede con las normas que habitualmente ni se cumplen ni se aplican, esto es, que son ineficaces (Hierro, 2003: 68 y 69). Precisamente cuando Laporta se ocupa del estudio de las exigencias de la seguridad jurídica a la hora de la aplicación de las normas, las resume en tres dimensiones: accesibilidad, imparcialidad y racionalidad. Interesa aquí aludir a la accesibilidad, definida por el autor como «posibilidad de acceso y petición por parte de los miembros del grupo a los órganos de aplicación de las normas», para precisar poco después que no se trata solo del acceso a los jueces y tribunales, sino que exige un acceso cualificado que reclama la superación, entre otros obstáculos, de «la falta de cultura o la no disponibilidad de una representación técnica suficiente para superar las complejidades legendarias y los oscuros formalismos que tantas veces han sido objeto de la caricatura y la crítica literaria y pictórica» (Laporta, 2002: 115 y 116) ¿No podría entenderse que aquí se está aludiendo a los problemas derivados de la aplicación de la regla sobre la ignorancia del Derecho? ¿Podría sostenerse, en consecuencia, que imponer sin matices el cumplimiento de una norma desconocida no solo no afianza la seguridad jurídica sino que puede suponer, más bien, un atentado contra la misma?

Me gustaría cerrar este apartado con una remisión al trabajo de Lifante, en el que se propone una concepción no formalista (o «menos formalista», en palabras de la autora) de la seguridad jurídica, vinculada a los valores sustantivos del Estado de Derecho y no dependiente únicamente de los rasgos formales del derecho, tal y como fue caracterizada en el Fundamento Jurídico Décimo de la STC 27/1981 (Lifante, 2014: 14-15). Se trata, por lo tanto, de una propuesta que rebaja la tensión seguridad jurí-

dica/justicia al incorporar este último valor en el concepto de seguridad jurídica.

5. EL CARÁCTER RELATIVO DE LA MÁXIMA IGNORANTIA IURIS NON EXCUSAT Y LA BÚSQUEDA DE PALIATIVOS

5.1. LA RELATIVIDAD DE LA REGLA DEL ART. 6.1 CC

Creo que lo expuesto hasta ahora permite, siguiendo a Delgado Echeverría, llegar a una conclusión que considero particularmente pertinente en relación con el tema que aquí interesa: que el principio de la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley no es —al menos, no debería ser— absoluto y que puede entrar en conflicto con otros principios jurídicos sustantivos, por lo que requiere, en cada caso, ser ponderado (Delgado Echeverría, 2013: 94 y 95; también Lifante, 2014: 5).

Entre esas herramientas o técnicas que pueden servir para matizar la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley y que, por tanto, permiten rebajar el rigor del art. 6.1 CC destacan, a mi juicio, dos: la necesidad de ejercitar los derechos de buena fe (art. 7.1 CC) y la prohibición del abuso del Derecho (art. 7.2 CC), principios que se encuentran íntimamente vinculados y que son difíciles de distinguir (Miquel González, 1993: 45 y 46). Es comprensible, por tanto, que la mayor parte de las (escasísimas) resoluciones judiciales que han tratado de suavizar las consecuencias tremendamente injustas a las que conduce la aplicación sin matices de los arts. 1.911 CC y 105 LH y, en conexión con estos, del art. 579 LEC —decisiones que, en consecuencia, han acordado denegar la solicitud del acreedor ejecutante que pretende que se continúe la ejecución (sobre los restantes bienes del deudor) cuando, una vez adjudicada la vivienda hipotecada, parte de la deuda no ha sido satisfecha aún—, se haya apoyado en alguna de estas dos cláusulas, en ocasiones

complementadas con otros instrumentos. El empleo de estos recursos ha permitido al juez modular —en una labor correctora— el contenido de algunos preceptos legales en materia de ejecución hipotecaria, normas que sin lugar a dudas eran desconocidas para la gran mayoría de deudores hipotecarios. Para abordar la exposición de estas decisiones podemos distinguir dos grupos en función de los criterios empleados por el juzgador a la hora de resolver.

5.2. EL RECURSO AL ABUSO DEL DERECHO

De una parte, encontramos un primer conjunto de resoluciones que fundamentan la decisión adoptada en la prohibición del abuso del Derecho, en la necesidad de efectuar una interpretación conforme a la realidad social o en la doctrina de los propios actos, aunque quiero advertir, de entrada, que se trata de decisiones muy contestadas por la doctrina (por ejemplo, Bercovitz Rodríguez-Cano, 2012: 1 a 3; Messía de la Cerda Ballesteros, 2012: 1.939 a 1.944). Encajan en este grupo el Auto de la AP Navarra de 17 diciembre 2010 (AC\2011\1), que fue el primero de esta tendencia *pro debitoris*, lo que no ha impedido que haya sido objeto de crítica también por parte de autores favorables al fallo (es el caso de Atienza, 2013: 112, 113 y 120) precisamente por haber dejado de lado la figura del abuso del Derecho —empleada por el juzgador de instancia para fundamentar su decisión— y haber resuelto con apoyo en la doctrina de los actos propios. En cambio, se apoyan principalmente en el abuso del Derecho para rechazar la petición del acreedor el Auto del JPI Nº 44 Barcelona de 4 febrero 2011 (AC\2011\42) —que ha sido revocado por el Auto de la AP Barcelona de 26 marzo 2013 (JUR 2012\156350)—, el Auto 72/11 del JPI Nº 3 Vinaròs de 11 marzo 2011 y el Auto 38/2012 del JPI Nº 3 Arenys de Mar de 22 febrero 2012. Aunque no se trate de resoluciones adoptadas en el marco de un proceso ejecutivo, sino en vía ordinaria, quiero incluir aquí también las Sentencias de

la AP de Ciudad Real de 17 enero 2011 (JUR 2011\119331) y de la AP de Girona de 7 abril 2011 (JUR\2011\199519). En ambas se desestima la pretensión del acreedor hipotecario que reclama la cantidad adeudada que no quedó cubierta con la adjudicación del bien hipotecado: la primera lo hace con fundamento en la doctrina del retraso desleal, ya que en el supuesto litigioso habían transcurrido catorce años entre la adjudicación (al banco acreedor) del inmueble hipotecado y la nueva reclamación que formula la entidad acreedora, lo que lleva al tribunal a «reputar abusivo el ejercicio de la acción». La segunda, por aplicación de la doctrina del abuso del Derecho, al considerar el tribunal que concurren todos los requisitos para apreciar la existencia de esta figura: en el caso litigioso, el acreedor hipotecario se había adjudicado la finca hipotecada por poco más del 20% de su valor de tasación; al año siguiente vendió ese inmueble, junto con otro, a un tercero por un importe que superaba con creces la suma por la que el banco se lo había adjudicado. Varios años después, la entidad acreedora demanda a la deudora por el importe de la deuda que no había quedado cubierto con la adjudicación, reclamación frente a la que el tribunal aduce que «no puede más que considerarse como abusiva la actuación del banco, que después de haberse adjudicado el bien inmueble por poco más del 20% del valor de tasación, cuando no se aprecia razón alguna para no haber ofrecido como mínimo el importe adeudado por todos los conceptos, existiendo ya en vigor legislación que así lo exigía, y constando que unos seis meses después se vende la finca junto con otra (cuyo valor ignoramos) [...] pretende ahora cobrar, tras haber transcurrido ocho años, la diferencia entre lo que se adeudaba y el importe por el que se adjudicó el bien».

Varias de las resoluciones incluidas en este primer grupo afirman la existencia de abuso en la adjudicación del bien hipotecado a favor de la entidad acreedora por un importe muy inferior al que figura en la escritura de constitución de la garantía hipotecaria, aun cuando

algunas de ellas reconocen expresamente que la redacción literal del art. 579 LEC no parece ofrecer dudas interpretativas, lo que no les impide hacer una interpretación correctora del precepto recién aludido: así, por ejemplo, en el Auto del JPI nº 44 de Barcelona, de 4 febrero 2011, se señalaba que «no se puede olvidar que la ejecución no debe atender a criterios puramente formales y rigoristas, sino simplemente a dar satisfacción al acreedor», de manera que «si bien, nominalmente [el acreedor adjudicatario] paga por el bien una cantidad igual al 50% del valor de tasación, en su patrimonio no entra con tal valor sino con el real de mercado», que supera la cantidad reclamada por principal, lo que permite al juzgador añadir que «la petición de continuación de la ejecución solicitada por la parte ejecutante no es procedente, dado que [...] ha logrado la satisfacción de su crédito mediante la adjudicación del bien, por lo que la pretensión se muestra abusiva para el presente caso concreto y no solo por los principios que inspiran este procedimiento, sino por los principales del art. 11 de la LOPJ, que proscriben el atender cualquier petición que suponga un manifiesto abuso del Derecho». Por su parte, el Auto del JPI nº 3 de Arenys de Mar, de 22 febrero 2012, tras razonar que «el vigente sistema de ejecución hipotecaria no solo ampara y tolera prácticas viciadas, sino que estas siempre se producen en perjuicio de la posición más débil: la del deudor hipotecario», lanza una durísima crítica al sistema de subastas por la incidencia que tiene en la depreciación del valor del bien en perjuicio del deudor, para concluir afirmando que «se considera que ante tan manifiesta y absoluta desproporción, y ante el ostensible y notorio desequilibrio que se produce entre ejecutante y ejecutado, cobra plena vigencia la doctrina del abuso del Derecho». Considero que estos razonamientos —y otros parecidos—, que pueden encontrarse en las decisiones judiciales que he incluido en este grupo, permiten afirmar la existencia de abuso del Derecho, considerado como supuesto de laguna axiológica, tal y como definen estos conceptos Atienza y

Ruiz Manero (2006: 61 y 62): y es que (i) las reglas del sistema jurídico solucionan el caso permisivamente —permiten continuar la ejecución cuando el bien hipotecado es adjudicado al acreedor si el total de la deuda no ha sido saldado—, (ii) sin tomar como relevante para esa solución alguna propiedad que debería tenerse en cuenta para solucionar prohibitivamente el caso —debería poderse denegar la continuación de la ejecución cuando el valor de tasación del inmueble es muy superior al de adjudicación, o cuando el inmueble no entra en el patrimonio del banco adjudicatario por el importe de la adjudicación sino por el real de mercado—, lo que (iii) produce un daño excesivo o anormal al deudor (Atienza, 2013: 119), que sigue obligado con la entidad acreedora cuando la suma por la que se adjudica el inmueble no cubre la deuda, a pesar de que el valor de mercado del bien es superior al importe adeudado.

5.3. EL EMPLEO DE LA BUENA FE

Un segundo grupo de decisiones judiciales añade a la prohibición del abuso del Derecho y a la doctrina de los propios actos la necesidad de interpretar las normas de acuerdo con las exigencias de la buena fe y, en particular, de conformidad con los preceptos de la legislación en defensa de los consumidores: en este sentido se pronuncian el Auto de la AP de Girona, de 16 septiembre de 2011 (AC\2011\2172), el Auto del JPI Nº 5 de Lleida, de 29 diciembre de 2011, el Auto del JPI Nº 3 de Torrejón de Ardoz, de 10 enero de 2012 (JUR\2012\59745), el Auto del JPI Nº 8 de Valladolid, de 27 febrero de 2012 (AC\2012\357) y el Auto del JPI Nº 6 de Figueras, de 12 abril de 2012.

En la mayoría de las resoluciones recién mencionadas, que siguen en gran medida la fundamentación empleada por el Auto de la AP Girona de 16 septiembre 2011, se lleva a cabo una interpretación correctora de la previsión contenida en el art. 579 LEC —precepto que, recuérdese, faculta al acreedor a seguir adelante con la ejecución si «subastados los

bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito»—, lo que permite a jueces y tribunales denegar la continuación de la ejecución cuando los bienes son adjudicados a la entidad acreedora por un importe inferior a la suma adeudada aun cuando su valor de tasación es muy superior. Los mecanismos que permiten llegar a esta solución son, en casi todos los casos, las reglas de protección de los consumidores, la prohibición del abuso del Derecho y la buena fe. Así, tomando en consideración lo dispuesto en los artículos 105 y 140 LH, afirman la nulidad parcial de las estipulaciones que supongan la asunción personal de la deuda cuando la garantía hipotecaria cubra con creces el importe del crédito, interpretación esta que permite detener la ejecución. Además, algunas se apoyan expresamente en los arts. 7 CC y 11 LOPJ para argumentar que, cuando el activo ejecutado se incorpora al patrimonio del acreedor por un precio inferior al reconocido en su momento por esa misma parte (que será, entiendo, el de la tasación), el intento de seguir adelante con la ejecución supone un abuso de Derecho por parte del ejecutante y una conducta contraria a la buena fe procesal, lo que permite resolver a favor del deudor hipotecario y en contra del acreedor ejecutante.

5.4. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Antes de cerrar el estudio de estas herramientas utilizadas para matizar el alcance del art. 1911 CC, me gustaría señalar —sin extenderme, pues no puedo hacerlo por razones de espacio— que en ocasiones se ha considerado la existencia de enriquecimiento sin causa para evitar que el acreedor emplee la acción personal para cobrar el resto de la deuda no cubierto por el valor de adjudicación del inmueble, especialmente en casos en los que la finca se adjudica por un valor muy inferior al de tasación. Sin embargo, en varias ocasiones el TS ha considerado que no se puede aplicar la doctrina del enriquecimiento sin causa en

estos casos, razonando que el acreedor está amparado por la normativa en vigor, que autoriza el beneficio patrimonial de una de las partes: por ejemplo, en los supuestos resueltos por las SSTs de 8 de julio de 2003 (RJ 2003\4334), 16 de febrero de 2006 (RJ 2006\720) y 25 de septiembre de 2008 (RJ 2008\5570) (más detalles en Cordero Lobato, 2012: 2 y 3).

6. LA INEXCUSABILIDAD DE LA IGNORANCIA DE LA LEY Y SU CONEXIÓN CON «EL PROBLEMA DE LOS DESAHUCIOS»: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL ALCANCE DE LA LABOR DEL JUEZ

En estrecha relación con lo expuesto en el apartado anterior a propósito de la posible modulación del principio de la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley, me gustaría recordar que Delgado Echeverría también propone, a la hora de ponderar el principio que nos ocupa —labor que compete, entiendo, a jueces y tribunales—, que se tengan en cuenta las circunstancias subjetivas que inciden en el cumplimiento del Derecho, entre las que únicamente menciona el error de Derecho y la relevancia penal del error de tipo y el error de prohibición (Delgado Echeverría, 2013: 94 y 95). Aquí me atrevo a dar un paso más y planteo la posibilidad de que, a la hora de resolver el conflicto que surge entre el prestatario incumplidor —que trata de saldar la deuda con la entrega del bien hipotecado— y la entidad bancaria —que desea seguir adelante con la ejecución dineraria cuando el importe por el que se adjudica el inmueble gravado no cubre el total de la suma adeudada— se tomen en consideración una serie de circunstancias subjetivas y objetivas que permitirán matizar el alcance del principio de la ignorancia de la ley. Entre las primeras (subjetivas) se encon-

trarían, a mi juicio, las presiones efectuadas por los bancos sobre los futuros adquirentes y la condición de extranjero inmigrante de un alto porcentaje de los compradores de vivienda. Entre las segundas (objetivas), situaría la naturaleza de bien de primera necesidad del inmueble adquirido y, en íntima conexión con el principio que se está examinando, la falta de información sobre las consecuencias del incumplimiento a pesar de la trascendencia del negocio jurídico (préstamo hipotecario sobre la vivienda adquirida) al que afecta. Me parece que estos datos son especialmente relevantes, sobre todo si se tiene en cuenta, como ya adelanté, que para la constitución de la hipoteca es necesaria la intervención de dos operadores jurídicos especialmente cualificados: notarios, de una parte, y registradores de la propiedad, de otra, por lo que resulta muy llamativo que no se advirtiera a los particulares de las implicaciones de la falta de pago ni de la existencia de la posibilidad contemplada en el art. 140 LH. No puede achacarse aquí al comprador una actuación poco diligente: en este caso, no se ha limitado a consultar con un especialista en la materia, sino que lo ha hecho con dos, lo que, sin embargo, no le ha impedido suscribir una garantía hipotecaria sobre el bien gravado sin limitar el alcance del principio de responsabilidad patrimonial universal. Sobre la base de estas premisas, me parece que aplicar sin paliativos la regla del art. 1911 CC (o la del art. 579 LEC en sus diversas versiones) puede ser considerada la solución legal, pero no creo que pueda calificarse como justa, por lo que las decisiones judiciales relacionadas en el apartado anterior son, en mi opinión, merecedoras de aplauso.

En conexión con lo que acabo de afirmar, traigo aquí algunos interrogantes que se plantea Elías Díaz: ¿cualquier Derecho merece obediencia? ¿Cualquier ley merece respeto (Díaz, 2006: 857 y 858)? ¿Qué decir de una ley —aquí, de unas normas como las contenidas en los arts. 1911 CC, 105 LH y 579 LEC, entre otras— no (necesariamente) justa, aun proveniente de un sistema democrático?

Y me permito añadir otra más a las anteriores cuestiones: ¿cómo tratar unas reglas que, aun emanadas de los órganos legitimados para su producción, eran desconocidas por sus destinatarios a pesar de la necesaria intervención de especialistas en la materia en el momento de su asunción, y que, a la hora de su aplicación, repelen a un importante número de ciudadanos al contrariar su juicio de valor o su percepción acerca de lo que ha de considerarse justo? El profesor Díaz profundiza en su exposición acerca de los conflictos que podría generar el incumplimiento o rechazo generalizado de una norma por parte de los ciudadanos, situación que se agravaría si los jueces se vieran tentados o forzados a no aplicar ese Derecho o muchas de sus disposiciones, lo que daría lugar a que esas leyes vieran puesta en cuestión su propia validez. De ahí, continúa el autor, la importancia de respetar el Derecho, el ordenamiento jurídico, las leyes (Díaz, 2006: 859 y ss.), afirmaciones que conectan con la importancia de la participación democrática en la formación de la ley, que conduce tanto a su conocimiento como a su aceptación por sus destinatarios y permite la identificación entre legislador y legislado (Pérez Luño, 1991: 76 y 77), como por cierto propugnaba Joaquín Costa ya en los albores del siglo XX (Costa, 2000: 53).

Llegados a este punto, me parece que podría entenderse, de acuerdo con Delgado Echeverría, que si la función del Derecho consiste en guiar u orientar las conductas humanas, resulta difícilmente admisible que una norma pueda dirigir el comportamiento de quien no la conoce —aunque, quizás, en el supuesto que aquí interesa, la cuestión es si esa regla desconocida por el afectado puede producir consecuencias sancionatorias de tanta trascendencia como vincular su patrimonio presente y futuro— sin afectar a la libertad, la dignidad y los derechos humanos (Delgado Echeverría, 2013: 100), siguiendo en este punto las atinadas reflexiones de Frosini acerca de la ley como mensaje, tratando de explicar la máxima *ignorantia iuris non excusat* (Frosini, 1998: 29); o, expresado con otras palabras, sin

atentar gravemente contra los valores superiores que integran el ideal de justicia. Creo que de las palabras de Delgado Echeverría puede deducirse que las dificultades que provoca la regla de la inexcusabilidad se superan mejor si se adopta la idea de que los destinatarios de las normas son los jueces y no propiamente los ciudadanos (Delgado Echeverría, 2013: 100). En esta línea, Frosini afirma que el mensaje legislativo se dirige en primera instancia a sus intérpretes y ejecutores, esto es, a quienes deben hacer observar las leyes, y solo en última instancia a quienes deben cumplirla, es decir, los ciudadanos (Frosini, 1998: 29).

Si, como sugiere Menéndez, no conviene reducir el mundo del Derecho —concebido como los derechos y la justicia— a lo dispuesto por la ley, sino que la «lucha por el Derecho» no puede ni debe debilitar la lucha por la justicia ni el esfuerzo permanente de los juristas a favor de la interpretación más equitativa, creo que se puede sostener, con el ilustre mercantilista que «sin olvidar la función del Derecho como instrumento que hace posible la seguridad, nuestro afán debe estar no en la conservación, sino en *la mejora o renovación progresiva* [la cursiva es mía] del ordenamiento jurídico» (Menéndez, 1997: 1.002-1.005), ámbito en el que, me parece, el papel de los jueces y magistrados es fundamental. Aunque no puede olvidarse que también la ciudadanía (o el poder social, como lo denomina Díaz) puede [impulsar] al poder institucional para que produzca otras leyes, proporcionando a la nueva legalidad una mayor legitimación, adhesión, cumplimiento y aplicación y, por ende, una más efectiva y auténtica validez (Díaz, 2006: 861). Piénsese, en este sentido, en la Iniciativa Legislativa Popular impulsada por la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH) con el fin de modificar algunos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil al objeto de dar cabida a la dación en pago de la vivienda habitual con carácter obligatorio y retroactivo, paralizar los desahucios de la vivienda habitual en ciertos supuestos y establecer el denominado «alquiler social». Aunque el texto finalmente aprobado

en el Parlamento (se trata de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que en parte tiene su origen en el RD-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, al que se añaden diversas medidas que tienen su origen en la STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013\89) —caso Aziz—, por la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo mercantil nº 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, y se acumula la proposición de ley derivada de la admisión a trámite de la Iniciativa Legislativa Popular de dación en pago, paralización de los desahucios y alquiler social) está muy alejado de lo solicitado por los proponentes, es una muestra de cómo ese poder social puede promover la aprobación —o, al menos, la modificación— de otras leyes, aunque en el ejemplo citado la solución adoptada por el legislador no ha encontrado la adhesión de los ciudadanos más afectados por la norma, precisamente por haberse apartado de la propuesta original.

Para concluir, me gustaría señalar que la propuesta de Menéndez permite, además, dar una explicación satisfactoria (al menos, en mi opinión) a las decisiones judiciales que se dictaron entre 2010 y 2012 a las que me referí en el epígrafe anterior, resoluciones que recurrieron a diversas técnicas y herramientas para justificar la decisión adoptada. Creo que puede afirmarse, como he tenido ocasión de explicar con más detenimiento en otro lugar (Sánchez Jordán, 2014: 3.179 y ss.) que, en la mayoría de tales resoluciones, se ha puesto de manifiesto la labor correctora (y, en cierta medida, creativa) del órgano judicial: por un lado, algunas enmiendan la letra del art. 579 LEC cuando la adjudicación se efectúa al acreedor hipotecario, y proponen interpretar sistemáticamente la expresión «producto insuficiente para cubrir el crédito» en el sentido de que se refiere al valor real del bien en el momento de la adjudica-

ción, lo que permite dar por extinguida la obligación por pago con la adjudicación del bien hipotecado». De otra parte, en varias de ellas se afirma que la decisión adoptada «resulta acorde con la justicia material del caso. Se olvida a veces que en la interpretación y aplicación de las leyes, los tribunales deben buscar aquella respuesta que, sin contravenirlas, sea más acorde con una decisión justa que es lo que, en última instancia, la ciudadanía espera de un “tribunal de justicia”. Aquí existen normas y doctrinas jurisprudenciales[...] que llevan a una aplicación integrada de los preceptos del ordenamiento jurídico, que posibilitan tanto que un acreedor vea resarcido su crédito como que un deudor no deba pagar, sin causa justificada, mayor suma que la por él debida. Ante las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales[...] debe optarse por una solución que no olvide, pues, la justicia del caso[...]». Me parece que el repaso a estas decisiones permite sostener que algunos jueces y magistrados han recurrido a diferentes principios y técnicas para suavizar, corrigiéndola, la letra de varias de las normas que integran el régimen legal la ejecución hipotecaria, contribuyendo de este modo al progreso del Derecho y aplicándolo de un modo que responde a las exigencias de justicia que reclama la sociedad.

Y todas esas decisiones se han adoptado a pesar de que tanto el TC como el TS se han pronunciado expresamente en contra de la labor correctora del juez, si bien en el caso resuelto por el TS no se trataba de un conflicto en materia de impago de deuda hipotecaria (del que sí se ocupaba, en cambio, el primero; se trata, en concreto, del Auto del TC 113/2011, de 19 de julio (RTC\2011\113\Auto), relativo

a la limitación de las causas de oposición en el proceso de ejecución hipotecaria), a pesar de lo cual he considerado oportuno traerla a colación por la contundencia de las afirmaciones vertidas: así, en la STS de 15 de enero de 2009 (RJ 2009\28) se aduce que «[...] dentro del concepto de tutela judicial efectiva debe encuadrarse la obligación ineludible de que las resoluciones judiciales se diriman a tenor del contenido concreto de la norma y según el sistema de fuentes predeterminado (artículo 1.7 del Código Civil), con la finalidad de que el ciudadano conozca en todo momento y con la debida certeza cuál va a ser el contenido de los preceptos aplicables; amén de que cualquiera que sea el sistema interpretativo utilizado en el marco de lo mandado por el artículo 3.1 del Código Civil, la intención del legislador es clara al haber mantenido incólume la citada regla [en referencia al art. 53 LAU 1964], por lo que cualquier solución contraria a la misma o que suponga un vaciamiento de su contenido, significaría un exceso hermenéutico que acarrearía la indeseada consecuencia de diluir los nítidos límites existentes entre la labor legislativa y la propiamente judicial» (F. J. II). Tales consideraciones, no obstante, no han impedido a quien hasta hace poco ocupara la presidencia de la Sala 1ª del alto tribunal afirmar que «frente al positivismo jurídico [...] se impone una nueva concepción del Derecho, más próxima al reconocimiento de la labor creadora del juez en torno a principios y valores apoyados democráticamente por la sociedad» (Xiol Ríos 2009: 23), como son los consagrados en la Constitución; y también lo son —me parece— los contenidos en el Título preliminar del Código civil, algunos de los cuales han sido objeto de atención en el epígrafe anterior.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel (2013): «Los desahucios, los jueces y la idea del Derecho», en *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Madrid: Pasos Perdidos, 11-128.
- ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO (2006): *Ilícitos atípicos*, Madrid: Trotta.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2012): «El eco de la campana», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 9, 19-22.
- CÁRCOVA, Carlos María (2006), *La opacidad del derecho*, Madrid: Trotta.

- CARRASCO PERERA, Ángel Francisco (2014): «Derecho de consumo e *ignorantia iuris*», ponencia en el Coloquio Derecho civil-Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 26 de septiembre.
- De CASTRO, Federico (1984): *Derecho civil de España*, ed. facsimilar, Madrid: Civitas.
- COLEGIO de REGISTRADORES de la PROPIEDAD y MERCANTILES de ESPAÑA (2012): *Panorama registral. Impagos hipotecarios de vivienda 2012*, Madrid: Centro de Procesos Estadísticos y Servicio de Sistemas de Información del Colegio de Registradores.
- CORDERO LOBATO, Encarna (2012): «Enriquecimientos injustos y adjudicaciones inmobiliarias en procedimientos de ejecución», *Diario La Ley*, 17248, 1-9.
- COSTA, Joaquín (2000), *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*, ed. facsimilar, Madrid: Civitas.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (2013): «El problema de la ignorancia del Derecho en Joaquín Costa: una visión refleja», en M. Cuenca, L. A. Anguita y J. Ortega (coords.), *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa*, Madrid: Dykinson, 115-128.
- DÍAZ, Elías (2006): «Realismo crítico: notas sobre Derecho y justicia», en J. A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla González (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 855-862.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2000): «Nota Introductoria» a J. Costa, *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*, Madrid: Civitas, 7-18.
- FROSINI, Vittorio (1998), *La lettera e lo spirito della legge*, Milán, Giuffrè.
- HIERRO, Liborio (2003): *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona: Ariel.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (1988): *Elementos de Derecho civil*, 1-1º, Barcelona: Bosch.
- LAPORTA, Francisco Javier (2002): «Imperio de la ley y seguridad jurídica», en *Estado, justicia, derechos*, Madrid: Alianza editorial, 105-132.
- (2007), *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.
- LIFANTE VIDAL, Isabel (2014): «La ignorancia de la ley y la seguridad jurídica», ponencia en el Coloquio Derecho civil-Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 26 de septiembre.
- MENÉNDEZ, Aurelio (1997): «Notas sobre lo jurídico y lo justo», en *Manuel Fraga. Homenaje Académico*, T. II, Madrid: Fundación Cánovas del Castillo, 993-1004.
- MENGER, Antonio (1998): *El Derecho civil y los pobres*, trad. Adolfo Posada, estudio preliminar J. L. Monereo Pérez, Granada: Comares.
- MESSÍA de la CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto (2012): «Sobre la adjudicación del inmueble hipotecado en pago de la totalidad de la deuda», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 732, 389-422.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María (1993): «Comentario al art. 7.1 del Código Civil», *Comentario del Código civil*, T. I., Madrid: Ministerio de Justicia.
- NAVARRO, Vicenç, Juan TORRES LÓPEZ y Alberto GARZÓN (2011), *Hay alternativas. Propuestas para crear empleo y bienestar social en España*, Madrid: Sequitur.
- OLIVER-LALANA, A. Daniel (2011), *Legitimidad a través de la comunicación. Un estudio sobre la opacidad y la publicidad del derecho*, Comares, Granada.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1991): *La seguridad jurídica*, Barcelona: Ariel.
- SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena (2014): «Sobre el uso de las cláusulas generales legales a favor de los deudores hipotecarios sin recursos», en L. Díez-Picazo (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 3163-3191.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio (2009): «Constitución, ley, ciudadanos, juez», en F. Gutiérrez-Alviz Conradi y F. Martínez Lázaro (dirs.), *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, T. III: *La función y los poderes del juez en una sociedad democrática*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 17-62.

Fecha recepción: 17/04/2015

Fecha aceptación: 23/10/2015

IGNORANCIA DE LA LEY, ERROR Y TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS DE
LOS CONSUMIDORES: EL PUZLE DE LAS «ACCIONES COLECTIVAS» EN LA LEC
IGNORANCE OF THE LAW, MISTAKE AND JUDICIAL PROTECTION OF
CONSUMER'S RIGHTS: THE PUZZLE OF COLLECTIVE ACTIONS IN THE CODE OF
CIVIL PROCEDURE

Marta Otero Crespo

RESUMEN

Esta contribución analiza el juego de la ignorancia de la ley y del error de hecho y de derecho en materia de acciones colectivas en el ámbito del Derecho del consumo. Esencialmente, el Derecho de consumo está diseñado para proteger los derechos e intereses de la parte débil, o lo que es lo mismo, para la protección de los consumidores y usuarios. Sin embargo, cuando tal protección se canaliza a través de la interposición de las correspondientes acciones colectivas a iniciativa de asociaciones de consumidores y usuarios (art. 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el fragmentado marco jurídico español, tanto a nivel procesal como sustantivo, puede conducir a supuestos en los que incluso los derechos fundamentales de los consumidores —a la tutela judicial efectiva— a título individual, puedan ser vulnerados por la aplicación de los efectos de la cosa juzgada o de la excepción de litispendencia.

PALABRAS CLAVE

Ignorancia de la ley, Error de Derecho, Error de hecho, Derecho de consumo

ABSTRACT

This paper analyses the role of the ignorance of the law and the mistake of law or of fact in the context of Consumer collective redress. In essence, Consumer law is designed to protect the rights and interests of the weakest party, i.e. consumers and users. Nevertheless, when access to justice of consumers and users is exercised via collective actions launched by consumers and users associations (art. 11 of the Spanish Code of Civil Procedure), the fragmented procedural and substantive legal framework may lead to cases in which even the fundamental rights of consumers and users considered individually —access to justice or due process— could be violated due to the application of the *res judicata* effect or the *lis pendens* reply.

KEY WORDS

Ignorance of the law, Mistake of law, Mistake of fact, Consumer law

IGNORANCIA DE LA LEY, ERROR Y TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES: EL PUZZLE DE LAS «ACCIONES COLECTIVAS» EN LA LEC

Marta Otero Crespo*

Profesora contratada doctora de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela

Sumario: 1. Planteamiento del tema: las acciones colectivas en el ámbito del Derecho de consumo. 1.1. Las acciones colectivas en el ámbito europeo. 1.2. Las acciones colectivas en el marco del Derecho español de consumo. 2. Ignorancia de la ley, error y tutela jurisdiccional colectiva de los derechos de los consumidores. 2.1. El tipo de interés a proteger y la legitimación ex LEC. 2.2. La regulación de la publicidad de los procedimientos y su incidencia en el ámbito del error y la protección de los consumidores. Los efectos sobre la cosa juzgada y la ejecución de la sentencia. 2.2.1. La publicidad de los procedimientos de protección de intereses plurales. 2.2.2 Las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores y usuarios. 2.2.3. La cosa juzgada material. 2.2.4. La acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados. 3. Conclusión.

* Grupo de investigación *De Conflictu Legum*. Departamento de Derecho Común

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA: LAS ACCIONES COLECTIVAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE CONSUMO

1.1. LAS ACCIONES COLECTIVAS EN EL ÁMBITO EUROPEO

La Recomendación de la Comisión Europea, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (2013/396/EU, DOUE 26.7.2013) ha vuelto a poner sobre la mesa la utilidad e importancia de las denominadas «acciones colectivas» en el ámbito europeo (terminológicamente, resulta poco claro hablar de «recurso colectivo»; por ello, emplearemos genéricamente la expresión «acciones colectivas», pese a que no se trate de una traducción exacta de *collective redress*). De hecho, la Recomendación de la Comisión aboga por el establecimiento de mecanismos de reparación colectiva que engloben tanto una tutela inhibitoria (acciones de cesación) como compensatoria (acciones indemnizatorias). El objetivo no es otro que establecer una serie de principios comunes (nótese que se trata de una mera Recomendación, Stadler, 2015: ix) aplicables en caso de violación de los derechos reconocidos por el ordenamiento de la Unión, que a su vez faciliten el acceso a la justicia, especialmente cuando el coste de las acciones ejercitadas a título individual pueda disuadir a los perjudicados de acudir a los tribunales. Específicamente, se recogen una serie de ámbitos de aplicación «idóneos» tales como «la protección de los consumidores, la competencia, la protección del medio ambiente, la protección de los datos personales, la normativa sobre servicios financieros y la protección de los inversores». Eso sí, se trata de una enumeración no exhaustiva, por lo que cualquier regulación (nacional) puede ser más amplia (García Rubio y Otero Crespo, 2015: 135, nota 7).

Pese a que la propia Recomendación establece un sistema de plazos de cumplimiento «obligatorio» para los Estados miembros, tanto para la adopción de regímenes nacionales conformes con los principios ahí contenidos (2015) como de evaluación de impacto (2017), lo cierto es que las reacciones de los legisladores nacionales europeos son prácticamente inexistentes y, en caso de haberse producido, aparentemente desvinculadas del mandato de la Recomendación. En este sentido, Francia, a través de la conocida como Ley *Hamon* (vid. Mulheron, 2015: 98 y ss.), Bélgica (Nowak, 2015: *passim*), Lituania (Bublienė, 2015: *passim*) o, más recientemente, el Reino Unido (de nuevo, aunque todavía sobre la propuesta de reforma, Mulheron, 2015: 103 y ss.) han legislado en los últimos tiempos sobre la materia. Sin embargo, no es posible trazar en sus trabajos preparatorios o en sus textos cualquier posible referencia a la Recomendación de la Comisión Europea, hasta el punto de que ciertos aspectos de las nuevas regulaciones resultarían contrarias a los principios inspiradores (de «obligatorio cumplimiento») de la Recomendación de la Comisión europea.

1.2. LAS ACCIONES COLECTIVAS EN EL MARCO DEL DERECHO ESPAÑOL DE CONSUMO

En España, a la espera de que se produzcan los necesarios ajustes a los principios establecidos por la Recomendación, previstos con la fecha tope de 26 de julio de 2015, el recurso a las «acciones colectivas» tradicionalmente se ha circunscrito al ámbito del Derecho del consumo. Este ha sido el primero de los campos en el que la tutela colectiva de derechos ha gozado de un reconocimiento normativo expreso (vid. el art. 20 de la ya derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores de Usuarios, al que siguieron otras normas contenidas en la Ley General de Publicidad, la Ley de Competencia Desleal y, especialmente, la Ley sobre condiciones gene-

rales de la contratación, todas ellas anteriores a la regulación de la LEC del año 2000).

Parece que, al menos en el plano teórico, la bondad de las acciones colectivas estaría fuera de toda duda, en la medida en que constituyen una vía más eficiente para la protección de los consumidores que afirman haber sufrido un mismo perjuicio como consecuencia de una misma actividad «ilegal» (*vid.* punto 3 b) de la Recomendación). Sin embargo, en la práctica existen una serie de factores que de algún modo distorsionan su ejercicio. La experiencia acumulada en estos años ha puesto de manifiesto que, bajo la aplicación de la ley española, la dispersión normativa vigente —sustantiva y adjetiva— y la falta de claridad y completitud de la regulación procesal civil (LEC) dificultan sobremanera el conocimiento efectivo (y objetivo) de su regulación sistemática, tanto por los consumidores y usuarios perjudicados como por los propios operadores jurídicos — en especial, los aplicadores del Derecho—. Y es en este escenario en el que no será difícil idear situaciones en las que la ignorancia de la normativa (o el error) pueda desempeñar algún rol —conscientemente omitimos ahora los supuestos en los que un consumidor desconoce el procedimiento iniciado en otro país, puesto que el haz de posibilidades sería inabarcable por el juego de las reglas propias del Derecho internacional privado (desde la perspectiva europea, *vid.* Hess, 2012: 107 y ss.)—.

Si dejamos ahora al margen la prolija normativa de naturaleza sustantiva en la que de algún modo se prevé una tutela *supraindividual* de derechos y nos centramos en la norma procesal civil por excelencia, la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), cabe señalar que la ley procesal civil no establece un proceso o procedimiento especial para la tutela de estos intereses jurídicos colectivos, sino una serie de normas especiales desperdigadas en su articulado, lo que también dificulta su conocimiento efectivo (Otero Crespo, 2015: en prensa). En este sentido, cabe señalar que desde su entrada en vigor, se ha venido distinguiendo formalmente entre la tutela de intereses colectivos y

difusos (entre otros, Gascón Inchausti, 2010: 18; Juan Sánchez, 2014: 376 y ss.). En consonancia con esta dicotomía interés colectivo *versus* interés difuso, la LEC dispone una serie de reglas en materia de publicidad de los procedimientos «plurales», de cara a facilitar el conocimiento y la intervención de los consumidores afectados (art. 15 LEC); además, en aras de una mayor publicidad, contempla una diligencia preliminar al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados por el hecho dañoso (art. 256.1.6 LEC). *A priori*, estos serían casos en los que el Derecho pretende que quienes potencialmente puedan estar afectados por la causación del mismo daño puedan conocer la existencia de la puesta en marcha de un procedimiento judicial que les podría afectar. Esto equivale a decir que, al igual que sucede con las normas de protección de consumidores de naturaleza sustantiva (Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007 y demás normas «satélites»), las disposiciones adjetivas también están orientadas a la protección del consumidor o usuario. Lo que sucede es que, tal y como intentaremos justificar en este trabajo, la interacción de distintas previsiones legales puede desembocar en supuestos de desprotección de los consumidores en los que, además, la ignorancia y el error pueden darse con cierta facilidad (sobre el juego de la ignorancia y el error en el ámbito de la protección a consumidores *vid.* también Carrasco Perera, 2014: *passim*).

Siguiendo con nuestro argumento, veremos cómo de la aplicación del art. 15 LEC, y su interacción con los arts. 221 LEC —sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios—, 222.3 LEC, —cosa juzgada material— y 519 LEC —acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados— se podrían derivar consecuencias nefastas para aquel consumidor que, desconociendo la puesta en marcha de una «acción colectiva» —de grupo y/o representativa—, o que, a pesar de cono-

cer su existencia, ignore las consecuencias de no intervenir en el procedimiento, se tope con una resolución judicial que afecte a su esfera jurídica. En otros términos: normas que *teóricamente* tutelan intereses de los consumidores podrían derivar en la práctica en normas lesivas, comprometiendo en algunos casos incluso el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

2. IGNORANCIA DE LA LEY, ERROR Y TUTELA JURISDICCIONAL COLECTIVA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

Sentado el marco general en el que se va a centrar esta contribución, a continuación analizaremos ciertas cuestiones en las que el juego de la ignorancia de la ley o el error pueden resultar cruciales de cara a la salvaguarda del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de consumidores y usuarios.

2.1. EL TIPO DE INTERÉS A PROTEGER Y LA LEGITIMACIÓN EX LEC

Como acabamos de señalar, la regulación procesal civil de la *protección colectiva de consumidores y usuarios* parte de la dicotomía interés colectivo *versus* difuso de consumidores y usuarios a partir de la existencia de un hecho dañoso (Juan Sánchez, 2014: 377). Acogiendo el criterio de la LEC, el interés colectivo se identifica con la tutela de un grupo (de consumidores y usuarios) cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables; por su parte, el interés difuso entraría en escena cuando los integrantes del grupo que padezcan un perjuicio sean indeterminados o de difícil determinación (Bellido Penadés, 2011: 15 y ss.).

Proclama el art. 11 LEC que «sin perjuicio de la legitimación individual» de los con-

sumidores, la legitimación para la defensa de los *intereses colectivos* corresponderá (1) a las asociaciones de consumidores y usuarios, (2) a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa de tales intereses de consumidores y usuarios, y (3) a los grupos de afectados (de acuerdo con el art. 6.1.7º LEC, los grupos han de constituirse con la mayoría de los afectados).

Para el caso de que los intereses a tutelar sean *difusos*, la legitimación corresponderá únicamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que sean «representativas», entendiéndose por tales aquellas que sean miembros del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una Comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica (*vid.* art. 24 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; también, Juan Sánchez, 2014: 394 y ss.).

También habrá que tomar en consideración la legitimación que se concede a las entidades habilitadas conforme a la normativa europea para el ejercicio de las acciones de cesación¹ en defensa de los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios (arts. 6.1.8 y 11.4 LEC), así como al Ministerio Fiscal, quien desde la reforma operada por la Ley 3/2014, «estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios» (art. 11.5 LEC —*vid.* Juan Sánchez, 2014: 382 y 394; Sande Mayo, 2015: en prensa—).

Pues bien, el consumidor *colectiva* o *difusamente* perjudicado puede encontrarse con varios hándicaps vinculados al ámbito de la ignorancia/error (tanto de Derecho como de hecho —sobre esta distinción, Oliva Blázquez, 2010: 34 y ss.). Así, puede suceder que desconozca la existencia misma de la regulación del art. 11 LEC (ignorancia de la ley *pura y simple*) o que, conociéndola, desconozca la existencia de una acción ya enablada (error de hecho)

y/o de los efectos que puedan derivarse de una futura sentencia sobre su posición jurídica (esencialmente, la posibilidad de entablar una acción individual, así como eventuales excepciones de litispendencia o cosa juzgada —de nuevo, ignorancia de la ley—). Ahí es donde se revela crucial la necesidad de facilitar la accesibilidad a tal información como mecanismo para vencer el desconocimiento de los *procesos con trascendencia supraindividual*, cuestión que vamos a tratar a continuación.

2.2. LA REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DEL ERROR Y LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES. LOS EFECTOS SOBRE LA COSA JUZGADA Y LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

2.2.1. La publicidad de los procedimientos de protección de intereses plurales

Una de las cuestiones más espinosas que se plantea en el ámbito del ejercicio de las acciones colectivas se vincula al conocimiento no solo de la norma de protección «plural» por un sujeto concreto (ignorancia de ley), sino también el conocimiento de la puesta en marcha de un proceso concreto de protección de intereses de los consumidores y usuarios. Este último problema ya fue atisbado por el legislador, de ahí que, a fin de facilitar la publicidad e intervención en los procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, el art. 15 LEC articule una serie de pautas publicitarias que, sin embargo, plantean dudas interpretativas tanto en su análisis aislado como por su juego con los arts. 221 y 519 LEC —preceptos a los que se remite el párrafo 3 y que abordan el efecto de la cosa juzgada—.

Con carácter general, el art. 15 LEC dispone el llamamiento al proceso iniciado por asociaciones, entidades o grupos de afectados a

quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores o usuarios para que puedan hacer valer su derecho o interés individual —los particulares sabrían, así, la forma en que puede y debe serles dada a conocer la incoación o la pendencia de dichos procesos, presupuesto necesario para la actuación individual (Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes, 2001: 208)—. Es el secretario judicial el encargado de realizar tal llamamiento, y de publicar la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses. Pese a la buena lógica del llamamiento, que no es otro que permitir el conocimiento de un proceso a quien lo ignora y puede quedar vinculado por lo que en él se dirima, lo cierto es que la falta de concreción del precepto puede conducir a resultados poco deseables. Por ejemplo, el artículo no especifica el tipo de medios de comunicación a emplear (el uso del plural podría implicar que el legislador quiere que sean dos o más medios de comunicación), quién ha de asumir los costes derivados de la publicidad. En primer término, parece que será la asociación que lo incoa la que ha de asumir el coste, sin perjuicio de una futura condena en costas y su discutible consideración como costas —Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes, 2001: 216; Bellido Penadés, 2011: 26)—, ni el contenido a comunicar (Requejo Isidro y Otero Crespo, 2012: 314 ss). La combinatoria puede derivar en el fracaso de la pretendida publicidad: los destinatarios de la «llamada» pueden perfectamente no responder a ella —por el motivo X o Y— y quedar al margen de un proceso que potencialmente les podrá afectar bien por los efectos de la litispendencia, bien, en otro estado, por los de la cosa juzgada.

A este llamamiento general habrá que añadir ciertas especificidades en función del tipo de interés en juego. Así, en los supuestos de tutela de *intereses colectivos*, en los que por definición los afectados son determinables, el demandante debe haber comunicado (también) previamente su intención de presentar

la demanda a todos aquellos que puedan estar interesados (se trata de una comunicación personal). En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario afectado podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero solo podrá realizar los actos procesales que no hubiesen precluido. El problema surge una vez más a la hora de determinar quiénes son los interesados y qué comporta esa «comunicación» (sea cual fuere la forma y el contenido de la misma), puesto que de ambos factores dependerá el efectivo conocimiento o ignorancia de un inminente procedimiento. Está claro que si el consumidor recibe tal comunicación y, en consecuencia, conoce la existencia del procedimiento, podrá optar por incorporarse o no (*opt-in versus opt-out*); sin embargo, si la comunicación falla pese a la duplicidad de vías de información (llamamiento general e individual) y el consumidor desconoce la intención de plantear una demanda colectiva, e interpone con posterioridad la suya propia, podría toparse con la excepción de litispendencia —presumiendo que el juzgado B tenga la oportunidad de conocer que existe una demanda ante el juzgado A— o con la de cosa juzgada.

Para aquellos casos de tutela de *intereses difusos*, el llamamiento realizado por el secretario judicial suspenderá el curso del proceso por un plazo no superior a dos meses, plazo a concretar por el propio secretario atendiendo «las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados». Tras esta suspensión, el proceso se reanudará con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, sin admitirse la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior (como contrapartida a la suspensión, la LEC prevé esta preclusión absoluta de la posibilidad de personación posterior —Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes, 2001: 219—). Sin embargo, como cláusula de cierre, se contempla un «sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221

y 519 de esta ley», lo que de nuevo pone de relieve la trascendencia de ignorar la llamada.

Debe destacarse que, de cara a garantizar el conocimiento de la demanda por quienes puedan ostentar la condición de perjudicados, el art. 256.1.6º LEC permite que pueda solicitar una diligencia preliminar quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses *colectivos* de los consumidores y usuarios (Bellido Penadés, 2011: 7) —la diligencia ha de ser adecuada a la finalidad que el solicitante persigue a la par que ha de mediar tanto justa causa como interés legítimo (art. 258.1 LEC)—. El objetivo de tal diligencia es identificar a los integrantes del grupo de afectados cuando, sin estar determinados, sean fácilmente determinables. Para ello, el tribunal «adoptará las *medidas oportunas* para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación». Nuevamente, surge la necesidad de limitar el impacto del conocimiento o desconocimiento del inicio del proceso por quien pueda haber sido perjudicado por el mismo hecho dañoso. De este modo, puede que esas genéricas *medidas oportunas* adoptadas por el tribunal no hayan sido *adecuadas* por causas no imputables a los perjudicados (;podría ser el caso de un consumidor residente temporalmente en el extranjero?), quienes seguirán ignorando la existencia de una potencial demanda; o puede que tales medidas sí hayan sido objetivamente *adecuadas*, pero desconocidas por ignorancia imputable a los perjudicados, lo que suscita la cuestión de si significa esto que la falta de diligencia del consumidor en este momento precluye cualquier acción posterior en el tiempo.

Además, vinculada a la identificación de los sujetos afectados, surge el problema de la compatibilidad de esta diligencia preliminar con el derecho fundamental a la protección de datos personales e incluso con el derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 18 y 24 CE). Un buen exponente lo constituye la STC

219/2012, de 26 de noviembre, que resuelve un recurso de amparo en el que se plantea cuál es el régimen apropiado de convivencia entre las diligencias preliminares permitidas al amparo del art. 256.1.6 LEC y el respeto de las garantías de los artículos 18 y 24 CE (a su vez, esta resolución está estrechamente vinculada con la STC 96/2012 —*vid.* Otero Crespo, 2015: en prensa). En el caso, AUSBANC presentó demanda de diligencias preliminares contra BBVA, y solicitó a la entidad financiera la entrega de los listados de clientes con sus datos personales con indicación de si habían contratado determinados productos financieros. En aplicación del art. 256.1.6 LEC, se ordena a la entidad financiera que entregue tales listados, incluyendo los datos personales de sus clientes, sin que en ningún momento se tome en consideración el poder de disposición sobre sus datos de esos mismos clientes; incluso se rechazaron los escritos presentados por los titulares de los datos ejerciendo sus derechos de cancelación y oposición. Los recurrentes en amparo (consumidores ajenos a la asociación de consumidores que pretendía interponer la demanda colectiva) cuestionan la cesión judicial de sus datos personales (BBVA-AUSBANC) sin previa comunicación de la medida y sin previo consentimiento. Plantean ante el máximo intérprete constitucional si la tutela judicial efectiva comprende el derecho a conocer e intervenir en las actuaciones que eventualmente puedan tener lugar en las mencionadas diligencias preliminares —personación que les había sido denegada—. En caso contrario, se estaría cerrando el proceso a personas cuyos derechos fundamentales se ven afectados de modo indudable y directo. Interpreta el TC que la propia doctrina constitucional establecida impone a los jueces y tribunales la obligación de «interpretar las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa, no solo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo». Añade el Tribunal que el canon de constitucionalidad aplicable al caso es un «ca-

non reforzado», ya que «el derecho a la tutela judicial efectiva se impetra para la defensa de un derecho sustantivo fundamental como es el derecho a la protección de datos de carácter personal» (el fundamento continúa destacando que «las decisiones judiciales como la que aquí se recurre están especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen, sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no solo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial [...]»).

A raíz del supuesto concreto, el TC destaca la trascendencia social de un caso como el que conoce, dada la proliferación de solicitudes formuladas por asociaciones de consumidores y usuarios destinadas a la identificación de afectados en orden a la interposición de futuras acciones colectivas.

Insistiendo en lo que acabamos de señalar más arriba, de lo dispuesto en el art. 15 LEC, y en los arts. 221 LEC —sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios—, 222.3 LEC —cosa juzgada material— y 519 LEC —acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados—, así como de la falta de previsión legislativa expresa acerca de si el sistema español apuesta por un sistema de inclusión (*opt-in*) o de exclusión (*opt-out*), se podrían derivar consecuencias funestas para aquel consumidor que, desconociendo la puesta en marcha de una «acción colectiva» —de grupo y/o representativa—, es decir, un consumidor afectado por el error de hecho, o que, conociendo su existencia, ignore las consecuencias de no intervenir en el procedimiento (de nuevo, ¿ignorancia sobre la ley o error de Derecho?), se tope con una resolución judicial que afecte a su esfera jurídica. En ciertas oca-

siones, entendemos que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE —al que hemos aludido— puede verse comprometido —y ello pese a que, con anterioridad a la Ley 1/2000, cierto sector doctrinal entendiese necesario extender la eficacia de la sentencia recaída respecto de toda la colectividad interesada, aunque algunos de los individuos afectados hubiesen estado apartados del proceso sobre el que había recaído la sentencia que se pronunciaba sobre la tutela del interés colectivo— por el efecto *secundum eventum litis*. Sin embargo, los autores tampoco concretaban los efectos reales de la sentencia, puesto que, por un lado, el principio de defensa de los sujetos ausentes determinaría la exclusión de los efectos preclusivos de la sentencia, mientras que, por otro, una sentencia estimatoria podría producir efectos para todos los integrantes del colectivo perjudicado (Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes, 1999: *passim*; Tapia Fernández, 2001: 807).

La tutela judicial efectiva podría verse también en entredicho si calificásemos el ordenamiento español como un sistema en el que reinase el *opt-out*. A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, el legislador español no se pronuncia expresamente acerca de cómo se constata la voluntad de un sujeto de personarse en el proceso. Idealmente, si el español se articulase como un sistema de *opt-in* o de inclusión, sería necesario un comportamiento activo del consumidor perjudicado para sumarse a la demanda, quedando solo entonces vinculado por el efecto de la cosa juzgada. Al contrario, un sistema de *opt-out* o de exclusión permitiría que los individuos integrantes de un grupo de afectados quedasen vinculados a menos que específicamente se hubiesen autoexcluido. La aludida falta de previsión expresa, sumada a la regulación asistemática, han permitido todo tipo de especulaciones doctrinales a favor de uno u otro modelo (Requejo Isidro y Otero Crespo, 2012: 313-314 y la doctrina ahí citada). Sin embargo, y en consonancia con los principios establecidos en la Recomendación de la Comisión europea de 2013

y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantizado en nuestra Constitución y en otros textos europeos, cuestionamos la defensa de un sistema de *opt-out* en el que los sujetos queden vinculados sin haber prestado un consentimiento previo —como más abajo justificaremos—.

2.2.2. Las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores y usuarios

El art. 221 LEC, a propósito de las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores y usuarios *ex art. 11 LEC*, determina que puedan ser de aplicación tres reglas específicas.

1. Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena.

Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

2. Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

3. Si se hubieren personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

El punto primero del precepto se refiere solo a las sentencias estimatorias (condenas de dar, hacer y no hacer), por lo que queda en el aire qué sucederá con las desestimatorias —lo que reenvía a la cuestión de si nuestro legislador defiende unos efectos *secundum eventum litis* (Tapia Fernández, 2001: 808)—. En razón de este tipo de sentencias, prevé una serie de especificidades en relación con el contenido que deben observar los pronunciamientos judiciales. En primer lugar, la sentencia estimatoria puede individualizar a los beneficiados en el supuesto de intereses colectivos; en segundo lugar, puede suceder que no se lleve a cabo dicha individualización por tratarse de un interés difuso. Para este último supuesto, los jueces y tribunales han de establecer los datos, características y requisitos que han de cumplir quienes pretendan beneficiarse de tal resolución estimatoria. Pero en realidad, ¿qué sucede si un consumidor encaja en el perfil del art. 221.1^a *in fine* LEC —«cuando la determinación individual no sea posible... (*intereses difusos*)»— y desconoce la existencia del procedimiento y consecuente sentencia estimatoria? ¿Puede iniciar una acción individual *a posteriori* o se va a topar con la excepción de la cosa juzgada? El legislador conecta este precepto con lo dispuesto en el art. 519 LEC, por lo que nos remitimos a las consideraciones que realizamos al respecto más adelante.

Por su parte, el párrafo segundo del art. 221 LEC está claramente pensado para sentencias declarativas de ilicitud de una determinada conducta o actividad (pensemos en las acciones de cesación). El legislador quiere que el juzgador expresamente manifieste, caso por caso, si la declaración ha de surtir efectos *erga omnes* o *inter partes*. Precisamente, de producirse estos efectos *erga omnes*, habría que valorar si se trata de una extensión de los efectos de la cosa juzgada a quienes no han sido parte del proceso o si sería el efecto propio de una sentencia de naturaleza anulatoria (Tapia Fernández, 2001: 809 y la doctrina ahí citada)

Por último, el párrafo tercero ha de integrarse una vez más con lo dispuesto en el art.

15 LEC. Simplemente recuerda que, si con ocasión del llamamiento efectuado en el art. 15 LEC se hubiesen personado consumidores y usuarios determinados, habrá que pronunciarse también con respecto a sus pretensiones.

2.2.3. La cosa juzgada material

A propósito de la cosa juzgada material, el art. 222.3 LEC dispone: «La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, *no litigantes* [el destacado es nuestro], titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley». Que la extensión de la cosa juzgada afecte a herederos y causahabientes de las partes no es más que la consecuencia de la sucesión en la situación jurídica de sus causahabientes. Más interesante para nosotros resulta la remisión que el precepto realiza al art. 11 LEC, puesto que expande los efectos de la cosa juzgada *inter partes* (De la Oliva Santos, 2001: 402). Así, volvemos a plantearnos qué sucede con los sujetos (consumidores o usuarios) *no litigantes*, quienes han desconocido la existencia de la demanda o, conociéndola, ignoran la trascendencia de mantenerse al margen. De nuevo, cabría plantearse si sería defendible una modalidad de cosa juzgada con efectos *secundum eventum litis*. Una respuesta afirmativa casi equivaldría a decir que un consumidor o usuario afectado por el mismo evento dañoso puede prevalerse (impunemente) de su ignorancia de la norma para eludir los potenciales efectos de una *res judicata* no favorable. En caso negativo, descartando esos efectos *secundum eventum litis*, ¿quedarían los consumidores y usuarios absolutamente vinculados por la fuerza de la cosa juzgada que impone el art. 222.3 LEC? Precisamente este efecto *erga omnes* parece desprenderse tanto de la dicción del art. 6.1 CC («la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento») como de la literalidad del propio precepto procesal, que busca racionalizar la actividad jurisdiccional. Sin embargo, una interpretación semejan-

te podría ser, en nuestra opinión, contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia (art. 24 CE). Parece obvio que un precepto constitucional no puede ser conculcado por uno de legalidad ordinaria (LEC y también CC), sobre todo si tomamos en consideración otros preceptos fundamentales como el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho a un proceso equitativo) o el art. 47 (1) de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea (derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial). De todo ello se desprende que no podemos defender que un sujeto que haya permanecido al margen de un proceso (porque lo ha ignorado o desconocía *a priori* los efectos que sobre sus derechos o intereses pudiese tener) quede irremediabilmente atrapado en los tentáculos de la cosa juzgada (Otero Crespo, 2015: en prensa; García Rubio y Otero Crespo, 2015: 146).

2.2.4. La acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados

Por último, si abordamos lo dispuesto en el art. 519 LEC, relativo a la acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados, debemos hacer algunas puntualizaciones. Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del art. 221 LEC no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquella (supuesto claro de tutela de intereses difusos), el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en el que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución. En este sentido, aunque la parte actora

del proceso haya sido una asociación de consumidores y usuarios (art. 11 LEC), la condición de ejecutante ha de ser solicitada por consumidores y usuarios individuales (De la Oliva Santos, 2001: 898) —incluso el Ministerio fiscal puede instar la ejecución de la sentencia en beneficio de los consumidores y usuarios afectados—. Pues bien, si «uno o varios interesados» toman la iniciativa de la acción ejecutiva, ¿cómo podrán conocer la existencia de tal condena los demás posibles «solicitantes»? Nada está previsto expresamente al respecto en la LEC. Parece obvio que, de no conocerse esta, puede transcurrir el período de caducidad de 5 años de la acción de ejecución del art. 518 LEC. Finalizado tal plazo, ¿podría alegar exitosamente un consumidor el haber ignorado la existencia de tal condena? Sería este otro escenario potencial en el que la ignorancia (o el error) podrían tener cabida.

3. CONCLUSIÓN

A lo largo de estas páginas hemos bosquejado el encaje que las figuras de la ignorancia de la ley y el error pueden tener en relación con la tutela jurisdiccional de los consumidores y usuarios cuando esta se canaliza a través del ejercicio de las llamadas acciones colectivas. El fragmentado marco jurídico español, tal y como ha sido expuesto, puede favorecer teóricamente la existencia de casos en los que un consumidor que no haya participado en un proceso (porque lo ignoraba, porque conociéndolo prefirió permanecer al margen, etc.) se pueda ver sometido a título individual a los efectos de la cosa juzgada o de la excepción de litispendencia. En nuestra opinión, el ordenamiento procesal español, tal y como está configurado a día de hoy, podría resultar contrario al respeto al derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado tanto en nuestra Constitución como en la Convención Europea de Derechos Humanos o la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea. Por ello, y al rebufo

de la Recomendación de la Comisión Europea de 2013, sería oportuna una reforma de la legislación interna que dotase de coherencia y sistemática al régimen procesal de las acciones

colectivas. Solo así se podrían proteger adecuadamente los derechos e intereses de consumidores y usuarios colectivamente perjudicados por un mismo hecho dañoso.

BIBLIOGRAFÍA

- BELLIDO PENADÉS, Rafael (2011): «La protección de los consumidores en el proceso civil», *Revista General de Derecho Procesal*, 23, 1-53.
- BUBLIENĖ, Dangoulė (2015): «Recent Collective Redress Developments in Lithuania-Key Issues in Light of the Implementation of the Commission Recommendation», en E. Lein, D. Fairgrieve, M. Otero Crespo y V. Smith (eds.) *Collective redress in Europe-Why and How?*, Londres: BIICL, 153-168.
- CARRASCO PERERA, Ángel (2014): «¿Perjudica al consumidor la ignorancia del Derecho?», *Revista CESCO*, octubre, [En línea]. <<http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/10/Perjudica-al-consumidor-la-ignorancia-del-derecho.pdf>>.
- De la OLIVA SANTOS, Andrés (2001): «Comentario al art. 519 LEC», en *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid: Civitas.
- GARCÍA RUBIO, María Paz y Marta OTERO CRESPO (2015): «Rebuilding the pillars of collective litigation in light of the Commission Recommendation: The Spanish approach to collective redress», en E. Lein, D. Fairgrieve, M. Otero Crespo y V. Smith (eds.), *Collective redress in Europe-Why and How?*, Londres: BIICL, 133-152.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. (2010): *Tutela Judicial de los Consumidores y Transacciones Colectivas*, Madrid: Civitas.
- GUTIÉRREZ de CABIEDES HIDALGO de CAVIEDES, Pablo (2001): «Comentario al art. 15 LEC», en *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid: Civitas.
- Hess, BURKHARD (2012): «A coherent approach to European collective redress», en D. Fairgrieve y E. Lein (eds.), *Extraterritoriality and collective redress*, Oxford: Oxford University Press, 107-118.
- JUAN SÁNCHEZ, Ricardo (2014): *La Legitimación en el Proceso Civil*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- MULHERON, Rachael (2015): «Recent United Kingdom and French Reforms of Class Actions: an Unfinished Journey», en E. Lein, D. Fairgrieve, M. Otero Crespo y V. Smith (eds.), *Collective redress in Europe-Why and How?*, Londres: BIICL, 97-115.
- NOWAK, Janek Tomasz (2015): «The New Belgian Law on Consumer Collective Redress and Compliance with EU Law Requirements», en E. Lein, D. Fairgrieve, M. Otero Crespo y V. Smith (eds.), *Collective redress in Europe-Why and How?*, Londres: BIICL, 169-202.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco (2010): *El error iuris en el Derecho civil*, Madrid: Consejo General del Notariado.
- OTERO CRESPO, Marta (2015): «The collective redress phenomenon in the European context: The Spanish Case», en *Procedural Science at the Crossroads of Three Generations*, Baden-Baden: Nomos (en prensa).
- REQUEJO ISIDRO, Marta y Marta OTERO CRESPO (2012): «Collective redress in Spain: recognition and enforcement of class actions judgments and class settlements», en D. Fairgrieve y E. Lein (eds.), *Extraterritoriality and collective redress*, Oxford: Oxford University Press, 309-331.
- SANDE MAYO, María Jesús (2015): «La legitimación del Ministerio Fiscal en la defensa de los intereses de los consumidores», en *Processulus: Estudios de Derecho procesal*, Granada: Comares (en prensa).
- STADLER, Astrid (2015): «The Commission's Recommendation on Common Principles for Collective Redress and Private International Law Issues», en E. Lein, D. Fairgrieve M. Otero Crespo y V. Smith (eds.), *Collective redress in Europe-Why and How?*, Londres: BIICL, 235-249.
- TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (2001): «Comentario a los art. 221 y 222 LEC», en *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid: Civitas, 805-820.

Fecha aceptación: 29/05/2015
Fecha recepción: 23/10/2015

IGNORANCIA DE LA LEY, ERROR DE DERECHO Y DEBERES DE INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR

IGNORANCE OF LAW, ERROR OF LAW AND DUTIES CONSUMER INFORMATION

Margarita Castilla Barea

RESUMEN

Es difícil identificar una relación directa entre el principio de que «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento» y los deberes de información al consumidor que las leyes imponen con carácter genérico a los poderes públicos y con carácter específico a los empresarios y profesionales. Pero dicha imposición podría verse como una plasmación positiva del deber de aquellos de reducir el ámbito de la ignorancia de las normas por los ciudadanos en cuanto que consumidores y usuarios. No obstante, si se parte de la consideración de que el error de Derecho es una manifestación de aquel principio y se asume que en el ámbito contractual el error de Derecho se identifica con el error en el consentimiento, entonces la relación entre estas cuestiones aparece con mayor nitidez.

PALABRAS CLAVE

Ignorancia de la ley, Error de Derecho, Deberes de información, Error en el consentimiento contractual, Consumidores y usuarios

ABSTRACT

It is difficult to identify a direct relationship between the principle that «ignorance of the law does not excuse compliance» and the duties of consumer information laws impose generically for the government and specificity entrepreneurs and professionals. But such taxation could be seen as a positive manifestation the duty of those to reduce the level of ignorance of the rules by citizens as consumers and users. However, If we start from the basis that the error of the law is a manifestation of that principle, and it is assumed that contractually error of law is identified with the error of consent, then the relationship between these issues appears more clarity.

KEY WORDS

Ignorance of the law, Error of law, Duties of information, Error in the contractual consent, Ineffectiveness

IGNORANCIA DE LA LEY, ERROR DE DERECHO Y DEBERES DE INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR

Margarita Castilla Barea

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Cádiz

Sumario: 1. Planteamiento. 2. Los deberes de información en el ámbito del consumo y el principio de que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento: una relación remota. 3. El error de Derecho como manifestación de la ignorancia de la ley en el ámbito del contrato. 3.1. La (discutible) distinción entre ignorancia de la ley y error de Derecho. 3.2. Es irrelevante que el consentimiento contractual se vea viciado por un error de hecho o de Derecho. 4. Reflexión final.

1. PLANTEAMIENTO

El art. 6.1 CC, en los dos incisos que lo componen, establece el marco general de eficacia que se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico a la ignorancia de la ley y al error de Derecho, dos manifestaciones del imperfecto conocimiento de las normas jurídicas cuyo alcance último en un supuesto particular puede explorarse prácticamente desde cualquier disciplina jurídica. En este caso, se trata de indagar, desde la perspectiva del Derecho civil, en las relaciones que cabe establecer entre estos principios y la inobservancia por los empresarios y profesionales de los deberes de información que las normas de Derecho del Consumo les imponen —de forma cada vez más frecuente, prolija y compleja— a la hora de contratar con los consumidores y usuarios a quienes ofrecen sus productos y servicios.

Por lo que respecta a la máxima de que *la ignorancia de la ley no excusa de su cumplien-*

to, es bien sabido que su fundamento ha sido largamente discutido a lo largo de los tiempos. En la actualidad, está superada la idea de que la regla descansa en un hipotético deber de conocer el Derecho, o en algún tipo de suposición o presunción (ni *iuris tantum* ni *iuris et de iure*) de que los destinatarios de las normas jurídicas conocen su existencia y contenido. La opinión comúnmente aceptada hoy insiste en que son más bien razones prácticas —la realización efectiva del Estado de Derecho como sociedad regida por el principio de legalidad constitucionalmente consagrado— las que respaldan actualmente el vigor de la máxima.

Con independencia de cuál sea el fundamento que hoy la sustenta, lo cierto es que lo categórico de su resultado no se ha tratado de contrapesar con la imposición a los poderes públicos de un deber general de promover y facilitar el conocimiento efectivo por los ciudadanos de las normas jurídicas que promulgan. Las exigencias en este sentido se han limitado

a la publicidad o publicación de las normas jurídicas y a la accesibilidad de su texto, pero no necesariamente a la divulgación de los derechos y deberes que de ellas dimanen, y tampoco a la explicación —siquiera somera o resumida— de su sentido. Así, y ciñéndonos al espectro más propio del Derecho civil, no encontramos norma alguna que imponga a los poderes públicos —tampoco a ningún tipo de sujeto privado— la formación ni información jurídica acerca de los derechos y deberes que a todos nos conciernen en cuanto integrantes de una determinada comunidad social (nacionalidad, vecindad civil), en cuanto miembros de una familia, como parientes de una persona fallecida o en cuanto a posibles regidores libres de nuestro futuro destino en caso de padecer una enfermedad que merme nuestro entendimiento o que nos impida en ese mismo momento tomar las decisiones pertinentes. Nadie está obligado a darnos a conocer convenientemente el sentido de las normas que disciplinan estas relaciones jurídicas, las que rigen estas concretas parcelas del Derecho y a las que, por tanto, estamos o podemos estar sujetos la mayor parte de los ciudadanos.

Sin embargo, este panorama es en cierta medida distinto cuando se trata del Derecho del consumo, ya que el art. 51 CE pone a cargo de los poderes públicos el deber de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, y hace de la información dirigida a este colectivo y de su formación como tales consumidores y usuarios la herramienta privilegiada para lograr tal objetivo. En desarrollo de esta norma constitucional, el art. 17 TRLGDCU impone a los poderes públicos el deber de asegurarse de que los consumidores y usuarios «dispongan de la información precisa para el eficaz ejercicio de sus derechos», lo que puede verse como una plasmación positiva —y del mismo nivel en la jerarquía de fuentes que el art. 6.1 CC— del deber de los poderes públicos de reducir el ámbito de la ignorancia de las normas por parte de los ciudadanos en su condición de consumidores y usuarios.

Pero es que, además, en el ámbito del Derecho del consumo también se impone a ciertos

sujetos privados que se relacionan en el mercado con los consumidores y usuarios el deber de trasladar a este colectivo determinada información relativa a algunos derechos que les conciernen en la concreta relación contractual que entre ellos se establece. En este ámbito y en la medida exigida por las normas que imponen a los empresarios y profesionales estas obligaciones o cargas —que, por contraposición con el deber de información genérico que compete a los poderes públicos, suelen denominarse «deberes de información específicos»—, también puede decirse que, a diferencia de lo que sucede con otras parcelas del Derecho, el legislador arbitra —aunque sea como efecto reflejo y no directamente buscado como tal— un procedimiento que conduce a reducir la ignorancia de las normas de consumo.

En otro orden de cosas, y por lo que respecta al error de Derecho contemplado en el inciso II del art. 6.1 CC, cabe también cuestionarse si las leyes le atribuyen algún efecto en el marco de los deberes de información al consumidor. Partiendo de una esencial identificación entre la ignorancia de las normas y el error de Derecho (no exenta de discusión) y admitido que en la órbita contractual se reconoce la relevancia de este último —y también la del error de hecho, que, a estos efectos, no es distinto de aquél—, a través de la dogmática y tratamiento del error como vicio del consentimiento contractual se asiste en la actualidad —al menos en ciertos sectores de la contratación con consumidores— a un cierto automatismo en la aplicación del binomio «incumplimiento de los deberes de información por el empresario/incursión en error-vice por el consumidor». La razón de ello parece radicar en el deseo de proporcionar a este —considerado como parte débil en estos contratos— mecanismos para dejar sin efecto el contrato celebrado, para lo cual se establece como *prius* una conclusión no siempre cierta: la de que existe una relación de causa a efecto entre aquella inobservancia de las normas de información por parte del empresario y la formación viciada por error del consentimiento del consumidor. Pero

este planteamiento debe revisarse, además de por lo anterior, porque rara vez conduce a resultados satisfactorios, ya que la consecuencia jurídica técnica que en puridad se desprende del error en el consentimiento contractual es la anulabilidad del contrato y su consiguiente ineficacia estructural, un resultado que en muchas ocasiones no tutela adecuadamente el interés de las partes en conflicto.

Por todo ello, no parece aventurado cuestionarse si habría que revisar para los contratos de consumo la premisa que identifica en todo caso error de Derecho con error en el consentimiento contractual, para establecer otros efectos jurídicos distintos de aquel *error iuris* que puede padecer el consumidor por la carencia de una información suficiente—fundamentalmente los característicos de la responsabilidad *in contrahendo* y de la responsabilidad por incumplimiento del empresario o profesional—sin necesidad de retorcér la esencia de las instituciones configuradas a lo largo de siglos en los preceptos de nuestro denostado, pero resistente, Código Civil de 1889.

2. LOS DEBERES DE INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO DEL CONSUMO Y EL PRINCIPIO DE QUE LA IGNORANCIA DE LA LEY NO EXIME DE SU CUMPLIMIENTO: UNA RELACIÓN REMOTA

Como indicábamos al inicio de estas páginas, es sabido que actualmente impera la idea de situar el fundamento del principio de que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento en una razón utilitarista: la factibilidad del Estado de Derecho, que requiere que las normas jurídicas y las consecuencias que establecen puedan aplicarse con independencia del mayor o menor grado de conocimiento y aceptación de éstas por la ciudadanía (en el mismo sentido, Rodríguez Morata, 2009: 60-61, y

García Rubio, 2010: 63). Desde este punto de vista, la vieja máxima se considera como una consecuencia necesaria de los principios constitucionales de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad consagrados en el art. 9.3 CE y como una derivación de la garantía constitucional de la eficacia del Derecho válidamente producido *ex art.* 9.1 CE (Carrasco Perera, 2013: 141).

El hecho de haber dejado atrás otras posibles justificaciones de esta regla consagrada en el art. 6.1 de nuestro vigente Código Civil, tales como la formulación de un hipotético deber de los ciudadanos de conocer el Derecho o la ficción de que efectivamente lo conocen, pudiera alejar la idea de que los poderes públicos tienen o han de tener la misión de reducir el ámbito de esa ignorancia del Derecho acometiendo las acciones necesarias para que los ciudadanos amplíen y mejoren su acervo jurídico. Lo cierto es que el rigor de la regla en cuestión no se ha mitigado nunca con la formulación de otra regla general paralela que ponga a cargo de los poderes públicos la tarea de minimizar dicha ignorancia, divulgando, explicando y, en definitiva, dando a conocer el Derecho a los ciudadanos. En contraste con el carácter obligatorio que se atribuiría a una hipotética regla general paralela de aquella naturaleza, la divulgación del sentido de las normas por los poderes públicos es, hoy en día, en los escasos ámbitos en los que se produce, algo «voluntario». Y así, por ejemplo, al supuesto contenido en el art. 9 LGT se refiere Carrasco Perera (2013: 143) como un caso en el que «el legislador hace gala de su buena intención de facilitar el conocimiento de las normas por parte de los destinatarios». Sin embargo, no parece descabellado cuestionarse si, efectivamente, es legítimo exigir a los poderes públicos que adopten medidas o emprendan algún tipo de actividad tendente a promover un mayor conocimiento del ordenamiento jurídico por parte de los destinatarios de las normas, ya asumiendo directamente la carga de su divulgación, ya incluso imponiéndola a los particulares cuando establecen determinadas relaciones jurídicas de carácter privado.

En el propósito de mejorar el grado de conocimiento del Derecho en la sociedad se puede identificar fácil y prontamente un interés general que, en nuestra opinión, justificaría suficientemente el planteamiento anterior: una mejor formación jurídica de los ciudadanos reduciría la litigiosidad y favorecería en muchos casos el cumplimiento espontáneo y voluntario de las normas jurídicas, contribuyendo así a esa realización del Estado de Derecho que se pretende a la postre con la imposición del principio de que *ignorantia iuris non excusat*. Los propios poderes públicos demuestran con sus hechos que la divulgación por su parte de las reglas jurídicas básicas que rigen múltiples relaciones de Derecho público con los administrados producen un resultado positivo en su grado de cumplimiento consciente y voluntario, redundando finalmente en un claro beneficio para la sociedad: así, por ejemplo, pueden mencionarse las campañas de la Agencia Tributaria que informan a los contribuyentes de los plazos para la presentación de sus declaraciones de impuestos e incluso ponen a su disposición servicios públicos para asistirles en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales; o las campañas de la Dirección General de Tráfico, en las que se informa a los conductores del carácter delictivo —además de peligroso— de ciertas conductas al volante.

Por lo que respecta al ámbito concreto del Derecho del consumo, puede apreciarse un contraste importante con lo anteriormente expuesto, dado que en este campo sí que existe una formulación legal y de un alcance pretendidamente general del deber que incumbe a los poderes públicos de *promover* la información y formación de los ciudadanos en tanto que consumidores, obligación que se consagra al máximo nivel normativo en el art. 51.2 de la Constitución Española, a cuyo tenor: «2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca».

Desarrollando este precepto y bajo la rúbrica de «Información, formación y educación de los consumidores y usuarios», el art. 17 TRLGDCU señala el papel que corresponde a los poderes públicos en la formación de los ciudadanos como consumidores y usuarios, poniendo a su cargo no solo el diseño de los medios precisos para que llegue hasta ellos la información necesaria para defender eficazmente sus derechos, sino constituyéndoles asimismo en vigías del cumplimiento de las obligaciones de información que las normas jurídicas imponen a los sujetos privados que contratan con los consumidores y usuarios (en el mismo sentido, Parra Lucán, 2011: 261). El tenor literal del mencionado precepto es el siguiente:

«1. Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, fomentarán la formación y educación de los consumidores y usuarios, asegurarán que éstos dispongan de la información precisa para el eficaz ejercicio de sus derechos y velarán para que se les preste la información comprensible sobre el adecuado uso y consumo de los bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado.

2. Los medios de comunicación social de titularidad pública estatal dedicarán espacios y programas, no publicitarios, a la información y educación de los consumidores y usuarios. En tales espacios y programas, de acuerdo con su contenido y finalidad, se facilitará el acceso o participación de las asociaciones de consumidores y usuarios representativas y los demás grupos o sectores interesados, en la forma que se acuerde con dichos medios».

Como puede apreciarse, se establecen dos cauces para la realización de esa carga impuesta a los poderes públicos de promover la información y formación de los consumidores y usuarios: de una parte, la imposición directa a los propios poderes públicos de un deber de información que, por su alcance y formulación, puede tildarse de «genérico» y, de otra parte, la asignación de funciones de control y vigilancia del cumplimiento por los particulares —espe-

cialmente, los empresarios que comercializan bienes y servicios— de los «deberes específicos de información» a los consumidores que también las normas les imponen con un mayor grado de concreción y con consecuencias diversas en caso de incumplimiento.

Observados desde la óptica de la conveniencia y aun de la necesidad de dar a conocer el Derecho a los ciudadanos, especialmente en ámbitos como el del consumo, que a todos concierne, el establecimiento y la configuración jurídica de los deberes de información —tanto a cargo de los poderes públicos como a costa de los sujetos privados a quienes en cada caso se los adosan las correspondientes disposiciones legales— podrían considerarse como un cierto paliativo al viejo principio de que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, un mecanismo para acercar el Derecho —o al menos una concreta parcela del mismo— a sus destinatarios, siquiera sea en pequeñas dosis y en tanto en cuanto prácticamente casi todo ciudadano adopta en las sociedades modernas el rol de consumidor. Los deberes de información vendrían a reducir el alcance de la posible *ignorantia iuris* en este ámbito, estableciéndose entre ellos y el principio en cuestión una típica relación de exclusión entre opuestos: el consumidor informado, bien informado de sus derechos y deberes, no ignora las normas que regulan las relaciones de consumo que establece con otros sujetos y la aplicación de las mismas no necesita justificarse *in extremis* en una fuerza vinculante del Derecho que está más allá de la propia conciencia y voluntariedad de regirse por él, sino que, por el contrario, será una aplicación legitimada *ad maiorem* por ese propio conocimiento y por la voluntad de someterse a las prescripciones de dichas normas.

Es obvio que tanto la imposición a la administración pública de un genérico deber de informar y formar a los consumidores en su papel de tales como el establecimiento de deberes específicos de información a cargo de los empresarios y proveedores de servicios —contradiendo el clásico axioma de la igual-

dad de los contratantes, que ostentan una clara superioridad sobre los adquirentes y usuarios de sus productos— vienen en la práctica a reducir el universo de la ignorancia de los ciudadanos acerca del Derecho del consumo. No en vano, se considera que el establecimiento de aquel deber genérico a cargo de los poderes públicos se justifica precisamente por la idea de que la ignorancia del consumidor sobre los derechos que le confiere la prolija y enrevesada normativa actual, así como sobre las características y reglas de uso de muchos de los bienes y productos que adquiere y consume, es la causa de buena parte de los problemas y conflictos jurídicos en los que, como tal, se ve envuelto el consumidor (Parra Lucán, 2011: 261). Por su parte, la imposición de deberes concretos de información a cargo de los empresarios y proveedores de servicios en beneficio de los consumidores y usuarios con quienes contratan contribuye también a producir el mismo efecto, si bien se destaca en este caso su propensión a combatir la asimetría informativa que existe entre los contratantes y su consideración como un mecanismo —más o menos efectivo, según los casos— de igualación entre ellos (García Vicente, 2013: 1660).

A pesar de lo dicho, sería ingenuo pensar que la configuración legal de todos estos deberes de información tenga como primer objetivo provocar este efecto de reducción del ámbito de la ignorancia de las normas que, muy posiblemente, ni siquiera remotamente engrosaba la lista de propósitos que el legislador perseguía al definirlos, sino que obedece a otras intenciones seguramente más mundanas y menos altruistas como la mejor realización del mercado interior intraeuropeo o la necesidad de dotarlo de la máxima transparencia en cuanto exigencia del sistema de libre competencia en el mercado (en este último sentido, García Vicente, 2013: 1652).

Y es que no debe olvidarse que el auge y progresión de los deberes de información no ha venido tanto de la mano del legislador español —ni tan siquiera del constituyente, que tan tempranamente acertó al reflejar en nuestra

Carta Magna la importancia de la protección de los consumidores y usuarios—, como del europeo. La primacía del objetivo último de la mejor realización del mercado interior no se escapa a la doctrina que se ocupa habitualmente de materias propias del Derecho del consumo. Recientemente, y con carácter explícito, invoca este objetivo en relación con los deberes de información Prats Albentosa (2014: 1): «En tanto que la consecución de un verdadero mercado interior constituye uno de los principios fundamentales de la construcción europea, hay un interés de carácter general que justifica la delimitación de la conducta de los oferentes de bienes y servicios de consumo mediante la imposición de deberes de información previos a la contratación, así como el establecimiento de controles públicos de supervisión y disciplina. Todo ello sin perjuicio de que, en las concretas relaciones contractuales que se traben entre oferentes y consumidores o usuarios, los deberes establecidos por la Ley [...] asimismo se integren formando parte de la propia reglamentación contractual (art. 1258 CC)». De hecho, el propio legislador invoca explícitamente este objetivo prioritario de la realización del mercado interior cuando aborda la actualización continua del Derecho de consumo. Así, por ejemplo, en la Exposición de Motivos de la reciente Ley 3/2014, de 27 de marzo, que modifica el TRLGDCU para adaptarlo a las exigencias de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, se puede leer: «La directiva supone un nuevo impulso a la protección de los consumidores y usuarios europeos y a la consolidación de un mercado interior, dirigido a reforzar la seguridad jurídica, tanto de los consumidores y usuarios como de los empresarios, eliminando disparidades existentes en la legislación europea de los contratos de consumo que crean obstáculos significativos en el mercado interior».

Esta relación que apuntamos, de mutua exclusión en cualquier caso, entre los deberes de información y la ignorancia de la ley podría ser, como mucho, un efecto reflejo de la imposición de dichos deberes no buscado de

propósito por el legislador; no es una relación que intuitivamente se presente ante nuestros ojos como primera reflexión que se ocurre al jurista que se enfrenta al estudio de los citados deberes y del insorteable principio que aquí nos ocupa. De hecho, no deja de resultar curioso que la doctrina que se ha ocupado con mayor profundidad del estudio y análisis de los derechos-deberes de información no haya traído a colación —aun tangencialmente— una posible relación entre ellos y el principio de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, ni siquiera en aquellos casos en los que se ha analizado la relación que existe entre el carácter imperativo para el empresario e irrenunciable para el consumidor de muchas de las normas que los imponen —por efecto principal del actual art. 10 TRLGDCU— y los diversos apartados del art. 6 CC, dejando de lado a su número 1. Tal es el caso, por ejemplo, de Cámara Lapuente (2011: 215 y 217-218) quien, al analizar las relaciones entre ambos preceptos, excluye de su consideración el apartado 1 del art. 6 CC, ciñendo su análisis a los números 2, 3 y 4 de la norma codicial. Y es que resulta un tanto forzado establecer una relación clara entre los derechos de los consumidores, en particular los concernientes a su información, y el principio de que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento. En cambio, sí resulta inmediatamente pertinente y obligado considerar —como hace este autor— las relaciones entre el artículo 10 del TRLGDCU y la exclusión voluntaria de la ley aplicable y los límites de admisibilidad de la renuncia de derechos (art. 6.2 CC), la nulidad de los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas (art. 6.3 CC) y el fraude de ley (art. 6.4 CC). Y tampoco sucede a la inversa: la doctrina que ha analizado el sentido, el alcance y la vigencia de la vieja máxima que impide alegar la ignorancia de las normas para excusarse de su inobservancia no hace tampoco mención de los deberes legales de información a los consumidores como instrumento para limitar el universo de casos en el que aquella podría tener que aplicarse. En efecto, puede

comprobarse que, entre otros, no aluden a esta cuestión García Rubio (2010: *passim*) ni Carrasco Perera (2013: *passim*).

Por el contrario, sí se evidencia enseguida la relación entre dichos deberes —impuestos singularmente y en su máxima expresión en el ámbito de los contratos privados de consumo— y el error de Derecho; la otra figura a que se refiere el art. 6.1.II CC y cuyo deslinde respecto de la ignorancia de la ley tan problemático y complejo se ha revelado a lo largo de los tiempos, al menos por lo que a nuestro ordenamiento jurídico se refiere. La influencia del error de Derecho en la formación incorrecta o viciada del consentimiento contractual sí que establece un perceptible puente de unión entre dicha institución y los deberes de información.

Tal vez la conclusión que se impone extraer de todo lo anterior sea que la relación entre los deberes de información y el principio de que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento —en los términos en que lo sienta el párrafo I del art. 6.1 CC— es tan obvia, pero a la vez tan forzada, que no merece la pena explorarla más allá de lo ya apuntado y que dicha relación sólo tiene enjundia e interés si se establece sobre la base de una discutida identificación entre las figuras de la ignorancia de la ley y el error de derecho. En otras palabras: si se acepta que quien yerra sobre el contenido, alcance o sentido de una norma, ignora la ley tanto como quien desconoce su existencia.

3. EL ERROR DE DERECHO COMO MANIFESTACIÓN DE LA IGNORANCIA DE LA LEY EN EL ÁMBITO DEL CONTRATO

3.1. LA (DISCUTIBLE) DISTINCIÓN ENTRE IGNORANCIA DE LA LEY Y ERROR DE DERECHO

En efecto, la controversia sobre si la ignorancia y el error de Derecho son una y la

misma cosa y, en caso de conclusión negativa, sobre cuáles sean los criterios que permiten su distinción y los efectos propios que de ella se derivan, no ha tenido una respuesta definitiva ni unívoca en la doctrina. Aunque es innegable que, como afirma García Rubio (20110: 62), la ignorancia de la ley y el error de Derecho están íntimamente conectados e históricamente han llegado a identificarse, no faltan voces que contradicen esta identificación o mutua interconexión entre el principio de que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento y el error de derecho (por todos, Oliva Blázquez, 2010: 95-203, especialmente, 95-100). Sin ánimo de terciar en tan complejo debate y con el único propósito de aclarar el sentido que aquí atribuiremos a cada uno de estos términos, partiremos de la base de reputar como ignorancia el absoluto desconocimiento de la existencia de una norma jurídica y como error de Derecho la inexacta representación respecto del contenido, sentido o alcance de aquella otra cuya existencia al menos se conoce.

Por lo que respecta a la incidencia de estas dos figuras en el ámbito del contrato, en el que también tienen su sede de operatividad los deberes de información al consumidor, cabe imaginar situaciones tanto de desconocimiento absoluto por parte de los sujetos de la existencia de determinadas normas —lo que hemos calificado como «ignorancia»— como de interpretación errónea de su contenido o alcance —lo que hemos denominado como «error de Derecho»—. En puridad, en el primer caso, el acatamiento de la regla contenida en el art. 6.1.I CC impondría la aplicación sin paliativos de las consecuencias jurídicas dispuestas por la norma ignorada; en el segundo caso, el efecto no debería ser en principio distinto, pues la norma no se cumple en sus propios términos. Sin embargo, es aquí donde podría entrar en juego la segunda proposición del art. 6.1 CC, siempre que el legislador haya querido específicamente otorgar relevancia al error padecido, relevancia que deberá traducirse además en la previsión de una determinada consecuencia para tal caso distinta de la consis-

tente en la pura aplicación de lo establecido en la norma sobre la cual recayó el error.

En la órbita contractual, este efecto distinto del que produciría la normal aplicación de la norma es la posibilidad de anular el contrato cuando el error padecido ha determinado la formación y la emisión de un consentimiento que no tiene la fuerza o la legitimidad suficiente como para sostener la arquitectura del contrato. Este efecto, previsto en el art. 1266 CC con carácter general para cuando el error padecido cumple con las exigencias que el propio precepto impone, permite contradecir el resultado a que conduciría la aplicación incondicionada de la regla de que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento y que no sería otro que la completa y exacta ejecución del contrato en sus propios términos, produciéndose en él los efectos que la norma ignorada disponga. En otras palabras: si el legislador no le hubiera querido dar al error padecido por uno o por ambos contratantes esta especial «relevancia», el resultado no sería otro que el obligado cumplimiento del contrato celebrado.

La doctrina entiende actualmente con carácter mayoritario que la ignorancia de la ley y el error de Derecho se mueven en órbitas distintas, ciñendo el ámbito de aplicación de este último al contrato —y a algunos otros negocios jurídicos derivados de la voluntad particular, como el testamento o los cuasicontratos, aunque también existen normas del Código Civil en las que se le otorga cierta relevancia como manifestación del principio de buena fe (al respecto, Oliva Blázquez, 2010: 430 y ss., 443 y ss. y 460 y ss.)— y en tanto en cuanto se presente bajo la forma de error-vicio del consentimiento contractual.

En este sentido, Oliva Blázquez (2010: 192 y ss.) acoge la tesis de que la ignorancia de la ley y el error de Derecho gravitan en órbitas diferentes, puesto que este último tendría su ámbito de aplicación en los contratos y actos jurídicos privados que se basan o nacen del consentimiento de los particulares y en los que el error de Derecho padecido por quien emi-

te su declaración de voluntad —una voluntad formada de modo determinante sobre la base de dicho error— puede producir su ineficacia jurídica. Concluye este autor que quien invoca su propio error sufrido «no pretende ampararse detrás de su ignorancia para esquivar una regla, sino que se limita a declarar que por su ignorancia o equívoca interpretación ha otorgado un determinado consentimiento» (Oliva Blázquez, 2010: 196-197) y recurre a la autoridad de Stolfi para añadir que el reconocimiento de la fuerza eximente del *error iuris* permite al errado proteger la libertad de su consentimiento amparándose en el remedio que para ello le ofrece el legislador «y no para burlar la norma» (*ibid.*). Sin embargo, a nuestro juicio, hay en este planteamiento una petición de principio porque, evidentemente, el que invoca el error *sí* que pretende zafarse de la aplicación de una regla, las reglas que derivan del acto o contrato celebrado y nacido de su voluntad o de la confluencia de esta con la del otro contratante y que el *errans* pretende dejar sin efecto con base en el error padecido. Lo que ocurre es que quizá el orden público no se ve tan amenazado si se otorga relevancia al error determinante del consentimiento en el ámbito de un acto o contrato cuya trascendencia es meramente particular, a diferencia de lo que sucede con la norma de Derecho público, donde encuentran su salvaguardia los intereses generales o con una clara o mayor trascendencia para la comunidad.

3.2. ES IRRELEVANTE QUE EL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL SE VEA VICIADO POR UN ERROR DE HECHO O DE DERECHO

También en el plano de la trascendencia que puede revestir la distinción de conceptos jurídicos, concluye la doctrina —*cf.* por todos, Oliva Blázquez (2010: 34-52)— que carece de toda relevancia en este campo la distinción entre error de hecho y de Derecho, dado que cualquiera de los dos es susceptible de afectar

a la correcta formación del consentimiento y ambos conducirían al mismo resultado: la posibilidad de ejercitar la acción de anulabilidad *ex art. 1301 CC* con base en el consentimiento viciado por error.

Sin perjuicio de que en otros supuestos pudiera cuestionarse esta indiferencia de la calificación del error como de hecho o de Derecho, por lo que aquí interesa puede aceptarse que cuando el adquirente de un bien o servicio está equivocado acerca de las cualidades jurídicas de la cosa —supuesto que para algunos constituye un error de hecho— sufre un error que no difiere grandemente del que padece cuando su equívoco recae sobre el régimen jurídico del contrato —supuesto que unánimemente se considera como de error de Derecho—. En este sentido, Asúa González (2013: 361 y ss.) conceptúa como error de Derecho la falsa representación sobre la existencia, contenido, interpretación o aplicación de las normas, y concluye que cuando se proyectan sobre el objeto del contrato —en particular, de la compraventa, que es el que la autora contempla— constituyen casos de error-vicio. De modo que es lógico que ambos errores puedan conducir al mismo resultado: la ineficacia del consentimiento por ellos determinado y, por tanto, del contrato surgido de esa viciada voluntad. Según señala esta autora (2013: 362), la jurisprudencia no se cuestiona una clasificación o distinción que viene así a resultar irrelevante y, como resume Marín López (2013: 347), las resoluciones judiciales concluyen que extremos como «la titularidad del bien del transmitente, la edificabilidad de los solares vendidos y la habitabilidad de las viviendas enajenadas pertenecen a la sustancia de la cosa, por lo que cabe el error que anula el contrato».

Admitidas, pues, las premisas anteriores —a saber: 1. que es posible partir de la identificación entre ignorancia de la ley y error de Derecho; 2. que el error de Derecho se traduce en el ámbito contractual en error-vicio del consentimiento; y 3. que es estéril cuestionarse una distinción a estos efectos entre error de Derecho y de hecho, desde el momento en

que ambos conducirán al mismo resultado—, cabe concluir que el efecto de la ignorancia de los deberes de información en el ámbito de la contratación con consumidores será la anulabilidad del negocio jurídico por error en el consentimiento del consumidor o usuario que puede concurrir, en su caso, con la anulabilidad del propio contrato por dolo del empresario que, con el ánimo de inducir a la contratación, oculta o distorsiona al consumidor o usuario una información relevante que con base en alguna norma jurídica debería haber proporcionado a este.

Para finalizar, desde una perspectiva más amplia de la cuestión y al margen de la relación remota que puede establecerse con el principio de que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento, conviene advertir de que, además de la anulabilidad del contrato por error-vicio o dolo, el incumplimiento de los deberes de información es susceptible de provocar toda una serie de consecuencias jurídico-civiles diversas tales como la integración en el contrato de la información omitida en la fase precontractual, la remisión a las normas generales en materia de nulidad del contrato, la resolución de este o el alargamiento de los plazos de ejercicio del derecho de desistimiento cuando se omitió la información contractual preceptiva y relevante, consecuencias a las que podrían en su caso unirse otras propias del ámbito administrativo, mercantil o penal. Pero el análisis de las distintas consecuencias jurídicas del incumplimiento de los deberes de información puestos a cargo de los empresarios excede del objeto de estas páginas.

4. REFLEXIÓN FINAL

En el célebre discurso de Joaquín Costa que puso el germen del Coloquio que mantuvimos civilistas y filósofos del Derecho el 26 de septiembre en Zaragoza, se preguntaba el afamado jurista qué diría Sancho de Moncada —que se escandalizaba de que en el siglo XVII

hubiera más de 5000 leyes— si supiera que a principios del siglo XX se habían multiplicado por más de cinco las que existían cuando el reputado economista lanzaba sus invectivas contra el principio de que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento. Sumándose a su indignación, ofrecía Costa y Martínez (s.f.: 17-18) un retrato de la complejidad de su época que no ha perdido vigencia hoy día, y se preguntaba: «¿qué diría [Sancho de Moncada] en el nuestro, en que las leyes abultan por lo menos cinco veces lo que abultaban entonces, y en que el tiempo para estudiarlas es menor, porque la vida moderna lleva consigo distracciones perentorias é ineludibles en número infinitamente mayor que la vida tranquila y reposada de aquella edad, sin estas cosas «odiosas» que se llaman el correo diario [¿endemoniado le parecería el correo electrónico!], el telégrafo, el teléfono, el periódico, la revista, el ferrocarril, el tranvía, el balneario, la Exposición, el Ateneo, el partido, el Parlamento, *la crisis, el meeting, la* catarata de los discursos desatada por todas partes, el griterío ensordecedor de la prensa, la rotativa vomitando libros al minuto, el *go ahead* de la fábrica y de la Bolsa, que mantienen el sistema nervioso en vibración constante, fuera de sí, lindero al manicomio é imposibilitado para atender seriamente á cosa alguna?»

Esta complejidad de la sociedad y de la vida se refleja, obviamente, en el Derecho, que siempre va un paso por detrás de los problemas que surgen en la práctica y, en este sentido, el Derecho del consumo, con la proliferación de Directivas comunitarias que impulsan la aprobación de normas nacionales de transposición que se superponen, se solapan y en ocasiones hasta se contradicen, no es una excepción.

Pero si los ciudadanos no están amparados ante la imposibilidad de conocer las leyes y no tienen un refugio jurídico tampoco cuando, aun conociéndolas, yerran en su sentido o interpretación, menos excusa han de tener los legisladores para no incrementar el pozo de su ignorancia ni dificultar su entendimiento. Ellos tienen la responsabilidad última de crear el Derecho de forma coherente, de pulirlo para construir un sistema armónico y comprensible y de poner cuidado en no dejar problemas vacíos de respuesta cuando eliminan las normas que consideran innecesarias u obsoletas.

En materia de Consumo, hay mucho camino por recorrer; no siempre más legislación es sinónimo de mayor ni mejor protección. Imponer grandilocuentemente obligaciones sin establecer con claridad la sanción por su incumplimiento y pregonar derechos sin diseñar mecanismos con rigor técnico que los hagan eficaces y que permitan a los ciudadanos confiar en su utilidad hace un flaco favor a la seguridad jurídica y en nada sirve a la justicia.

Costa podría afirmar que los deberes de información al consumidor surgen como «remedios preservativos para atajar las causas que producen y levantan tales pleytos [*sic*]», los conflictos que genera la asimetría de conocimiento entre el empresario y el consumidor sobre los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, pero la prisa y la acítica reflexión con que en muchos casos se legisla hoy en día confirma la sentencia a la que se suma el jurista: «la experiencia enseña que los pleytos [*sic*] se van de cada día multiplicando». (Las frases entrecomilladas las atribuye Costa y Martínez (s.f.:38) al Dr. Cerdán de Tallada, Caballero del Consejo de Su Majestad, en los primeros años del siglo XVII).

BIBLIOGRAFÍA

ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel (2013): «Capítulo 29. Tipología de errores en la compraventa», en A. F. Carrasco Perera (dir.), *Tratado de la Compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, T. I, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 361-368.

- CÁMARA LAPUENTE, Sergio (2011): «Comentario al art. 10 TRLGDCU», en C. Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Madrid: Colex, 214-231.
- CARRASCO PERERA, Ángel Francisco (2013): «Comentario del art. 6 CC», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. I., Valencia: Tirant lo Blanch, 141-169.
- COSTA y MARTÍNEZ, Joaquín (s.f.): *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*, Barcelona: Manuel Soler Editor.
- GARCÍA RUBIO, María Paz (2010): «Comentario del art. 6 CC» en A. Domínguez Duelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid: Lex Nova, 62-68.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón (2013) «§ 10. La contratación con consumidores», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Tratado de Contratos*, T. II, 2ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 1629-1790.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús (2013): «IV. Vicios del consentimiento. Presentación», en A. F. Carrasco Perera (dir.), *Tratado de la Compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, T. I, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 347.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco (2010): *El error iuris en el Derecho Civil*, Madrid: Consejo General del Notariado.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles (2011): «Comentario al art. 17 TRLGDCU», en S. Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Madrid: Colex, 258-263.
- PRATS ALBENTOSA, Lorenzo (2014): «La información precontractual como deber del oferente y derecho del consumidor», en *El Notario del Siglo XXI, Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid*, nº 56: julio-agosto. [En línea], <www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/3814-la-informacion-precontractual-como-deber-del-oferente-y-derecho-del-consumidor>.
- RODRÍGUEZ MORATA, Federico A. (2009): «Comentario del art. 6 CC», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 60-64.

LA IGNORANCIA DEL DERECHO DEL NOTARIO: PRESUPUESTOS Y
CONSECUENCIAS JURÍDICAS
THE IGNORANCE OF THE LAW OF THE NOTARY: SPECIFICATIONS AND LEGAL
CONSEQUENCES

Francisco Oliva Blázquez

RESUMEN

El ordenamiento jurídico español contempla un género de responsabilidad civil notarial derivada de la ignorancia inexcusable del Derecho, lo cual, a sensu contrario, implica que se reconoce de facto la existencia de una esfera de «ignorancia excusable» del notario. Esta previsión normativa puede parecer *a priori* inadmisibile si tenemos en cuenta la exquisita preparación jurídica de los notarios, así como el hecho de que tienen el deber de conocer el Derecho por su condición de funcionarios públicos. No obstante, con el fin de evitar este obstáculo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han llevado a cabo una interpretación rígida de la norma, consistente en vincular la exoneración de responsabilidad civil a la existencia de una cuestión de Derecho especialmente controvertida, discutible y compleja.

PALABRAS CLAVE

Ignorancia del Derecho, Error, Notarios, Responsabilidad civil.

ABSTRACT

Spanish Law envisages a genus of notarial liability in case of inexcusable ignorance of the Law, which, conversely, means that it is recognized *de facto* the existence of a sphere of «excusable ignorance» of the notary. This regulation may be seen as inadmissible if we consider both the excellent training of the Notaries as the fact that they are public officials and, consequently, have the duty to know the Law. However, with the aim to avoid this hurdle, scholars and Courts have carried out a strict interpretation of the rule, consisting on linking the waiver of liability of the notary to the existence of a question of law particularly controversial, contentious and complex.

KEY WORDS

Ignorance of Law, Mistake, Notaries, Tort Law.

LA IGNORANCIA DEL DERECHO DEL NOTARIO: PRESUPUESTOS Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Francisco Oliva Blázquez

Profesor titular de Derecho Civil (Acreditado CU)
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

Sumario: 1. Introducción: el reconocimiento legal de la ignorancia excusable de los notarios. 2. El ámbito de la «ignorancia inexcusable»: ¿ignorancia de hecho y de derecho? 3. ¿Es compatible el deber del notario de conocer el Derecho con la exención de responsabilidad por ignorancia excusable? 4. El concepto de «ignorancia inexcusable»: diligencia notarial e ignorancia. 5. La ignorancia (excusable) sobre una cuestión jurídica controvertida en la práctica judicial. 6. La ignorancia del Derecho de los empleados de la notaría. 6.1. Responsabilidad civil del notario por los actos de sus auxiliares. 6.2. Causas de exoneración de la responsabilidad civil del notario. 7. Conclusión: el restringido ámbito de aplicación de la «ignorancia excusable» como causa de exención de responsabilidad civil notarial.

1. INTRODUCCIÓN: EL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA IGNORANCIA EXCUSABLE DE LOS NOTARIOS

En el discurso pronunciado con ocasión de su ingreso a la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en el año 1901, don Joaquín Costa mostró su rechazo más absoluto frente a la admisión de un género de ignorancia denominada *excusable* que se encontraba reconocida en sede legislativa —artículos 260 y 262 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 y artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881— a favor de los jueces y magistrados. El autor, ubicado en la teoría de la fundamentación subjetiva del aforismo *ignorantia iuris*

non excusat, consideraba que «lo lógico habría sido y sería conceptuar de inexcusable tal ignorancia y castigar el hecho perseguido, como se castigan otros de no mayor malicia de los particulares, no obstante concurrir en ellos la circunstancia de ser legos en Derecho, y aun de no saber leer y escribir» (Costa, 2000: 45 y 46). Desde entonces se ha escrito mucho sobre la cuestión de la responsabilidad de los jueces y magistrados derivada de su ignorancia del Derecho (Oliva, 2010a). Sin embargo, han pasado más desapercibidas algunas normas que parecen contemplar igualmente una suerte de «ignorancia excusable» para otros operadores jurídicos a los que se supone un conocimiento especial y profundo del Derecho: los notarios.

Efectivamente, por un lado, el artículo 705 del Código Civil establece que el notario que haya autorizado un testamento abierto, posteriormente declarado nulo en virtud de sentencia judicial por no haberse observado las formalidades requeridas legalmente, será responsable de los daños y perjuicios que puedan sobrevenir si la falta cometida procediera «de su malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusable». Hay que recordar que la norma transcrita presentaba una redacción mucho más rigurosa en la primera edición del Código Civil, ya que, siguiendo lo establecido en su precedente inmediato, el artículo 702 del Anteproyecto de 1882-1888, declaraba que en caso de nulidad del testamento abierto por defecto de forma «el notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan». No obstante, tal precepto, que consagraba una suerte de responsabilidad objetiva, fue calificado en su formulación originaria como «depresivo para la dignidad notarial y, además, injusto en determinados casos» (Manresa, 1972: 789), por lo que en la segunda edición del Código Civil ya apareció con su actual redacción, mucho más favorable para la profesión notarial (Otero, 2011: 483).

Por otro lado, el artículo 715 CC determina de forma especular que «es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta Sección; y el notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables». Como puede verse, los criterios de imputación de responsabilidad civil del notario en el caso de otorgamiento de testamento cerrado sin cumplir con las solemnidades legalmente previstas son los mismos que los establecidos para el testamento abierto, incluyendo el supuesto de la ignorancia de carácter inexcusable (Martínez Espín, 2013, 5420).

Finalmente, y en parecidos términos, aunque con carácter general y una vocación mucho más ambiciosa que las normas anteriores, el artículo 146.1 del Reglamento de la organi-

zación y régimen del Notariado de 2 de junio de 1944 contempla la responsabilidad civil del notario en los siguientes términos: «El notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable [...]».

Este conjunto de normas pone de manifiesto que el notario únicamente responderá cuando, debido a su ignorancia inexcusable (o culpa o dolo), cause daños y perjuicios, por lo que tendríamos que preguntarnos, en línea con la reflexión que hacía el ilustre regeneracionista español citado al inicio de este trabajo, si es lógico que, *a sensu contrario*, exista un ámbito de ignorancia *excusable* que podría exonerar al notario de cualquier tipo de responsabilidad por los daños derivados de su actuación profesional. En otros términos, ¿resulta coherente con la exquisita preparación jurídica de estos profesionales el reconocimiento de un espacio en el que quepa una ignorancia de Derecho no culposa? ¿No nos encontraríamos ante una contradicción flagrante? ¿No es un oxímoron la propia expresión «ignorancia excusable» cuando se aplica a los notarios? A lo largo de las siguientes páginas intentaremos despejar las dudas planteadas a través de un análisis detallado de los presupuestos y requisitos de aplicabilidad de las normas citadas así como de su interpretación jurisprudencial.

2. EL ÁMBITO DE LA «IGNORANCIA INEXCUSABLE»: ¿IGNORANCIA DE HECHO Y DE DERECHO?

Dejando en estos momentos a un lado la histórica discusión sobre si la responsabilidad que asume el notario es contractual o extracontractual (Verdera, 2008: 143), parece claro, según lo visto, que únicamente responderá cuando su comportamiento haya provocado

un daño interviniendo dolo (malicia), negligencia o ignorancia inexcusable. Ahora bien, centrándonos ya en el objeto de nuestro estudio, cabe plantear cuál es el ámbito de la «ignorancia inexcusable». ¿Se refiere únicamente a la ignorancia de hecho o también a la de Derecho? Al respecto se han ofrecido diferentes opiniones que pasamos a glosar brevemente.

Manresa (1972: 791) afirmaba que el Código Civil, al hablar de ignorancia inexcusable, indudablemente referiría a la de hecho, «[...] pues la de Derecho no excusa a nadie, según el artículo 2, y menos aún podía serlo para el notario, cuyo cargo le impone la obligación de conocer las leyes». Pareció compartir esta opinión Scaevola (1950: 548), para quien debía calificarse de «imperdonable» e «inexcusable» la ignorancia del notario referida a todo lo legislado sobre solemnidades testamentarias «[...] por constituir una de las más frecuentes y graves ocupaciones de su cargo el autorizar las últimas voluntades; siendo, pues, imperdonable, *inexcusable* que se demuestre desconocedor de requisitos que casi diariamente está en la obligación de cumplir y aplicar».

Ahora bien, hay que tener en cuenta el contexto histórico en el que tales afirmaciones fueron formuladas para poder comprender su sentido real. Efectivamente, en un primer momento, el originario artículo 2 CC (*ignorantia legis non excusat*) fue interpretado de una forma subjetiva, rígida y abiertamente contraria a la admisibilidad de cualquier tipo de relevancia jurídica a la ignorancia del derecho, incluyendo el *error iuris* (Oliva, 2010b: 274). Tal y como señalara Gutiérrez Fernández (1862: 91), la ley no excusa al ignorante «porque el conocimiento requerido por la ley, y suficiente para cumplirlo, es el que puede tener un hombre medianamente ilustrado, por sí o aunque sea con el auxilio ajeno»; el autor concluye que la ignorancia es vencible, pues «no saber es no querer» (presunción de culpabilidad). Si esto se predicaba del ciudadano ordinario, ¿qué decir entonces de un profesional del Derecho como el notario?

Sin embargo, el progresivo reconocimiento de la relevancia del error de Derecho, especialmente a partir de los años treinta del siglo pasado —uno de los primeros autores en formular la perfecta compatibilidad del aforismo *ignorantia iuris non excusat* con el error de derecho fue Felipe Clemente De Diego (1929: 132)—, unido al hecho de que las normas anteriormente citadas no establecen expresamente ninguna distinción al respecto (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*), ha provocado que acabe admitiéndose la posible existencia de un género de ignorancia de Derecho excusable a favor de los notarios, al igual que ha ocurrido con los jueces y magistrados].

Efectivamente, en palabras de Rodríguez Adrados (1997: 126), al ser el notario un perito en Derecho, un jurista, la ignorancia de que aquí se trata es, sobre todo, impericia jurídica, una ignorancia —error— de Derecho. Conviene matizar, como hace el autor citado, que la ignorancia a la que hacemos referencia se vincula a la errónea interpretación o aplicación de una norma jurídica, y no al desconocimiento propiamente dicho del Derecho, puesto que este último supuesto difícilmente sería excusable para un experto jurídico como el notario (en otras palabras, la ignorancia completa sobre la existencia de una norma jurídica siempre va a ser inexcusable). No en vano, un importante sector de la doctrina especializada argumenta que el notario no debería responder civilmente de sus actuaciones cuando se trate de una cuestión de Derecho razonablemente controvertida, lo cual implica de facto un conocimiento de la norma aplicable que, no obstante, acaba interpretándose de una forma errónea por su carácter intrínsecamente discutible. En tal caso, nos encontraríamos ante una «ignorancia excusable» (Gómez, 1954: 327) por cuanto podría entenderse que el notario actuó con la diligencia media que habitualmente ha de observar en el desempeño de su profesión [*vid.*, SAP Madrid de 25 octubre 2005 (*Tol 771722*)].

Antes de abordar con mayor profundidad esta importante e interesante cuestión, es nece-

sario despejar dos incógnitas que resultan claves para el correcto devenir de este estudio: primero, el encaje que tiene el deber de conocer el Derecho del notario con la posible exención de responsabilidad civil por ignorancia excusable; y segundo el propio concepto de «ignorancia inexcusable» como punto de partida metodológico necesariamente vinculado a la idea de diligencia notarial.

3. ¿ES COMPATIBLE EL DEBER DEL NOTARIO DE CONOCER EL DERECHO CON LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR IGNORANCIA EXCUSABLE?

Como es suficientemente conocido, el notario es un funcionario público encargado de dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales (art. 1 Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862). No obstante, es conveniente aclarar que no se trata de un funcionario público en el sentido estricto, esto es, un trabajador sujeto por completo a las normas de organización de los servicios de la administración (Ramón y Sainz, 1989: 73). De hecho, no son imputables a la Administración los daños provocados por el notario [STS, Sala Cont.-Adm., de 13 octubre 1998 (*Tol 1715308*)] e, igualmente, la declaración de responsabilidad civil notarial debe obtenerse en los tribunales, no en vía administrativa ante la Dirección General de los Registros y el Notariado (entre otras, RRDGRN de 12 junio 1991 [RJ 1991, 9845] y 26 octubre 1995 [RJ 1996, 1686]).

Además de ser un funcionario público *sui generis*, el notario es un profesional del Derecho cuya misión es la de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar (art. 1 Reglamento de la organización y régi-

men del Notariado de 2 de junio de 1944). Esta «doble faceta» de la figura del notario [RDGRN de 16 enero 1996 (RJ 1996, 5041)] como funcionario y profesional del Derecho nos coloca ante un sujeto que, en palabras de Herrán de las Pozas (1946: 33), goza de la condición de «jurisperito especializado en Derecho Notarial y Derecho sustantivo privado». Y tal especialización tiene que conectarse necesariamente con la existencia de un deber de conocer las leyes y, en general, el Derecho aplicable que gravita sobre toda su actividad profesional. Tal deber, especialmente significativo y conocido en el ámbito judicial (*iura novit curia*), se asienta en lo que el profesor De Castro (1984: 531) denominaba «deber de servicio». En este sentido, Capilla Roncero (1998: 203) explica que el aparato público tiene como función la de aplicar las normas o velar por su cumplimiento, y por eso los funcionarios públicos tienen el deber de conocer el Derecho o, al menos, las reglas que deben aplicar en su actividad pública.

No en vano, algunas sentencias han derivado la presencia de responsabilidad civil del notario precisamente de la existencia de este deber de conocer el Derecho. En este sentido, la SAP Barcelona, de 21 junio 1999 (AC 1999, 6986), confirmó la responsabilidad civil del notario que no notificó convenientemente la pignoración de unos títulos de deuda pública en base a que «el notario autorizante tiene la obligación de conocer la normativa aplicable a la pignoración de valores de Deuda Pública representados mediante anotaciones en cuenta». Incluso, en virtud de la presunción de conocimiento del Derecho aplicable, también puede derivarse responsabilidad civil por el simple hecho de no informar convenientemente al cliente. Así, la SAP de Lleida, de 26 septiembre 2005 (EDJ 2005, 254212), que analizaba la autorización de una escritura de compraventa de una finca rústica en la que no concurría la condición de unidad mínima de cultivo, declara expresamente que «el núcleo del problema radica en el hecho de que el notario era conocedor de la normativa sobre unidades mínimas

de cultivo y no advirtió de ello a los compradores».

Pero es más, a los notarios se les exige el conocimiento del Derecho *lato sensu*; esto es, no resulta suficiente, a efectos de calificar la diligencia del notario, con el simple conocimiento de la ley y los reglamentos aplicables, ya que tienen igualmente el deber de conocer tanto la jurisprudencia como las resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado, por mucho que estas no sean fuente del Derecho en un sentido estricto de la palabra *ex* artículo 1.6 CC (con relación a la inexcusabilidad de la ignorancia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *vid.*, Oliva, 2010a: 160). La SAP Zaragoza, de 28 enero 2002 (AC 2002, 655), resulta muy ilustrativa a este respecto. Se trataba de un caso en el que una entidad financiera interpuso una demanda de responsabilidad civil contra un notario que otorgó escritura pública de constitución de una hipoteca en garantía de deuda ajena que, finalmente, no pudo inscribirse en el Registro de la Propiedad al no constar en el poder de representación de forma expresa la facultad del apoderado de constituir hipotecas. Pues bien, la Audiencia Provincial considera que en la cuestión de la admisión de la autocontratación con intereses encontrados el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado se inclinan por exigir que en los poderes se recoja de forma específica dicha facultad, y por ello estima que el notario «realizó una interpretación del Derecho errónea, desconociendo la postura mantenida en esta materia por el alto Tribunal y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, por lo que dicho notario no desempeñó con corrección sus funciones, constituyendo ello una negligencia contractual susceptible de indemnización en base al art. 22 de la Ley Hipotecaria». Por lo tanto, cuando el notario lleva a cabo una interpretación equivocada del Derecho vigente a partir de su desconocimiento de la jurisprudencia o la doctrina de la DGRN aplicable, se entiende que ha actuado negligentemente y,

en consecuencia, habrá de responder por los daños y perjuicios provocados.

Una vez expuesta la doble condición del notario y su específico deber de conocer el Derecho, debería llegarse por pura lógica a la conclusión de que responderá en todo caso por los daños que provoque su actuación cuando tengan su origen en la ignorancia o el conocimiento inadecuado del Derecho aplicable. En otras palabras, el criterio de imputación, al menos para el supuesto de la ignorancia del Derecho, debería ser siempre objetivo, tal y como señalara con tanta vehemencia el ilustre Joaquín Costa para los jueces y magistrados.

Sin embargo, las normas estudiadas establecen lo contrario y contemplan implícitamente la existencia de una ignorancia del Derecho excusable, esto es, no culpable y por lo tanto exoneratoria de cualquier tipo de responsabilidad. Tenemos, por ello, que preguntarnos nuevamente si resulta coherente que aquellos que por su especial preparación y formación jurídica tienen el deber de conocer mejor que nadie las normas que rigen en los asuntos propios de su profesión, puedan eximirse de la responsabilidad derivada de los daños que su actuación provoca precisamente como consecuencia de su ignorancia o conocimiento equivoco o incompleto del Derecho. Y para responder correctamente a esta pregunta hay que analizar, tal y como anticipamos, cuál es el significado concreto del término «ignorancia inexcusable», ya que de la interpretación que hagamos de él dependerá la propia lógica y la consistencia legal de la regla jurídica estudiada. En este sentido, conviene recordar que, en el ámbito específico de la responsabilidad civil de los jueces y magistrados, se ha llevado a cabo una interpretación realmente generosa y flexible de tal concepto, hasta el punto de que la ignorancia inexcusable equivale a una ignorancia grosera y especialmente grave. De esta manera, el Tribunal Supremo ha optado por reducir el canon de diligencia impuesto, disminuyendo en consecuencia el ámbito de la responsabilidad civil judicial, lo cual resulta como mínimo discutible (Oliva, 2010b: 30). A la vista de

este precedente, es necesario preguntarse por el alcance real del concepto de «ignorancia inexcusable» en el ámbito notarial a efectos de determinar si también opera como una suerte de cláusula de flexibilización o anulación fáctica de la responsabilidad civil del notario.

4. EL CONCEPTO DE «IGNORANCIA INEXCUSABLE»: DILIGENCIA NOTARIAL E IGNORANCIA

En sus *Instituciones de Derecho notarial* (1948), González Palomino consideraba que la ignorancia inexcusable era solo otra forma de culpa. Más concretamente, sostuvo que se trataba de una culpa leve (*Imperitia*, según Gayo y Celso), esto es, aquella derivada de la omisión de una diligencia normal u ordinaria de un notario típico. La ignorancia es, por lo tanto, una forma de negligencia, y su excusabilidad no se vincula a la existencia de la diligencia abstracta del ciudadano medio, del *bonus pater familias* (art. 1104.2 CC), sino a una diligencia cualificada, especial y propia de un profesional del Derecho con una elevada formación jurídica. En consecuencia, el notario actuará diligentemente cuando, una vez tenga los conocimientos jurídicos imprescindibles para el ejercicio de su profesión (*lex artis ad hoc*), los aplique e interprete de forma correcta y apropiada.

Ahora bien, pasando al plano de los hechos, tanto la doctrina jurídica como la práctica judicial coinciden en que la diligencia media que ha de exigirse al notario corriente debe ser bastante elevada. Así, Verdura Server (2008: 61) señala que la especial cualificación profesional que adorna a los notarios implica una elevación del estándar de diligencia así como «una interpretación más rigurosa de lo que debe entenderse por ignorancia inexcusable». En el mismo sentido, Parra Lucán (2007: 837) insiste en la idea de que «la alta cualificación profesional del notario eleva el nivel de

diligencia exigible hasta el máximo cuando se trata del cumplimiento de formalidades».

Por lo que respecta a la llamada jurisprudencia menor, la SAP de las Islas Baleares de 10 julio 2000 (JUR 2000, 295084) enfatiza esta idea al señalar que «se impone al notario actuar con la diligencia debida, que no es la normal u ordinaria, comprensiva de las prevenciones que imponga la mediana prudencia de un buen padre de familia para evitar la producción de un daño (artículo 1104 del Código Civil), sino la más exquisita que le exige la reglamentación de su profesión pública por su alta preparación». Por su parte, la SAP Madrid de 25 octubre 2005 (Tol 771722) reproduce literalmente estas mismas palabras. En definitiva, al notario se le debería exigir una diligencia profesional subjetiva elevada que camine inevitablemente hacia una suerte de *diligentia exactissima*.

Ahora bien, ¿a qué conclusión debe llevarnos esta elevación del nivel de diligencia exigida y la consecuente interpretación restrictiva del concepto de «ignorancia excusable»? Como adelantamos con anterioridad, según una doctrina notarial prácticamente unánime, a la exclusión de la responsabilidad del notario únicamente cuando se trate de cuestiones jurídicas controvertidas o especialmente complejas, de modo que se considerará tal ignorancia como «excusable» incluso para un parámetro de diligencia tan elevado como el que preside la actividad de este tipo de profesionales. En este sentido, Gómez-Acebo Santos (1975: 802) afirmaba que «es precisa la culpa para la responsabilidad, pero en el grado de ordinaria, de culpa leve. Los mismos partidarios de la naturaleza extracontractual de la responsabilidad del notario, Demolombe, por ejemplo, y otros muchos, sostienen que el notario no debe responder en aquellos casos en que se produzca una nulidad por decisión judicial sobre un problema de derecho razonablemente controvertido». En parecidos términos, otros especialistas en la materia, como Sanahuja Soler (1945: 345), Giménez Arnau (1976: 341) y González Porras (1987: 298) vienen a sostener

que no hay responsabilidad si la nulidad deriva de una cuestión de Derecho controvertida.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 noviembre 2002 (*Tol* 229595) confirma este planteamiento doctrinal. Analizaba el alto tribunal la responsabilidad civil del notario autorizante de una escritura pública de compraventa que fue declarada nula por no haber cumplido con lo establecido en la Ley 4/1984, de 10 febrero, sobre Medidas de Disciplina Urbanística de la Comunidad de Madrid, que establecía que los notarios no podían autorizar una escritura de división de terrenos sin que se acreditara previamente el otorgamiento de la licencia de parcelación. Pues bien, la sentencia exime de responsabilidad al notario por considerar que «no puede calificarse como culposa la conducta de los recurrentes, siendo cuestión de interpretación jurídica si la exigencia de autorización que establece el art. 14 de la Ley 4/1984 de la Comunidad de Madrid, es aplicable a las segregaciones realizadas de facto antes de la entrada en vigor de esa Ley, aunque se hayan formalizado documentalmente después de su vigencia». Así pues, considera el Tribunal Supremo que la interpretación jurídica de la norma citada en el caso de autos era discutible incluso para personas especialmente versadas en Derecho, por lo cual, tratándose de una cuestión controvertida, no podía observarse la concurrencia del requisito de la culpa o ignorancia inexcusable.

Por lo tanto, se vincula nítidamente la posible responsabilidad del notario por ignorancia inexcusable con la complejidad jurídica de la materia concretamente desconocida o interpretada de forma errónea: si nos encontramos ante una cuestión discutible y poco clara, incluso para los expertos en cuestiones legales, entonces la ignorancia puede ser excusable y, consecuentemente, exoneratoria de toda responsabilidad. En otras palabras, no puede entenderse que ha actuado de forma negligente el notario que ha realizado una interpretación coherente y técnicamente admisible de una cuestión discutible desde un punto de vista jurídico, y al no existir falta de diligencia en su

comportamiento no puede haber condena por daños derivados de una actuación que, por lo demás, habría que calificar de objetivamente correcta.

5. LA IGNORANCIA (EXCUSABLE) SOBRE UNA CUESTIÓN JURÍDICA CONTROVERTIDA EN LA PRÁCTICA JUDICIAL

Casi todas las sentencias en las que se aprecia responsabilidad civil notarial se basan en la constatación fáctica de una actitud en términos generales negligente o en la ignorancia inexcusable de hecho en que incurre el notario implicado (*vid.*, recientemente, la STS 126/2014, de 18 de marzo (*Tol* 4183620), comentada por Otero 2014: 137 a 140). Sin embargo, en algunos casos es posible atisbar, expresa o implícitamente, la presencia de un debate en torno al desconocimiento o la errónea interpretación sobre una determinada cuestión jurídica controvertida, lo cual lleva a considerar que la presunta ignorancia notarial habría de calificarse como excusable. Veamos a continuación algunos de estos supuestos en una serie de sentencias que consideramos especialmente relevantes a los efectos del presente estudio.

Comencemos por un tema que causó históricamente cierta polémica jurídica, el de la idoneidad de los testigos instrumentales testamentarios. Efectivamente, González Palomino (1948: 407) hace referencia al supuesto de la nulidad de un testamento a causa de la intervención como testigo de un auxiliar del notario autorizante, y señala que «el hecho de que el notario conozca, como es obvio, esta calidad, y el hecho de que artículo 681, número 8, prohíba la intervención de “los dependientes, amanuenses...del notario autorizante”, que tampoco puede ser ignorado por el notario, ¿no bastan para la inexcusabilidad de su ignorancia? Hoy, después de tanta y tanta doctrina jurisprudencial reiterada sí». No obstante, el

autor reconoce que se trataba de una cuestión controvertida, ya que la legislación notarial entonces aplicable (art. 70 Reglamento Notarial de 9 de noviembre de 1874, vigente hasta 1917) solo consideraba como dependientes a los que prestaran sus servicios mediante un salario o retribución y, además, vivieran en la casa del notario, por lo que si no se cumplía con este último requisito y el testigo habitaba en su propia vivienda no podría hablarse estrictamente de un dependiente del notario autorizante. En definitiva, insinúa el autor que el problema del testigo instrumental es discutible desde un punto de vista jurídico y, por lo tanto, no sería descabellado entender que en un supuesto como el descrito la ignorancia pudiera ser calificada de excusable (en el mismo sentido, Rodríguez Adrados (1997: 126) sostuvo que el artículo 70 del Reglamento Notarial de 1874 originaba confusión jurídica). No obstante, la reiterada interpretación jurisprudencial, cuyo conocimiento es inexcusable, como hemos visto, para el notario, excluiría según nuestro parecer la excusabilidad de una interpretación diferente.

La conocida STS de 25 abril 1991 (RJ 1991, 3029) analizó la posible nulidad de un testamento abierto otorgado por un notario de Madrid. La cuestión litigiosa se centró en la determinar la validez de la intervención de tres testigos instrumentales llamados por el notario que eran, respectivamente, porteros del inmueble y del colindante y encargado del garaje sito en este. El juzgado de primera instancia acogió la tesis de la nulidad, basándose en que los testigos intervinientes no conocían al testador, pero la Audiencia Provincial revocó la sentencia del juzgado y declaró válido el testamento impugnado al entender que «si el notario puede identificar y conocer a los otorgantes en el momento mismo de realización del acto o contrato por medio de documentos, no hay razón para que no lo puedan hacer los testigos instrumentales, bastando con ese conocimiento adquirido al ser llamados». Además, «los tres testigos instrumentales tuvieron medios a su alcance para identificar plenamente y con cer-

teza total y absoluta a la persona cuya última voluntad se recogía en aquel momento, sin que la ley exija un conocimiento anterior y pleno, de su vida y circunstancias». Pues bien, la Sala primera del Tribunal Supremo acabó casando esta sentencia, porque, «al establecer el art. 685 del C. Civil que “el notario y dos de los testigos que autoricen el testamento deberán conocer al testador, y si no lo conocieren, se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo notario y de los testigos instrumentales”, se está exigiendo una forma concreta y determinada para la exteriorización de la voluntad, y si no se cumple con el medio señalado el testamento será ineficaz, nulo, cual sanciona el art. 687 del propio texto legal». Aunque la sentencia no lo diga expresamente, la cita del artículo 685 CC, así como su interpretación literal, llevarían a la conclusión de que el notario autorizante del testamento incurrió en ignorancia inexcusable de una norma jurídica cuya correcta hermeneusis debería haber conocido.

Posteriormente, la SAP Madrid (Sección 12ª) de 5 septiembre 1997 (AC 1997, 2241) enjuició la responsabilidad civil del notario que autorizó el testamento declarado como nulo por la STS de 25 abril 1991, y llegó a la conclusión de que resultaba acreditada la falta de diligencia o de atención y cuidado en la autorización del testamento anulado, porque sabiendo la trascendencia que tienen las solemnidades en los testamentos se llamó como testigos instrumentales a personas que no conocían al testador y, además, ello era una práctica habitual, dado el número de veces que las mismas personas lo hicieron en otros testamentos autorizados por el mismo notario. En definitiva, la conducta del notario pecó de ligereza, y la más elemental prudencia habría exigido extremar las precauciones y diligencia en la observancia de las formalidades o solemnidades testamentarias, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 1104 del Código Civil para la responsabilidad contractual y extensible a la extracontractual conforme a reiterada jurisprudencia.

Ahora bien, para completar el panorama de este interesante supuesto litigioso, es importante destacar el hecho de que dos de los magistrados que intervinieron en la STS de 25 abril 1991, José Almagro Nosete y Antonio Fernández Rodríguez, formularon voto particular por discrepancia en cuanto a los fundamentos de Derecho de dicha sentencia, y llegaron a la conclusión de que el recurso de casación debería haberse rechazado. En otras palabras, para estos magistrados la actuación del notario no fue negligente, por lo que su presunta ignorancia inexcusable no debería haberse calificado como tal. En este sentido, Rodríguez Adrados (1997: 127) se pregunta con cierta ironía si no es excusable que el notario fuera también de la misma opinión de los magistrados citados. En definitiva, al ser una cuestión jurídicamente discutible (dos sentencias a favor, una en contra y dos votos particulares), la SAP Madrid de 5 septiembre 1997 podría haber llegado a la conclusión de que el notario no incurrió en ignorancia inexcusable ni, por lo tanto, que procediera negligentemente, puesto que actuó con un grado de diligencia adecuado a las circunstancias y a la propia complejidad de la materia analizada.

Por otro lado, la SAP Madrid de 15 marzo 2005 (JUR 2005, 261181) analiza, con ocasión de una demanda interpuesta contra un notario, la cuestión de la ignorancia del Derecho aplicable. La parte actora ejerció acción de responsabilidad extracontractual, con base en el artículo 1902 del Código Civil, contra un notario que autorizó el otorgamiento de un poder por parte del consejero delegado de la empresa Especial Seguridad S.A., a fin de instar la quiebra necesaria de la entidad Ganados, Industrias y Representaciones Carninas S.A. (GIRECAR). La demanda se basaba en el hecho de que el nombramiento del consejero delegado de dicha empresa había expirado a la fecha de otorgarse el poder a fin de instar la quiebra necesaria, por lo que no debería haberse llevado a cabo. Para que prospere la acción de resarcimiento de los daños, aclara la sentencia, es necesario que concurren los si-

guientes requisitos: la existencia de una acción u omisión negligente, un resultado dañoso y la relación de causalidad entre la acción y omisión y el resultado dañoso. Con relación al primero de los requisitos, se atribuye al notario codemandado un actuar negligente por haber autorizado el otorgamiento del poder cuando el cargo de Consejero delegado se encontraba caducado. Pues bien, a la vista de las anteriores consideraciones, la Audiencia Provincial de Madrid llega a la conclusión de que «[...] si bien es cierto, tal como se alega tanto en la demanda como en otros escritos de alegaciones, que al notario, en cuanto que profesional cualificado del Derecho, se le debe exigir una especial diligencia con relación a los actos que autoriza dada su condición de fedatario público, ello no puede implicar, como se pretende en el recurso de apelación, que una interpretación de una norma jurídica que puede ser discutible, aún cuando en sede judicial se haya dado otra interpretación distinta, sobre la duración y caducidad del cargo de los administradores de una sociedad, pueda entenderse como base y fundamento de dicha responsabilidad y por lo tanto como una conducta imprudente o negligente a fin de servir de base para dicha obligación de resarcimiento». Así pues, entiende la sentencia citada que el mandato de la norma jurídica aplicable al caso concreto no es lo suficientemente nítido y que es susceptible de distintas interpretaciones, por lo que el presunto desconocimiento del notario de una de dichas posibles interpretaciones no puede dar lugar a una conducta calificable de negligente o inexcusable.

Finalmente, es inexcusable, por su claridad y contundencia, la SAP Madrid de 25 octubre 2005 (*Tol* 771722). En el caso enjuiciado la parte actora, el Banco Europeo de Finanzas, interpuso contra un notario y un registrador de la propiedad demanda de responsabilidad civil por autorizar e inscribir respectivamente una escritura pública en la que la propietaria de una finca matriz, Inmovilizados y Gestiones, S.L., segrega una parte y, por otro lado, la titular del derecho real de hipoteca que grava

la finca matriz de la que procede la segregada, Gymicon, S.A., presta su consentimiento a la segregación y libera absolutamente a la porción segregada de toda responsabilidad por razón de esa hipoteca, prestando en consecuencia su consentimiento cancelatorio, por lo que la total responsabilidad hipotecaria subsistente se concentra en el resto de la finca matriz. Pues bien, la demanda se basa en que, a juicio de la actora, con la autorización de la escritura y su inscripción en el Registro se permitió una alteración del contenido y alcance del derecho de hipoteca constituido en favor de los tenedores de unas cambiales, entre los que se encuentra la parte actora, que serían acreedores hipotecarios en virtud de la escritura de constitución de hipoteca, que, a su juicio, reviste el carácter de hipoteca cambiaria. Sin embargo, los codemandados consideraron que no se trataba de una hipoteca cambiaria, sino de una hipoteca ordinaria, por lo que el negocio jurídico de segregación y liberación de la hipoteca para la finca segregada se autorizó mediando el imprescindible consentimiento del acreedor hipotecario.

La sentencia comienza por aclarar la naturaleza de la responsabilidad civil del notario, y señala al respecto que «si el dañado que demanda indemnización es un tercero ajeno al otorgamiento de la escritura pública, como ocurre en el caso que nos ocupa, estamos ante un caso de responsabilidad extracontractual, puesto que el tercero no tiene ninguna relación contractual». A continuación, declara que «es importante destacar que para que pueda surgir la responsabilidad civil del Registrador y del notario se precisa que concurra un reproche subjetivo derivado de una actuación negligente que ha de probarse por quien la alega, sin que pueda derivarse de la mera existencia de un daño a modo de responsabilidad objetiva [...] Una cosa es que se imponga al Registrador y al notario actuar con la diligencia debida, y que el canon o estándar de diligencia no sea la diligencia normal u ordinaria comprensiva de las prevenciones que imponga la mediana prudencia de un buen padre de familia para

evitar la producción de un daño (art. 1.104 del C.C.), sino la más exquisita que le exige la reglamentación de su profesión pública por su alta preparación, y otra cosa muy diferente es que se le pueda exigir responsabilidad en una materia, como la hipoteca cambiaria, con insuficiente regulación legal, por una interpretación discutible de preceptos».

Pues bien, teniendo en cuenta la anterior doctrina, la SAP Madrid llega a la conclusión de que la calificación que el notario y el Registrador hicieron de la hipoteca como «ordinaria», en vez de cambiaria, tenía un sólido apoyo en diferentes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado [entre otras, RRDGRN de 31 mayo 2003 (RJ 2003, 4219) y 14 de octubre de 1986 (RJ 1986, 6067)]. Efectivamente, en el caso de autos, cuando se evacua la escritura el día 24 de octubre de 1991, no se hizo constar que se hacía a favor del aceptante de la hipoteca y sucesivos tenedores de las letras, sino solo a favor de la entidad Gymicon. Además, la publicidad registral que deriva de la propia inscripción de la hipoteca no podía indicar, en ningún caso, que la hipoteca inscrita fuera cambiaria, porque en el momento de la inscripción no se había hecho constar en la cambiales que estuvieran garantizadas por la hipoteca. En definitiva, la Audiencia Provincial considera que la cuestión de los requisitos de constitución y existencia de la hipoteca cambiaria es intrínsecamente compleja y discutible, por lo que difícilmente podría derivarse una responsabilidad civil notarial por el hecho de no haber realizado una interpretación jurídica enteramente coincidente con la de la parte demandante. De alegarse una posible ignorancia jurídica, esta tendría que ser en todo caso excusable, habida cuenta del carácter controvertido de la materia objeto de pleito.

No obstante, no podemos dejar de destacar el hecho de que la sentencia, de forma confusa y hasta un cierto punto contradictoria, hace referencia a la existencia de una interpretación que «carezca de todo apoyo en norma legal alguna» para apreciar la responsabilidad civil no-

tarial. De esta forma, la Audiencia Provincial parece apostar por una culpa completamente grosera y lata (eso implica precisamente la presencia de una interpretación carente de cualquier apoyo legal). Bajo nuestro punto de vista esta afirmación es completamente inaceptable, ya que permitiría deducir que la ignorancia inexcusable equivale a una ignorancia de Derecho grosera y especialmente grave, algo incompatible con los conocimientos que, en palabras de la propia sentencia, «se presumen en todo Registrador de la Propiedad y a todo notario».

6. LA IGNORANCIA DEL DERECHO DE LOS EMPLEADOS DE LA NOTARÍA

6.1. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO POR LOS ACTOS DE SUS AUXILIARES

Es posible que alguno de los empleados de la notaría, en el ejercicio de sus funciones ordinarias, ignore, interprete o aplique de forma errónea una determinada norma jurídica aplicable al caso concreto, causando con su actuación una serie de daños al cliente que, normalmente, exigirá la correspondiente responsabilidad civil. ¿Quién debe responder en tal caso?

Hay que comenzar por aclarar que a los empleados de notaría no se les presume, como ocurre con los notarios y los jueces y magistrados, la existencia de un conocimiento especial y elevado del Derecho. Además, al no tener la condición de funcionarios públicos, tampoco pesa automáticamente sobre tal cuerpo el deber de conocer el Derecho que tienen en general los que ejercen la función pública. Ahora bien, en cuanto empleados que desempeñan su tarea en una oficina pública encargada de otorgar fe pública y seguridad jurídica a sus clientes, deben actuar con una diligencia profesional que les exige, como mínimo, un conocimiento del Derecho aplicable a las

tareas concretas de su profesión (*lex artis ad hoc*). En otras palabras, los clientes que acuden a una notaría presumen que el empleado que les atiende tiene los conocimientos apropiados, y a partir de esa confianza precisamente contratan con el notario. La SAP Murcia de 9 mayo 1998 (JUR 1998, 97132), que analizó la actuación de un empleado de notaría que desconocía que un instrumento público no estaba sometido al impuesto municipal, es muy clara al respecto: «[...] al tratarse la notaría de una oficina pública en la que se redactan las escrituras, los profanos en Derecho suponen a sus empleados los conocimientos que ellos no tienen sobre las exigencias legalmente adicionales al otorgamiento de las propias escrituras». En otras palabras, la simple presencia del empleado de notaría genera una confianza en los clientes basada en la apariencia de estar tratando con una persona que debe conocer necesariamente el Derecho aplicable, ya que en caso contrario el notario no le autorizaría a tratar con los mismos [SAP Barcelona 6 febrero 2002 (EDJ 2002, 18072)].

Ahora bien, ello no implica que los empleados de notaría tengan que responder por los daños que su actuación genera en todos los casos. Al contrario, puede afirmarse que actualmente se ha impuesto la consideración de la responsabilidad del notario como un tipo de «responsabilidad empresarial», que hace que responda por los actos de sus empleados (Verdera, 2008: 155; en general, sobre la responsabilidad del deudor por sus auxiliares, *vid.*, Jordano Fraga, 1993). Así, la STS de 6 junio 2002 (*Tol 202862*) estableció de forma diáfana que «[...] la notaría es un complejo unitario de actividad profesional a cuya cabeza y para su dirección se encuentra el notario, debe, este, responder de los perjuicios causados por las personas que tuvieran empleados y con ocasión de funciones propias. Y esas funciones deben alcanzar también a aquellas incidencias que tengan su origen o su marco en el desempeño de la actividad y que se hallan racionalmente vinculados a ella; sobre todo, a pesar de que alguna doctrina científica moderna no lo

exige, cuando es el empleado o afecto a la notaría, el que incurrió en la negligencia de omitir el diligenciamiento antedicho. Con lo que se configura plenamente la presunción de culpa *in eligendo* o *in vigilando* en relación con el notario, como titular de una empresa entendida como una organización de hombres y medios materiales».

Por otro lado, la STS de 19 julio 2003 (*Tol 305401*) analizó la posible responsabilidad civil de un empleado de notaría que se había encargado de llevar a cabo los trámites para obtener la inscripción de una hipoteca y que omitió retirar del registro la escritura para el abono del impuesto, con lo que caducó la anotación y se permitió la constancia registral de embargos sobre la finca hipotecada. Pues bien, considera nuestro alto tribunal que la reparación de los perjuicios causados por los dependientes con ocasión del desempeño de sus funciones debe recaer sobre el notario, ya que existe un «[...] exigente deber *in vigilando* que incumbe al notario respecto al personal a su servicio, por cuanto el hecho de que en el despacho profesional de que es titular se desarrolle la función oficial a que nos hemos referido genera en los ciudadanos una razonable confianza acerca de la seriedad y seguridad con que ha de llevarse a cabo toda actividad que en el mismo se ejecute, ya sea la primera y fundamental de dación de fe pública, ya cualquier otra que constituya consecuencia o complemento de la misma como la de realización de concretas gestiones ante determinados organismos que según es notorio se ha venido asumiendo en muchos casos en beneficio de las personas que lo requerían».

A mayor abundamiento, es indudable que las actuaciones de los empleados de la notaría redundan en beneficio del notario, habiendo establecido el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 junio 1989 (RJ 1989, 4776) el principio *cuius est commodum eius est periculum*, que, aplicado al objeto de estudio, implica que el notario que percibe los beneficios asuma igualmente los perjuicios, esto es, la posible respon-

sabilidad civil derivada de las actuaciones de sus auxiliares.

Por todo lo anterior, cabe concluir que el notario responderá de los daños y perjuicios que deriven de una actitud negligente o, en este caso, de la ignorancia inexcusable de sus empleados, con independencia del hecho de que tal responsabilidad pueda calificarse de contractual o extracontractual (*vid.*, al respecto, Jiménez, 1996; y Martínez Velencoso, 2006).

6.2. CAUSAS DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO

No obstante todo lo dicho en el epígrafe anterior, en un principio es posible que el notario quede exonerado de responsabilidad civil derivada de la actuación de sus empleados en los siguientes casos: prueba de la ausencia de negligencia por parte del dependiente y demostración de una actuación diligente por parte del notario.

Si la ignorancia en que incurriere el auxiliar pudiere calificarse de «excusable» por derivarse de una cuestión controvertida o compleja, faltaría en principio el elemento determinante de la responsabilidad civil, esto es, la existencia de un acto dañoso objetivamente negligente (arts. 1101 y 1903 CC), pudiendo en consecuencia exonerarse el notario del deber de indemnizar los daños y perjuicios. Desde luego, no tendría ningún sentido hacer responsable al notario por un acto por el que no habría respondido en el caso de que él mismo lo hubiere llevado a cabo. Esto es, no podría hacerse responder a nadie por no haber evitado una conducta normal, consistente en la ignorancia o conocimiento erróneo de una cuestión de Derecho controvertida, discutible y compleja (Pantaleón, 1995: 5955).

Por otro lado, si el notario es capaz de probar que actuó con toda diligencia cesará su responsabilidad (art. 1903.4 CC). Ello se debe a que en un principio la *ratio iuris* de la respon-

sabilidad civil por hecho ajeno reside en el reproche culpabilístico que se lleva a cabo contra quien tenía el deber de vigilar, elegir y dirigir a sus empleados. En otras palabras, existe la presunción *iuris tantum* de que el notario ha actuado negligentemente, pero se le permite en teoría probar que tuvo un comportamiento en todo momento diligente. Por ejemplo, si demostrara que el empleado que causó el daño había recibido por parte de la notaría toda la formación jurídica necesaria e imprescindible para no incurrir en una ignorancia del Derecho como la que finalmente acaeció. Igualmente, es posible que el notario demuestre que un determinado empleado se extralimitó de las funciones que tenía expresamente encomendadas, por lo que ningún reproche puede hacerse a su actuación. En este sentido, la SAP Murcia 9 mayo 1998 señala expresamente que la responsabilidad del notario por las actuaciones de sus empleados surge «[...] si tal gestión se llevó a cabo en el ámbito de la notaría y si indudablemente el titular la conocía y la toleraba». *A sensu contrario*, no puede responder por los actos que haya realizado su empleado de forma clandestina y opuesta a sus propios designios organizativos.

Ahora bien, dicho lo anterior, es conveniente señalar que difícilmente un Tribunal admitirá esta causa de exoneración, ya que la jurisprudencia, especialmente en el ámbito de la responsabilidad civil empresarial por hecho ajeno, ha acabado por objetivizar de hecho la responsabilidad, ya que, como se ha señalado, «los tribunales nunca estiman aportada la prueba exoneradora que contempla el párrafo final del art. 1903 CC» (Gómez Calle, 2003: 455). Así, en la ya citada SAP Madrid de 5 septiembre 1997, relativa al llamamiento como testigos instrumentales de personas inapropiadas, se relata cómo el notario pretendió escudarse en el hecho de que él no llamaba personalmente a los testigos, sino sus empleados, por lo que la responsabilidad debería ser de estos. La sentencia rechaza este argumento exoneratorio confirmando de forma expeditiva que el notario «debe responder por sus actos». Y lo mismo

ocurrió en el caso enjuiciado por la STS de 19 julio 2003. Se trataba de un empleado que se había apropiado de forma ilícita de determinadas cantidades que los clientes le entregaban para gestión de la documentación, a pesar de que no llegaba a realizar dichos trámites. Pues bien, planteada la demanda de responsabilidad civil contra el notario, la Audiencia Provincial le exoneró de cualquier responsabilidad por considerar que el oficial había actuado en su único, exclusivo y personal provecho, sin que ello hubiera sido conocido por el notario. Sin embargo, el Tribunal Supremo casa tal sentencia al considerar que, puesto que el citado empleado había repetido esas actuaciones en el tiempo, le incumbía la obligación de extremar su vigilancia y actuación, incluso realizando un seguimiento de las actividades encomendadas a sus dependientes y de comprobar su buen fin.

7. CONCLUSIÓN: EL RESTRINGIDO ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA «IGNORANCIA EXCUSABLE» COMO CAUSA DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL NOTARIAL

A lo largo de las páginas anteriores hemos podido ver que, según la doctrina y la práctica jurisprudencial mayoritaria, la ignorancia o el conocimiento erróneo del Derecho por parte del notario puede y debe ser excusable —esto es, exenta de responsabilidad civil— cuando venga referida a cuestiones jurídicas especialmente controvertidas, difíciles y oscuras, ya que parece injusto extender la responsabilidad a los daños generados por la incertidumbre o complejidad que el propio ordenamiento jurídico genera, salvo que se quiera optar expresamente por un sistema de responsabilidad objetiva. Siendo esto así, habría que responder a la pregunta que formulábamos al inicio de

nuestra exposición de forma afirmativa: es razonable que exista un ámbito de ignorancia *excusable*, reducido y justificado, que podría exonerar al notario de responsabilidad civil en ciertos supuestos interpretados siempre de forma restrictiva. Ahora bien, es necesario llevar a cabo dos matizaciones importantes a esta conclusión general.

Por un lado, con relación a la ignorancia excusable de Derecho contemplada *a contrario* en los artículos 705 y 715 CC, debe reconocerse que tal conclusión podía tener algún sentido en un principio, cuando la doctrina y la práctica notarial debían enfrentarse a cuestiones especialmente complejas, inseguras y novedosas, pero en la actualidad, en palabras de Blanquer Uberos (1993: 1791), transcurrido más de un siglo desde la entrada en vigor del Código civil y depurada en gran parte la doctrina jurisprudencial sobre las formalidades del testamento notarial, no es fácil imaginar casos en los que sea excusable la ignorancia del notario. Según una jurisprudencia suficientemente conocida, el acto testamentario ha de ajustarse de forma rigurosa a las solemnidades establecidas en la ley [entre otras, SSTs de 19 junio 1958 (RJ 1958, 2163) y 25 abril 1991 (RJ 1991, 3029)], lo cual obliga al cumplimiento riguroso de los requisitos extrínsecos y a interpretarlos rigurosamente [STs de 27 septiembre 1968 (RJ 1968, 5163)], por lo que cualquier notario habrá de ser especialmente prudente, cauteloso y diligente en la observancia de dichos requisitos formales. No en vano, Albaladejo (1983: 104) sostuvo con relación al artículo 715 CC que debía presumirse que la falta de solemnidad que provoca la nulidad del testamento es culpa del notario, al menos siempre y cuando se trate de aquellas solemnidades cuyo cumplimiento le está encomendado a él o dependa de él, y deba vigilarlas hasta el límite que sea.

Por eso, puede afirmarse que en principio el notario responderá de los daños y perjuicios que haya sufrido un sujeto como consecuencia de la declaración judicial de la nulidad de un testamento autorizado bajo desconocimiento

o falsa representación de una norma de Derecho, ya que difícilmente podrá probar que la complejidad de la materia jurídica planteada era de tal envergadura que su ignorancia únicamente podía calificarse de excusable. Es más, la tendencia contemporánea hacia la flexibilización jurisprudencial de las formalidades testamentarias reduce el ámbito de nulidad del testamento notarial y, en consecuencia, el de la responsabilidad del notario autorizante en este ámbito específico (Hornero, 2014: 453).

Por otro lado, aunque en pura teoría siempre pueda haber algún espacio para la excusabilidad de la ignorancia del Derecho en casos especialmente complejos articulados a través del artículo 146 RN, la preparación legal y los especiales conocimientos del notario, aplicados de forma casi diaria en el ejercicio de su profesión, convierten en nuestra opinión a este escenario en más bien excepcional. No en vano, son pocas, como acabamos de ver, las sentencias en las que se reconoce la excusabilidad de la ignorancia del Derecho por la complejidad del ordenamiento jurídico aplicable. A mayor abundamiento, se ha afirmado que, con carácter general, la jurisprudencia en materia de responsabilidad civil de los notarios tiende preponderantemente a caracterizarla de forma cada vez más como objetiva, forzando al máximo las exigencias derivadas de la función notarial para cubrir en la práctica la mayoría de los casos de daños a terceros (Tena, 2004: 143). Siendo ello así, parece claro que no va a ser precisamente fácil que un notario sea absuelto de una presunta responsabilidad civil por el hecho de haber incurrido en una ignorancia de Derecho calificada de «excusable».

En cualquier caso, no está de más recordar que el notable fortalecimiento de las funciones de control de legalidad y fiscalización que ha asumido el notario en algunas de las reformas legislativas más recientes (así, art. 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, que modifica el artículo

129 de la Ley Hipotecaria, Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria o, entre otras, la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden

social) hace que la cuestión de la responsabilidad civil de este profesional por ignorancia del Derecho siga siendo una cuestión de una relevancia potencialmente significativa.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (1983): «Artículo 715», en M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo IX, Vol. 2º, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 98-106.
- BALLESTEROS ALONSO, Manuel (2003): «La responsabilidad civil de registradores y notarios», en AA. VV., *La responsabilidad civil profesional*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial VII, 67-132.
- BLANQUER UBEROS, Roberto (1993): «Artículo 705», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid: Ministerio de Justicia, 1782-1784.
- CAPILLA RONCERO, Francisco (3º1998): «La eficacia de las normas», en A. M. López y López y V. L. Montés Penadés (eds.), *Derecho Civil. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 201-214.
- COSTA y MARTÍNEZ, Joaquín (2000): *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referendum y la costumbre*, Madrid: Civitas (Edición Facsímil).
- De CASTRO y BRAVO, Federico (1984): *Derecho Civil de España*, Madrid: Civitas.
- De DIEGO, Felipe Clemente (1929): *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid: Imprenta de Juan Pueyo.
- GARCÍA LÓPEZ, Petronila (2000): «La responsabilidad civil del notario», *Revista de Estudios Jurídicos*, 3 Universidad de Jaén.
- GIMÉNEZ ARNAU, Enrique (1976): *Derecho Notarial*, Pamplona: EUNSA.
- GÓMEZ-ACEBO SANTOS, Felipe (1975): *La responsabilidad civil del notario*, en Ponencias presentadas por el Notariado Español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino, Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 789-809.
- GÓMEZ CALLE, Esther (2003): «Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno», en F. Reglero Campos (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Cizur Menor, Aranzadi.
- GONZÁLEZ PALOMINO, José (1948): *Instituciones de Derecho Notarial*, T. I., Madrid: Instituto Editorial Reus.
- GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel (1987): «Artículo 705», en M. Albaladejo (dir.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo IX, Vol. 1º B, Madrid: EDESA, 289-304.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, (1862): *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*. Tomo I, Madrid: Lex Nova, Madrid.
- HERRÁN de las POZAS, José Pablo (1946): *Derecho Notarial*, Madrid: M. Aguilar Editor, Madrid.
- HORNERO MÉNDEZ, César (2014): «¿Un notario descuidado o la flexibilización de la forma en el testamento?: comentario a la Sentencia del TS de 20 de marzo 2013», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 33, 453-470.
- JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita (1996): *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, Madrid: Mc Graw-Hill.
- JORDANO FRAGA, Francisco (1993): *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid: Civitas.
- MANRESA y NAVARRO, José María (1972): *Comentarios al Código civil español*, Tomo V, Madrid: Reus.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual (2013): «Artículo 715», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 5420-5422.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz (2006): «La responsabilidad civil del empresario por los perjuicios ocasionados por sus dependientes», *Revista de Derecho Mercantil*, 261, julio-septiembre, 1121-1157
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco (2010a): «Responsabilidad civil de los jueces y magistrados por ignorancia inexcusable», *Indret*, 4, 1-57.
- (2010b): *El error iuris en el Derecho civil*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2010.
- OTERO CRESPO, M. (2011): «Art. 705», en A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, Libro III, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 482-484.
- (2014): «Un caso de responsabilidad civil notarial», *Revista de Derecho Civil*, 3, 137-140.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1995): «Responsabilidad por hecho ajeno», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. IV, Madrid: Civitas, 5955-5958.

- PARRA LUCÁN, María Ángeles (2007): «La responsabilidad civil de notarios y registradores», en J. A. Moreno Martínez (coord.) *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid: Dykinson.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás y Fernando SAINZ MORENO (1989): *El Notario, la función pública notarial y las garantías constitucionales*, Madrid: Civitas.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio (1997): «La responsabilidad civil del notario conforme a los artículos 705 y 715 del Código civil», *Revista de Derecho Notarial*, 24, 113 a 153.
- SANAHUJA SOLER, José María (1945): *Tratado de Derecho Notarial*, Tomo I, Madrid: Alcaná.
- SCAEVOLA, Quinto Mucius (1904): *Código civil comentado y concordado extensamente*, Tomo XX, Madrid.
- (1950): *Código Civil comentado y concordado*, Tomo XII, Madrid: Instituto Editorial Reus.
- TENA ARREGUI, Rodrigo (2004): «Responsabilidad civil del notario. El seguro de mala praxis. Sus diferencias con el seguro de título», *Revista Jurídica del Notariado*, 2004,135-189.
- VERDERA SERVER, Rafael (2008): *La responsabilidad civil del notario*, Madrid: Thomson Civitas, Madrid.

Fecha recepción: 05/05/2015

Fecha aceptación: 23/10/2015

ESTUDIOS

El debate sobre el liberalismo político: dos opiniones

Tomás S. Vives Antón y Manuel Jiménez Redondo

Política criminal del presente continuo

José Antonio Ramos Vázquez

EL DEBATE SOBRE EL LIBERALISMO POLÍTICO: DOS OPINIONES THE DEBATE ABOUT POLITICAL LIBERALISM: TWO OPINIONS

Tomas S. Vives Antón y Manuel Jiménez Redondo

RESUMEN

La concepción kantiana de la justicia de John Rawls, especialmente en su versión «política, no metafísica» se reexamina aquí por T. S. Vives y M. Jiménez Redondo, que concluyen en una aprobación parcial coincidente de sus posiciones liberales. La única diferencia concierne a la justificación. Desde un punto de vista wittgensteiniano el profesor Vives sostiene que una vez se afirma algo como justo en virtud del sentido común de las democracias pluralistas ya no puede ser objeto de una justificación subsiguiente; sin embargo, para el profesor Jiménez Redondo el hecho del pluralismo induce una justificación categorica en términos kantianos. Pero no resulta claro si esa diferencia es en efecto conceptual o meramente enfática.

PALABRAS CLAVE

Sentido común de la justicia, Velo de la ignorancia, Imparcialidad, Envidia, Cooperación social, Libertades básicas, Liberalismo, Libertarismo, Comunitarismo, Igualdad, Igualitarismo, Bienes primarios.

ABSTRACT

John Rawls' kantian conception of Justice «political, not metaphisica» is here reexamined by T.S. Vives and M. Jiménez Redondo, concluding both in a coincident partial appraisal of their view on liberalism. The sole meaningful difference between these two authors concerns justification. For professor Vives, assesing the problem from a wittgensteinian approach, when something is valued as fair/just by the common sense of pluralistic democracies it cannot be matter of a subsequent justification. However Prof. Jiménez Redondo states that from the fact of pluralism should follow a categorical justification (in kantian terms). But it's not clear if that difference between the two professors is merely conceptual or only emphatical.

KEY WORDS

Common sense of justice, Veil of ignorance, Impartiality, Envy, Social cooperation, Basic liberties, Liberalism, Libertarianism, Communitarism, Equality, Equalitarism, Primary goods

LA CONCEPCIÓN DE LA JUSTICIA DE J. RAWLS REVISITADA: DEFENSA DEL LIBERALISMO POLÍTICO

Por Tomás S. Vives Antón

Sumario: 1. Introducción. 2. El sentido de la propuesta de Rawls: los presupuestos kantianos. 3. Justicia como imparcialidad. 3.1. El velo de la ignorancia. 3.2. Justicia y racionalidad: el problema de la envidia. 4. La capacidad de orientar la discusión política de la «justicia como imparcialidad». 4.1. ¿Puede ser imparcial la justicia como imparcialidad? 4.2. El ideal cooperativo y la envidia. 4.3. Conclusión. 5. ¿Está justificada la concepción de la justicia del liberalismo político? 5.1. La debilidad de la razón rawlsiana. 5.2. Del argumento a la persuasión. 6. Sobre la justicia de la teoría de la justicia. 6.1. ¿Puede justificarse la concepción de la justicia del liberalismo político? 6.2. Justificación y persuasión. 7. Defensa del liberalismo político. 7.1. Liberalismo y comunitarismo. 7.2. Liberalismo político y libertarismo. 7.3. Liberalismo político e igualitarismo. 7.3.1. Problemas del igualitarismo. 7.3.2. La respuesta de Rawls. 7.4. A modo de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2008 publiqué, en el libro Homenaje a Gregorio Peces Barba, una breve aproximación crítica a la *Teoría de la Justicia* de Rawls. Ese trabajo fue discutido en un seminario, especialmente en un documentado comentario crítico de M. Jiménez Redondo. Aunque, pasado el tiempo, sigo estando esencialmente conforme con lo que entonces escribí, creo que son convenientes una serie de rectificaciones y precisiones complementarias para transmitir el sentido exacto de lo que entonces quise decir. De modo que he de revisar aquel trabajo añadiéndole los desarrollos y explicaciones que, dado mi propósito actual, me parecen necesarias para una más completa exposición. En

consecuencia, volveré a transcribir muy ampliamente el artículo de 2008, puesto que lo que añado ahora son algunas matizaciones y complementos que, básicamente, consisten en explicitar los presupuestos de la crítica que entonces hice, y que, por lo tanto, aun añadiendo nuevas perspectivas, no alteran esencialmente la tesis que entonces sostuve.

Como es sobradamente conocido, las ideas expuestas por J. Rawls en *A Theory of Justice* y perfiladas y desarrolladas en trabajos posteriores ocuparon y aún ocupan el centro de la discusión en la filosofía política anglosajona, habiéndose llegado a afirmar que su obra es «la más importante desde Stuart Mill».

No me propongo, en las páginas que siguen, aportar nada nuevo a esa discusión; solo pretendo mostrar su relativa insignificancia (en relación con las obras de Kant, Hegel o Mill en las que se inspira), esto es, tanto su tono menor como algunas de sus carencias argumentales.

Explicaré esa insignificancia como la consecuencia inevitable de la pérdida de las poderosas ilusiones que, en los albores de la modernidad, acompañaron el desarrollo de una razón desconectada de la teología y concentrada, por lo tanto, en afirmar su potestad ilimitadamente, sin reparar en que esa carencia de límites conduce a uno de estos dos sinsentidos, a saber, al escepticismo (que nada sabe con certeza) o a la metafísica (que cree poseer un saber absoluto).

Wittgenstein, cuyas enseñanzas quiero recordar ahora, porque ese recuerdo constituirá mi aportación básica (si es que hay alguna) a este análisis, decía que no hay respuesta de sentido común a los problemas filosóficos, planteados durante el desarrollo de la modernidad por una tensión hacia el ideal que no dejaba ver la modesta realidad del sentido común: la única respuesta es curar a quienes esgrimen ideales inalcanzables de esa tensión y, con ella, de la tentación de atacar o menospreciar el sentido común.

De ese modo, se lleva la filosofía al descanso: ya no se fustiga con preguntas que la ponen a ella misma en cuestión y puede afrontar los problemas de la vida en los términos en que lo hace el sentido común.

A partir de esas premisas, dedicaré primero unas cuantas líneas a describir los momentos esenciales de la propuesta kantiana, sobre la que Rawls pretende construir su teoría y, hecho esto, intentaré describir algunos de los pasos más básicos de esa construcción, de cuyo análisis se derivan, a mi juicio, las siguientes conclusiones:

a) Que la concepción de la justicia de Rawls no es exactamente lo que dice ser, esto es, no es lo que, en sentido ordinario, entendemos como una propuesta política, sino

más bien, un ensayo de justificación, es decir, una *reflexión filosófica*.

b) Que, como ensayo de justificación, propone un modo de argumentar que no concluye, por mucho que pueda brindar a quien adopte sus presupuestos una mayor o menor fuerza persuasiva.

c) Que esa fuerza persuasiva difícilmente podrá llevar a nadie que de antemano no se halle predispuesto a favor del modelo de organización política que Rawls propone a abandonar sus convicciones (cualesquiera que sean) y adoptarlo.

d) Que esas limitaciones de la propuesta de Rawls no son, en absoluto, defectos particulares de su trabajo —un trabajo realizado con cuanta imaginación, seriedad y rigor pudiera esperarse— sino límites intrínsecos del género literario —la filosofía política— en que el autor ha elegido expresar sus ideas, de las que no cabe esperar razones últimas, sino únicamente argumentos a debatir.

Tomar conciencia de esos límites es —según creo— una condición necesaria para poder «superarlos», al menos en el sentido de habituarse a convivir con ellos y a actuar según los principios más plausibles, por mucho que no constituyan un absoluto; si esa «superación» fuese posible, no me cabe ninguna duda de que valdría la pena, pues la reflexión sobre la justicia se habría curado de una enfermedad, y mi propósito es abordar esa curación tomando a Wittgenstein como médico.

2. EL SENTIDO DE LA PROPUESTA DE RAWLS: LOS PRESUPUESTOS KANTIANOS

Para describir el punto de partida de la concepción de la justicia de Rawls hemos de acudir, como él mismo nos indica, a Kant y, especialmente, al Kant de la *Fundamentación y de la Metafísica de las costumbres*. Apenas es necesario subrayar que una y otra obra (y, aun-

que eso no sea de este lugar, en mi opinión todo el sistema kantiano) giran en torno a la idea de libertad.

En efecto, Kant circunscribe la operatividad directa de la idea de libertad al ámbito de la razón práctica, pues en los *Conceptos preliminares de la metafísica de las costumbres* realiza las siguientes afirmaciones acerca de ella:

«El concepto de libertad es un concepto puro de la razón que, precisamente por ello, es **trascendente** para la filosofía teórica, es decir, es un concepto tal que no puede ofrecerse para él ningún ejemplo adecuado en cualquier experiencia posible; **por tanto, no constituye objeto alguno** de un **conocimiento teórico**, posible para nosotros, y **no puede valer en modo alguno como un principio constitutivo de la razón especulativa**, sino únicamente como uno regulativo y, sin duda, meramente negativo; pero en el uso práctico de la razón prueba su realidad mediante principios prácticos que demuestran, como leyes, una causalidad de la razón pura para determinar el arbitrio con independencia de todos los condicionamientos empíricos (de lo sensible en general), y que demuestran en nosotros una voluntad pura, en la que tienen sus origen los conceptos y leyes morales».

Sin embargo, al principio de la *Crítica de la razón práctica* habla de la libertad como «clave de bóveda» (*Schlussstein*) del edificio total de un sistema de la razón que incluye la razón especulativa, es decir, como lo que constituye el elemento de cierre de un tal sistema que, sin él, queda incompleto.

Ha de llamarse la atención sobre el hecho de que, en la metáfora que Kant propone, la libertad es concebida como un elemento *arquitectónico* del edificio del sistema de la razón, es decir, como algo que concierne al *edificio* sistemático de la misma, pero no a su contenido. Aquí, al comenzar el estudio de la razón práctica, caracteriza la libertad como el elemento de cierre del sistema; en otro lugar había hablado de ella como la *piedra angular* (*Grundstein*) de la moral y de la religión, junto a las ideas de Dios y de la inmortalidad del alma. Sin embargo, no es un elemento más de esa piedra angular, sino el fundamento de los otros dos y, por lo tanto,

el momento más básico de la moral que constituye, a su vez, el punto de apoyo de la religión dentro de los límites de la mera razón.

Como es de sobra conocido, en la *Fundamentación* se recorre un doble camino: *desde el sentido ético común al conocimiento filosófico y de la sabiduría universal popular acerca de la ética a la metafísica de las costumbres*.

En ese recorrido, conocemos *a priori* la realidad de la libertad (*ratio essendi* de la ley moral) *gracias* a nuestra percepción del *imperativo moral*, que es un *factum* de la razón al que accedemos mediante la razón misma y constituye la *ratio cognoscendi* de la libertad:

«[...] el resto de los conceptos (los de Dios y la inmortalidad) permanecen en la razón especulativa sin asidero alguno, quedando asegurados por el concepto de libertad y recibiendo con él y gracias a él consistencia y realidad objetiva, es decir, que la posibilidad de tales conceptos quedan *probada* porque la libertad es algo efectivo, dado que esta idea se revela por medio de la ley moral». «Pero la libertad es también la única entre todas las ideas de la razón especulativa respecto de cuya posibilidad *sabemos* algo *a priori* aún cuando no lleguemos a comprenderla».

Expuestos así los fundamentos de la construcción kantiana de la libertad, no parece necesario entrar a desarrollar otros aspectos de sobra conocidos, como la distinción entre libertad práctica (la libertad de obrar del modo en que se quiera) y la libertad transcendental (la libertad del querer). La primera es, para Kant, un *hecho empírico*; la segunda han de *presuponerla* los seres *que no pueden pensarse como agentes sino bajo la idea de libertad*.

Sobre esa idea de libertad como «ley apodíctica de la razón práctica» se construyen tanto el concepto de persona como fin en sí (es decir, como un ser dotado de razón y, por ello, capaz de elegir libremente sus fines, que no puede ser tratado como si fuese un objeto inerte), cuanto el de Derecho como coexistencia de los arbitrios (personas) según una ley general (formal) de libertad.

Con la libertad emerge un mundo social que ha de poder regirse por las leyes de la razón,

razón que, en la medida en que ha de ser vista necesariamente por quien actúa como causa de sus acciones, es práctica. De ese modo, ha de afirmarse la *posibilidad* de una *razón pura práctica*, es decir, de una razón que, con independencia de cualesquiera otros factores, es capaz de dirigir la conducta según sus propios principios *a priori*. Para la concreción del contenido de esa razón pura práctica es necesaria una *metafísica de las costumbres* que lo delimite con independencia de los supuestos concretos a los que debieran aplicarse, supuestos que, al venir determinados por la experiencia, solo tienen el valor de meros ejemplos que enlazan los principios con el **sentido ético común**.

Desde esas premisas, es decir, desde la asunción de que el Derecho justo ha de consistir en «el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de cada uno puede conciliarse con el de los demás según una ley universal de libertad», Rawls no puede ofrecer, ni siquiera intentar, una fundamentación *a priori*. Ha de admitir que los principios kantianos más básicos ni son universales ni accesibles *a priori*, sino que han sido decantados a lo largo de un proceso histórico que empieza con la tímida secularización iniciada en la baja Edad Media y que, tras el alumbramiento del principio de libertad con la Reforma y la paz religiosa, culmina en el Derecho y la moral de la sociedad moderna, de la que Kant es, probablemente, el más caracterizado exponente. Pero si los principios son solamente productos de una contingencia histórica y no una exigencia *a priori* de la razón, adoptarlos requiere un fundamento distinto del que Kant ofrece: el edificio kantiano de la razón se ha derrumbado y es preciso empezar a «construir desde las ruinas».

De modo que la esencia de la empresa de Rawls estriba en buscar y ofrecer un fundamento de los principios liberales que, sin estar garantizado *a priori*, tenga un contenido tal que pueda ser asumido por todos los miembros razonables de una sociedad inevitablemente pluralista. Ahora bien, antes de pasar a describir las características esenciales de su propuesta, es preciso llevar a cabo algunas precisiones terminológicas.

En primer lugar, la «justicia como imparcialidad» (o como «equidad») recibe su formulación completa en una obra llamada *Teoría de la Justicia*, denominación que puede inducir a engaño porque no se trata, en sentido riguroso, de una «teoría», es decir, de una serie de conceptos que describan y expliquen un objeto que pueda percibirse por medio de los sentidos, sino de lo que, con mayor precisión y humildad, Kant llama «doctrina», es decir, de un conjunto de opiniones bien argumentadas.

A lo que hay que añadir que, cuando la *Teoría de la Justicia* se caracteriza a sí misma como **política, no metafísica**, eso no quiere decir que sea política en el sentido en que lo es, *v. gr.*, el programa de un partido. Tampoco representa, como pretende Rorty, «la prioridad de la democracia sobre la filosofía», porque, a fin de cuentas, la obra de Rawls no es sino, como ya se ha dicho, una reflexión filosófica; solo que la filosofía política ya no puede desembocar en una metafísica de las costumbres y ofrecer principios *a priori*, universalmente válidos avalados por una autoridad epistémica irrefutable: algunos de los mismos ejemplos que Kant propone ponen de manifiesto su falta de universalidad, su pertenencia a una época determinada, tan caduca a día de hoy que ya Hegel los despachó con una despectiva ironía. A ello hay que añadir, en el momento actual, la crítica implacable de la filosofía analítica, para la que incluso la idea de juicios verdaderos o correctos *a priori* ha perdido validez fuera de insignificantes tautologías y, con ella, se ha desdibujado la distinción entre *a priori* y *a posteriori*, ya debilitada en el propio seno del sistema kantiano.

Sin entrar en detalles, que no son de este lugar, ya que harían interminables estas observaciones, cabe decir que, de Schopenhauer a Wittgenstein, la mayoría de los componentes esenciales del sistema kantiano han sido objeto de una crítica demoledora que ha determinado, incluso, un cambio de paradigma filosófico: de la filosofía de la conciencia y del sujeto a la de la acción y el lenguaje. Rawls asume ese cambio con su renuncia a la metafísica dicién-

do sencillamente que «con objeto de elaborar una concepción kantiana de la justicia parece deseable separar la estructura de la doctrina de Kant de su trasfondo idealista transcendental». Incluso esa manera de expresarlo es insuficiente: Rawls no conserva «la estructura de la doctrina» de Kant, sino la esencia de su contenido, es decir, la igual libertad.

En resumen, Rawls ha tenido que conformarse con una reflexión mucho más modesta, ceñida al mundo y al espacio cultural en que vivimos y avalada por razones que pueden y deben ser discutidas: todo lo que pueden pretender es ser buenas razones, quizás mejores que otras, pero no absolutamente válidas.

3. JUSTICIA COMO IMPARCIALIDAD

3.1. EL VELO DE LA IGNORANCIA

En unas pocas páginas no puedo exponer, ni siquiera esquemáticamente, el contenido de una propuesta llena de sutilezas y matices, de argumentos y contra-argumentos, de refutaciones y rectificaciones. Me contentaré, pues, con delimitar, en cuanto aquí interesa, el núcleo más básico de la concepción de la justicia del liberalismo político, con lo que habré de llevar a cabo una simplificación violenta de las ideas de Rawls que —espero— no afecte a la validez de cuanto después argüiré respecto a ellas. Caracterizaré así el punto de partida de la propuesta de Rawls —la posición original, que equivale al estado de naturaleza en las concepciones tradicionales del contrato social— como situación «puramente hipotética», en la que ha de situarse quien pretenda elegir unos principios de justicia que puedan ser válidos para todos.

La necesidad de cubrir a los representantes de los ciudadanos «en la posición original» con ese velo «más espeso que tenue» se justifica en los siguientes términos:

«Que las partes estén simétricamente emplazadas en un requisito imprescindible si tienen que representar a ciudadanos libres e iguales que han de llegar a un acuerdo en condiciones equitativas. Además, parto del supuesto de que una de las convicciones que tenemos es esta: el hecho de que ocupemos una posición social particular no nos da una buena razón para proponer, o para esperar que otros acepten, una concepción de la justicia que favorezca precisamente a quienes están en esa posición.

Análogamente, el hecho de que abracemos una determinada doctrina comprensiva religiosa, filosófica o moral, con su característica noción del bien, no nos da una buena razón para proponer, o para esperar que otros acepten, una concepción de la justicia que favorezca precisamente a quienes están persuadidos por ella.

Modelar esa convicción en términos de posición original implica no permitir que las partes conozcan la posición social de quienes representan, o la particular doctrina comprensiva de la persona que cada uno representa. La misma idea se hace extensiva a la información sobre la raza y el grupo étnico de pertenencia de las personas, sobre el sexo y el género, así como sobre sus variadas dotaciones innatas, tales como el vigor y la inteligencia.

Expresamos figurativamente esos límites a la información diciendo que las partes están detrás de un velo de ignorancia. De modo que la posición original no es sino un mecanismo de representación: describe las partes, cada una de las cuales se hace responsable de los intereses esenciales de un ciudadano libre e igual al que se concibe equitativamente emplazado para llegar a un acuerdo sujeto a condiciones que limitan convenientemente lo que pueda presentar como buenas razones».

Procede anotar aquí una diferencia importante respecto a las presuposiciones tradicionales de los diversos modos de concebir el contrato social: todas ellas parten de un «estado de naturaleza» real o hipotético, pero, desde luego, no impensable, que no solo es fácil de imaginar, sino que se pone ante los ojos en cada momento de desafío al ordenamiento jurídico existente, mientras que la situación de los representantes a los que el velo de la ignorancia obliga a prescindir del conocimiento de las realidades más obvias resulta muy difícil de reconstruir e, incluso, de imaginar.

En efecto, el velo de la ignorancia que en cada situación garantiza la imparcialidad, dado que los representantes a quienes Rawls se lo atribuye son un mero artificio «metodológico», ha de colocárselo a sí mismo cualquiera que pretenda formular los principios básicos de la justicia en una sociedad moderna (y también en cualquier otra).

Con esa operación se exige al que intenta resolver el problema de la imparcialidad algo casi imposible: se ha de ocultar a sí mismo lo que, desde luego, sabe, es decir, cuál es la posición que ocupa en la sociedad, cuáles son sus convicciones «comprehensivas» o globales, sus intereses, sus deseos personales, etc. El resultado de esa operación hipotética es, por supuesto, inseguro: nadie puede saber con certeza si se ha desprendido de todo ese bagaje para ser, en efecto, imparcial; y, sin embargo, sin imparcialidad la misma idea de justicia se decolora.

De modo que la situación podría describirse así: es muy difícil ser imparcial y nadie puede estar seguro de haberlo conseguido, pero nada dispensa de intentarlo.

3.2. JUSTICIA Y RACIONALIDAD: EL PROBLEMA DE LA ENVIDIA

El concepto de racionalidad, una vez distribuidos por igual los derechos y libertades más básicos en la posición original, debe ser entendido en su sentido más estrecho, usual en la teoría económica, de adoptar los medios más adecuados para alcanzar cualesquiera fines dados. Se trata, pues, de una racionalidad **meramente instrumental**. Pero la operatividad de la elección racional, aun concebida de modo tan limitado, propone asumir que «un individuo racional no se deja llevar por la envidia». O, al menos, que eso es verdadero en la medida en que las diferencias entre él mismo y los demás no excedan ciertos límites y no se crea que la existencia de desigualdades está basada en la arbitrariedad o es el resultado de un azar que le deja fuera, sin que el logro de ningún objetivo social compense esa exclusión.

Pero una asunción de ese tipo, dado que sabemos de sobra que los hombres se hallan dominados por sentimientos de emulación, puede resultar —el propio Rawls lo teme— demasiado utópica; ¿Cómo ignorar que, a menudo, las apelaciones a la justicia son una máscara de la envidia, «monstruo de naturaleza», como la caracteriza Cervantes, un monstruo que, bajo diversas firmas, se esconde en el fondo de casi todo —o de todo— discurso personal o social? Para evitar esa objeción, Rawls propone dividir la argumentación en dos partes. En la primera, al derivar los principios, se parte de la presuposición de que la racionalidad de los sujetos que eligen no está afectada por la envidia; a efectos de elegir los principios, la envidia todavía no juega ningún papel. En la segunda, se investiga si la elección realizada es sostenible en realidad.

Esto sentado, es preciso insistir en que el punto de partida de la propuesta del liberalismo político no es, pues, según acabamos de ver, el estado de naturaleza, sino una sociedad en cuya cultura pública se hallan firmemente asentadas convicciones como la tolerancia religiosa y el rechazo de la esclavitud: aunque persistan actitudes inconfesables al respecto, nadie —o casi nadie— las defiende ya abiertamente. Pero, pese a ese sustrato uniforme, existen distintos modos de entender la libertad y la igualdad. Para tratar de encontrar el punto de convergencia, el liberalismo político ha de prescindir de las doctrinas comprehensivas, religiosas o filosóficas que determinan esa diversidad y centrarse en el núcleo en que todas ellas, si son razonables, han de coincidir. Ese núcleo ha de institucionalizarse a partir de la idea de una sociedad organizada como un sistema de cooperación entre personas libres e iguales. Desde ese punto de partida, podrá construirse una concepción política, es decir, limitada a las materias específicamente políticas, que resulte aceptable para una gran mayoría de los ciudadanos. Y la cuestión que se plantea inmediatamente es cómo esa concepción, que implica sacrificios ideales o materiales para muchos, puede sostenerse en la cruda realidad presente.

Oigamos cuanto Rawls dice al respecto:

«Así pues, el liberalismo político busca una concepción política de la justicia en la esperanza de atraerse, en una sociedad regulada por ella, el apoyo de un consenso entrecruzado de doctrinas religiosas, filosóficas y morales. Atraerse ese apoyo de las doctrinas razonables sirve para sentar la base que permite contestar a nuestra segunda cuestión fundamental: ¿cómo pueden ciudadanos profundamente divididos por doctrinas religiosas, filosóficas y morales mantener una sociedad democrática justa y estable? A este fin, es normalmente deseable que las concepciones comprensivas filosóficas y morales que queramos usar a la hora de debatir asuntos políticos fundamentales surjan a la vida pública. La razón pública —el razonar de los ciudadanos en el foro público acerca de las esencias constitucionales y de las cuestiones básicas de la justicia— se deja orientar óptimamente, entonces, por una concepción política cuyos principios y valores pueden aceptar todos los ciudadanos. Esa concepción tiene que ser, por decirlo así, política, no metafísica».

Ahora bien, si se trata de formular una concepción capaz de orientar la discusión pública «acerca de las esencias constitucionales y de las cuestiones básicas de la justicia» en una sociedad plural y democrática, no parece que el mero dato de no ser «metafísica», sino exclusivamente política, pueda bastar para conseguir el acuerdo por solapamiento que garantice la estabilidad de una sociedad razonable articulada según los principios liberales. Veamos por qué.

4. LA CAPACIDAD DE ORIENTAR LA DISCUSIÓN POLÍTICA DE LA «JUSTICIA COMO IMPARCIALIDAD

4.1. ¿PUEDE SER IMPARCIAL LA JUSTICIA COMO IMPARCIALIDAD?

Para referirse a la concepción del liberalismo político de Rawls, que él mismo denomina *Justice as fairness*, se habla en castellano de «jus-

ticia como equidad», que es, desde luego, una de las traducciones más directas de «fairness». Prefiero, sin embargo, hablar de imparcialidad, pues, como acaba de verse, es la imparcialidad el valor básico que tiende a garantizar la apelación a una posición original definida por el «velo de la ignorancia», mientras que la equidad parece referirse específicamente al ámbito operativo del segundo principio.

Lo que Rawls intenta mostrar es que, en esa específica situación de imparcialidad, si se dan las circunstancias apropiadas, las partes contratantes estarían de acuerdo en elegir organizar la sociedad sobre la base de sus dos principios de justicia, lo que, según Hart, de ser cierto, constituiría un poderoso argumento a favor de tales principios, algo que, sin embargo, no parece del todo claro.

En efecto: señala Dworkin que un contrato justifica por sí solo que se dé a las partes el tratamiento que han aceptado; pero un acuerdo hipotético no es ni siquiera un contrato, de modo que por el hecho de que alguien —colocado en la posición original— haya consentido previamente regirse por los principios rawlsianos, no se halla justificado aplicárselos después, cuando está socialmente situado y opta por una determinada concepción del mundo incompatible con ellos. Este déficit de justificación se hace especialmente evidente en el caso de que la **concepción del mundo** elegida —que es, no se olvide, la que, según Rawls, determina la verdad o falsedad de sus creencias— sea incompatible con la imparcialidad. O, dicho de otro modo, contenga algunos —o muchos— principios **no neutrales** que determinen, a su vez, elecciones incompatibles con la maximalización de la libertad, con su prioridad o con el principio de la diferencia.

El castigo o la despenalización del aborto consentido ejecutado durante las primeras semanas del embarazo podría servir de ejemplo del dilema en que se encuentra quien, habiendo optado en la posición original por el esquema de Rawls, adhiriese después, como doctrina comprensiva, al catolicismo tal y

como es entendido por quienes defienden las posiciones «pro vida». ¿Cómo podría, en una sociedad plural, erigida sobre los principios del liberalismo político, elegir el castigo de la mujer actuando de modo imparcial? Pero, una vez determinada su concepción del mundo, ¿cómo podría optar por no castigarla, si su Iglesia o la parte de ella a la que pertenece declara que esa opción es injusta? ¿Qué clase de justificación o de fuerza persuasiva puede tener, para él, el esquema de Rawls?

Algo parecido puede decirse del conjunto de las diferencias de las que el diseño de la posición original nos invita a prescindir. Ciertamente, aquí las ideas de Rawls parecen más sólidas: no resulta a primera vista justificado renegar de las opciones que se eligieron bajo el velo de la ignorancia después, cuando el elector llega a saber que se halla en el grupo de los más afortunadas económica o profesionalmente. Pero si se invierte el ejemplo, ya no parece tan inadecuado impugnar la elección previa si ulteriormente se encuentra entre los más desfavorecidos.

Pese a su aparente agudeza, la objeción de Dworkin no me parece convincente, pues si alguien, desde una óptica imparcial, elige ciertos principios y, después, al ver la posición en que su elección le ha colocado, elige otros porque le resultan más convenientes mal podrá defenderse que su cambio de criterio obedece a razones de justicia: a lo sumo, podrán esgrimirse razones de esa índole como disfraz de los intereses egoístas que han motivado al cambio. La cuestión no es, pues, si el que realizó la elección en la posición original se halla contractualmente obligado por ella, sino si esa elección era, como parece, la decisión más justa.

Rawls presupone que, en una sociedad regida por sus dos principios, las diferencias de posición social son limitadas y asumibles, de modo que resulta no solo posible, sino incluso sencillo delimitar un punto de vista neutral; pero ese estado no es fácil de encontrar en ninguna de las sociedades realmente existentes. Defender la neutralidad entre «milleuristas» y

multimillonarios o entre hombres y mujeres es, quizás, posible; pero la validez de lo que se entienda por neutralidad no puede darse por sentada. De modo que, como dice Nagel, «una hipotética situación de elección entre todas las partes componentes de una sociedad ha de imponer fuertes restricciones sobre las bases de la elección» (como las representadas por el velo de la ignorancia) y esas restricciones solo pueden resultar justificadas en los términos de una determinada concepción del bien.

Si eso es así —y así parece—, la neutralidad acerca de las concepciones del bien es, a su vez, un modo de concebir el bien y no parece que pueda justificarse precisamente por ser neutral.

Esta objeción ha de tenerse, ciertamente, en cuenta, pero no la creo decisiva. Es muy parecida a la objeción que opone al relativismo el carácter no relativo de su afirmación básica de que todo es relativo: pese a ella, no creo que se pueda negar la condición de relativista a quien sostiene que todo es relativo. Pues bien, si la exigencia de neutralidad se acota, limitándola al territorio político en el que se pretende instaurar una organización social justa, no creo que pueda decirse que quien sustenta tal idea sostiene una tesis «comprehensiva» y, en consecuencia, que ha dejado de ser neutral.

4.2. EL IDEAL COOPERATIVO Y LA ENVIDIA

«Supongamos, para fijar las ideas, que una sociedad es una asociación más o menos autosuficiente de personas que en sus relaciones conocen ciertas reglas de conducta como obligatorias y que en su mayoría actúan de acuerdo con ellas. Supongamos además que estas reglas especifican un sistema de cooperación planeado para promover el bien de aquellos que toman parte en él, ya que, aun cuando la sociedad es una empresa cooperativa para obtener ventajas comunes, se caracteriza típicamente tanto por un conflicto como por una identidad de intereses. Hay una identidad de intereses puesto que la cooperación social hace posible para todos una vida mejor de la que pudiera tener cada uno si viviera únicamente de sus propios esfuerzos. Hay

un conflicto de intereses puesto que las personas no son indiferentes respecto a cómo han de distribuirse los mayores beneficios producidos por su colaboración, ya que con objeto de perseguir sus fines cada una de ellas prefiere una participación mayor a una menor. Se requiere entonces un conjunto de principios para escoger entre las diferentes disposiciones sociales que determinan esta división de ventajas y para suscribir un convenio sobre las participaciones distributivas correctas. Estos principios son los principios de la justicia social: proporcionan un modelo para asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definen la distribución apropiada de los beneficios y las cargas de la cooperación social».

En el trasfondo de la concepción de Rawls se halla esa idea de la sociedad como un sistema de cooperación. Por eso, y como ya se ha dicho, una de las características de los sujetos que la componen, en tanto sujetos racionales, es la de no ser envidiosos.

Esa no es, o no es solo, una exigencia psicológica de racionalidad: también —y quizás ante todo— es un requisito objetivo de la racionalidad de la sociedad como sistema. Por lo tanto, antes de preguntarse si los individuos reales son, en efecto, como el esquema de Rawls requiere —pregunta que, según hemos anticipado, ha de responderse negativamente— hay que indagar si realmente viven en un sistema social cooperativo. Porque, de no ser así, la división en dos partes de la argumentación que Rawls propone nada podría resolver: su propuesta carecería, sencillamente, de base, a menos que la sociedad cambiara.

Me propongo defender, por medio de una sola comparación, que las sociedades actuales no son suficientemente cooperativas, profundizando con ella, un poco más de lo que Rawls lo hace, en la idea de la sociedad como sistema de cooperación, que me parece insatisfactoria tal y como Rawls la presenta: a partir de su descripción, prácticamente cualquier clase de sociedad es un sistema cooperativo, pues en casi todas las sociedades imaginables la unión hace posible para todos una vida mejor que la que cada uno pudiera obtener aisladamen-

te. Pero esa posibilidad, inherente a casi todo sistema social, no lo transforma, sin más, en un sistema cooperativo: esa cualidad se define por el conjunto de metas e ideales que rigen una sociedad determinada y, muy en particular, por las que se aplican a la obtención, apropiación y distribución del producto social. Sociedades cooperativas se hallan descritas en estudios antropológicos. Para no citar sino un caso sobradamente conocido, me referiré a la sociedad arapesh que analiza M. Mead en *Sexo y temperamento*, calificándola de «sociedad cooperativa».

«La vida arapesh está organizada en función de este esquema central, por el que hombres y mujeres, fisiológicamente diferentes, dotados de distintas potencias, se unen en una aventura común que es primariamente maternal, previsor, y orientada desde el yo individual hacia las necesidades de la próxima generación. Es una cultura en la cual hombres y mujeres hacen cosas diferentes por las mismas razones, en la cual no se espera del hombre que responda a determinados motivos y la mujer a otros, donde, si se da a los hombres más autoridad es porque la autoridad es un mal necesario que alguien, el compañero más libre, por ejemplo, debe soportar. Es una cultura en la que si se excluye a la mujer de las ceremonias, se hace por su propio bien, y no como un recurso para reforzar el orgullo masculino: los hombres, en verdad, hacen todo lo posible para guardar los secretos que afectarían a sus esposas y deformarían a los niños que aún no nacieron. Es una sociedad donde el hombre concibe la responsabilidad, el mando, la figuración social y la arrogancia, como deberes onerosos que se ve forzado a cumplir y de los que se desentiende alegremente en la madurez, tan pronto como su hijo mayor alcanza la pubertad. Para comprender un orden social que sustituye la agresividad, la iniciativa, el afán de competir y de poseer —actitudes bien conocidas que sustentan nuestra cultura— por la mutua comprensión de los problemas y el interés por las necesidades ajenas, es necesario discutir en detalle la organización de la sociedad arapesh».

Tras llevar a cabo una descripción de su (prácticamente ausente) organización política, de su relación con las diversas clases de bienes, de la organización y distribución de los diferentes trabajos, de su actitud hacia la guerra y

la violencia, la educación, la adquisición para otros, el papel del regalo, etc., Mead concluye destacando el caso de los «grandes hombres», únicos en los que se estimula la agresividad y el espíritu competitivo, en los siguientes términos:

«Así, en una sociedad donde la norma es ser amable, cooperativo, desinteresado, donde nadie calcula cuánto le deben, y cada hombre caza para que otro coma, se encuentran individuos especialmente adiestrados para conducirse de la manera diametralmente opuesta que se espera de los “grandes hombres”».

Se les urge a asumir la responsabilidad de organizar las fiestas preliminares, que culminan *v.g.* en la gran ceremonia de la iniciación; y algunos de ellos se rinden a esta presión, aprenden a imponerse a contar sus cerdos, a cultivar huertas especiales, a organizar partidas de caza y a cumplir durante varios años el largo plan necesario para una ceremonia que no dura más de un día. Mas cuando su hijo mayor alcanza la pubertad, el «gran hombre» puede retirarse; ya no necesita imponerse y gritar, ni ir a fiestas buscando la oportunidad de insultar a su buanyin; puede quedarse tranquilamente en su casa, guiando y educando a sus hijos, trabajando en la huerta y arreglando los matrimonios de los suyos. Puede retirarse de la activa vida de competencia que su sociedad supone, casi siempre con acierto, llena de inquietudes y desagradable para él.

La comparación más superficial entre la sociedad descrita por Mead y la nuestra deja bien claro que no vivimos en un «sistema cooperativo», sino en uno altamente agresivo y competitivo, en el que la envidia se halla instalada en la misma estructura social desde la que se pretende formular una teoría de la justicia susceptible de ser aceptada por todos los que pueden permitirse no estar atrapados por la envidia, esto es, por todos los que, por unas u otras circunstancias, no se hallan enteramente sometidos a las coacciones internas del sistema social en el que viven: es decir, por un conjunto de *seres marginales* que, a menudo, proponen modelos de conducta racional que

ni siquiera ellos mismos pueden seguir. Es claro que me refiero con ello, especialmente, a la comunidad académica, destinataria destacada de las reflexiones de Rawls, pero ni siquiera esa comunidad es inmune a la envidia.

4.3. CONCLUSIÓN

Recapitulando lo dicho hasta ahora, ni el recurso al velo de la ignorancia garantiza la imparcialidad ni la exclusión de la envidia parece aceptable en cuanto exige a los individuos «racionales» prescindir de un impulso muy básico, al que les aboca la sociedad en la que viven. A lo que cabe añadir que, en la concepción de Rawls, como ha mostrado en multitud de ocasiones la historia, difícilmente será aceptada como regla con la que enjuiciar la razonabilidad de sus opciones por quienes profesen «concepciones comprensivas» **no** razonables (cuyo número e incidencia no pueden desdiseñarse).

En consecuencia, la concepción de la justicia como imparcialidad, tal y como Rawls la formula, no parece cumplir las exigencias que requeriría una doctrina capaz de orientar eficazmente la discusión pública ni siquiera en las democracias occidentales tal como son: para que fuese capaz de cumplir esa tarea, sería necesario que en esas sociedades se operasen profundos cambios.

Ciertamente, Rawls se distancia de modo rotundo del sistema político y de la sociedad norteamericana, que, desde luego, le han servido de base para formular su concepción de la justicia. Oigámosle:

«Habermas y yo no estamos, sin embargo, debatiendo la justicia de la constitución de los Estados Unidos como tal, sino, más bien, discutimos si la justicia como equidad permite la soberanía popular que él aprecia y si es coherente con ella. He afirmado rotundamente que así es. Y tendría, como él, objeciones que, en mi caso, se derivan de los dos principios de justicia para nuestra presente Constitución y para la estructura básica de nuestra sociedad como sistema de cooperación social. Por mencionar tres: el presente sistema falla lamentablemente en financiar las elecciones

políticas, lo que conduce a graves desequilibrios en las libertades políticas equitativas; permite una distribución disparatada de los ingresos y la riqueza que socava seriamente las oportunidades equitativas en educación y en oportunidades de empleo remunerado, todo lo cual socava la igualdad económica y social; y también están ausentes las provisiones de elementos constitucionales esenciales tales como la sanidad para quienes no están asegurados».

Pero esta y otras críticas que Rawls dirige a las democracias existentes, pese a su innegable profundidad, al ocupar un espacio marginal en su obra y no ir acompañadas de propuestas tendentes a eliminar los profundos defectos criticados, no la hacen apta para propiciar directamente ese cambio, aunque no cabe negar que puedan suponer un impulso indirecto para llevarlo a cabo.

5. ¿ESTÁ JUSTIFICADA LA CONCEPCIÓN DE LA JUSTICIA DEL LIBERALISMO POLÍTICO?

La pregunta que sirve de cabecera a este epígrafe puede, a su vez, dividirse en dos: in-quiere, en primer lugar, si la «teoría de la justicia» ofrece una justificación teórica o práctica de la concepción de la justicia del liberalismo político; y, en segundo lugar, y dado que habría que contestar negativamente a la primera cuestión, si ofrece, al menos, una perspectiva que pudiera servir de fundamento razonable a un *consenso entrecruzado* que la sustentase. Intentaré contestar separadamente y por su orden esas preguntas.

5.1. LA DEBILIDAD DE LA RAZÓN RAWLSIANA

Desde luego, aunque la teoría de la justicia coquetea con las teorías científicas e intenta lucir, en ocasiones, el ropaje de las teorías en sentido fuerte, ni siquiera pretende seriamente pertenecer a ellas. A lo sumo, puede ser cali-

ficada de teoría, en sentido muy débil, en la medida en que proporciona un esquema argumentativo que puede servir de soporte a algunas de sus intuiciones básicas acerca de la justicia. De modo que esas intuiciones resultan reforzadas por una narración razonable que parece otorgarles un plus de validez.

Pues bien: me propongo demostrar que todo eso no es más que pura apariencia y que la teoría de la justicia es una construcción especulativa carente de cualquier capacidad de justificación autónoma y, por lo tanto, de todo valor «teórico», aunque eso no quiere decir, desde luego, que no tenga valor alguno.

Para llevar a cabo esa demostración, partiré de la idea de que el procedimiento arbitrado por Rawls toma como punto de partida el hecho de que el conjunto de problemas que plantea la justicia en nuestras sociedades tiene su origen en la *parcialidad* con que los seres humanos afrontamos las cuestiones prácticas, de donde se infiere que solo pueden resolverse desde un enfoque imparcial. De esa idea básica derivan, en mi opinión, tanto la estructura de la posición original cuanto la exclusión de la envidia. Bajo esas presuposiciones, el diseño de un sistema social justo resulta discutible por las razones que se verán.

La tesis de Rawls es que un modelo de sociedad basado en el primado de las libertades básicas e iguales y en el sometimiento de las desigualdades materiales a la criba del segundo principio se justifica mediante el argumento de que ese el modelo que, muy probablemente, elegirían quienes lo hicieran en las condiciones de imparcialidad descritas.

En este punto, se han hecho a Rawls reproches contradictorios: se le ha acusado, en primer término, de prefigurar el resultado de la elección a partir de las determinaciones iniciales y, en segundo lugar, de haber disfrazado de argumento deductivo lo que no es más que intuición. El primero de esos reproches me parece injustificado: hasta tal punto creo que la conclusión de su argumento no se halla contenida en las premisas que me atrevería a decir

que no concluye. Con ello, quedan rechazadas las objeciones del primer tipo.

En cuanto a las del segundo tipo, su tesis, expuesta sucintamente, diría que unos egoístas racionales, si se sintieran impulsados solo por la idea de escoger la opción más beneficiosa —y no por la envidia ni por el altruismo— y estuvieran cubiertos por el velo de la ignorancia elegirían, en el momento constituyente, estructurar la sociedad sobre la base de sus dos principios.

Propone, pues, un condicional contrafáctico, al que no puede otorgarse un auténtico valor argumental, a menos que pudieran solventarse algunas dificultades lógicas que me parecen de imposible solución. Sin ánimo exhaustivo, cabe aludir, en primer lugar, a que las condiciones en las cuales se habría de producir la elección son no ya hipotéticas, sino —innecesario es subrayarlo— implausibles; y, si ello es así, hay que partir de que carecemos de toda base inductiva para inferir cuál sería la elección que tendría lugar en una situación que no es que no se haya producido nunca, sino que ni siquiera puede reconstruirse realmente: únicamente cabe una reconstrucción imaginaria, a la que, por lo tanto, solo cabe asignar un resultado imaginario.

Además, merece destacarse que falta cualquier clase de atadura nómica entre el antecedente y el consecuente: no hay ninguna ley, ni necesaria ni probable, que determine que, en las circunstancias descritas, se optaría por ninguno de los dos principios rawlsianos.

A simple vista, podría parecer que bastan las dificultades expuestas tanto para rechazar la primera objeción cuanto para aceptar la segunda: si Rawls no ha logrado, por medio de su construcción, un argumento sólido para sus intuiciones básicas, parece lógico afirmar que ha quedado atrapado en un intuicionismo del que no puede salir y que, por lo tanto, no ha formulado una teoría, sino que se ha limitado a llevar a cabo una propuesta reflexiva, a debatir en la discusión pública.

5.2. DEL ARGUMENTO A LA PERSUASIÓN

Sin embargo, su propuesta puede interpretarse de otro modo, como el propio Rawls ha reconocido, rectificando expresamente sus primeras posiciones. Se trata, en esta segunda lectura, de tomar como punto de partida el hecho de que, en mayor o menor medida, las sociedades occidentales han encontrado en la consagración constitucional y en la vigencia efectiva de algunos de los principios básicos del liberalismo un *modus vivendi* dependiente de una serie de contingencias afortunadas.

En ese contexto, una concepción de la justicia no metafísica, habría de articular los ideales y valores de los sistemas democráticos de modo tal que cupiera alguna esperanza de conseguir un consenso por solapamiento (*overlapping consensus*) en el que coincidieran las más diversas —e incluso opuestas— doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas o morales. De ese modo, las instituciones demoliberales, convenientemente reformuladas, podrían lograr una adhesión más sólida que la mera resignación y, con ella, una estabilidad mayor.

Dworkin señaló en su día dos posibles interpretaciones de los principios de Rawls: según la más profunda, son categorías innatas de la moralidad de las que nadie puede renegar sin renunciar absolutamente a la capacidad de razonar sobre moralidad; en cambio, según la menos profunda, a la que Dworkin prefiere atenerse, la idea de justicia como imparcialidad es una noción intuitiva que adquiriría una gran fuerza persuasiva si se pudiera demostrar que las partes, en la posición original, elegirían los principios que él propone. Pero esa demostración, según lo afirmado hasta ahora, parece imposible. Lo que Rawls propone es un experimento mental que quizás pueda ser útil para someter los propios puntos de vista políticos a un cierto tipo de análisis filosófico —como señala Dworkin—; pero que, por eso mismo ni constituye realmente una propuesta «política», que habría de formularse en otros términos, ni será capaz de persuadir a quienes creen que

hay ideales superiores al de la igual libertad que subyace a la propuesta de Rawls.

Lo dicho no comporta negar toda sustancia a esa propuesta. Como el propio Rawls subraya, hay un punto de partida que recuerda, en términos contextuales y no apriorísticos, el punto de partida del razonamiento kantiano, es decir, el sentido común de la justicia. Dice así Rawls:

«En una sociedad democrática hay una tradición de pensamiento democrático, el contenido del cual resulta al menos familiar e inteligible para el sentido común educado de la ciudadanía en general. Las instituciones principales de la sociedad, y las formas aceptadas de interpretación de las mismas, se conciben como un fondo de ideas y principios implícitamente compartidos».

Desde ese punto de partida, Rawls no llega, a diferencia de Kant, a ninguna clase de metafísica, sino a una concepción de la justicia cuya capacidad para lograr el consenso entrecruzado (*overlapping*) «es **una cuestión especulativa**», como él mismo admite en los párrafos que siguen a la cita anterior, cuya viabilidad habrá de despejarse, según se ha apuntado, primero en la discusión pública y después en la realidad política.

6. SOBRE LA JUSTICIA DE LA TEORÍA DE LA JUSTICIA

6.1. ¿PUEDE JUSTIFICARSE LA CONCEPCIÓN DE LA JUSTICIA DEL LIBERALISMO POLÍTICO?

En el famosísimo debate con Rawls, Habermas afirma lo siguiente:

«En la prioridad de los valores políticos se expresa una exigencia de la razón práctica —la exigencia de imparcialidad articulada por lo demás en el punto de vista moral—. Pero esta no está contenida en el concepto de lo razonable introducido por Rawls. En la actitud de las personas “razonables” que quieren tratarse mutuamente de modo equitativo, a pesar de saber que no coinciden en sus concepciones religiosas o me-

tafísicas, el punto de vista moral colectivo está en todos tan ausente como en la reflexividad y la renuncia a la violencia de las concepciones del mundo “razonables”. Una exigencia de la razón práctica que tiene que doblegarse ante concepciones del mundo, si es que el consenso entrecruzado ha de ser posible, solo puede justificarse evidentemente por la fuerza de una **autoridad epistémica independiente** de las concepciones del mundo mismas».

Si Habermas tiene razón en ese punto —y, a primera vista, parece tenerla—, la justificación de los principios de justicia en términos morales, que Rawls arroja por la puerta de su edificio de la teoría de la justicia, se le cuele —a su pesar— por la ventana. Pues la razonabilidad de las concepciones del mundo que conviven en nuestras sociedades, cada vez más plurales, solo puede establecerse desde fuera de ellas, bien sea a partir del mero hecho de la convivencia (pero, entonces, el resultado sería, simplemente, el actual *modus vivendi*), o bien de alguna clase de derecho moral que, en el ámbito de la justicia, hubiera de prevalecer sobre la autoridad de cualesquiera concepciones del mundo.

Solo esa segunda opción, si fuera posible, posibilitaría, a su vez, un *overlapping consensus*. Por eso, en la continuación del debate con Habermas aparecen diversas comunicaciones que examinan la posibilidad de una Teoría de la Justicia «no metafísica, sino transcendental» o la «justificación de la justicia» y la «justicia de la justificación».

Ninguna de esas especulaciones parece ser consciente de que, cuando hablamos de justicia, estamos delimitando acciones, instituciones o sistemas que, al ser postulados como justos se entienden ya justificados y, por tanto, no admiten justificación ulterior alguna, ni epistémica ni transcendental ni de ninguna otra índole; pues si, como sostuviera Toulmin, los juicios éticos (y los relativos a la justicia lo son) han de resultar avalados por *buenas razones*, una justificación ulterior requeriría un tipo superior y distinto de buenas razones, cosa que la gramática de tal argumento no permite, pues

si la justificación dependiese de razones ulteriores las primeramente dadas nada justificarían y, por lo tanto, no serían buenas razones. Como afirmó reiteradamente Wittgenstein, la justificación ha de tener un final, pues, de lo contrario, no sería una justificación, sino que seguiría remitiendo a una justificación ulterior, y así sucesivamente, con lo que nada podría llegar a estar justificado. Tras ese final se llega a la roca dura y allí ya no se puede continuar indagando, porque «la pala se retuerce».

6.2. JUSTIFICACIÓN Y PERSUASIÓN

De modo que, si se espera de la concepción de la justicia del liberalismo político una justificación más fuerte que la contextual, limitada y remitida a un consenso posible que ofrecen las formulaciones de Rawls, creo que no podría darla, porque no la hay. Y, sin embargo, creo a la vez que el núcleo básico del liberalismo político podría, quizás, proporcionar paradigmas de justicia que pudiesen ser defendidos de modo cuasi universal (aunque desde luego, nunca tendrían la virtualidad de convencer a Hitler, como irónicamente dijera Putnam), e incluso, llevados poco a poco universalmente a la práctica. Porque, con la globalización, el sentido ético común de las democracias, que constituye el punto de partida de la construcción de Rawls, se está universalizando y, tras esa universalización, la igualdad de los seres humanos en dignidad y derechos es algo que no sé en qué términos podría discutirse seriamente.

Es esa igual libertad, en un mundo inevitablemente plural, la que constituye la esencia de la concepción de la justicia de Rawls. La razonabilidad de esa creencia puede, desde luego, ponerse en duda. Pero quizás podría llegar a ser tenida generalmente por plausible si los esfuerzos especulativos versasen no sobre derechos abstractos de seres fantasmagóricos que habitan mundos imaginarios, sino sobre los derechos reales de los habitantes de este mundo, y adoptasen no solo las más diversas formas de la argumentación, sino también todos los medios

no abusivos de la propaganda persuasiva. Una propuesta así formulada y defendida merecería realmente el calificativo de «política», que solo como metáfora puede aplicarse a la de Rawls. Naturalmente, no me propongo ni siquiera comenzar a describir qué clase de actividades concretas habría que desarrollar para hacer efectiva esa propuesta.

7. DEFENSA DEL LIBERALISMO POLÍTICO

En nuestro tiempo, en muchos círculos intelectuales europeos, parece que el liberalismo es algo superado: hay una suerte de tabú que hace que apenas se habla del liberalismo haya que afrontar un rechazo tan firme como injustificado.

Ese rechazo obedece a múltiples motivos. Se argumenta que la concepción del hombre del liberalismo, al partir del individuo abstracto, comete el error fundamental de ignorar que los individuos humanos son tales porque se hacen así en sociedades determinadas y no pueden concebirse al margen de ellas; por otra parte, se identifica el liberalismo con las políticas económicas neoliberales y sus inhumanas consecuencias; se le reprocha un déficit de igualdad y, en la medida en que propicia la intervención del gobierno en la coexistencia de las libertades, se le imputa también una excesiva restricción de la libertad individual.

Intentaré llevar a cabo, frente a esas objeciones, una defensa *prima facie* del liberalismo político que no pretende cerrar la discusión en torno a sus propuestas, sino más bien abrirla, situándolo en la agenda de la discusión política, de la que, en Europa en general y en España en particular, se halla prácticamente ausente.

7.1. LIBERALISMO Y COMUNITARISMO

Descartado por Rawls el punto de vista *a priori* acerca de la libertad y, con él, la

consideración del individuo como un ser abstracto, independiente de la comunidad en que viva; situada la pretensión de libertad del liberalismo político en el marco del proceso histórico que conduce a la modernidad y, tras ella, a la Ilustración; y, finalmente, determinado su contenido a partir del «sentido ético común» de las democracias occidentales, las objeciones de principio del comunitarismo se debilitan.

Ese debilitamiento se pone de manifiesto ya en el propio título de una obra de Dworkin (*La comunidad liberal*), o en las objeciones, aceptadas implícitamente por Rawls que Th. Nagel opone al utilitarismo egoísta, al que niega la posibilidad que erigirse en principio universal de acción y frente al que defiende «la posibilidad de altruismo». Junto al individuo como titular de intereses materiales, Nagel sitúa sus distintas posibilidades vitales que abren un abanico de opciones mucho más amplio que el diseñado por un utilitarismo ceñido a fines egoístas y pueden propiciar la inclusión de los otros.

Así las cosas, la oposición liberalismo-comunitarismo queda limitada a una posible divergencia política: algunos comunitaristas, como es el caso de Sandel, admiten que la libertad pueda quedar restringida en defensa de las convicciones morales de una mayoría de conciudadanos. Pero esa posición resulta muy difícil de defender si se acepta, como hace Rawls, que el pluralismo es un hecho constitutivo de la modernidad que, por lo tanto, constituye un presupuesto irreversible de las sociedades actuales, para las que volver al pasado es convertir el futuro en una pesadilla.

7.2. LIBERALISMO POLÍTICO Y LIBERTARISMO

Un crítico «comunitarista» del liberalismo como Michael J. Sandel, en su difundidísima obra sobre la justicia, señala como guías intelectuales del libertarismo a Friedrich A. Hayek, que defendió «que todo intento de que haya mayor igualdad económica no podría ser sino

coercitivo y destructivo para una sociedad libre» y a Milton Friedman, para quien muchas actividades del Estado que, por promover un incremento del bienestar general gozan de una gran aceptación (como la seguridad social o cualquier programa estatal de pensiones) constituyen un ataque ilegítimo contra la libertad individual.

Creo que, tras esa mínima descripción, no es difícil explicar el rechazo al *limine* del libertarismo, pues la libertad sin límites es poder desnudo y remite a la ley del más fuerte, que, por lo que se refiere a Europa, ya fue objeto de discusión y repudio en la Antigua Grecia. Pero, para descartar su denuncia del liberalismo político como ilegítima intromisión del gobierno en la libertad individual basta con reproducir las palabras con que Sandel concluye el capítulo que dedica a Rawls:

«En *Teoría de la justicia*, Rawls rechaza el consejo de ser complacientes que se refleja en las opiniones de Friedman. En un pasaje emocionante, enuncia una verdad bien conocida pero que a menudo olvidamos: la manera en que son las cosas no determina la manera en que deberían ser: *Deberíamos rechazar el argumento de que la ordenación de las instituciones siempre será defectuosa porque la distribución de las aptitudes naturales y el capricho de las circunstancias sociales son injustos, y esta injusticia debe trasladarse inevitablemente a las disposiciones humanas. En ocasiones, esta reflexión se ofrece como excusa para ignorar la injusticia, como si rehusarse a aceptar la injusticia fuese parejo a ser incapaz de aceptar la muerte. La distribución natural ni es justa ni injusta; ni es injusto tampoco que las personas nazcan en la sociedad en alguna posición particular. Son, simplemente, hechos naturales. Lo que es justo e injusto es la manera en que las instituciones tratan esos hechos.*

Rawls propone que los tratemos aceptando “compartir los unos el destino de los otros” y “sacar provecho de los accidentes de la naturaleza y de las circunstancias sociales solo cuando redundan en el beneficio común”. Sea válida o no en última instancia esta teoría de la justicia, representa la defensa más atractiva de una sociedad más igual que la filosofía política haya producido jamás en Estados Unidos».

Ese juicio de Sandel basta para poner de manifiesto que el liberalismo político propone un equilibrio razonable entre la libertad y la

igualdad. Pero para comprobar que ese equilibrio no produce una restricción ilegítima de la libertad, no basta con la afirmación de la prioridad de las libertades básicas; es preciso descender a su tratamiento efectivo.

Obviamente, no es posible examinar aquí todas y cada una de esas libertades para calibrar de qué modo se conciben en la propuesta de Rawls. Sin embargo, creo que para resolver la objeción libertaria bastará examinar una libertad paradigmática, la libertad de expresión, pues en cierto sentido cabe afirmar que se trata de la libertad más básica. En efecto, desde la concepción cartesiana de la mente parece que la primera libertad humana sea la libertad de pensamiento (o, dicho de otro modo, la libertad de conciencia o libertad ideológica). No obstante, desde que Wittgenstein puso de manifiesto hasta qué punto el pensamiento depende del uso del lenguaje, la libertad de pensamiento nace de la de expresión, de modo que es esta última la que cabe considerar primordial. Pues bien, el tratamiento que la libertad de expresión recibe en Rawls se halla especificado en su obra *The Basic Liberties and Their Priority*, traducida al castellano con el título *Sobre las libertades*. En esa obra analiza Rawls la libertad de expresión política como libertad básica y trata de especificarla en libertades particulares para proteger sus márgenes centrales. Para ello se remite a lo que la doctrina constitucional muestra como puntos fijos de esos márgenes, a saber:

«En una sociedad libre no existe nada semejante al delito de libelo sedicioso; no han restricciones previas a la libertad de prensa, excepto en casos especiales; y la exposición de doctrina revolucionarias y subversivas está plenamente tutelada. Los tres puntos fijos señalan y cubren por analogía una gran parte de esos márgenes centrales de la libertad de expresión política».

A esa declaración sigue un análisis de la doctrina y jurisprudencia norteamericana hasta el caso *Brandenburg vs. Ohio*, en el que el Tribunal Supremo norteamericano adopta el siguiente principio:

«Las garantías constitucionales de libre expresión y prensa no permiten al Estado prohibir o proscribir la defensa del uso de fuerza o de la violación de la ley *excepto cuando ésta defensa va dirigida a incitar o producir una acción ilícita inminente y es probable que incite o produzca esa acción*».

Junto a *Brandenburg*, remite Rawls a las sentencias *New York Times & Co. vs. Sullivan* y *New York Times & Co. vs. Estados Unidos*, que cubren, a su juicio, los tres puntos fijos que constituyen los márgenes centrales de la libertad antes citados y representan una revolución en el ámbito de la libertad de expresión, que abarca así un ámbito todavía vedado en la mayoría de los países occidentales que se consideran democráticos.

Dworkin completa la exposición de Rawls en su artículo «Why Must Speech Be Free?», en el que, tras examinar las razones de utilidad y justicia que avalan esa concepción «revolucionaria» de la libertad de expresión, acaba destacando que las tres decisiones aludidas, y especialmente *Sullivan*, «representan una batalla crucial en la defensa de nuestra primera libertad. Pero, aún quedan nuevas batallas que ganar».

Basta con lo dicho, según creo, para mostrar que el liberalismo político no propone restricciones injustificadas de ninguna libertad básica, sino que, al contrario, otorga a todas ellas, empezando por la de expresión, márgenes más amplios de los que propone el libertarismo.

7.3. LIBERALISMO POLÍTICO E IGUALITARISMO

7.3.1. Problemas del igualitarismo

La crítica igualitarista al liberalismo político tiene, en Europa, una fuerza mayor que en Estados Unidos, básicamente por el mayor peso histórico de la lucha de clases y del pensamiento marxista.

Sin ánimo de ofrecer una valoración definitiva del marxismo —no es este el lugar—,

en un juicio *prima facie* podría aceptarse como punto de partida la idea de que la crítica marxista al capitalismo no está, ni con mucho, enteramente superada (basta analizar la crisis actual para ponerlo de manifiesto); en cambio, sí lo está el ideal de sociedad que Marx esbozó.

Para Marx, en una sociedad sin clases, el gobierno de los hombres sería sustituido por la administración de las cosas. Bajo esa fórmula se oculta algo muy obvio: que la administración de las cosas es gobierno de los hombres. Probablemente fue la urgencia de los problemas del presente la que impidió a Marx escrutar más profundamente el futuro, pero lo cierto es que, al proyectar una sociedad en la que desaparecería el gobierno, cabía pensar que en ella los derechos políticos no iban a desempeñar función alguna. Tal vez por eso Marx habla despectivamente de los derechos humanos como «tópicos liberales», «piadosos deseos», «fraseología apologetica», etc., lo que representa un rechazo frontal del liberalismo de Rawls, que es un liberalismo de las libertades políticas y de los derechos humanos.

Ese desprecio del liberalismo se ha expresado en el pensamiento y en la realidad de los países comunistas. Bastará transcribir un párrafo de Della Volpe para mostrar la entidad de la concepción del Derecho en que desembocó la propuesta marxiana:

«En cuanto a la legalidad socialista, en ella se resuelve, me parece, el complejo de los problemas económicos y sociales, en cuanto problemas esencialmente *políticos* que se han acumulado desde el advenimiento del Estado de Derecho en adelante: y se resuelve en una síntesis histórica de Rousseau y Kant (la libertad en función de la igualdad, y viceversa) provocada por el marxismo: en ella, en realidad, la “voluntad general soberana” del primero (Rousseau) ya no se *reduce* a una soberanía popular-nacional-burguesa, sino que se *realiza* en una soberanía popular-proletaria (obrera) y puede acoger y conciliar en su centralismo (democrático-obrero) aquellas libertades civiles del “ordenamiento jurídico” burgués que no se hallen en desacuerdo (*habeas corpus*, etc.) con la libertad de las masas, es decir, de la inmensa mayoría, de la servidumbre del salario».

Cuando se presenta como superación de las «formales» libertades burguesas el panorama de los países comunistas al que alude Della Volpe, conocida su deprimente realidad histórica y la evidencia de su fracaso, no puede sino rechazarse, como una suerte de «camuflaje semántico», como una manipulación intolerable. Ese tipo de manipulación es, por otra parte, muy común: se adopta la terminología liberal para designar una realidad que niega los valores liberales. Bernard Williams ha ejemplificado un uso sofisticado de ese tipo al hablar de *transparencia*, tema hoy de tanta actualidad. La idea de *transparencia* comporta que los miembros de la comunidad puedan conocer cómo trabajan sus instituciones. Pues bien, Williams dice que esa demanda de transparencia, «adoptada expresamente por Rawls, encaja naturalmente con el liberalismo contractualista», pero también es asumida por muchos otros. Así, sigue diciendo, es asumida por muchas teorías marxistas que pretenden impedir que la sociedad obre sin «falsa conciencia»; pero algunos, «con una circularidad indignante», entienden que la actuación sin falsa conciencia consiste en adoptar su ideología.

También en el ámbito de la socialdemocracia hay un línea (que podría trazarse desde Lasalle hasta Jakobs) en la que la devaluación de las libertades formales opera desde el entendimiento de la Constitución jurídica como un «pedazo de papel» y la invocación de una supuesta «constitución material», que es la determinante: sobre ella construye Jakobs el Derecho Penal como disciplina científica. Esa deriva, que esconde bajo la apariencia de científicidad un populismo demagógico inaceptable, es indigna de la tradición socialdemócrata y no conduce sino a la tremenda perversión de convertir al *ciudadano* en su parodia, el *súbdito* que retratará Heinrich Mann y, en consecuencia, a la democracia en dictadura.

Afortunadamente, esa «tradición» socialdemócrata ni es la única ni puede decirse de ella que sea definitoria de la socialdemocracia. En efecto, cuando el totalitarismo nace empezaban a hacerse visibles las figuras de Herman

Heller y Franz von Neumann, que defendieron el carácter irrenunciable de las libertades liberales como momento básico del Estado Social de Derecho; y así, subraya Abendroth, haciéndose eco de esa tradición (y también, de la enérgica denuncia de Smend, asumida por sus discípulos), fueron proclamados en el artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn.

7.3.2. La respuesta de Rawls

En el trabajo aludido, respondiendo a las objeciones igualitaristas, comienza Rawls enumerando sus dos principios de justicia y, tras muy diversas e importantes consideraciones, en las que no cabe detenerse aquí, afronta las objeciones igualitaristas en los siguientes términos:

«La cuestión que hay que afrontar es esta: cómo resuelve la justicia como equidad el viejo problema de que las libertades básicas puedan resultar, por así decirlo, meramente formales. Muchos han argüido —sobre todos los demócratas radicales y los socialistas— que si bien puede parecer que los ciudadanos son efectivamente iguales, son demasiado amplias las desigualdades sociales y económicas que pueden surgir si la estructura básica incluye las libertades básicas y una equitativa igualdad de oportunidades. Los que tienen la mayor responsabilidad y riqueza pueden controlar el curso de la legislación en su propio provecho».

Su respuesta comienza por distinguir entre las libertades, en sí mismas consideradas, y su distinta valía o utilidad para el individuo. Ese es un primer paso «para combinar la libertad y la igualdad en una noción coherente». En un segundo paso se incluye en el primer principio de justicia (la prioridad de las libertades básicas) «la garantía de que las libertades políticas se aseguran por medio de lo que llama *valor equitativo*», que define en los siguientes términos:

«Esta garantía significa que el valor de las libertades políticas para todos los ciudadanos, sea cual fuere su posición social o económica, debe ser aproximadamente igual, o al menos suficientemente igual, en el sentido de que todo el mun-

do tenga una oportunidad equitativa de tener un cargo público e influir en el resultado de las decisiones políticas. Esta noción de oportunidad equitativa es paralela a la igualdad equitativa de oportunidades del segundo principio de justicia. Cuando las partes de la posición original adoptan la prioridad de la libertad, comprenden el hecho de que las libertades políticas iguales se traten de esta forma especial. Cuando juzgamos la propiedad de esta combinación de libertad e igualdad en una noción, hemos de tener presente el lugar distintivo de las libertades políticas en los dos principios de la justicia».

Posteriormente, en *La Justicia como equidad. Una reformulación*, sale Rawls al paso de las objeciones de Marx al liberalismo. Para acabar de delimitar su posición, bastará transcribir el primer párrafo de su replica a Marx:

«a) A la objeción de que algunos derechos y libertades básicos, los que él asocia con los derechos del hombre (y que nosotros hemos denominado las libertades de los modernos) y expresan y protegen el mutuo egoísmo los ciudadanos en la sociedad civil de un mundo capitalista, nosotros replicamos que, en una democracia de propietarios bien diseñada, esos derechos y libertades, convenientemente definidos, expresan y protegen de forma apropiada los intereses de orden superior de los ciudadanos como libres e iguales. Y aunque se permite el derecho a la propiedad de bienes productivos, ese derecho no es un derecho básico sino un derecho sujeto al requisito de que, en las condiciones existentes, sea el modo más efectivo de satisfacer los principios de justicia».

Creo que basta lo dicho para sostener que la propuesta de Rawls es suficientemente igualitaria, hasta el punto de que el reto, en la actualidad, no consiste en hallar una sociedad mejor que la que Rawls propone, sino en encontrar el modo de realizar esa propuesta u otra semejante. Porque, como acaba de decirse, la crítica de Marx al capitalismo se halla, al menos en parte, vigente, los modos de producción alternativos no parecen satisfactorios y la domesticación keynesiana de la economía capitalista ha sido arrollada por la globalización, sin que ninguna forma de control económico mundial pueda realizar, a día de hoy, el papel que Keynes atribuyó al Estado.

7.4. A MODO DE CONCLUSIÓN

El propósito de este trabajo era revisar mi primer juicio crítico sobre la concepción de la justicia de Rawls, explicitando los presupuestos de esa crítica, para clarificar su alcance.

Sostuve en 2008 que los principios del liberalismo podían defenderse muy bien por sí mismos, sin necesidad del aparato de conceptos y argumentos en los que Rawls se apoya. Pues bien, llegado el final de esta revisión, creo que puede afirmarse que la razón justificativa y, con ella, la fuerza persuasiva de los principios liberales radican en el punto de partida de la argumentación de Rawls, es decir, en el hecho de que esos principios pueden ser vistos razonablemente como expresión del sentido común en las democracias pluralistas.

Por eso creo que, si algo más puede concluirse de cuanto hasta aquí se ha dicho, es que el punto de partida del liberalismo político, a saber, las libertades básicas y su prioridad, es irrenunciable: hasta ahora las renuncias a él solo han conducido al horror. Ciertamente, vivimos tiempos tenebrosos en los que el futuro está lleno de incertidumbres, pero si nos queda alguna certeza, esa es la de la libertad.

Para comprenderlo así y, a la vez, para impulsar la recuperación de los valores liberales que parecen perderse en una Europa que, como ya decía Malraux, ha dejado de pensarse en tér-

minos de libertad (y, lamentablemente, parece, en ocasiones, que en cualesquiera otros), y pese a la evaluación crítica a la que han sido sometidas en este trabajo, vale la pena recordar que las tesis de Rawls son objeto en el mundo anglosajón de un importante «debate de familia» en el que participan, nada menos, que Scanlon, Dworkin, Nagel, McCarthy, Rorty, Barry, Nussban, etc., y que tiene también en Europa un eco paralelo, es decir, otra disputa en la que participan Habermas, Tugendhat, Alexy, Wellmer, Honneth, etc.

La calidad intelectual de ese debate está fuera de duda y mi propuesta es no convertir sus planteamientos en dogmas, sino sacarlos del ámbito académico y, traducidos a un lenguaje más sencillo y accesible, exponerlos a la luz pública, al debate político y al juicio del gran público que, debidamente ilustrado, podría llegar a interesarse por esa discusión. Creo que es hora de que ese tipo de discurso obtenga en España la atención que merece y que, con él, empecemos a recuperar nuestra propia tradición liberal que tantos años de dictadura lograron relegar al olvido, cuando no al desprecio. Porque la relativa indiferencia que en nuestra vida política se manifiesta ante la expansión del poder penal del Estado y la correlativa pérdida de libertades y garantías no es, precisamente, un síntoma de salud democrática.

BIBLIOGRAFÍA

Ad. 1

No tiene sentido efectuar una relación de obras de RAWLS. Pero, sí decir que, para hacerse una idea exacta del contenido de su propuesta, es absolutamente indispensable la lectura de *Teoría de la justicia* (F.C.E., Madrid, 2002); *La justicia como equidad: una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2003; *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1999 y *El derecho de gentes. Una revisión de la idea de razón pública* (Barcelona, Paidós, 2001).

La bibliografía sobre Rawls es inabarcable. Como estudios introductorios pueden consultarse los de WOLF, R. D.; (*Para comprender a Rawls*, F.C.E., México D.F. 1981); MARTÍNEZ GARCÍA, J. L.; *La teoría de la justicia* en J. Rawls, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985; GONZÁLEZ ALTABLE, M. P.; John Rawls, *Una concepción política y liberal de la justicia*, Novo Século, Padrón, 1993, entre muchos otros. Creo que algunas de las dificultades de la propuesta de Rawls se hallan ligadas a la tentativa de presentarla como una teoría de la elección justa y, por lo tanto, confrontarla con los hechos pertinentes (siquiera sean hipotéticos), es decir, con las elecciones que, en circunstancias ideales, tendríamos por justas. El núcleo de esa teoría se presenta como una representación esquemática de los procesos «deliberativos» de una gran parte de los seres humanos, como una especie de gramática profunda de sus juicios acerca de la justicia (vid. al respecto DWORKIN, R.; *The original position in Reading Rawls*. Editado con

una introducción de N. DANIELS, Basil Blackwell, Oxford, 1975, 25-26). Con ello se da pábulo a una tentación, la de presentar como neutrales y «científicas» o «cuasicientíficas» algunas opciones en materia de justicia, algo que es, constitutivamente, errónea, como intentaré mostrar.

En cuanto sigue, me ocupo, básicamente, de la que Rawls llama su concepción especial de la justicia (vid. al respecto las precisiones y críticas de HART, H. L. A., *Reading Rawls*, cit., págs. 230 y ss.

He considerado muy especialmente el trabajo de JIMÉNEZ REDONDO, M., *La estructura inconsistente de a Theory of Justice*, en *Constructivismo: Rawls, Nozick*, Departamento de Filosofía Práctica, Universidad de Valencia, 1983.

No quiero, con cuanto se dice en el texto, negar que la concepción liberal de la justicia sea, en el único sentido posible, neutral; sino solo que pueda quedar justificada frente a otras como la única aceptable o correcta por el mero hecho de intentar serlo. Para una amplia discusión del tema vid. BARRY, B.; *La justicia como imparcialidad*, Paidós, Barcelona, 1997, págs. 171 y ss.

Sobre el proceso que conduce a la modernidad, vid. ULLMANN, W. *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1971, especialmente la tercera parte, págs. 219 y ss.; sobre las guerras de religión, tras las que advinieron la tolerancia primero y después la libertad, vid. vg. LUTZ, H., *Reforma y Contrarreforma*, Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1992; KAMEN, H. *Nacimiento y desarrollo de la tolerancia en la Europa moderna*, Ed. Alianza, Madrid, 1987; y, finalmente, sobre la culminación de ese proceso de modernización vid. CASSIRER, E., *Filosofía de la Ilustración*, Ed. FCE, México, 2008 y ISRAEL, J.I., *La Ilustración radical. La filosofía y la construcción de la modernidad, 1650-1750*, FCE, México, 2012.

La reflexión de WITTGENSTEIN sobre el sentido común procede de el *Cuaderno Azul* en *Los cuadernos azul y marrón*, Ed. Tecnos, Madrid, 1968, pág. 92.

La idea de utilizar a Wittgenstein como médico procede de la propia pretensión terapéutica de su reflexión y está expresamente adoptada por Stanley CAVELL, *La filosofía pasado el mañana*, Ed. Alpha Decay, Barcelona, 2014, pág. 71. Este autor subraya más adelante que la derrota del escepticismo no requiere redargüir a sus objeciones con un sistema filosófico como, v.g., el kantiano; sino que basta, como dice Quine, rechazarlo sencillamente como una pesadilla o un vicio intelectual (*op. cit.* pág. 351).

Ad. 2

Para describir parcialmente la posición de KANT, de la que arranca la reconstrucción de Rawls he utilizado las siguientes obras del filósofo de Koenigsberg:

Crítica de la razón pura, Alfaguara 12ª Edición, Madrid, 1996 (Trad. De Pedro Ribas).

Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Espasa Calpe, Madrid, 1990 (Trad. L. Martínez de Velasco).

Crítica de la razón práctica, Alianza, Madrid, 2009 (Trad. Roberto R. Aramayo).

La Metafísica de las Costumbres, Tecnos, Madrid, 2012 (Trad. Adela Cortina y Jesús Conill).

Crítica de la razón práctica. Crítica del juicio y Fundamentación de la metafísica de las costumbres, El Ateneo, Buenos Aires, 1951 (Traductores: de la primera E. Miñana y Villagrasa y Manuel García Morente; y de las dos últimas, Manuel García Morente).

La religión dentro de los límites de la mera razón, Traducción, Prólogo y Notas de Felipe Martínez Marzoa, Ed. Alianza, Madrid, 1969.

He utilizado también las siguientes ediciones alemanas de todas estas obras:

Kritik der reinen Vernunft, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1976.

Kritik der praktischen Vernunft, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1974.

Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2004, Ed. Jens Timmermann.

Metaphysik der Sitten, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1966.

He corregido la traducción de Miñana y Morente que en el Prólogo de la *Crítica de la razón práctica* entienden *Schlussstein* como «piedra angular» y la de Pedro Ribas que, en la pág. 422 (A 466 y B 494) traduce *Grundsteine* como «pilares» en lugar de «piedras angulares».

La distinción kantiana entre libertad práctica y libertad trascendental se torna insostenible si, como dice Wittgenstein (vid. *Investigaciones filosóficas*, números 612-615) «el querer, si no es el desear, debe ser el actuar mismo. No puede detenerse antes del actuar». Y, si es el actuar, entonces ha de serlo en el sentido usual de la palabra: o sea, hablar, escribir, andar, levantar algo, etc. Con lo cual, afirmada la libertad práctica como hecho, no es necesario presuponer una «libertad trascendental».

Sobre cuanto se dice en el texto acerca del impacto de la filosofía analítica vid. vg. W.v.O. QUINE: «Dos dogmas del empirismo», en *Desde un punto de vista lógico*, Ed. Ariel, Barcelona, 1962. La filosofía del llamado «segundo» Wittgenstein va más allá de las importantes y a menudo certeras críticas de Schopenhauer (vid. básicamente SCHOPENHAUER, A., *Crítica de la filosofía kantiana*, Ed. Trotta, Madrid, 2000) pues, como se afirma en el texto, inicia un cambio total de paradigma.

Ad. 3.1.

La cita de Rawls procede de su *Teoría de la Justicia*, cit., pág. 18.
Sobre «lo que hay detrás del velo de la ignorancia» Michael SANDEL ha sostenido que se trata de un desplazamiento de Rawls, del voluntarismo de Kant al cognitivismo de Spinoza (*El liberalismo y los límites de la justicia*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2013, pág. 168), observación que no parece bien fundada.

Ad. 3.2.

Sobre cuanto se afirma en el texto respecto al carácter estructural de la envidia en nuestras sociedades vid. GERTH M. y WRIGHT MILLS, C.; *Carácter y estructura social*, Paidós, Barcelona, 1984.
La cita de Rawls remite a *El liberalismo político*, cit. Pág. 40

Ad 4.1.

La cita de Dworkin pertenece al Artículo referenciado en Ad. 1.
Creo necesario señalar aquí que para que, a una concepción del mundo pudiera atribuírsele verdad o falsedad, sería preciso que, como dice Wittgenstein, quien la califica de verdadera o falsa estuviese fuera del mundo, pues solo así podría contemplar el mundo como un todo y, en consecuencia, solo así podría hablarse de verdad o falsedad de las proposiciones en que esa concepción se expresara.
El punto de vista de Nagel queda ilustrado por el dilema en que se encuentra el Estado a la hora de establecer las garantías constitucionales en materia penal (vid. NAGEL, T.H., *Igualdad y parcialidad*, págs. 177-178).

Ad. 4.2.

Rawls desarrolla más ampliamente la idea de la sociedad «como un sistema equitativo de cooperación» en *El liberalismo político*, cit. Págs. 45 y ss.
La cita de MEAD, M. que se contiene en el texto remite a *Sexo y temperamento*, Paidós, B. Aires, 1961, págs. 30 y 40.
La cita de Rawls corresponde a las páginas 113 y 114 de su intervención en *Habermas/Rawls: Debate sobre el liberalismo político*, Ed. Paidós, Barcelona, 1998.

Ad. 5

Respecto a la idea de *consenso entrecruzado* resulta de singular interés la lectura de «*The idea of an overlapping consensus*», Oxford Journal of Legal Studies, vol. 7, nº 2 (1987).

Ad. 5.1.

Sobre los reproches a que me refero vid. HARE, R.M. y FEINBERG, J.; en *Reading Rawls*, cit.

Ad. 5.2.

Las ideas de Dworkin se expresan en el trabajo citado Ad. 1.
La cita de Rawls remite a *El liberalismo político*, cit. Pág. 44.

Ad. 6.1.

La cita de Habermas procede de HABERMAS J./RAWLS, J.; *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, Barcelona, 2000, págs. 170-171.
Con la continuación del debate me refero especialmente a la obra *Habermas and Rawls. Disputing the Political*, editada por James Gordon Finlayson y Fabian Freyenhagen, Ed. Routledge, New York, 2011; pero también a los artículos de Habermas contenidos en *Mundo de la vida, política y religión*, Ed. Trotta, Madrid, 2015, págs. 221-262.
Sobre las afirmaciones de Wittgenstein acerca de la justificación, vid. *Sobre la certeza*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1988, especialmente números 175, 192, 204, 287 y 563.

Ad. 7

Un panorama general de las críticas a Rawls vid. en GARGARELLA, R., *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Ed. Paidós, Barcelona, 1999.

Ad. 7.1.

Vid. DWORKIN, R., *La comunidad liberal*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1996.
NAGEL, T., *The possibility of altruism*, Ed. Princeton University Press, 1978, especialmente págs. 87 y ss.
SANDEL, M., *Liberalism and its critics*, Ed. New York University Press, 1984, con importantes contribuciones, tanto favorables como críticas, al debate del liberalismo.

Ad. 7.2.

SANDEL, M., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, Ed. Debate, Barcelona, 2011.

Las referencias a Hayek y a Friedman se encuentran en las págs. 74-75.

La cita acerca de Rawls remite a la pág. 189.

En cuanto a la idea de Wittgenstein a la que se alude en el texto vid. *El cuaderno azul* cit. especialmente págs. 33 y 43.

Las citas de Rawls corresponden a su obra *Sobre las libertades*, Ed. Paidós, Barcelona, 1990, págs. 89 y ss.

DWORKIN, R., *Freedom's Law*, Ed. Harward University Press, 1996.

Ad. 7.3.1.

Sobre la posición de Marx respecto a los derechos y libertades básicos vid. EYMAR, C., *Karl Marx, crítico de los derechos humanos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987.

Vid. DELLA VOLPE, G., *Rousseau y Marx*, Ed. Martínez Roca, Barcelona, 1969, pág. 93.

Sobre la propuesta de Jakobs vid. vg. JIMÉNEZ REDONDO, M., *El diablo como persona en derecho. Sobre la idea de Günther Jakobs del «Derecho Penal del enemigo»*, en *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, Tomo II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

Para la referencia a ABENDROTH, W., vid. *Sociedad antagónica y democracia política*, Ed. Grijalbo, Barcelona, 1973, especialmente págs. 268-271. Sería conveniente que, sobre todo, los que actualmente se llaman socialdemócratas leyeran el artículo de HELLER, H. (*Democracia o dictadura*, en *Escritos políticos*, Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1985) o la conferencia de SMEND (*Ciudadano y burgués*, en *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, C.E.C., 1985) o algún libro de NEUMANN, F. (v.g. *El Estado democrático y el Estado autoritario*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1968).

Ad. 7.3.2.

Las citas de Rawls corresponden a *Sobre las libertades*, cit., págs. 71 y ss., y a *La justicia como equidad. Una reformulación*, Ed. Paidós, Barcelona — Buenos Aires, 2002, págs. 233 y ss.

Ad. 7.4.

Sin que ello signifique priorizarla sobre las de otros autores, remito especialmente en apoyo de mi conclusión, a las obras generales de SCANLON, T.M., *Lo que nos debemos unos a otros*, (Ed. Paidós, Barcelona, 2003) y DWORKIN, R., *Justicia para erizos*, (Ed. FCE, México, 2014) y a la específica de HONNETH, A., *Freedom's Right*, Ed. Polity Press, Cambridge, 2014 (publicada en 2011 en Alemania por Suhrkamp como *Das Recht der Freiheit*).

COMENTARIOS A LA PONENCIA DEL PROF. VIVES

Por Manuel Jiménez Redondo

Sumario: 1. Una vieja discusión. 2. La posición original y su interpretación kantiana. 2.1. Posición original y velo de ignorancia. 2.2. Imparcialidad. 2.3. «Interpretación kantiana» de la posición original. 2.4. Bienes primarios. 2.5. Los principios de justicia. 2.6. Algunos problemas conceptuales. 2.7. Libertad y posición original. 2.8. Un excursus histórico sobre la prioridad del primer principio. 3. La justicia como imparcialidad, «political, not metaphysical». 3.1. Doctrinas comprensivas y no comprensivas. 3.2. Libertad para errar. 3.3. Paradoja de la teoría política. 4. Vuelta a Kant en sus propios términos. 4.1. La objeción de Habermas. 4.2. Mi discrepancia con Vives. 5. Anclados en el liberalismo, ¿dónde, si no? 5.1. Primera pregunta. 5.2. Segunda pregunta. 5.3. Tercera pregunta. 5.4. Cuarta pregunta. 5.5. La integración social en la Europa de posguerra.

1. UNA VIEJA DISCUSIÓN

De los siete apartados en que el Prof. Vives divide su artículo, solo discrepo con él en el contenido de uno de ellos, por lo menos parcialmente, aunque tampoco estoy seguro de que en realidad se trate de una discrepancia y no de una simple cuestión de interpretación, como diré en su momento. Se trata del contenido del apartado sexto de su artículo, en el que Vives discute la cuestión de la fundamentación de los principios de justicia, dando por superados los elementos metafísicos de la filosofía política y del Derecho de Kant.

Procederé, por tanto, haciendo primero una exposición (complementaria a la de Vives) de la teoría de la justicia de Rawls, centrándome en los temas kantianos de Rawls, y entrando para ello en las dos interpretaciones bastante distintas que Rawls hizo de su teoría de la justicia, una en el apartado 40 de *Una teoría de la justicia* (1971), titulado «La interpretación kantiana de la justicia como imparcialidad» y otra en el artículo titulado «Justice as fairness: political, not metaphysical» (1985)¹. Esta será la parte más larga de mi texto (apartados 2 y 3). Me referiré después más brevemente al po-

sible punto de discrepancia con la posición de Vives (apartado 4). Y, por último, acompañaré a Vives en su defensa del liberalismo. Lo haré respondiendo a cuatro preguntas que el Prof. Manuel Atienza me hacía en esta misma revista a propósito de un artículo mío sobre el concepto de persona en Kant (apartado 5)².

Con la presente ponencia retomo una vieja discusión con el Prof. Vives que está lejos de ser intempestiva, pues se ha reavivado recientemente con la ocupación de ambos en la *La metafísica de las costumbres* de Kant en relación con el liberalismo político y otros temas de la actualidad

2. LA POSICIÓN ORIGINAL Y SU INTERPRETACIÓN KANTIANA

2.1. POSICIÓN ORIGINAL Y VELO DE IGNORANCIA

Rawls se pregunta por los principios a los que han de satisfacer las instituciones básicas de un orden social para ser considerado justo. Su respuesta es que esos principios son aque-

llos que serían escogidos por egoístas *racionales* no envidiosos y con aversión al riesgo en una *posición original* caracterizada por el *velo de ignorancia*.

Este velo de ignorancia determina lo que frente a la *racionalidad económica* podemos llamar la *razonabilidad moral*, a la vez que, para la elección de principios que ha de hacerse en esa posición, nos permite hacer uso de aquella. La respuesta a la pregunta por los principios a los que ha de responder la estructura normativa de las instituciones básicas de un orden social es, por tanto, una cuestión de elección *racional* en sentido económico, es decir, en el sentido de la elección de un agente que trata de maximizar su propia utilidad en las condiciones que el velo de ignorancia le impone; pero se trata de una elección racional sometida a las ligaduras de lo *razonable*, representadas precisamente por la posición original con su velo de ignorancia.

Velo de ignorancia significa que quien ha de hacer la elección tiene todo el saber teórico y empírico que se quiera acerca de un orden social y de su funcionamiento. Cuanto más mejor. Pero ignora dos cosas: primero, no sabe qué posición le va tocar ocupar a él en ese orden y, segundo, tampoco sabe en qué momento histórico va a ocuparla. Y, naturalmente, hay que precisar: no sabe nada de lo relacionado con la posición en la que él le va a tocar aparecer y desde la que a él le va a tocar desenvolverse *en una sociedad moderna*. Esto viene decidido de antemano por los propios elementos constructivos de la posición original. En la posición original, las partes son individuos modernos que tratan de maximizar su propia utilidad, desligados de toda idea de orden tradicional sustancial, que de antemano queda puesta entre paréntesis con la posición original misma. Y las partes en la posición original tampoco saben (el fin de esta ignorancia es el de poder obtener criterios de justicia entre generaciones) el momento histórico en que se va a desenvolver su existencia dentro de esa *sociedad moderna*. Esta modernidad de las partes en la posición original es un supuesto no tema-

tizado, sino algo que se da por descontado. Por un lado, Rawls plantea las cosas en términos abstractos; por otro, las *circunstancias de la justicia* son todas modernas.

Ello es consecuente si lo que Rawls pretende conseguir con su construcción es poner delante del *sentido de la justicia* de los habitantes de las sociedades liberales modernas un espejo en el que ese sentido se refleje, se articule conceptualmente, de modo que a partir de esa articulación conceptual quepa razonar, sacar conclusiones y hacer autocrítica. En lo que se refiere a la validez, esa construcción (esa «teoría de la justicia») no tiene más validez que la que quepa atribuir al contenido del sentido de la justicia que en ella queda reflejado y articulado. En principio, *Una teoría de la justicia* no es sino la reconstrucción de *factum* del sentido común de la justicia de las sociedades democrático-liberales.

2.2. IMPARCIALIDAD

La *posición original* es una situación de elección racional en el sentido de racionalidad económica. Pero no es una situación contractual o de cierre de un contrato. En la posición original, propiamente, no tenemos ni dualidad ni pluralidad. Tenemos sí a las «partes en la posición original», pero se diría que reducidas a *un* elector racional, al mismo agente racional que aparece en un texto de economía, construido de forma tal que él puede ser cualquiera y que está en el lugar de cualquiera. Lo que él va a escoger sería lo que cualquiera escogería en las distintas posiciones, incluso en posiciones de competencia con otros, que él pueda ocupar. Él, por construcción, está puesto de antemano en la posición de todos y de cada uno. Él es, por tanto, *imparcial*. Lo que él escoge es lo que cualquiera escogería. Lo que él escoge va a aplicarse a él y a cualquiera, pues él es cualquiera. Los principios que él escoja, principios que han de guiar el diseño, el desenvolvimiento y los eventuales cambios o reformas de las instituciones básicas de un orden social en su aspecto normativo, serían los que cualquie-

ra escogería; esos principios son, por tanto, igualmente *imparciales*. El individuo empírico es siempre parcial en mayor o menor medida, es incapaz de una imparcialidad completa. No ocurre lo mismo con las «partes en la posición original», que son tales que aquello que escogan casi sería una encarnación o representación de la imparcialidad. Un orden social político, jurídico y social construido conforme a estos principios es juego limpio, es *fairness*; de ahí la idea justicia como imparcialidad, de *justice as fairness*. Podemos entender que los principios construidos de esta forma definen *la justicia* concebida como *virtud de las instituciones básicas* de un orden social.

2.3. «INTERPRETACIÓN KANTIANA» DE LA POSICIÓN ORIGINAL

De la posición original, que representa las ligaduras de lo *razonable*, podemos dar, dice Rawls, una «interpretación kantiana». Esa posición sería el punto de vista desde el que un *noumenal self*, o los *noumenal selves*, *libres e iguales*, abstraídos de todas las condiciones empíricas, miran el mundo. Por un lado, las ligaduras de razonabilidad que la posición original representa vendrían justificadas porque de ellas cabe obtener (vía elección racional) los principios de justicia en los que nuestro sentido de la justicia se refleja y se vuelve explícito; son un artificio para ello. Pero por otro lado, Rawls quiere que el contenido normativo de ese *factum* no se quede en contingencia histórica o particularismo cultural, sino que se vea apoyado por la mejores tradiciones de pensamiento ético político y, muy en especial, por el pensamiento de Kant. En este sentido, los principios obtenidos en la posición original equivaldrían a los principios *a priori* de justicia de Kant. Por este lado, una teoría de la justicia de Rawls vendría a ser una reformulación de Kant, en la que se prescinde de la base metafísica de Kant, un Kant que sigue siéndolo aunque sobre otras bases. Y la verdad es que no sobre otra base que sobre el sentido de justicia que la construcción hace conceptualmente explícito. El sentido de

la justicia de las democracias liberales se ve llamado y llevado así al universalismo de Kant; pero Kant corre también el riesgo de verse reducido a un marco particularista, el del *factum* del sentido mayoritario de la justicia en las democracias liberales.

Pienso que esto es importante, por más que suela quedar en segundo plano quizá a causa de la estructura constrictiva del punto de partida de la posición original, y digo constrictiva porque no deja de ejercer una cierta fascinación. Ese punto de partida es brillante, intuitivo y convincente, pero en realidad solo sobre el trasfondo de esa interpretación. En cuanto se publicó el libro, a principios de los años 70 del siglo pasado, Rawls era la «interpretación kantiana» de Rawls y, a la inversa, la filosofía práctica de Kant se convirtió en algo así como lo que en *Una teoría de la justicia* es la interpretación que con toda obviada Kant hace (o puede hacerse desde Kant) de la posición original de Rawls.

Y es que, además, en lo mismo venían a confluír los resultados de la mejor metaética analítica; por ejemplo, el análisis del lenguaje moral de R. M. Hare (por más que el propio Rawls no mostrase en su obra ningún particular aprecio por ese tipo de análisis), la descripción del «moral point of view» que hacía Baier, etc. Todo ello apuntaba a Kant. Y hacia Kant (no ya hacia Hegel) apuntaban expresamente también las publicaciones de Habermas, uno de los protagonistas de la discusión de los representantes de la Escuela de Frankfurt con el positivismo, interesado igualmente por estos desarrollos de la filosofía analítica e interesado muy en especial por los problemas de fundamentación, es decir, por los problemas de racionalidad y de decisión racional en la moral y en el Derecho en contra las tesis positivistas más duras, relativas a que las cuestiones prácticas no son susceptibles de decisión racional. Se pensó que, frente a las posiciones positivistas, posiciones como la de Habermas podrían dar una fundamentada respuesta a la pregunta de por qué las instituciones jurídicas y políticas básicas no podían sacudirse la cuestión de su

legitimidad y de cuáles podrían ser los criterios de racionalidad de esta. Y para esto último cabía recurrir a la *posición original* de Rawls y a los principios que se obtenían de ella. Bastaba con dar fundamento a ese recurso. Y de ello se ocupaba el nuevo pensamiento ético directamente inspirado en Kant orientado a Kant. Es posible que *Una teoría de la justicia*, dividida entre el universalismo de la filosofía ética, jurídica y política de Kant (simplemente invocada en la «la interpretación kantiana», pero no revalidada), y el particularismo histórico del sentido común de la justicia en las sociedades liberales no contuviese, en definitiva, ninguna fundamentación de principios y que más bien careciese de ella, como varias veces escuché a Apel y a Habermas, pero sí que era, por así decirlo, la mejor «operacionalización» posible de los principios básicos, una vez fundamentados estos. La importancia de la obra de Rawls radicaba en su riqueza de contenidos y de detalles a la hora de obtener esquemas para la aplicación de esos principios.

2.4. BIENES PRIMARIOS

La *posición original* es una situación de elección en la que un egoísta racional, en condiciones de ignorancia (velo de ignorancia) tales que lo ponen en el lugar de cualquiera, ha de elegir los principios a los que ha de obedecer la estructura de las instituciones básicas de la sociedad en la que va vivir y que, dadas las condiciones de elección, aparte de ser los principios justos por imparciales, serían los que escogería cualquier elector que tratase de maximizar su utilidad posible en tales condiciones. Pero alguien que en el mercado trata de maximizar su utilidad —es decir, trata de emplear de la manera más eficiente los medios de pago de que dispone— lo que elige son bienes, estableciendo entre los bienes posibles un orden de preferencia y un orden de sustitución de unos por otros. Y aquí la cuestión es, entonces, sobre qué puede versar la elección racional en la posición original una vez que suponemos el *velo de ignorancia*.

Pues bien, supuesto el velo de ignorancia, la elección solo puede versar sobre lo que Rawls llama «bienes primarios», es decir, *sobre cosas que se desean cualesquiera sean las otras cosas que además se deseen* y como condición de esas otras cosas. Esos bienes primarios son, para Rawls, *libertades y bienestar*, pero en orden lexicográfico; es decir, primero las libertades y después el bienestar: no se sacrifican libertades por ventajas económicas. Los principios que las partes escogen en la *posición original*, que son los principios a los que han de responder las instituciones para ser consideradas justas, son principios, por tanto, que se refieren al aseguramiento de esos bienes.

2.5. LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA

Los principios de justicia son dos, más una regla de prioridad. Conforme al primero, cada persona ha de tener igual derecho al esquema más amplio posible de iguales libertades básicas compatible con un igual esquema de libertades para todos. Conforme al segundo, las desigualdades sociales y económicas tienen que ser arregladas de forma que (a) pueda razonablemente esperarse que redunden en ventaja de todos y, por tanto no constituyan un desmentido del principio de libertad, sino que le den base y efectividad, y (b) vengan ligadas a posiciones y puestos que en principio estén abiertos a todos.

Estos dos principios quedan articulados por lo que Rawls llama «regla de prioridad», que dice que estos dos principios de justicia han de cumplirse por orden, y, por tanto, que la libertad solo puede restringirse por mor de la libertad misma. En este sentido, pueden darse dos casos de esta restricción: (a) una menor libertad tiene que reforzar el sistema total de igual libertad compartido por todos, y (b) una libertad menor que la igual libertad tiene que ser aceptable para aquellos agentes a los que ello pueda afectar, por enderezarse exclusivamente a promover y a asegurar la libertad, como puede ocurrir en caso de discriminaciones positivas.

2.6. ALGUNOS PROBLEMAS CONCEPTUALES

Pero con la introducción de los *bienes primarios* se plantean ya algunos problemas serios de construcción. *Primero*, Rawls quiere distinguir entre *right* y *good*, entre lo que es una teoría del bien y una teoría de la justicia, es decir, una teoría de las ligaduras a las que ha de estar sometida la búsqueda del propio bien por parte de cada cual o por parte de los colectivos. Pero esta teoría de las ligaduras incluye una teoría de los bienes primarios sobre los que pueda versar la elección en la posición original. Rawls, por tanto, tiene que distinguir una *fine theory of good*, la teoría de los bienes sobre los que versa la decisión en la posición original, y una *full theory of good*, la teoría del proyecto de vida individual, de la búsqueda individual de lo que cada cual considera su bien, o lo de lo que cada grupo o colectivo considera su bien en conjunto, que es cosa distinta para cada individuo o para cada colectivo, una búsqueda sometida a las ligaduras de la justicia que son las mismas para todos los habitantes de una sociedad justa. Por otro lado, una *sociedad bien ordenada* conforme a los principios de justicia acaba siendo para todos una bendición y todos acaban considerando ese orden como un bien, como *the good of justice*. La conceptualización de Rawls no cuadra del todo: hay por parte de Rawls una voluntad kantiana de mantener separadas las cuestiones universales de justicia de las cuestiones particulares de la búsqueda del propio bien, pero en *Una teoría de la justicia* esa voluntad fracasa insistentemente, dado que los conceptos se le mezclan en un sentido en que Rawls no los querría ver mezclados y en sentido distinto a aquel en que pueden solaparse en el concepto de «bien supremo» de Kant. Pese a lo atractivo del planteamiento, los conceptos quedan un poco trastocados, no acaban de estar del todo en su sitio, en el sitio que los querría Rawls. Aquella neta distinción de Kant entre justicia, que siempre ha de ser la misma para todos, y felicidad, que para cada cual y para cada grupo o colectivo es seguramente algo distinto o muy distinto, no es sostenible si la libertad ha de entenderse como un «bien».

2.7. LIBERTAD Y POSICIÓN ORIGINAL

Pero estas dificultades, aunque no dejen de serlo, pierden importancia cuando se repara en que la razón de que la posición original como construcción de un punto de vista imparcial resulte intuitivamente tan convincente es que está tan modernamente construida que lo que el «bien» abstracto sobre el que ella se funda y el «bien» que de ella resulta en forma de principios y el «bien» que en ella se introduce expresamente como un «bien primario» tal que nunca puede sacrificarse a otro es la libertad formal moderna. No hay deducción, sino una fuerte asociación intuitiva entre elementos que son en definitiva un mismo elemento.

Pues si, a la inversa, suponemos la libertad abstracta o formal moderna como principio del Derecho y le damos el sentido de una libertad absoluta, es decir, de que esa libertad no puede tener otro límite que la igual libertad, entonces casi se sigue la *posición original* de Rawls. Dicho de otro modo: a la hora de diseñar un orden justo o de tratar de conducir un orden existente a un orden de justicia yo he de olvidarme de todo (*velo de ignorancia*), excepto de que ha de ser aproximadamente verdad que cada cual pueda configurar su vida como le parezca sin necesidad de pedir ni autorización ni permiso a nadie, con la única limitación de reconocer ese mismo derecho a todos los demás (*primer principio*), y que además la base económica de ello ha de estar organizada de forma que, por profundas que sean las diferencias que permita, no se conviertan en un desmentido sistemático del principio de igual libertad y en una destrucción del auto-respeto del ser libre, sino que esté diseñada para prestarle efectivamente apoyo, aparte de redundar en beneficio del conjunto (*segundo principio*).

2.8. UN EXCURSO HISTÓRICO SOBRE LA PRIORIDAD DEL PRIMER PRINCIPIO

Aclarémosnos sobre la prioridad moderna del principio de libertad mediante unas breves

referencias históricas. Por libertad podemos entender, tal como se define en el título tercero del libro primero de las *Institutiones* de Justiniano, la *facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid aut vi aut iure prohibetur* (la facultad de hacer lo que uno quiera hacer a no ser que le venga prohibido por la fuerza o por el Derecho). Esta facultad que caracteriza al libre se opone a la servidumbre, a la *servitus*, que es una *institutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur* (una institución del derecho de gentes por la que alguien queda sometido al dominio ajeno *contra naturam*). Podemos entender la existencia moderna como la que está basada en aquella protesta y reclamación que podría extraerse del título segundo del libro primero de las *Institutiones* de Justiniano contra toda clase de *servitutes quae sunt iuri naturali contraria. Iure enim naturali omnes homines ab initio liberi nascebantur*, es decir, contra todas aquellas servidumbres que son contrarias al Derecho natural, pues por Derecho natural todos los hombres nacían libres desde el principio. Y así, la existencia moderna es aquella que se quiere reponer en lo que no puede considerar sino como su principio u origen racional, que quiere volver a ponerse tal como salió de las manos del Creador, que busca un nuevo comienzo racional, que protagoniza una ruptura con todo lo viejo, después de que la razón teórica ilustrada hubiera roto las bases de cualquier orden *sustancial* del que el individuo pudiera considerarse solo *accidente*. La *libertas* deja entonces de ser una *institutio* más al lado de la *servitus* y se convierte en principio del derecho.

Y entonces, si la libertad es la facultad de hacer lo que uno decida hacer *nisi si quid aut vi aut iure prohibetur* (a no ser que algo venga impedido por el Derecho o por la fuerza), resulta que en la existencia moderna no se admite otro Derecho que restrinja la libertad que el nacido de la exigencia de igual libertad ni es admisible otra violencia que restrinja la libertad que aquella que asegure la igual libertad. Por tanto, en lo que se refiere a principios del Derecho, la existencia moderna se caracteriza porque la

libertad no tiene más límite que ella misma, en este sentido se convierte *en absoluta*. Todo esto es lo que Kant trae a concepto, y es así como quiere ser interpretada la construcción de la posición original de Rawls.

Para que la libertad se convierta en absoluta, y para que esta libertad absoluta se convierta en principio del Derecho, la relación de los hombres con los dioses tuvo que experimentar una profunda transformación. Según el título primero del libro segundo de las *Institutiones*, si la *divisio* más general del Derecho de personas era que los hombres o son libres o siervos, la división más general del Derecho de cosas es que las cosas o están en nuestro patrimonio o no lo están. Y las que no están ni pueden estar en nuestro patrimonio son las cosas que o bien son comunes, porque pertenecen a todos los hombres, como pueden ser el aire, los ríos o el mar, o pertenecen a la ciudad, como pueden ser los teatros, etc., o bien son cosas *esencialmente* de nadie. *Nullius autem sunt res sacrae et religiosae et sanctae: quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est* (pero cosas de nadie son las cosas sagradas, religiosas y santas, pues lo que es de derecho divino no está entre los bienes de nadie, *tampoco del colectivo*). Y así, si la existencia premoderna se caracteriza por una transferencia Del derecho de personas al de cosas por la que una clase de personas queda convertida en cosas que pueden pertenecer a los demás, la existencia moderna se caracteriza, por así decirlo, por una transferencia del Derecho de cosas al de personas por la que *el libre* se encuentra a sí mismo como algo que él no ha puesto y, por tanto, no se pertenece a sí mismo, tampoco pertenece a ningún otro —ningún otro puede ponerlo en su patrimonio—, y tampoco pertenece al colectivo; es *esencialmente* una *res nullius*, es decir, una cosa *sacra et religiosa et sancta*, por cierto, la única cosa intangible que se está dispuesto a reconocer en la existencia pública moderna. El libre no está a disposición última de nadie, ni siquiera del propio interesado, al que no le es lícito, como aún lo es en las *Institutiones* de Justiniano, «venderse como esclavo para participar del pre-

cio de la venta» (libro I, título III). El hombre es lo que Kant llamaba un *fin en sí*. He aquí el sujeto liberal y su dignidad personal, que no tiene precio. Así, para Kant, incluso la existencia de Dios, que se vuelve inaccesible para la razón teórica, se convierte a lo sumo en un postulado de sentido de la razón práctica, de la razón que queda en el centro, por tanto, convertida en ley para sí misma, del ser libre que se es ley, de la libertad que por su lado negativo es *espontaneidad* y por su lado positivo *autonomía*, no solo *clave de bóveda*, sino también *pedra angular* del sistema de la razón, como señala Vives. Para la existencia moderna no hay, pues, sentido absoluto que no esté directamente ligado al ser libre en su doble cara de libertad interna (moral) y de libertad externa (Derecho y política). El principio de la libertad externa, es decir, el principio de igual libertad bajo leyes generales que puedan entenderse como provenientes de forma real y efectiva de la voluntad unida de todos es para Kant un principio incondicionado de la razón, la expresión de la libertad convertida externamente en ley para sí misma

Pues bien, todos estos conceptos metafísicos a los que acabo de apuntar con estas esas sucintas y dispersas referencias históricas son conceptos que vienen sugeridos —y en cierto modo incluidos— en el punto de vista (que es la *posición original*) desde el que los *noumenales* seres libres e iguales, miran el mundo. Este *homo noumenon*, que Rawls pone en el trasfondo, pero con el que no se compromete ni tiene elementos teóricos para comprometerse, es el que en definitiva está en la base del *homo phaenomenon* portador del contenido (para Kant incondicional) del sentido de la justicia que como hecho histórico predomina en las sociedades liberales modernas, pero con cuya mera *facticidad* Rawls tampoco parece contentarse. Las bases de *Una teoría de la justicia* son, en cierto modo y por este lado de su interpretación kantiana, bases tomadas en préstamo.

Y así, cuando llega el momento de referirse a cosas tales como la dignidad de la persona, el carácter de iguales y libres de todos los hom-

bres, la idea del hombre como un fin en sí, es decir, a todo aquello que el cristianismo introdujo poniéndolo en el más allá y que la crítica ilustrada del cristianismo trasladó al más acá, Rawls se remite casi siempre al apartado 40 de su libro, titulado «Interpretación kantiana de la justicia como imparcialidad». El lector del libro de Rawls se da cuenta de que la premisa de todos los razonamientos de Rawls queda perfectamente resumida en la frase «la posición original y su interpretación kantiana», que en el libro se repite a menudo.

3. LA JUSTICIA COMO IMPARCIALIDAD, «POLITICAL, NOT METAPHYSICAL»

3.1. DOCTRINAS COMPREHENSIVAS Y NO COMPREHENSIVAS

A mediados de los años 80, Rawls intentó un sucedáneo de fundamentación, que consistía en hacer de la necesidad virtud³. A mí me resultó convincente, y en cierto modo me lo sigue pareciendo hoy. Este segundo Rawls es el que queda en primer plano en la exposición de Vives y al que este se refiere de forma casi tan crítica como al de la interpretación kantiana de la posición original. Rawls se da cuenta de que *A Theory of Justice* no fundamenta nada, de que el libro es deficitario en lo que se refiere a bases y que todo queda en el aire. En lo que respecta a fundamentación, en el libro, como ya he indicado, se produce una oscilación constante entre la apelación a nuestro sentido de la justicia, del que *Una teoría de la justicia* quería ser una construcción especular, por un lado, y la interpretación kantiana de la posición original, por otro. Nuestro sentido de la justicia es, en principio, una particularidad cultural que solo de la interpretación kantiana obtendría prestado un cierto aire de universalidad y necesidad práctica.

Pues bien, el segundo Rawls deja un tanto de lado la interpretación kantiana y se centra

más bien en *nuestro sentido de la justicia*. Con la ayuda de Kant y con los medios de la teoría de la decisión racional, nuestro sentido de la justicia se había hecho una *imagen* de sí. Pero ahora es desde su propia historia desde donde da *razón de sí*. Para este segundo Rawls, los principios de *Una teoría de la justicia* no han de entenderse desde aquella apelación a la metafísica kantiana, sino en términos *políticos*, es decir, como salida a las «guerras de religión» y como un modo de hacerse a sí misma viable lo que podemos llamar la condición humana moderna, es decir, la condición de un insuperable y radical desacuerdo en lo que se refiere a visión última de las cosas. Los conceptos metafísicos de Kant poco pueden hacer aquí, pues.

Los principios de justicia son la *construcción*, el invento, con el que la condición humana moderna se hace viable a sí misma⁴. La fundamentación de *justice as fairness* consiste en que no hay tal fundamentación porque en este asunto no habría ninguna verdad que demostrar. Pretender que la hay, es decir, pretender que esos principios han de formar parte de una visión del mundo y de las cosas teóricamente bien fundada es profesar una *comprehensive doctrine*, es entender el *political liberalism* como una *comprehensive doctrine*, como una doctrina metafísica, como una cosmovisión, como una visión del sentido último de la vida y del mundo que se opondrá a otras visiones, cuando, si se miran bien las cosas, los principios de la modernidad política son tales que ni se basan ni pueden basarse en ninguna doctrina verdadera porque precisamente se gestaron muy lenta y trabajosamente ante la dura y sangrienta evidencia de que ello no era posible, y nacieron precisamente para poner remedio a esa situación. Fueron la *construcción* con la que se salió de las «guerras de religión» y que puso remedio a ellas. Pues la doctrina verdadera sería, por supuesto, la mía; si no lo fuese, yo no la profesaría. Pero los principios de justicia que de ella se siguiesen quizá nada tienen que ver con los que se siguen de las creencias de otros, con la consecuencia de que, si los principios de justicia hubieran de obtenerse de una doctrina

verdadera, en la realidad no habría justicia, pues no podría haber una concepción *compartida* de la justicia, que es la única forma de que haya justicia, sino que solo habría guerra en los términos en que ello se explica en el capítulo XIII del *Leviatán* de Hobbes.

Los principios de la modernidad política y jurídica no se basan en ninguna doctrina verdadera, sino que la cuestión de la doctrina verdadera acerca del orden político se convierte a comienzos de la existencia moderna en el problema al que modernidad política da una inverosímil solución, que acaba finalmente consistiendo más o menos en los principios de justicia que Rawls deduce de la posición original y su velo de ignorancia. Esa solución es una solución de la que cualquiera que se vea en la misma situación podría aprender (en ello y no en otra cosa radica la *universalidad* de esos principios), pues no se ve cuál podría ser la alternativa (y en ello radical su *necesidad práctica*). En cierto modo, ya no hay que recurrir a la filosofía de Kant para tomarle prestado un cierto aire de *universalidad* y *necesidad práctica*. *Silete theologi in munere alieno* (A. Gentili) —«callaos teólogos (y filósofos) en lo que no es vuestro asunto»—, pues la solución la aporta aquí el *político* jurista. Esta idea, que Rorty entendió enseguida como una «primacía de la democracia sobre la filosofía»⁵, ha contado en los últimos treinta años con un notable aplauso, e incluso se ha convertido en un lugar común (y en el fondo, y por paradójico que ello resulte dicho así, me parece lo más genuinamente kantiano y metafísico de Rawls, como aún diré).

3.2. LIBERTAD PARA ERRAR

Para entender el porqué de este aplauso recurriré a unas breves referencias históricas que pueden permitirnos entender mejor esta idea de Rawls y también su atractivo. Se trata de un pasaje de la oración fúnebre de J. B. Bossuet en las exequias de Enriqueta de Francia, la esposa de Carlos I, el rey decapitado en la revolución puritana inglesa de mediados del

siglo XVII, Bossuet, refiriéndose a Cromwell, capta perfectamente el espíritu del calvinismo político, el espíritu de la revolución puritana inglesa y, por tanto, lejanamente también el espíritu de la constitución americana, a la vez que pone bajo la peor luz posible el nacimiento de lo que fue algo así como el primer ensayo de democracia liberal moderna, es decir: principio de libertad y parlamento. Precisamente en ello radica lo revelador del texto, en el cual el sentido original moderno del término «político» apunta a lo que Rawls quiere decir con él: «Encontróse un hombre de espíritu profundo hasta lo increíble, tan refinado hipócrita como hábil *político* [...], que no dejaba a la fortuna nada de lo que podía quitarle por consejo y previsión [...], uno de esos espíritus inquietos y audaces que parecen nacidos para cambiar el mundo [...] A este le fue dado engañar a los pueblos y prevalecer sobre los reyes. Porque habiendo observado que en aquella monstruosa mezcla de sectas, que carecían de reglas ciertas, el placer de dogmatizar sin que lo rigiera ni reprimiera ninguna autoridad eclesiástica ni secular, era el encanto que dominaba los espíritus, supo tan bien conciliarlos por este lado, que de aquel monstruosa diversidad de sectas hizo un cuerpo temible. Cuando se ha conseguido atraer a la multitud con el cebo de la libertad, esta sigue a ciegas con tal de que oiga solamente el nombre. Ocupados los pueblos del primer objeto que los había impulsado, marchaban sin descanso sin considerar que iban a la servidumbre. Y su sutil conductor vio que de tal manera había encantado al mundo, que todo el ejército lo consideraba como un jefe enviado por Dios y comenzó a comprender que podía llevarlos más lejos todavía. No os referiré la afortunada serie de sus empresas [...] Designio de Dios era enseñar a los reyes a no abandonar a su Iglesia. Con un gran ejemplo quería Dios descubrir todo lo que quiere la herejía»⁶.

Como unos decenios antes de la revolución puritana inglesa decía el Padre Ribadeneira⁷, escandalizado ante las propuestas de los maquiavelistas, ante las propuestas de «los po-

líticos», Cromwell funda la república no sobre una verdad o sobre la verdad, sino sobre algo fuera de toda verdad, sobre algo más bien diabólico, sobre la «libertad para errar». Y, efectivamente, de aquella «monstruosa diversidad de sectas» erróneas unas para otras el «político» maquiavelista Cromwell construyó un temible Leviatán (el Estado moderno) capaz de imponer el pacificador Derecho que él dictaba, basado no en una verdad, sino en el reconocimiento político de la igual libertad para errar. El consenso que el funcionamiento del sistema jurídico necesita no se basa en ninguna verdad, sino solo en un *overlapping consensus*⁸ de *comprehensive doctrines*, de visiones muy distintas del mundo y de la vida, pero suficientemente *razonables* como para «encajar» en esa concepción pública, política, no teológica, no metafísica, de la justicia, y ese encaje es la medida de su *razonabilidad*.

Ese orden es lo suficientemente fuerte como para mantener a raya las *comprehensive doctrines* no razonables sin desdecirse de la presuposición de que el orden político liberal se basa en definitiva en la libertad para errar. Y si alguna de estas cobrase alguna vez una hegemonía tal que las tentase a deshacer lo hecho, dada la condición humana moderna, no haría sino iniciar una vez más la «guerra de religión» de la que la única salida sería otra vez la «concepción política, no metafísica» de la justicia.

3.3. PARADOJA DE LA TEORÍA POLÍTICA

Con ello se relaciona lo que Rawls llama la «paradoja de la teoría política». Esa paradoja nace del principio moderno de tolerancia. Conforme al artículo 10 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, «nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, siempre que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley». El artículo se refiere a modos fácticos de ver la vida y el orden de las cosas, a *comprehensive doctrines*, que podrían resultar contrarias a los principios de la Declaración.

Podríamos, pues, generalizar el contenido del artículo y hacerle decir: «Nadie debe ser molestado por razón de sus opiniones, ni aun de las contrarias a esta Declaración, siempre que al manifestarlas no se causen trastornos del orden público establecido por la ley atendida a los principios de esta Declaración». Pero si esta generalización es consistente, y creo que lo es, lógicamente la Declaración no parece querer imponerse frente a otras verdades ni competir con ellas, ni siquiera con las opuestas a ella, sino que solo quiere ser una fórmula de convivencia entre quienes han hecho la experiencia de no compartir verdades últimas. Una teoría política que se entienda bien a sí misma, esa es la conclusión de Rawls, no puede entenderse como una *teoría verdadera*, lo cual resulta, ciertamente, paradójico, sino solo como una propuesta política de convivencia en este sentido.

Ahora bien, esta convivencia no sería posible a la larga, o, por lo menos, sería muy difícil si las *comprehensive doctrines* no lograsen dar acomodo dentro de ellas mismas a ese rasgo básico de la condición humana moderna y a lo que políticamente implica. Unos aceptarían los principios de la Declaración porque por vías muy distintas esos principios serían en definitiva susceptibles de *deducirse* de sus convicciones últimas, otros porque esos principios *encajarían* en definitiva en sus convicciones últimas, otros porque en última instancia no serían del todo *incompatibles* con sus convicciones últimas, otros simplemente porque, en definitiva, se han convertido en los principios de un *modus vivendi* que no parece tener otra alternativa que la guerra, y otros, finalmente, porque para ellos son de por sí y sin más los principios *verdaderos* (lo cual, y esto es importante, no los deja en situación distinta a la de los demás).

El caso es que, una vez que esto sucediese, los adeptos de las distintas doctrinas comprensivas, sin pretender desde luego hacerlas valer para todos, lucharían desde ellas como *adversarios* por la correcta interpretación de los principios y tratarían de hacer *hegemónica* la suya siempre que los demás pudiesen enten-

derla como interpretación posible de unos mismos principios⁹. Los *enemigos* se convierten en *adversarios* en el proceso político, en *ponentes* y *opponentes* en el proceso de discusión democrática. Y ello demasiadas veces al borde de que ese consenso pueda romperse y pueda recaerse en el enfrentamiento *amigo-enemigo*.

En suma, el consenso que sostiene un orden atenido esos principios de justicia como remedio al no entendimiento sobre verdades últimas hace que haya una concepción *común*, compartida, de la justicia, y, por tanto, permite que haya justicia, si no *esencial* (pues esta se ha vuelto imposible como visión compartida por todos para «la monstruosa diversidad de sectas» en que se fragmenta la existencia moderna), sí *artificial*, *construida*; es un *overlapping consensus*.

4. VUELTA A KANT EN SUS PROPIOS TÉRMINOS

Para Rawls, pues, el Estado liberal moderno es en definitiva un *artefacto* (Hobbes), una creación artificial con el que la condición humana moderna se hace viable a sí misma por la vía de no asentar el sistema jurídico y político en ninguna supuesta verdad o sentido último de la vida y del mundo que pudiera compartirse, sino sobre un «arreglo» que institucionaliza y ofrece una salida *equitativa* a la experiencia de su imposibilidad.

4.1. LA OBJECCIÓN DE HABERMAS

Pero el problema es ese «equitativa» que habrá de ser ajeno a todas las doctrinas comprensivas y que todas, sin embargo, si son razonables, habrían de poder «hacer suyo» y que, en todo caso, se convierte en criterio de su razonabilidad. ¿No supone esa *fairness* una autoridad epistémica independiente de ellas y por encima de ellas? Es la objeción que hacía Habermas a Rawls en un conocido debate con

este (1995)¹⁰, a la que se refiere Vives en estos términos: «Si Habermas tiene razón en ese punto —y, a primera vista, parece tenerla— la justificación de los principios de justicia en términos morales, que Rawls arroja por la puerta de su edificio de la teoría de la justicia, se le cuele —a su pesar— por la ventana. Pues la razonabilidad de las concepciones del mundo que conviven en nuestras sociedades, cada vez más plurales, solo puede establecerse desde fuera de ellas, bien sea a partir del mero hecho de la convivencia (pero, entonces, el resultado sería, simplemente, el actual *modus vivendi*), o bien de alguna clase de Derecho moral que, en el ámbito de la justicia, hubiera de prevalecer sobre la autoridad de cualesquiera concepciones del mundo. Solo esa segunda opción, si fuera posible, posibilitaría, a su vez, un *overlapping consensus*».

Habermas pretende que el principio en que se expresa ese «punto de vista moral» que habría de prevalecer sobre la autoridad de cualesquiera concepciones del mundo y que estas, por divergentes que fueren, podrían acabar reconociendo en su base, puede obtenerse de las propias estructuras del «habla argumentativa», entendida esta como la forma de reflexión de nuestro hablar y hacer. Siempre que nos ponemos a discutir sobre normas, estaríamos ya suponiendo de una u otra manera que «solo puede considerarse legítima aquella norma a las que todos los posibles afectados por ella hubieran podido prestar su asentimiento como participantes en discusiones racionales». Y por «discusiones racionales» habrían de entender las desarrolladas en términos tales que sus resultados tengan a favor la presunción de contar con los mejores argumentos, aunque ese resultado no sea un acuerdo sino solo algún tipo de compromiso cuya equidad viniese medida por estas condiciones de racionalidad de la discusión. Habermas supone una humanidad que, a la vez que convertida en *una*, no tiene más remedio que hacer frente a su propia pluralidad en lo que se refiere a visiones del mundo y de la vida, y que para ello no le tiene otra alternativa que recurrir a principios formales que se

siguen de los propios supuestos del habla argumentativa, de «la pura estructura del habla», que, en cuanto abrimos la boca para dar una razón, semejan un contrato que ya siempre hubiésemos firmado, algo en lo que ya siempre, todos, estaríamos de acuerdo mientras estemos dispuestos a razonar.

Pero que los principios de justicia sean deducibles de la estructura misma del habla argumentativa es una tesis que en Habermas se ha quedado siempre en una aseveración y en una promesa de deducción nunca realizada; nunca he visto a Habermas hacer tal deducción, y cuando lo ha intentado tímidamente alguna vez se ha encontrado con que, más que obtenerse de las supuestas estructuras universales del habla argumentativa, los principios que estaba deduciendo simplemente se estaban suponiendo ya de antemano.

Vives rechaza, creo que con toda razón, esta clase de especulaciones, estas reconstrucciones de supuestos al estilo de la deducción de condiciones de posibilidad de la filosofía trascendental, y concluye que «si se espera de la concepción de la justicia del liberalismo político una justificación más fuerte que la contextual, limitada y remitida a un consenso posible que ofrecen las formulaciones de Rawls, creo que no podría darla. Y, sin embargo, creo, a la vez, que el núcleo básico del liberalismo político podría, quizás, proporcionar paradigmas de justicia que pudiesen ser defendidos de modo casi universal [...] e, incluso, llevados poco a poco a la práctica. Porque, con la globalización, el sentido ético común de las democracias, que constituye el punto de partida de la construcción de Rawls, se está universalizando y, tras esa universalización, la igualdad de los seres humanos en dignidad y derechos es algo que no sé en qué términos podría discutirse seriamente».

4.2. MI DISCREPANCIA CON VIVES

No estoy de acuerdo con Vives en este punto, pues en esta última frase hay dos cosas

dispar, un *es* y un *debes*, es decir, un *hecho*, el de la universalización, y algo que no es un hecho, sino una cuestión de *Derecho*, a saber, todo lo relacionado con la incondicional igualdad de los seres humanos en dignidad y derechos. Y sin embargo, estoy de acuerdo. La diferencia está en que, a mi juicio, precisamente el *contexto* del que habla Vives se convierte en *principio*. Un principio que trasparece en el choque de las cosmovisiones divergentes y con el que todas ellas, por divergentes que sean, han de pelear hoy por igual. O, dicho en los propios términos de Kant: trasparece la razón práctica, que demuestra *durch die Tat*, es decir, anunciándose y haciéndose valer en la práctica, su realidad y el carácter incondicionado de sus conceptos y de sus principios, de suerte que el querer obviarlos resulta vano, prácticamente imposible. Es lo que dice Kant en las primeras líneas del prefacio de su *Crítica de la razón práctica*.

Vives dice que no es posible «una justificación más fuerte de los principios de justicia que la contextual, limitada y remitida a un consenso posible», pero que «el núcleo básico del liberalismo podría proporcionar paradigmas que pudiesen ser defendidos de modo cuasi universal e incluso llevados a la práctica [...] pues el punto de partida de la construcción de Rawls, el sentido de la justicia de las democracias liberales, se está universalizando y, tras esa universalización, la igualdad de los seres humanos en dignidad y derechos es algo que no sé en qué términos podría discutirse seriamente». Este es, por tanto, un *contexto* que es algo más o mucho más que un contexto. Es un contexto en el que se anuncia un *universal incondicionado, una verdad práctica de tipo categórico*. Y pienso, o sigo pensando, que la mejor manera de conceptualizar esto es recurrir a los conceptos metafísicos de Kant.

Trataré de explicarme algo más. Incluso en las negaciones más reaccionarias, convulsivas y feroces de los principios de un orden liberal de Derecho, lo que se trasluce, lo que se deja ver cada vez más para todos, incluso en términos absolutamente críticos para la democracias li-

berales occidentales, es el principio de libertad como única base de regulación posible, sin alternativa (o eso o la sinrazón), en un mundo convertido cada vez más densamente en un mundo *uno, y como sostén del respeto a la dignidad que todos y cada uno reclaman para sí*. Es el principio práctico incondicionado que, tal como lo explica Kant al principio de la *Crítica de la razón práctica*, se hace sentir en forma de *contexto* apremiante y que, al hacerse sentir, pone de manifiesto aquella nuestra condición que para la razón teórica siempre sería problemática e indecible, a saber: que, aunque la razón teórica nos tienta a entenderlo así, no somos un elemento más del mecanismo de la naturaleza, pues esta nos arrancó de ella misma (espontaneidad de la causa libre) para entregarnos a nosotros mismos en lo que se refiere a la ley que hayamos de darnos (autonomía), que solo puede tener como medida precisamente tal condición de libres e iguales, pues no hay otra medida que pueda serlo para todos. Así entiendo la idea de Kant de que la ley moral (la necesidad práctica incondicionada) es la *ratio cognoscendi* de la libertad y que esta es la *ratio essendi* de aquella perspectiva práctica incondicionada.

Pero no es ya solo que no seamos un elemento más del mecanismo de la naturaleza, es que tampoco somos prisioneros de una determinada tradición cultural, ni siquiera de las de las democracias liberales, pues aunque siempre tengamos que mirar el mundo desde alguna determinada tradición, precisamente otra vez nuestro *contexto*, precisamente las circunstancias de nuestro mundo, nos obligan insistentemente (ya desde los inicios de la modernidad, piénsese en Montaigne) a mirarnos desde doctrinas comprensivas ajenas, y ello implica para todos un quedar cada uno en cierta manera más allá de la suya. Y como ello empieza a ser hoy una experiencia de todo hombre que quiera vivir despierto (e incluso del que preferiría no despertar del sueño dogmático), desde ellas y más allá de ellas se gesta o puede gestarse un *overlapping consensus* que difícilmente puede tener otro contenido que el de los principios li-

berales como única base del respeto a su propia dignidad que en la «monstruosa diversidad de sectas» que se entrecruzan y chocan cada día y que cada individuo se presenta reclamando incondicionalmente a todos los demás. Es un contexto en el que trasparece como reverso el *sic volo, sic iubeo* del imperativo incondicionado de la razón, que no tiene alternativa.

Esto es lo mismo que dice Vives, pero expresado de forma más próxima a los propios conceptos de Kant y *anclado* en ellos. Naturalmente, eso no quiere decir que ni siquiera los habitantes de las democracias liberales vayan a aceptar los principios de estas por los argumentos de Kant u otros similares. Según el propio Kant, la ley moral no necesita a Kant para hacerse valer. Pero si hay que persuadir con razones o si, tomando distancia respecto a sí mismo, hay que remirarse críticamente, los esquemáticos y claros conceptos de Kant en los propios términos de este, que por lo demás se han convertido en elemento cultural compartido por muchos, siguen constituyendo uno de los mejores anclajes que tiene hoy el pensamiento ilustrado.

5. ANCLADOS EN EL LIBERALISMO, ¿DÓNDE, SI NO?

Por último, comparto con Vives todo lo que dice sobre el liberalismo. En su introducción a un número monográfico de esta revista dedicado al concepto de persona, Manuel Atienza comenta así algunos pasajes de un artículo mío incluido en ese monográfico sobre el concepto kantiano del hombre como fin en sí: en el Derecho solo se trata de «fijar, cualesquiera sean los fines que el agente pueda proponerse (y los motivos que tenga para ellos), qué condiciones tendrían que darse para que esté justificado el uso de la coacción. Y la respuesta kantiana a esta pregunta —que Jiménez Redondo hace suya— es que sería legítima «toda acción conforme a cuya máxima mi libertad

sea compatible con la libertad de arbitrio de cualquier otro conforme a una ley general, ley general que ha de considerarse como proviniendo efectivamente de la voluntad unida de todos». Y aquí me parece, es donde el jurista tendría algunas preguntas que formularle al filósofo, a saber: (1) ¿Da cuenta realmente esa noción de Derecho de lo que son los sistemas jurídicos de nuestros Estados constitucionales? (2) ¿No supone esa interpretación kantiana quedar anclados en el modelo de Estado *liberal* de derecho? (3) ¿Es compatible renunciar a que el Derecho se ocupe del bienestar ajeno con la idea de los derechos sociales? (4) ¿Puede entonces considerarse la idea kantiana de persona y de dignidad como base de todos los derechos humanos?»¹¹

Resulta un poco chocante ver el principio general del Derecho de Kant (es decir, el principio de igual libertad) y el principio del Derecho público de Kant (es decir, el principio democrático) sujetos a una cierta descalificación bajo el rótulo de Estado *liberal* como algo en lo que uno habría de evitar quedar anclado. Históricamente, en esos dos principios de la «doctrina del Derecho» de *La metafísica de las costumbres* de Kant se resumen la Declaración de los Derechos de Virginia de 1776, los principios de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776), las Enmiendas de 1791 a la constitución americana y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, es decir, más o menos las bases normativas de toda la modernidad política y jurídica. Aunque lo que Kant reduce a «doctrina del Derecho» es fundamentalmente la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, Kant conoce todos esos referentes. Responderé por orden a las preguntas que me hace mi colega.

5.1. PRIMERA PREGUNTA

Antes de responder a la pregunta de si «la noción de derecho de Kant da cuenta realmente de lo que son los sistemas jurídicos de nuestros Estados constitucionales», conviene hacer

una precisión. Habla mi colega de «nuestros Estados constitucionales». Estados constitucionales son todas aquellas entidades políticas soberanas que tienen una constitución. Hoy todos los Estados lo son, excepto dos o tres de ellos en que las leyes fundamentales, escritas, no han sido reducidas un único texto constitucional. Pero solo un determinado número de esos Estados constitucionales son democracias liberales. La respuesta a la pregunta es afirmativa. La teoría del Derecho del Kant da cuenta, efectivamente, del Derecho de las democracias liberales, atendido como principio básico al principio de igual libertad bajo leyes generales provenientes de la voluntad unida de todos o, como dice Kant, a los principios de una «república pura», que es que es la forma de Estado a la que cualquier otra constitución aspira o incondicionalmente debe aspirar. Y por supuesto, tiene razón mi colega al decir que hago mía sin más esta idea de Kant.

5.2. SEGUNDA PREGUNTA

La respuesta a la pregunta de si «no supone esa interpretación kantiana quedar anclados en el modelo de Estado *liberal* de Derecho», que parece contener para mi colega la objeción clave, también es afirmativa, si por Estado *liberal* de derecho ha de entenderse el articulado conforme al principio de libertad y al principio democrático en el sentido que acabo de indicar. Me pregunto si por *Estado liberal* se ha entendido alguna vez otra cosa, aunque esta no sea aquí la cuestión. Y cualesquiera sean las vías por las que se llegue a esos principios y la articulación conceptual y política que se les dé, entiendo que una política ilustrada solo puede tener por base esos dos principios y que no tiene otro anclaje posible.

5.3. TERCERA PREGUNTA

La respuesta a la pregunta de si «es compatible renunciar a que el derecho se ocupe del bienestar ajeno con la idea de los derechos

sociales» requiere también una aclaración previa. El Estado y el Derecho no son ni sujetos particulares ni instituciones particulares de la sociedad civil que se ocupen o puedan ocuparse del bienestar *ajeno* «con la idea de los derechos sociales». La pregunta ha de ser más bien si un orden de Derecho atendido al principio de igual libertad y al principio democrático ha de incluir, aparte de los derechos de libertad y de los derechos de participación política, también otra clase de derechos como tercer ingrediente del «sistema de los derechos», por utilizar una expresión de Habermas; en palabras de este, el tercer ingrediente (estoy simplificando) vendría constituido por derechos que garanticen «las condiciones de vida que social, técnica, y ecológicamente son necesarias para asegurar la igualdad de oportunidades en el ejercicio de los derechos de libertad y los derechos de participación»¹². Y naturalmente, la respuesta ha de ser afirmativa. Como cuestión de hecho, todas las democracias liberales europeas (me voy a limitar aquí a ellas), conscientes de que su ruina o la ruina de varias de ellas en los años 20 y 30 del siglo XX había sido causada en buena parte por los problemas de exclusión social masiva a que dio lugar la crisis económica, incluyen en sus constituciones un capítulo de derechos sociales. Pero aquí lo importante no es la cuestión de hecho, sino la cuestión de Derecho. Más específicamente: lo importante en la pregunta que me hace mi colega es si ese tercer ingrediente del «sistema de los derechos» se funda en el derecho de libertad y en el principio democrático tal como los formula Kant (que toma literalmente esa formulación de los artículos 4 y 5 y del artículo 6 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789), y, en caso contrario, en qué se funda. Para tratar esta cuestión procederé por partes, refiriéndome asimismo a asuntos que en el mismo contexto en que me hace esas preguntas, parecen interesar también a mi colega.

a) De la idea de libertad, Kant deriva el principio de libertad y el principio democrático, principios que se refieren a la libertad considerada en sus relaciones *externas*, es decir, al *Derecho*.

Y de ella deriva asimismo Kant el principio moral; la *moral* es para Kant el sistema de *fin*es que el sujeto *debe* categóricamente proponerse, es decir, en ella se trata de la libertad en sus relaciones *internas*. Un Estado que tratase de imponer el sistema de fines que el sujeto *deba* proponerse sería una dictadura, la negación de la libertad en sus relaciones externas y (en intención) también en sus relaciones internas. Una moral que, por así decirlo, se hiciese con el poder político sería igualmente una dictadura que no dejaría que el individuo, que es quien debe proponérselos como *suyos*, se propusiese los fines. Que alguien pretenda convertirme en instrumento de mi propia perfección moral es para Kant una directa negación de mi carácter de *fin en sí*, es decir, simplemente una perversión tanto en moral como en Derecho.

Kant entiende esos tres principios (el principio de igual libertad, el principio democrático y el principio moral) como imperativos *categóricos* de la razón, como imperativos *incondicionados*; por tanto, nunca reducibles a racionalidad económica, de la cual solo pueden derivar imperativos condicionados, hipotéticos. La idea de Mandeville, que Kant en cierto modo reformula y hace suya con la imagen del «pueblo de diablos», es que el Derecho, si es lo que debe ser, no puede intentar regir los fines e intenciones de los agentes mientras estos se atengan a la ley; el Derecho se interesa por fines e intenciones solo en algunos casos, pero no para regirlos o dictarlos, sino, como por ejemplo, en el caso del proceso penal, para determinar la culpabilidad o el grado de culpabilidad de quien presuntamente ha vulnerado la ley.

b) Kant, como todo hombre del siglo XVIII, dio por supuesta la ley de Say, que en lo que se refiere a sus consecuencias para la integración social podemos formular diciendo que «un sistema de libre intercambio, atenido exclusivamente a derechos de libertad y propiedad, abandonado a su propia lógica, encuentra siempre un punto de equilibrio en situación de pleno empleo». Por tanto, todos pueden procurarse medios para organizar su existencia como les plazca conforme a estándares medios,

sin pedir autorización ni permiso a nadie. El Estado no tendría que ocuparse entonces del bienestar individual de sus miembros, considerados individualmente, sino solo de hacer valer el Derecho y de asegurar los supuestos más generales de ese bienestar.

Pero la ley de Say no se cumple. Ya lo vio Hegel en su *Filosofía del Derecho* siguiendo a Malthus. Hegel dedujo de ahí que, habiendo de ocuparse el Estado de integrar a la población marginada, ello no podría hacerlo sino asegurando fuentes de materias primas y mercados en el exterior y regulando los procesos migratorios hacia el exterior con el fin de asegurar el pleno empleo y, en definitiva, la integración en el interior, en una carrera competitiva con los demás Estados en la que casi todo vale. Y no pudiendo ser esto de otra manera, los principios de la *política* habrían de quedar por encima de los fundamentos racionales (kantianos) de la *moral* y del *derecho*. Estas evoluciones del siglo XIX, cuyas ideas subyacentes Hegel hasta cierto punto comparte, condujeron en el siglo XX a la mayor catástrofe de civilización que ha vivido la humanidad europea después de la Guerra de los Treinta Años en el siglo XVII.

Por eso, el pensamiento ético, político y jurídico de después de la Segunda Guerra Mundial vuelve su mirada a Kant. Kant sí tiene perfectamente claro en su filosofía del *Derecho* que los problemas de integración social que el ejercicio de la libertad genere han de ser abordados y remediados por la propia libertad (permítaseme expresarme así), *ex lege*, es decir, mediante ley, no dejándolos de ninguna manera al arbitrio de instituciones privadas. Todo lo que no fuera así sería un desistir la libertad de ser ley para sí misma convirtiéndose en salvaje, en posible catástrofe o en simplemente en catástrofe para sí misma.

Y así, si la ley de Say no se cumple, y si la libertad no ha de ser una ilusión o una fábula carente de realidad para muchos, las instituciones del Estado social, o equivalentes, tienen que formar parte de aquella ley general o aquellas leyes generales, provenientes de la

voluntad unida de todos, conforme a la que, o conforme a las que, según el principio general de Derecho, mi libertad ha de ser compatible con la libertad de cualquiera para que los resultados de la actividad social en conjunto puedan considerarse admisibles. De este modo, los derechos sociales no son sino ingredientes del derecho de libertad, o supuestos de él. O dicho en términos de Rawls y de Habermas: el «principio de la diferencia» de *Una teoría de la justicia* o aquella categoría de derechos de *Facticidad y Validez* que aseguran social, técnica y ecológicamente el ejercicio de las libertades individuales y de las libertades políticas no son sino supuestos de estas libertades y del respeto que el ser libre se debe a sí mismo como un fin en sí. «No te dejes tratar nunca solo como un medio sino exige ser tratado siempre también como un fin en sí, aunque el tirano Falaris te esté amenazando con su toro» es, para Kant, el deber moral supremo y la suprema suposición normativa en que se asienta el derecho.

5.4. CUARTA PREGUNTA

Paso a la cuarta y última pregunta que me hace mi colega: «¿Puede entonces considerarse la idea kantiana de persona y de dignidad como base de todos los derechos humanos?» Respondo por partes.

a) Derechos humanos e idea kantiana de persona y de dignidad. También esta pregunta, hecha tan a bocajarro, requiere una aclaración previa, a saber: que no es mi intención convertir ninguna idea de Kant en base exclusiva y completa de nada. Pues bien, como ya he dicho, todos los derechos, sin ninguna excepción, se basan en el derecho de libertad como «único derecho innato que asiste al hombre en virtud de su humanidad». Y es su ser libre lo que hace que el hombre no se reduzca a un elemento más del mecanismo de la naturaleza al que, en la esfera de su posible uso, pueda asignársele este o aquel *precio* en función de la utilidad que nos reporte o desecharlo cuando ya no nos es útil o cuando no se sabe para qué puede servir. Es este quedar por encima de la

naturaleza, es este quedar por encima de sí (autotrascendencia del ser libre) lo que convierte al hombre en algo que no está ya para otra cosa, lo que lo convierte en un *fin en sí*, lo que confiere al hombre algo así como *dignidad* a diferencia de *precio* (es la *santidad* de la persona en el sentido indicado más arriba).

Pues bien, si prescindimos de la teología (no es obligatorio prescindir de ella) y nos limitamos a la pura razón, en la obra de Kant podemos encontrar lo que es quizá sea el mejor análisis que en la Ilustración europea se ha hecho del concepto de *dignidad* (idéntico al de ser libre), en el que, por tanto, reposan todos los «derechos humanos». Y entonces, en este sentido desde luego no excluyente de otros análisis del concepto de dignidad, «la idea kantiana de persona y de dignidad puede considerarse como base de todos los derechos humanos».

b) Otras bases de los derechos sociales. El ejercicio de la libertad genera exclusión cuando la libertad, desistiendo de sí, no se se autorregula reflexivamente de forma real y efectiva como efectiva igual libertad bajo leyes generales provenientes de la voluntad unida de todos. Es la experiencia del siglo XIX y el siglo XX europeos. Si prescindimos de las instituciones de aquel Estado social de Bismarck (muy imitado después), concebido como compensación por la renuncia a los derechos políticos o como soborno para aceptarla pasivamente, las dos formas de integración social que contra el principio de libertad y el principio democrático se proyectaron reactivamente en el siglo XX ante la crisis del orden liberal, fueron la fascista y la revolucionaria.

La fascista ligó los derechos sociales a la pertenencia del individuo al orden sustancial de un pueblo del que el individuo quedaba convertido en accidente. Pero el sujeto libre moderno no puede ser accidente de otra «sustancia» que de su incondicionado ser libre, y de nada más. La renuncia misma a esta libertad es ya *a radice* la catástrofe moral que el fascismo fue, la pura autonegación de la modernidad política y jurídica.

Por otro lado, conforme a la idea revolucionaria, la libertad *formal*, que en su ejercicio había dado lugar a la crisis, habría de superarse en un orden *racional sustancial* pleno, en *libertad verdadera*. Pero esta supuesta libertad *sustancial y plena* en que había de superarse la formal, contra sus propios principios emancipatorios resultó no consistir a la larga sino en un orden de servidumbre del que después el neoliberalismo de un F. Hayek o de M. Friedman obtuvieron razones para afirmar que toda pretensión de una autorregulación reflexiva de la libertad no constituía sino un camino a la servidumbre, a una autoanulación de la libertad. Y sin embargo, la forma de libertad que resulta de tal postulado neoliberal se parece demasiado a lo que Kant varias veces llama «libertad salvaje», libertad que ha renunciado a serse a sí misma ley, es decir, a los principios que de ella misma derivan.

Por tanto, para completar mi respuesta a la cuarta pregunta de mi colega, he que añadir que, desde que desde mediados del siglo XIX empezó a quedar claro que el ejercicio de las libertades individuales modernas podía tener por resultado la exclusión para muchos, las bases que en la legislación se dio a los derechos sociales como forma de inclusión social han podido ser muy distintas que las de hacer posible el ejercicio de los derechos de libertad individual y de participación política. Pero todas esas otras bases, sin ninguna excepción, resultaron inadmisibles cuando quedó al descubierto su carácter directo o indirecto de negación pura y simple de esas libertades. El principio de igual libertad bajo leyes generales provenientes de la voluntad unida de todos (es la idea de Kant), o al menos la perspectiva de ello, se impone así como la única base normativamente posible de todos los derechos humanos.

5.5. LA INTEGRACIÓN SOCIAL EN LA EUROPA DE POSGUERRA

Acabaré haciendo una breve referencia a los supuestos económicos del orden europeo

de posguerra y a su relación con el orden de libertades.

El modo de integración social de las sociedades occidentales tras la Segunda Guerra Mundial, atendido al principio de libertad y al principio democrático y entendido como «posibilitación» de la institucionalización de estos principios, se ha asentado sobre el supuesto económico de una relación de complementariedad funcional *keynesiana* entre un Estado nacional y una economía nacional. Este supuesto es explícito en *Teoría de la acción comunicativa* de Habermas. Y está siempre implícitamente en la base de las consideraciones económicas de Rawls en *Una teoría de la justicia*. Pero este supuesto se ha venido en parte abajo con la globalización de la economía. Millones de hombres se han sumado en los últimos decenios en todo el globo a un orden de mercado global competitivo que no permite a Occidente seguir funcionando sin más con tal supuesto.

A esa globalización de la economía no le ha acompañado ni mucho menos un orden internacional de Derecho que tenga el mismo vigor. La libertad se vuelve así salvaje. No es que queden cuestionados el principio de libertad y el principio democrático ni que la *Teoría general* de Keynes haya quedado refutada o que incluso se haya vuelto inservible. Solo que esta supone una administración estatal democráticamente legitimada que sea capaz de poner condiciones marginales efectivas al movimiento global de lo económico. Y las administraciones de los Estados nacionales existentes empiezan a quedar lejos de ello. Unidades políticas más amplias capaces de hacerse con las riendas del movimiento de lo económico están todavía apenas en estado de esbozo.

En *Teoría de la acción comunicativa* y en *Facilidad y validez*, de Habermas, no hay ni siquiera una mención al orden internacional de Derecho o se lo despacha con unas cuantas líneas. En *Una teoría de la justicia* (1971) de Rawls se lo menciona hablando de la guerra, pero no se convierte en tema. Más de veinte años después,

en *The Law of People* (1993), para abordar la cuestión de los principios de un orden internacional de Derecho, Rawls apela a un concepto más amplio de justicia que el de *justice as fairness* que queda lejos del riguroso concepto de justicia obtenido con base en el *constructo* de la posición original y su interpretación kantiana. Ese concepto más amplio comporta una relajación de las condiciones de razonabilidad, es decir, de las condiciones encarnadas en la posición original, relajación de la que se sigue la articulación de principios distintos (en los que no puedo entrar aquí) para los ámbitos nacional-liberal e internacional. En todo caso, entiendo que este intento hace agua por varios lados y que en conjunto dista de resultar convincente.

Tenemos, pues, que la libertad misma ha destruido en parte los supuestos con los que en Europa se dio a sí misma viabilidad después de la Segunda Guerra Mundial, tras la catástrofe de sí misma. Habrá de ser esa misma libertad la que, no desistiendo de su carácter de ley para sí misma y atendida a sus principios, deberá construir (seguramente de forma muy trabajosa y agónica) nuevas formas con las que darse viabilidad (por ejemplo, en lo que se refiere a migraciones, por señalar un caso de urgencia).

Como Kant insiste una y otra vez dejándose inspirar por el Derecho romano, el orden del Derecho es esencialmente *tripartito*, habida cuenta de la globalidad de la existencia humana, es decir, de que la existencia humana se desenvuelve en el globo terráqueo y no en una superficie infinita: consta del Derecho de la ciudad, del Derecho que rige las relaciones entre ciudades y del Derecho de tránsito cosmopolita. Y si esas tres partes —con regulaciones específicas, pero sujetas a los mismos prin-

cipios, y, en definitiva, al principio de igual libertad bajo leyes generales— no funcionan conjuntamente, en lo que se refiere a principios ninguna de ellas funcionará por separado.

Para Kant, todo hombre por el hecho de ser libre ha firmado ya el *contrato social*, es decir, cualquier otro que entre en una relación conmigo que afecte a lo mío y lo tuyo internos y externos no me hace injusticia si me obliga a entrar con él en un «Estado jurídico», es decir, en un orden político y de Derecho atendido de forma real y efectiva al principio de igual libertad bajo leyes generales. Y si ha de haber Derecho, la exigencia más perentoria de la razón (este es uno de los temas más básicos de Kant) es la de construir o forzar la construcción de un político-jurídico de las dimensiones precisas para ser efectivo, por supuesto también en el aspecto de integración social.

Y por esta vía, a través de lo que, también negativamente, nos ha cabido aprender de Rawls y de Habermas y de otros, de la filosofía de la primera mitad del siglo XX y de la del siglo XIX (Hegel, Marx, Mill, entre otros), los clásicos de la Ilustración empirista y de la Ilustración racionalista europea, y el clásico de la síntesis de ambas, Kant, nos vuelven a hablar hoy *en sus propios términos*. Y ello en una Europa a la que, en lugar de echarse adelante dispuesta a contribuir a crear orden global de Derecho atendido a lo que han de ser los principios de este, no parece sino retraerse desconcertada sobre sí; le cuesta despertar de una modorra de decenios de política interior, de la concentración en el Estado nacional. En todo caso pienso que ese «en sus propios términos» es quizá el único punto real de discrepancia con la ponencia de Tomás Vives.

NOTAS

1. Cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice* (1971), O. U. P, Oxford 1972, págs. 251 y ss., y J. RAWLS, «Justice as fairness: Political, not metaphysical» (1985), en: *John Rawls, Collected Papers*. ed. por Samuel Freeman, H. U. P. Cambridge Mass., 2001, págs. 388 y ss.

2. *Teoría y Derecho*, 14 (2013), págs. 10 y ss.

3. John RAWLS, «Justice as Fairness: Political not Metaphysical» (1985), *l. cit.*, págs. 388 y ss.
4. Unos años antes Rawls había interpretado en términos constructivistas (en oposición al intuicionismo) la filosofía moral de Kant. Cfr. J. RAWLS, «Kantian Constructivism in Moral Theory» (1980), en: *John Rawls: Collected Papers*, Cambridge Mass., 2001, pág. 303.
5. R. RORTY, «The primacy of democracy to philosophy», en: M. Peterson y R. Vaughan (eds.), *The Virginia Statue of Religious Freedom*, Cambridge, Cambridge University Press 1988, págs. 257-288
6. BOSSUET, *Oraciones fúnebres*, Espasa-Calpe, Madrid 1946, págs. 32 y ss.
7. Cfr. P. de RIBADENEYRA, *Tratado de la religión y virtudes que debe tener el Príncipe Cristiano para gobernar y conservar sus Estados. Contra lo que Nicolás Maquiavelo y los políticos de este tiempo enseñan* (1595), Buenos Aires, 1942.
8. J. RAWLS, «The Idea of an Overlapping Consensus» (1987), *l. cit.*, págs. 421 y ss.
9. Hoy se apela mucho a la idea de hegemonía y al carácter agónico de lo político para poner en cuestión sobre esa base las concepciones «consensuales» de Rawls y de Habermas. Pero como a la vez se da por supuesto que la relación amigo-enemigo, a que se refiere Carl Schmitt como esencia de lo político, puede neutralizarse en términos de la relación ponente-oponente en proceso de discusión democrática y de la relación regulada entre adversarios en el contexto de la acción política en un orden democrático-liberal de Derecho, lo cual implica siempre algún tipo de compromiso o de acuerdo razonado, no entiendo muy bien ese gesto de oposición a Rawls y a Habermas. Pues ambos comparten más bien un concepto agónico de lo político. Rawls entiende el orden liberal como una salida nunca definitiva a las «guerras de religión» siempre posibles. En esa misma perspectiva, Habermas entiende el Estado liberal de Derecho como un mecanismo de aplazamiento sistemático de la ruptura siempre posible de la comunicación, por vía asegurar un cumplimiento más o menos estricto de un orden coercitivo de Derecho, que no se entiende a sí mismo como legítimo si no es como resultado de la acción política, de la confrontación, la discusión y el compromiso en los ámbitos informales y formales de la formación de la voluntad colectiva; y como la voluntad colectiva que se impone no es nunca una voluntad unánime, sino aquella voluntad particular que se ha vuelto hegemónica, nunca representa ni mucho menos un consenso acabado, sino solo muy provisional y a la expectativa de cambio, y en perpetuo estado de gestación y, por tanto, de inacabamiento. De ahí la importancia que ambos conceden a la posibilidad efectiva de acción, protesta y razonamiento público. Habermas ha dicho muchas veces que la calidad de una democracia se mide por la calidad de sus espacios públicos políticos y jurídicos, informales y formales. Leyendo, por ejemplo, el libro de Chantal MOUFFE, *El retorno de lo político*, Paidós, Barcelona, 1999, no logro ver ninguna objeción de principio, y ni siquiera sería, a los planteamientos de Habermas y de Rawls. Creo que más bien estos nuevos planteamientos, nacidos en el contexto de los planteamientos de Rawls y de Habermas, heredan masivamente todas las deficiencias de Rawls y de Habermas en lo que se refiere a solidez de su trama conceptual. Eso sí, a menudo ello queda difuminado por una retórica romántica de lo agónico, en la que todo lo relacionado con el concepto de «acuerdo racional» corre el riesgo de perderse en el de confluencia contingente de fuerzas irracionales que, desligada así de la relación con la razón o las razones, no se ve cómo podría pretender representar una opción política mejor que cualquier otra.
10. Cfr. HABERMAS, J., RAWLS, J., *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, Barcelona 1998.
11. *Teoría y Derecho*, 14 (2013), págs. 10 y ss.
12. HABERMAS, J., *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt 1992, págs. 156 y ss.

Fecha recepción: 11/09/2015

Fecha aceptación: 23/10/2015

POLÍTICA CRIMINAL DEL PRESENTE CONTINUO CRIMINAL POLICY OF THE PRESENT CONTINUOUS

José Antonio Ramos Vázquez

RESUMEN

La progresiva aceleración de la legislación penal en nuestro Estado supone mucho más que una dificultad a la hora de interpretar de un modo coherente el conjunto del ordenamiento: implica, por sus peculiares características y por el tipo de sociedad a la que va dirigida, una concepción del tiempo que, sin más, dinamita toda posibilidad de reflexión sobre los productos legislativos. La política criminal, en este sentido, se disuelve en un vano intento por arrojar luz sobre un continuo y ciego ejercicio del poder.

PALABRAS CLAVE

Reformas penales, Medios de comunicación, Política criminal, Tiempo histórico, Menores, Terrorismo.

ABSTRACT

The progressive acceleration of Criminal Law in our State is much more than a difficulty in interpreting in a coherent way the whole Penal System: it involves, by its peculiar characteristics and the type of society it is addressed, a conception of time that, dynamite any possibility of meditation on the legislative products. The Criminal Policy, in this sense, becomes a vain attempt to shed light on a continuous and blind exercise of the politic power.

KEY WORDS

Reform of the Penal Code, Mass media, Criminal Policy, Historical thinking, Minors, Terrorism.

POLÍTICA CRIMINAL DEL PRESENTE CONTINUO*

José Antonio Ramos Vázquez

Profesor contratado doctor de Derecho penal
Universidade da Coruña

Sumario: 1. El pensamiento penal rápido. 2. Hiperrealidad. Hiperpresente. 3. Algunos ejemplos de presente continuo en la(s) reforma(s) penal(es) de 2015. 3.1. La edad de consentimiento de relaciones sexuales. 3.2. El Acuerdo para afianzar la unidad en defensa de las libertades y en la lucha contra el terrorismo. 4. Tiempo mesiánico y Política criminal.

1. EL PENSAMIENTO PENAL RÁPIDO

«Con ayuda de los clichés proyectados en el futuro de un (pre- y contra-) pasado, se obs-true el presente —el verdadero fundamento» (Paul Celan)

La reforma del Código penal llevada a cabo por las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 ha producido una honda reacción en la doctrina. Un somero vistazo a todo lo que se ha publicado sobre ella en los últimos meses nos muestra que ha habido una intensa (y perfectamente compatible) labor de crítica, que, inexcusablemente, hace referencia tanto al impacto que tendrá sobre el ordenamiento jurídico cuanto a que se trata de la trigésima modificación que

sufre nuestro Código penal en veinte años de vigencia.

Mi pretensión en las siguientes páginas no es unirme a las críticas que la reforma penal de 2015 sin duda merece, sino plantear una intuición global sobre la *estructura* de dichas críticas y sobre cómo concebimos la noción de *tiempo* en la política criminal, a la luz de la vorágine de cambios que sufre nuestra legislación penal.

Digo que se trata de una *intuición* porque el lector no va a encontrar conclusiones apodícticas al final de estas páginas, sino solo una hipótesis que podría abrir la puerta a futuras investigaciones. Es decir, pretendo generar más que el convencimiento, la sugestión. Y busco hacerlo a través de uno de los más elusivos con-

* Este trabajo se enmarca dentro de las actividades de mi grupo de investigación, financiadas por el Proyecto de Investigación *El sistema penal español en el periodo post-crisis* (DER2014-52674-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (IPs: Patricia Faraldo Cabana y José Ángel Brandariz García) y la Ayuda para la consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas del Sistema universitario de Galicia, modalidad de grupos de referencia competitiva (GRC2015/021), financiada por la Consellería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia (IP: Patricia Faraldo Cabana). Para comunicarse con el autor, contacten, por favor, a través del correo electrónico jramosv@udc.es.

Este trabajo no habría sido posible (al menos no en estos términos) sin el debate de sus versiones precedentes con Antón Sánchez-Andrade Saavedra, a quien agradezco sus más que valiosas observaciones y su labor de *brújula* en las cuestiones vinculadas con la Filosofía de la Historia.

ceptos con los que operamos los seres humanos a la hora de razonar: el tiempo.

Por definición, la norma penal ambiciona regular un fragmento de la vida social. Y esto vendría a significar: es aprobada para su aplicación en el *futuro* y, una vez que entra en vigor, rige una sucesión de *presentes*. A su vez, la política criminal se concibe usualmente como un conjunto de medidas y criterios utilizados por los poderes públicos para abordar la cuestión del control y represión del delito. Es decir, de nuevo, podría decirse que se trata de un haz de elementos que orientan la actividad punitiva del Estado y que, por consiguiente, miran al futuro sobre la base de un presente.

Tras señalar estas dos obviedades, me gustaría llamar la atención del lector sobre el lenguaje utilizado por el legislador en las Exposiciones de motivos de sus productos normativos.

Por ejemplo, en las siguientes Leyes Orgánicas, que reformaron el Código penal:

- «El Código Penal aprobado mediante la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, es objeto de una completa revisión y actualización, en la conciencia de que el transcurso del tiempo y las nuevas demandas sociales evidencian la necesidad de llevar a cabo determinadas modificaciones de nuestra norma penal» (Ley Orgánica 1/2015).
- «La evolución social de un sistema democrático avanzado como el que configura la Constitución española determina que el ordenamiento jurídico esté sometido a un proceso constante de revisión» (Ley Orgánica 5/2010).
- «El vigente Código Penal fue aprobado mediante la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. El tiempo transcurrido desde entonces ha puesto de manifiesto que es preciso llevar a cabo su actualización para abordar nuevas necesidades surgidas con la experiencia

obtenida con su aplicación» (Ley Orgánica 15/2003).

- «Nuestro ordenamiento jurídico proporciona una adecuada respuesta y protección a los extranjeros que residen legalmente en España. Sin embargo, también es cierto que la experiencia acumulada frente a un fenómeno cada vez más importante exige abordar reformas desde diversas perspectivas [...] Nuestro ordenamiento jurídico ya recogía medidas para combatir este tipo de delincuencia, realizando la presente reforma una tarea de consolidación y perfeccionamiento de las mismas» (Ley Orgánica 11/2003).
- «La realidad diaria y la experiencia ponen de manifiesto cómo en el cumplimiento de las penas existen amplios ámbitos de discrecionalidad, ámbitos variables en los que resulta oportuno, según la mejor doctrina, establecer reglas para hacer un pronóstico más certero de la pena a cumplir. Esta ley orgánica se dirige a perfeccionar el ordenamiento jurídico con el fin de concretar la forma del cumplimiento de las penas para conseguir que se lleve a cabo de manera íntegra y efectiva» (Ley Orgánica 7/2003).
- «[...] la presente Ley Orgánica, no obstante el escaso tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del nuevo Código Penal, considera indispensable, por las razones ya expuestas, la reforma del Título VIII de su Libro II» (Ley Orgánica 11/1999).

Como se puede apreciar, nos encontramos con una constante apelación a un pasado que ha devenido imposible de gestionar mediante la normativa vigente y un presente en el que la sociedad reclama nuevas medidas. Nuevas y *mejores* medidas, pues el telón de fondo es siempre la idea de *perfeccionamiento*. De *avance*.

Por su parte, en su labor de crítica de las sucesivas reformas penales, la doctrina ha venido aludiendo en los últimos quince años a ideas como «regresión [a los tiempos preconstitucionales]», «involución» o, especularmente, habla de «un paso adelante [hacia un sistema autoritario]» o de «un nuevo avance [del populismo punitivo]».

En ambos casos, el léxico remite, de un lado, a la idea de un tiempo homogéneo y vacío, en el que se suceden una serie de hechos concatenados entre sí, y, de otro, a una valoración en términos de *progreso* con el telón de fondo de la *perfectibilidad* del ordenamiento jurídico-penal. Pues bien, no pretendo en absoluto (¿cómo podría?) sostener que dicha manera de enfocar la *cuestión penal* sea incorrecta o inválida. Pero sí quisiera alertar sobre el modo en que puede estar afectando a nuestra percepción de la situación actual y, en consecuencia, a nuestra capacidad para desarrollar un análisis certero y una crítica sólida de la normativa penal.

Mis hipótesis serían las siguientes:

– Es discutible una caracterización del devenir social sobre el que se hará recaer la regulación penal en términos de una sucesión de eventos que traen causa de otros anteriores y presagian otros venideros. Es decir, la visión de su labor que tiene en mente el legislador se basa en un *tiempo histórico lineal* en el que el presente se deriva del pasado y vuelve su rostro hacia el futuro. Visión que, intentaré argumentar, no solo no tiene nada de, digamos, *ontológico*, sino que presenta una fuerte carga ideológica.

– Es más discutible aún la idea de *progreso*, entendida tanto como una suerte de «culto al tiempo» —en el que las particularidades de las realidades que vamos construyendo son consideradas y valoradas no por sí mismas, sino por lo que pueden llegar a ser (con el consecuente expolio de la conciencia del presente)— como bajo la forma de una superstición: la de que las *necesidades de protección* pueden llegar a ser colmadas en su totalidad (o, lo que es lo mis-

mo, la superstición de que la política criminal puede ser entendida en un sentido evolutivo o involutivo, teniendo como referente un hipotético estado de perfección en el que todos los objetivos de aquella se viesen alcanzados).

– Las dinámicas legislativas de los últimos años plantean un escenario muy singular, en el que el razonamiento clásico de quienes nos dedicamos a su estudio puede perder operatividad. Me refiero a la cada vez más acelerada retroalimentación entre el pasado como justificación, el presente como imperiosa necesidad y el futuro como una eventualidad en perpetua construcción, tendencia que González Cussac define con gran acierto cuando nos invita a darle la bienvenida a la «era del pensamiento penal rápido».

– Conjugando todo lo anterior, caracterizaría lo que estamos viviendo como el imperio de una política criminal del presente continuo.

– Denomino «política criminal del presente continuo» a aquella que transmite la sensación de que hay una permanente necesidad de reformas porque en el *momento presente* se están produciendo hechos novedosos que requieren urgentes modificaciones en la legislación penal. Una política criminal para la que todo lo pasado es inservible y el futuro es un cúmulo de incertezas que requerirán un permanente estado de alerta normativa. Si, de algún modo, planteamos una lectura sosegada de sus productos legislativos, nos toparemos con que muchas de sus normas recogen hechos fácilmente reconducibles a tipicidades ya existentes, y con que sus resultados aplicativos son para ella casi un epifenómeno del hecho auténticamente relevante, que es el simbolismo de la propia producción normativa. Se trata, en suma, de una suerte de política criminal del *mero actuar presente*, que tiende a confundirse con el ejercicio *in action* del poder político y que responde a una lógica perfectamente acompasada con nuestro *zeitgeist* (y con el neoautoritarismo de sus productos legislativos).

No pretendo demostrar las hipótesis expuestas en el espacio asignado a este trabajo, sino, de algún modo, hacérselas llegar al lector de un modo fragmentario, a través del análisis de algunos aspectos del ámbito penal en los que, a mi juicio, se percibe con más claridad que no hay una involución del ordenamiento ni una lógica global en la política criminal, sino, por así decirlo, destellos de un permanente y ciego presente que se superponen para crear, por acumulación, estratos de normas, impulsos políticos, nociones y relatos y, en consecuencia, una hipertrofia del *momentum* actual. Un Hiperpresente.

2. HIPERREALIDAD. HIPERPRESENTE

«La hiperrealidad de todas las cosas en nuestra cultura, la Alta Definición que subraya su obsenidad, son demasiado deslumbrantes para ser verdaderas».

(Jean Baudrillard)

Cuando el legislador señala que hay «demandas sociales» en un determinado sentido (normalmente, punitivo), en realidad, quiere decir que los medios de comunicación lanzan profusamente mensajes en dicho sentido. Es decir, en mi opinión, no hay otro barómetro de la presión de las demandas sociales que los medios de comunicación. Y no porque estos recojan una *communis opinio*, sino porque la crean. O, mejor, dicho, porque hacen ambas cosas a la vez.

En efecto, los medios de comunicación son los tabloneros de anuncios donde los ciudadanos pueden encontrar las novedades en este ámbito, donde se hacen *legibles* tanto los miedos preexistentes, más o menos difusos, como las *propuestas de riesgos* que los propios medios realizan.

Como señala Caterini (2015): «El riesgo percibido, entonces, es una construcción social de una realidad, donde a menudo la fuente

reside en los medios de comunicación. Por lo demás, el proceso de formación de tal percepción, bien mirado, no es lineal (hechos-*mass media*-ciudadanos), sino que es de naturaleza circular e inter-relacional, entre fuentes que se retroalimentan.

Los medios de comunicación, tomando como punto el sentido y la experiencia común, toman los riesgos que parecen interesar a los ciudadanos y, después, con su forma de representarlos, condicionan y refuerzan una cierta percepción del riesgo; percepción que ulteriormente viene enfatizada por los medios de comunicación, que apelan al sentido común precedentemente reforzado por los mismos medios, conformando un creciente tornado ascendente, un círculo vicioso, a menudo difícilmente detenible».

Dentro de esta espiral, que ha sido objeto de análisis desde múltiples puntos de vista en las últimas décadas, nos encontramos con una ciudadanía (sobre)expuesta a noticias (y, sobre todo, a opiniones) que conforman su propio juicio sobre determinados hechos: una lucha para imponer una cierta interpretación de la realidad y donde el sistema de comunicación de masas desempeña un papel fundamental, mientras el usuario *uti singulis* no desempeña ninguno.

Más allá de ello, en lo que aquí importa, me gustaría destacar la *estructura* de las «noticias penales», es decir, qué *tempo* narrativo manejan y cómo se estructura el relato.

En efecto, desde el punto de vista de la sociología de la comunicación, parece meridiana la capacidad de las noticias sobre delitos (y del correspondiente proceso penal) para acompañarse a una estructura narrativa en la que las actuaciones llevadas a cabo en la instrucción devienen capítulos de una historia cuyo clímax es el juicio oral y la sentencia. Esto, que ha sido así desde que existen los medios de comunicación de masas (e incluso antes, bajo la forma *ex post facto* del cantar de ciego), se ha visto acentuado por la aceleración de las comunica-

ciones, con el consiguiente cambio de *tempo* narrativo.

El espectador está cada vez más acostumbrado a la permanente tensión y a la constante actualización de informaciones. Hay una pulsión *omnisciente* en él y una cada vez mayor capacidad de los medios para ofrecerle ese saber absoluto sobre los hechos penales que le relatan. Pero ello produce, simultáneamente, un *déficit* y una *saturación* de presente.

Un *déficit* porque, por su propia esencia, el proceso penal no puede cabalmente ofrecer noticias a diario: hay períodos, incluso bastante prolongados, en los que las actuaciones están paradas y no pueden alimentar las imperiosas necesidades de novedades que reclaman los ciudadanos *multimedia*.

Pero, a la vez, hay una *saturación* de algunos momentos clave (fundamentalmente, la detención) que provoca el efecto inverso: se utilizan con profusión las conexiones en directo, que imprimen una sensación de hiperrealidad, aunque no esté ocurriendo nada en el lugar de los hechos. A ello hay que añadir el uso de las dobles (o a veces triples) pantallas, cuya simultaneidad de emisión de imágenes aumenta la angustia del espectador, en el sentido de produce la sensación de que algo está ocurriendo en *ese* preciso instante.

Esta superposición de escenarios y tiempos es, por tanto, el mejor reflejo mediático de un hiperpresente del que las noticias penales son singulares protagonistas.

Y todo ello, es decir, esa dialéctica entre un asfixiante hiperpresente y un espacio temporal vacío de noticias, es lo que produce esa suerte de *ritornello* de algunos casos concretos e, incluso, de ciertas actuaciones legislativas.

Es decir, hay una primera *explosión* de noticias sobre un determinado hecho, seguida de temporadas es la que ese hecho pasa a estar a medio camino entre lo ya sucedido y un porvenir (el juicio oral), revitalizándose solo cuando el proceso penal avanza.

En paralelo, la cobertura mediática suele provocar una inmediata reacción del poder ejecutivo anunciando reformas legales. Pero, como sabemos, el *timing* del procedimiento legislativo (al igual que el del proceso penal) es muy distinto del que la permanente emergencia y urgencia de «demandas sociales» exige, por lo que, de nuevo, nos encontramos con que la concreta medida legislativa que se quiere implementar es anunciada en reiteradas ocasiones durante su tramitación. Ejemplo de ello podría ser la labor llevada a cabo por el gabinete de comunicación del Ministerio de Justicia durante esta legislatura mediante la publicación periódica de notas de prensa sobre la implantación de la cadena perpetua (la denominación «prisión permanente revisable» es un eufemismo y un oxímoron) en nuestro ordenamiento.

En suma, noticias rápidas provocan demandas sociales inmediatas, demandas que *no* pueden ser satisfechas ni con el desarrollo del proceso penal (por más que la prisión provisional venga constituyendo *de facto* una primera satisfacción a la reclamación social de castigo) ni mucho menos con los cambios normativos, que siempre llegan para dar una respuesta *extemporánea* a un requerimiento que se agotaba en esa dinámica de presente dentro del presente y realidad dentro de la realidad que conlleva la aceleración mediática.

Por resumirlo *à la* Baudrillard: «La aceleración, la velocidad de las sociedades actuales, herencia de la modernidad y sus estandartes técnicos, sus medios de comunicación de masas, como productores de simulacros, han propulsado al hombre al hiperespacio sacándolo de una realidad a la que nunca podrá regresar: el hombre ahora ha caído, ha sido verdaderamente expulsado del paraíso.

La informática, las redes y la virtualidad terminaron por catapultar la salida, por destruir los últimos referentes objetivos a los que el hombre se aferraba. Ya no hay opción. Los eventos, incapaces de cristalizar precisamente por la falta de referente, se acumulan, se dis-

persan y confunden [...] Tomando el término físico de «materia», nace la hiperdensidad por exceso de materia inánime, esto es, de masas que neutralizan todo sentido posible, todo relato.

No hay, véase con atención, progreso posible, porque es tan pesado el cuerpo de las multitudes que su propia trayectoria frena el tiempo. No hay tiempo. Todo es absorbido por la masa [...] Es tal el nudo gordiano de lo hiperreal que ya no hay punto al que aferrarse que no sea una simulación más: el mundo simulado, el mundo perdido. El mundo de hoy» (Vélez León, 2013: 286-287).

3. ALGUNOS EJEMPLOS DE PRESENTE CONTINUO EN LA(S) REFORMA(S) PENAL(ES) DE 2015

3.1. LA EDAD DE CONSENTIMIENTO DE RELACIONES SEXUALES

«Sí, por supuesto, los niños tienen una sexualidad, no podemos volver a antiguas quimeras que nos hacían creer que el niño era puro y no sabía lo que era la sexualidad.

Pero nosotros, los psicólogos, los psicoanalistas, los psiquiatras, los pedagogos, sabemos perfectamente bien que la sexualidad de los niños es una sexualidad específica, con sus propias formas, con sus propios períodos de maduración, con sus puntos álgidos, con sus impulsos específicos, y también con sus períodos de latencia.

La sexualidad infantil es un territorio con su propia geografía, en el que el adulto no debe penetrar. Un territorio virgen, un territorio sexual, desde luego, pero un territorio que debe conservar su virginidad» (Foucault, 1979).

Pocas materias han recibido mayor atención por parte del legislador en los últimos años que el binomio menores/sexo.

Desde la promulgación del actual Código penal de 1995 (y decir que nuestro *actual* Código penal está fechado en 1995 es, de por sí, una muestra de *presente continuo*), los delitos

sexuales con víctima menor de edad (si incluimos dentro de estos los relacionados con la pornografía) han sido reformados sustancialmente hasta en cuatro ocasiones. Si ponemos el *dies a quo* en el advenimiento del Estado Constitucional de 1978, serían ocho las ocasiones en las que el legislador ha modificado la regulación de dichas infracciones.

En ese *iter* reformador, a mi juicio, aparecen muchas de las características de la actual política criminal que pretendo mostrar al lector. Porque, si bien, como se puede observar, la pulsión reformadora en esta materia ha sido una constante en estas décadas, se ha producido una auténtica *contracción temporal* con la Ley Orgánica 1/2015.

En efecto, vamos a trasladarnos en el tiempo hasta el momento en que adviene la noción de *infancia* en la cultura europea. *Advenimiento* porque, aunque suele concebirse que la idea de infancia es universal, se trata de un constructo moderno que hemos heredado y que está destinado a seguir mutando en función de la evolución de nuestras percepciones y comprensiones sobre los menores.

Desde el clásico trabajo de Ariés, la doctrina historiográfica mayoritaria entiende que durante el Antiguo Régimen no existía una diferencia categorial nítida entre la edad infantil y la adulta. Solo en los años durante los que el niño no podía valerse por sí mismo se le consideraba algo *distinto* al resto de personas (distinto y definido, básicamente, no por sus rasgos biológicos, sino por su relación de dependencia respecto de los adultos). Alrededor de los siete años se pasaba a formar parte, como uno más, del mundo adulto.

Esto, por supuesto, no significa que no existiese un sentimiento de interés y cuidado por los niños, sobre todo del siglo XIII en adelante, sino que las sociedades anteriores a la Edad Moderna carecían de *nuestro* concepto de infancia, de las especificidades que, a través de este, atribuimos a nuestros jóvenes, y del puesto central que ocupan en nuestra cultura actual.

Este viraje cultural —que paulatinamente fue, por así decirlo, *decantando* la figura del *niño*, especificándola y domesticándola— se produjo en un contexto en el que, a la vez, se producían otras radicales transformaciones: la industrialización, la cada vez más tajante diferenciación entre el ámbito público y el privado —con la consiguiente segregación social entre la masculinidad *política* y la femineidad doméstica— y la insistencia en la idea de protección y cuidado como ejes centrales de la familia y del hogar.

Pero también, el desarrollo de la Edad Moderna trajo consigo un modo de enfocar la sexualidad en la que los menores eran considerados seres inocentes e indefensos a los que había que proteger del erotismo, alertándoles continuamente sobre la inmoralidad de todo lo vinculado al sexo. Así, se pasó del cuerpo de los jóvenes como objeto de celebración en poemas y esculturas al tabú. Del niño Cupido travieso y lujurioso al niño angelical y puro.

El discurso de la inocencia, marcadamente ideológico, ve a los niños como seres fuertemente vinculados a la naturaleza, sin ningún tipo de maldad, puros, virtuosos y sujetos a la progresiva mala influencia de los adultos que los rodean (el *Emilio* rousseauiano podría ser un buen ejemplo tanto del interés surgido en su época por la figura de los niños cuanto de esta visión *angélica* y *natural* de estos). La infancia se convirtió en un concepto glorificador: el discurso de la inocencia idolatra a los niños como puros objetos de veneración y lo hace desde un punto de vista totalizador, *ontologizante*: los niños, simplemente, *son* así.

En este entrecruzarse de *naturaleza* e *inocencia*, por tanto, el niño deviene *sagrado*, con las indudables consecuencias que esto tiene en el ordenamiento jurídico penal.

Así, como señala Meyer (2007: 61-62): «Si la retórica moral de la infancia está fundamentalmente basada en invocar el estatus sagrado del niño, dicha sacralización gana autoridad moral del propio discurso de la inocencia. Caracterizando a los niños como enteramente

virtuosos, el discurso los predispone para convertirlos en objetos de valoración moral y emocional. Los niños son los *merecidos* receptores de atención, cuidado y protección.

Esta es la razón por la que los niños pueden ser declarados una prioridad, y los participantes pueden usar estas declaraciones para presentarse a sí mismos como personas morales. Cualquiera que hable en nombre de los niños puede autopresentarse como persona moral (por ejemplo, como alguien que protege a los débiles y vulnerables).

La retórica de la infancia es siempre una retórica moral y, en consecuencia, *todo* puede ser justificado a través de los niños».

Pero *inocencia* no es una condición ontológica de los menores, sino una palabra de los adultos para encasillarlos. De hecho, no es una condición positiva, sino puramente negativa. Nuestra definición de *niño* está basada sobre lo que este *no* es.

Esta falta de sexualidad (o, mejor dicho, este *deber de no sexualidad*) que se achaca a los menores es la característica que los define mejor en las políticas públicas y que, claro está, mejor los somete a discursos de control y de «desempoderamiento». El niño sin atributos (por así denominarlo) es, pues, la quintaesencia de la legislación penal en materia sexual: cuanto mayor es la vulnerabilidad y la inocencia que se les atribuye a nuestros menores, mejor funcionan las políticas represivas.

En este sentido, se nos presenta un panorama en el que los derechos de nuestros jóvenes se ven oscurecidos por la ideología de la vulnerabilidad y por las dinámicas de protección/control, deviniendo actores sociales de segunda clase sin ninguna capacidad de diálogo. Se habla *de* los menores, pero *no a* los menores. Y, en nombre de su protección, se crea una zona de conflicto entre ellos mismos y la expresión de sus deseos y personalidades.

En este *discurso* se inscribe la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015 (en realidad, *todas* las reformas que esta materia ha

sufrido en los últimos años), pero, y por ello lo he traído a colación, ¿por qué una idea que se consolidó en la Edad Moderna está *hoy* viviendo su mayor efervescencia y qué *entramado* temporal supone?

La premisa de mi respuesta sería la siguiente: en su ciega gestión de hiperrealidades, el legislador ha recogido una mitología del pasado y la ha arrojado al presente para crear una normativa en la que se superponen (de una manera hartó inarmónica) elementos culturalmente muy diversos.

Comencemos por —cómo no— un suceso: a finales de 2012, en la pedanía albaceteña de El Salobral, un hombre acabó con la vida de una muchacha de 13 años con la que había mantenido una relación afectiva (obsérvese que se trata de un feminicidio y no de un delito sexual). Acto seguido, los medios de comunicación se hicieron eco de la noticia, y enfatizaron el hecho de que, de acuerdo con la legislación vigente en aquel momento, la relación que ambos mantenían no era «constitutiva de delito». Es más, los medios hicieron especial hincapié en que nuestra legislación establecía la edad de consentimiento más baja de toda la Unión Europea, lo que se concibió como un escándalo.

Lo auténticamente curioso del asunto es que en todo momento se dio por supuesto que existe una relación causal entre la muerte de la menor y su capacidad *ex lege* para emitir un consentimiento válido en materia sexual, cuando, de hecho, no existía absolutamente ninguna relación entre el hecho de que hubiesen podido mantener lícitamente relaciones sexuales (algo que, por otra parte, ni siquiera nos consta) y que él hubiese decidido matarla a ella. Un suceso relacionado con la violencia de género (y, si indagamos un poco más en las circunstancias del caso, con la exclusión social) se transformó, en el debate mediático, en un relato de *abuso*.

En el debate mediático y en el político, pues, inmediatamente, el entonces titular del Ministerio de Justicia declaró la reforma

in fieri del Código Penal contemplaría «una previsión más adecuada a lo que en estos momentos exige la sociedad, en relación a [*sic*] la represión de este tipo de delitos».

El ministro, por tanto, hizo un fascinante ejercicio de *contracción temporal*: habló de una ley *futura*, pero que *ya* era anteproyecto, previendo que regularía en su día de manera más efectiva hechos como el que acababa de acontecer. Y ello porque existía *en esos momentos* (¡el día después de los hechos!) una exigencia social. Es decir, el texto que *ya* manejaba el ministerio, ese germen de la futura reforma recogía *incluso en ese momento* una previsión más adecuada a una exigencia social que es, desde esta perspectiva, a la vez *presente y sobrevenida*.

El ministro se refería al anteproyecto de reforma del Código penal (aprobado en el Consejo de Ministros de apenas unos días antes del suceso de El Salobral), en el que se establecía la prisión permanente revisable como pena para el supuesto de asesinato de menores de dieciséis años (previsión de la que trae causa el actual artículo 140.1.1^a) e, inmediatamente, se introdujo en los planes reformadores la elevación de la edad de consentimiento de las relaciones sexuales, primero a los quince y, con posterioridad, a los dieciséis años (actuales artículos 183 y siguientes).

No entraré en el análisis de por qué nuestro Estado cuenta de nuevo con una pena (la cadena perpetua) que el (en absoluto progresista) Código penal de 1928 había hecho desaparecer de nuestra cultura penal ni en una explicación razonada de que, a mi juicio, esto no supone exactamente una regresión ni una recuperación de la lógica de la pena decimonónica, pero sí quiero ejemplificar con la reforma de la *mayoría de edad sexual* la dinámica de presente continuo que asola nuestra política criminal.

En efecto, tenemos un suceso con un marcado sabor de relato (víctima menor, relación afectiva con un hombre mucho mayor, atrincheramiento en una caseta, cerco policial y posterior suicidio), una cobertura mediática centrada en una sola de estas circunstancias

(la relación entre víctima y autor), la equívoca apelación a que la muerte traía causa de la baja edad requerida por la legislación para poder consentir válidamente relaciones sexuales y una intervención inmediata del cargo público competente en el sentido de garantizar que una respuesta firme *a futuro* está a punto de llegar.

En cambio, curiosamente, la adición de la reforma en materia de edad de consentimiento no fue justificada por el legislador apelando a «exigencias sociales» o a la «consternación social» que provocan las relaciones sexuales entre menores y adultos, sino en la siguiente argumentación:

«Se introducen modificaciones en los delitos contra la libertad sexual para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil [...]. Como novedad más importante, se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años [...] En la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos —donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años— y una de las más bajas del mundo.

Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil. De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez».

No deja de resultar sorprendente que la única justificación que se da a una decisión político criminal tan decisiva como aumentar en tres años la edad a partir de la cual el contacto

sexual con un menor no es *per se* delictivo sea una *sugerencia* de un Comité de la ONU. Ni una palabra sobre la muchacha de El Salobral (hecho que había quedado ya sepultado en el pasado mediático). Ni un debate parlamentario en el que se haya expresado cuál era el auténtico objetivo de la reforma, qué consecuencias eran previsibles para el legislador, etc.

Más adelante aludiré al estado *catatónico* en el que se encuentra, en mi opinión, el parlamentarismo en nuestro Estado. Por de pronto, reparemos en que un cambio radical en la regulación de un tema tan sensible como ese atormentado binomio *sexo/menores* ha sido incorporado *a posteriori* a la oleada reformadora del legislador, sin mayor justificación que una mera recomendación de la ONU, con una redacción problemática ofrecida por un ignoto plantel de asesores y sin discusión alguna.

En suma, tenemos más delitos sexuales con sujeto pasivo menor de edad que nunca, la más alta edad de consentimiento de toda nuestra historia, una absoluta fijación por todo lo relacionado con la imagen desnuda de los menores; en suma, un nivel de recorte (de *eliminación*) de libertades inédito hasta ahora. Y todo ello con clandestinidad y sin argumentación.

Pero, en los términos que aquí me interesa resaltar: ¿cómo podemos definir esta variación en la disciplina de los delitos sexuales y, en concreto, de la edad de consentimiento?

Como indiqué con anterioridad, la modernidad trajo consigo la ideología de la pureza, pero si *leemos* la Ley Orgánica 1/2015 en esa clave, nos encontramos con dificultades para situarnos en ese espacio vacío y homogéneo en que se suele creer que transcurre la política criminal.

Me explico: hay en esta materia un fortísimo eco de la progresiva construcción del menor como *inocente* (al menos desde el punto de vista sexual) que tuvo lugar a lo largo de los siglos XVIII y XIX (tras la propia construcción del menor como categoría de suyo en los siglos XVI y XVII). Pero el hecho es que la regulación de los delitos sexuales en aquella época

no guarda ninguna relación con la de la actual, por lo que no podemos afirmar que estemos viviendo ningún tipo de *regresión* a una política criminal del Antiguo Régimen.

Es más, la noción de una *edad del consentimiento* es, de por sí, un muy extraño subproducto cultural que no guarda una relación causa efecto con la ideología sexual imperante en la época en la que nació. Basta echar un vistazo a las legislaciones europeas de los siglos XV a XIX para percatarnos tanto de la fundamental (y hoy olvidada) importancia que se le daba a lo puramente biológico a la hora de valorar la capacidad para consentir relaciones sexuales como de la *flexibilidad* que caracterizaba la noción de abuso.

Así, la idea de *consentimiento* (una idea, como bien apuntó Foucault, *contractual* y, por consiguiente, un curioso injerto iusprivatístico en el ámbito de la sexualidad), aunque pudiese ser considerada una derivación de los cambios en los modos de *gobierno* de las relaciones personales en las sociedades occidentales surgidas de la industrialización, no había sufrido hasta ahora una mutación tan radical.

Y, por ello, la decisión tomada por el legislador gravita en el vacío de hiperpresente al que he aludido antes. No es una involución. Ni un producto del caldo de cultivo que supone la ideología —fundamentalmente decimonónica— sobre la sexualidad porque, incluso en la época de mayor efervescencia de aquella, *nunca* existió una edad de consentimiento ni de lejos tan alta. Tampoco, por último, se trata de una consecuencia, en sentido lineal, de paulatinos cambios sociales.

Creo, en suma, que, por más que resulte inquietante, solo podemos comprender la reforma de 2015 en esta materia en cuanto que aislado ejercicio del poder político-legislativo. Nada en la realidad criminológica ni en la normativa internacional, ni siquiera en la presión de los medios (salvo los días posteriores al suceso de El Salobral) cuenta como *causa* de dicha decisión. Ni argumento ideológico alguno ha sido aportado en defensa de sus bondades.

Sencillamente, se tomó una decisión y la inercia de la hipertrofia legislativa la ha convertido en Derecho positivo.

No cabe, por tanto, en mi opinión, aludir a lógicas de evolución o involución (de progreso o regresión) cuando se habla de la Política criminal en materia de sexualidad de los menores. No hay puntos de referencia. Ni siquiera Política criminal, si entendemos ésta como un *diseño* que analiza el presente y se proyecta al futuro.

Pero antes de abundar en esta conclusión, pondré otro ejemplo.

3.2. EL ACUERDO PARA AFIANZAR LA UNIDAD EN DEFENSA DE LAS LIBERTADES Y EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

«El terrorismo es el peor enemigo de la democracia y de las libertades. Los españoles lo saben bien, porque hemos hecho frente al terrorismo durante demasiado tiempo. Y los hemos hecho siempre con una clara ejemplaridad: con serenidad, fortaleza y responsabilidad.

Los españoles somos muy conscientes de su gravedad y su dureza, tanto a nivel interno como en su dimensión exterior. Y nos sentimos especialmente preocupados por acontecimientos como los recientes atentados en París, que han vuelto a poner de manifiesto la grave y real amenaza del terrorismo yihadista, a la que ningún país puede permanecer ajeno, sean cuales sean sus manifestaciones o sus formas de actuación, incluyendo los actores solitarios y los combatientes terroristas retornados [...]

Conscientes del peligro que representa la amenaza terrorista, en todas sus manifestaciones, es necesario que los demócratas sepamos traducir nuestra unidad en la máxima capacidad para mejorar y actualizar la respuesta legal, especialmente en el terreno penal, frente a las nuevas y terribles formas de actuación de quienes ponen en peligro nuestras vidas y nuestras libertades».

Lo que antecede son fragmentos del «Acuerdo para afianzar la unidad en defensa de las libertades y en la lucha contra el terrorismo», firmado el dos de febrero de 2015 por los representantes de los dos partidos políticos

hasta ahora mayoritarios en nuestro Estado: Partido Popular y Partido Socialista Obrero Español.

Como el lector a buen seguro sabe, este Acuerdo (llamado por los medios de comunicación «Pacto Antiterrorista») vino acompañado de una proposición de Ley Orgánica que, tras ser tramitada por el procedimiento de urgencia, fue aprobada el día 30 de marzo de 2015 (el mismo día en que se aprobaba la Ley Orgánica 1/2015) y publicada al día siguiente en el Boletín Oficial del Estado).

Es decir, desde el acto de la firma del Acuerdo (solemne, con aires de *momento de Estado*) hasta la publicación de su resultado (la Ley Orgánica que reforma el Código penal en materia de terrorismo) pasaron exactamente ocho semanas. Y desde los atentados contra la revista satírica francesa *Charlie Hebdo* hasta la mencionada firma, tan solo veinticinco días.

Esta aceleración extrema del *tempo* político y legislativo, que, de acuerdo con los sondeos de opinión, cuajó perfectamente en la ciudadanía —tres cuartas partes de los encuestados tras la firma del Acuerdo estimaron que era una buena idea y dos tercios consideraron probable un atentado *yihadista* en nuestro Estado—, arroja de nuevo un resultado político-criminalmente inabordable en una lógica involución-evolución.

Vaya por delante que el término *terrorismo* debe gran parte de su indudable poder retórico a su porosa semántica: desde el *Comité de salut public* a los movimientos anticoloniales, pasando por el anarquismo de finales del siglo XIX o los partisanos, cada marco político, económico y cultural ha generado su propia idea de terrorismo, hasta tal punto que resulta una labor hartamente complicada encontrar una definición no meramente operativa de terrorismo.

En este sentido, aunque el elemento organizativo parece *prima facie* fundamental, la violencia anarquista del siglo XIX y el actual *yihadismo* nos demuestran que no tiene por qué ser un elemento caracterizador (aunque, en los dos casos citados, quizás sí lo sea el

sentimiento de pertenencia a una *idea* en el sentido dostoiévskiano del término, esa actitud vital que tan difícil resulta de comprender en nuestra era *postheroica* a la que aludiré más adelante).

Lo que sí está claro, en mi opinión, es que el terrorismo consiste en una estrategia de violencia y un objetivo político. Diría, incluso, que es el punto intermedio entre la guerra y la política, si no fuese porque esta, la política, es una continuación de la guerra por otros medios. Así: «Se presenta un viraje importante con relación a la inversión de la frase de Clausewitz, porque la pregunta ya no se formula desde la guerra, sino desde la política, desde los conflictos sociales y en últimas desde las relaciones de poder. Es dentro de las instituciones, dentro del Estado, dentro de las relaciones de poder, que se presentan enfrentamientos permanentes, luchas, conflictos que se transforman en otros nuevos conflictos, como decían los griegos, y otras veces, en guerras. Se produce entonces un desplazamiento del punto de interés, la guerra va a ocupar otro espacio y será vista de otra manera, por ejemplo, como la forma que la política utiliza para evitar la confrontación, para evitar el conflicto, y llevarlos, por intermedio de las armas, al silencio» (Abello, 2003: 74).

En esta lógica de relaciones de poder y de conflictos, el terrorismo, en tanto que idea y *método*, es un fenómeno esencialmente político, sobre todo si concebimos las dinámicas sociales más como *trastorno* disociativo que como trastorno asociativo. A diferencia de otras organizaciones delictivas, nos dice Schmitt, el terrorista no solo niega la *res publica* imperante (por así denominarla), sino que busca *otro* espacio público, es decir, sigue buscando su legitimidad dentro del ámbito de lo político.

Siguiendo con las lúcidas apreciaciones de Schmitt, leámoslas razonando sobre las armas de destrucción masiva que, en el momento en que escribió las siguientes líneas, suponían una preocupación mundial de primerísimo orden:

«Las armas extraconvencionales exigen hombres extraconvencionales. Ellas los presuponen, no por cierto como postulado de un futuro lejano, más bien sugieren que en realidad ellos están ya entre nosotros. El extremo peligro no está ubicado por lo tanto ni siquiera en la existencia de medios destructivos totales o en una intencional perversidad humana. Está en la ineluctabilidad de una obligación moral.

Aquellos hombres que usan esos medios contra otros hombres se ven obligados a destruir a esos otros hombres, es decir, a sus víctimas, incluso moralmente; deben estigmatizar a la parte adversaria como criminal e inhumana, como un no-valor absoluto, porque de otra manera ellos mismos serían criminales y monstruos. La lógica del valor y del no-valor extiende toda su devastadora consecuencia y obliga a la creación continua de nuevas y más intensas discriminaciones, criminalizaciones y desvalorizaciones, hasta llegar a la destrucción completa de toda vida indigna de existir. En un mundo en el que sus contrincantes se empujen respectivamente al abismo de esta manera, en el abismo de la total privación de cualquier valor, premisa para destruirse físicamente, deben nacer nuevos tipos de enemistad absoluta» (Schmitt, 1966:187-188).

Algo de esta lógica se impuso, como sabemos, en los albores de nuestro siglo con el advenimiento de Al Qaeda.

Los atentados del 11-S, aun sin ser «la más grande obra de arte que existe en todo el cosmos» (como los definió Stockhausen), sí supusieron un golpe de timón en el modo en que conceptos como «seguridad exterior», «guerra» o «terrorismo» venían siendo percibidos. Se nos dijo que Al Qaeda era algo radicalmente *nuevo*, prácticamente una ONG de la violencia, descentralizada, deslocalizada (el mundo entero devenido campo de batalla), con objetivos civiles y no sólo político-militares, etc.

Esta *novedad* que supondría Al Qaeda condujo a una nueva *narrativa* de terrorismo de léxico profundamente militarizado, cuyos productos a nivel internacional son más que co-

nocidos: la creación de espacios *ajurídicos* y la permanente idea de que «terrorista» es no solo un *status*, una cualificación personal que influye decisivamente en todos los aspectos penales y penitenciarios, sino también una noción *no datada temporalmente* y, por tanto, *potencialmente eterna*.

A los efectos de este trabajo, aparte de esa idea de «terrorista» como noción atemporal y de la lucha contra el terrorismo como guerra global *permanente*, quisiera destacar hasta qué punto pueden resultar inapropiadas las consideraciones en términos de *involución* (o *progreso*) referidas a Al Qaeda (como lo son las referidas al *yihadismo* que el «Acuerdo para afianzar la unidad en defensa de las libertades y en la lucha contra el terrorismo» dice pretender combatir).

Preliminarmente, utilizaré un largo pasaje de Gray: «Los hombres que secuestraron aviones civiles y los utilizaron como armas para atacar Nueva York y Washington en septiembre de 2001 hicieron algo más que demostrar la vulnerabilidad de la mayor potencia mundial. Destruyeron toda una visión del mundo.

Hasta ese día, la creencia generalizada era la de que el mundo estaba experimentando una constante secularización. Pero aquel 11 de septiembre la guerra y la religión se mostraron más íntimamente ligadas entre sí de lo que nunca habían estado en la historia humana. Los terroristas eran soldados de infantería de una nueva guerra de religión.

Todos daban por sentado que el mundo estaba en paz. Todos los Estados se hallaban interconectados a través de una red mundial de mercados libres. Incluso el mayor de ellos —China— se estaba apuntando al capitalismo global. El libre comercio había convertido la guerra en algo obsoleto. Pero el World Trade Center acabó arrasado en medio de una nueva clase de guerra.

Todos asumían que la guerra significaba un conflicto entre Estados. A pesar de la evidencia de la guerra de guerrillas del siglo XX, persistía la idea de que si volviera la guerra algún día

—y pocos eran los dispuestos a admitir que tal cosa pudiera ocurrir—, esta sería un asunto entre ejércitos y gobiernos.

Pero la red que coordinó los ataques a Washington y a Nueva York tenía más de corporación posmoderna que de ejército a la vieja usanza. Al Qaeda no recibía órdenes de ningún Estado: explotaba la debilidad de los Estados. Subproducto de la «globalización», logró privatizar el terrorismo y proyectarlo a escala mundial.

Todos aceptaban que, con la globalización, los «valores modernos» estaban en alza. Pero si por algo se caracteriza la globalización, es por el discurrir caótico de nuevas tecnologías. Si algún efecto general tiene, no es el de difundir los «valores modernos», sino el de consumirlos.

En tanto que hace un uso considerable de Internet, Al Qaeda es indudablemente «moderna»; pero utiliza Internet para repudiar la modernidad occidental. En la medida en que obtiene sus apoyos de redes de clanes, Al Qaeda encarna unas estructuras sociales «premodernas»; pero su rechazo de los «valores modernos» es expresión más de un acto de voluntad que de ninguna tradición o autoridad establecida. Es en ese peculiar sentido en el que Al Qaeda es «moderna».

Como organización «posmoderna» al servicio de valores «premodernos», Al Qaeda ha puesto entre interrogantes la idea misma de lo que significa ser moderno» (Gray, 2003: 142-143).

Creo que Gray pone el acento justo en los elementos más conflictivos de nuestra aproximación a Al Qaeda y al *yihadismo*: en primer lugar, una muy deficiente autocomprensión de las sociedades occidentales; en segundo lugar, los valores usualmente atribuidas a estas «no se defienden, se consumen» (yo aún diría más: los valores *occidentales* son objetos de consumo, más que de práctica) y, en tercer lugar, el funcionamiento de este tipo de terrorismo hace entrar en colisión a nuestras (pre)concepciones sobre (pre y post)modernidad.

No pretendo, ni mucho menos, criticar términos que han servido a tantos autores para hacer inteligibles los últimos siglos de nuestras sociedades, sino afirmar que su aplicación a las llamadas «nuevas formas de terrorismo» es ciertamente problemática.

Sucede, por ejemplo, que Daesh —o Isis, o como quiera denominarse— es con frecuencia caracterizado como una organización reaccionaria, *medieval*, con su fanatismo destructivo, su pobreza argumental y sus degollamientos. En cambio, sus vídeos no solo están grabados con un sobresaliente sentido de la *mise-en-scène*, sino dirigidos a la comprensión y rechazo por parte del occidental *multimedia* y su horror por las ejecuciones sangrientas y la destrucción del patrimonio histórico-artístico. Y esto significa que se trata de un fenómeno que sabe conjugar un discurso dirigido a una base popular prácticamente analfabeta con un encuentro mediático *tête à tête* con el ciudadano occidental hipertecnologizado.

Esta esencia *transtemporal* contribuye decisivamente al colapso de las usuales estrategias antiterroristas: resulta difícil articular una respuesta global a una idea (la *yihad*) que tanto da luz a una organización que controla grandes porciones de territorio en Oriente próximo como sirve de revulsivo para que sujetos individuales cometan atentados. Es decir, dar una respuesta a una situación que, *de facto*, es bélica y a otra cuya esencia es la misma que la del anarquismo del siglo XIX.

¿Quiero decir con esto que el «Acuerdo para afianzar la unidad en defensa de las libertades y en la lucha contra el terrorismo» (y la consecuente Ley orgánica 2/2015) no conlleva medidas útiles en un marco de *guerra* contra el terrorismo?

En absoluto: antes al contrario, algunas de las modificaciones llevadas a cabo en el Capítulo VII del título XXII del libro II del Código Penal facilitan sobremedida (a costa, claro está, de las garantías constitucionales) la obsesiva labor de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en materia antiterrorista. Pero

otras van mucho más allá y abren el concepto de terrorismo a prácticamente toda disidencia ideológica.

Empero, no se trata exactamente de *un paso más* en la utilización de la etiqueta «terrorismo» como excusa para la persecución de determinadas ideologías, pues un repaso a las últimas décadas de la legislación penal española nos demuestran que *siempre* ha existido esa tendencia. Solo han cambiado los métodos.

Es más: la gran mayoría de las supuestas novedades que la Ley Orgánica 2/2015 habría traído consigo, no son tales. En un Código penal fruto de una Política criminal obsesionada con el terrorismo existían ya tipos penales de sobra para reprimir las conductas que estarían en la base de la preocupación del legislador de 2015.

Como subraya Cancio Meliá: «No hay ni un solo eslabón de la cadena de actos que conducen a un atentado terrorista que no sea ya a día de hoy [el autor se refiere al momento anterior a la promulgación de la Ley Orgánica 2/2015] un delito amenazado con graves penas: ¿concertarse con otros —antes de toda preparación concreta— para cometer un acto terrorista, o llamar a otros para que lo cometan? Conducta penada como conspiración, proposición o provocación para realizar actos terroristas (art. 579.1 I CP). ¿Publicar en una página web un texto que valore positivamente las actividades de grupos terroristas? Un delito de difusión de “consignas o mensajes” que puedan alentar a otros a cometer delitos terroristas (art. 579.1 II CP). ¿Trasladarse al territorio dominado por un grupo terrorista y recibir formación militar? Un delito de colaboración con organización terrorista, previsto en nuestra Ley penal desde hace décadas (art. 576 CP). ¿Recaudar fondos para una organización o grupo terrorista? Una infracción prevista incluso por partida triple en la regulación vigente como modalidad de colaboración (arts. 575, 576 y 576 bis CP). ¿Realizar algún delito (por ejemplo: de daños, quemando un cajero automático), por parte de un autor que no tiene re-

lación alguna con nadie, pero con la voluntad de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública? Un delito de terrorismo individual, penado desde hace veinte años y aplicado centenares de veces contra la llamada *kale borroka* (art. 577 CP)» (Cancio Meliá, 2015).

En suma, la Ley Orgánica 2/2015 ha llovido sobre mojado. La urgentísima reforma (casi récord absoluto de velocidad en la tramitación de una norma de ese rango) supone insistir en viejas tendencias de nuestro ordenamiento penal, sea reformulando tipos penales para castigar hechos que ya habrían tenido acomodo en la legislación anterior, sea expandiendo la persecución de tintes ideológicos a nuevas formas de adoctrinamiento y de difusión de consignas consideradas terroristas. Nada, ni la laxitud de los conceptos, ni la indeterminación de las conductas, ni la obsesión por las finalidades, ni el cariz autoritario (cuando no totalitario) de los actuales artículos 571 y siguientes es nuevo.

Por eso, la solemne escenificación de la firma de un Acuerdo dirigido a una forma de terrorismo que aúna lo nuevo y lo viejo de este fenómeno, lleno de lugares comunes y al calor de unos hechos que ni siquiera habían acontecido en nuestro Estado, que origina una reforma *express* del Código penal que aúna asimismo lo nuevo y lo viejo del uso de la legislación penal como instrumento de represión constituye, a mi juicio, un ejemplo de hiperpresente político criminal.

Ahora que el *terrorista* no es un actor político en nuestro Estado y que la regulación penal en esta materia se estaba *fossilizando*, llega una reforma que es, simultáneamente, una revitalización y un cadáver. Cual gato de Schödinger, es un inane ejercicio de fetichismo jurídico-político (los dos partidos mayoritarios en el momento de escribir estas líneas firmando juntos un Acuerdo *de Estado* para la defensa de la *sociedad en su conjunto*, por encima de discrepancias (¿?) ideológicas) y un vivísimo ejemplo de lo que —como veíamos— nos alertaba Schmitt: estigmatizar a un oscuro, ambiguo y bifronte enemigo para justificar (como

si fuese una obligación moral) el recurso a la mayor arma que el poder político tiene *fuera del tiempo de guerra*: la privación de libertad a través del Derecho penal. Privación que, a día de hoy, y por más que el PSOE haya hecho funambulismo jurídico lingüístico en este Acuerdo, es nada menos que perpetua.

4. TIEMPO MESIÁNICO Y POLÍTICA CRIMINAL

Τοῦτο δε φημι ἀδελφοὶ ὁ καιρὸς συνεσταλμένος το λοιπὸν ἐστὶν [...].

«Pero esto os digo, hermanos, el tiempo se ha contraído» [en puridad, la expresión griega equivaldría al repliegado de velas o a la contracción física de un animal a punto de saltar]. En esos términos se dirigía Pablo de Tarso a la comunidad cristiana de Corinto. Desde su perspectiva, la llegada del Mesías había provocado una *contracción del tiempo*: el tiempo habría comenzado a terminarse, por lo que estaríamos viviendo los últimos momentos antes del *éscaton*, del fin de todo tiempo. Y ese último tiempo antes del final del tiempo se habría abreviado, en correspondencia con el anuncio escatológico de que «habrá entonces grande aflicción, cual no fue desde el principio del mundo hasta ahora, ni será. Y si aquellos días no fuesen acortados, ninguna carne sería salva; mas por causa de los escogidos, aquellos días serán acortados» (Mateo, 24, 21-22).

Se preguntará el lector qué tiene que ver esto con la política criminal y las reformas penales de 2015. Pues bien, hasta ahora he planteado como premisas que la idea de progreso en política criminal es discutible (como lo es intentar un análisis de la legislación penal bajo una lógica de avance y retroceso), y que vivimos en un momento social en el que hay una implosión del presente sobre sí mismo. Acto seguido, con mayor o menor acierto, he procurado ejemplificar esas hipótesis con dos ejemplos concretos de las reformas penales de 2015, dos ejemplos en los que se percibe una extraña mezcla de estratos temporales: no son un avance ni una regresión a otras épocas, ni

exactamente un dejar todo como estaba, sino un conglomerado de todo ello.

Pero si a día de hoy no cabe entender los vaivenes legislativos en términos de evolución e involución (como si la política criminal fuese un discurrir a través de unos raíles), ¿cuál sería el modo en que propondría entender las vicisitudes que viene sufriendo nuestra legislación penal?

Creo que la metareflexión histórica que se ha hecho en las últimas décadas, en especial aquella que, de un modo u otro, bebe de (o pasa por) Walter Benjamin, puede ofrecernos claves en este sentido. Creo que esta óptica puede ayudarnos a adoptar una perspectiva distinta y, quizás, más sugerente sobre el estado actual de la política criminal.

El mencionado autor, en sus crípticas «Tesis sobre el concepto de Historia», afirmó: «La historia es objeto de una construcción cuyo lugar no está constituido por el tiempo homogéneo y vacío, sino por un tiempo pleno, “tiempo-ahora”» (Benjamin, 1989: 188).

Y, más adelante, añade: «El historicismo se contenta con establecer un nexo causal de diversos momentos históricos. Pero ningún hecho es ya histórico por ser causa. Llegará a serlo póstumamente a través de datos que muy bien pueden estar separados de él por milenios. El historiador que parta de ello, dejará de desgarnar la sucesión de datos como un rosario entre sus dedos. Captará la constelación en la que ha entrado su propia época con otra anterior muy determinada. Fundamenta así un concepto de presente como “tiempo-ahora” en el que se han metido, esparciéndose, astillas del tiempo mesiánico» (Benjamin, 1989: 191).

El esquema de lo mesiánico es, sin duda, el de la irrupción catastrófica que modifica todo, incluso el estatuto del tiempo. Lo mesiánico y lo escatológico, así, no coinciden exactamente, pero se interrelacionan de un modo en que —de acuerdo con Benjamin— podemos *producir* otro concepto de historia, un concepto en el que la perspectiva del progreso resulta abolida

por lo que Lancersos ha llamado el *golpe de estado mesiánico*.

Es decir: la idea de que los acontecimientos se suceden siguiendo una imparable línea progresiva hacia el futuro viene dinamitada por la idea de *catástrofe*, de un momento que irrumpe en la historia para interrumpir la historia, «[...] y tanto la irrupción como la interrupción son expedientes necesarios para la consumación: que no se plantea como *meta* de un desarrollo causal, sino, precisamente, como *final* que se precipita cancelando todas las cadenas causales» (Lancersos, 2014: 208).

El tiempo mesiánico es, pues, el tiempo que nos resta y que empleamos para completar y destruir la representación de nuestro tiempo, el tiempo que se ha contraído, que está agazapado como un animal en la imagen de Pablo de Tarso.

Esta perspectiva —fuertemente teologizada— de Benjamin, que dinamita la imagen lineal (y causal) de la historia, tiene ecos en diversas disciplinas. Como señala Heller:

«El tono apocalíptico ha llegado a ser muy alto y conspicuo en la filosofía. Primero vino la crisis: la crisis de las ciencias europeas, la crisis de la cultura europea, de la racionalidad, del liberalismo, de la democracia, y así siguiendo. Luego vino el fin: el fin de la razón, el fin del sujeto, el fin del arte, el fin de la ideología, el fin de la filosofía y el fin de la historia. La crisis misma llegó a su fin, porque llegó al “Fin” [...] En un mundo contingente, “el fin” da significado. Un relato puede ser entendido desde el “fin”. Desde el fin puede ser superado “el mal infinito”. Sin duda, si afirmamos que el fin está aquí (o en un futuro próximo), aún participamos del asunto que ahora está llegando a su fin: de la historia, del arte, de la filosofía, del sujeto. Nos distanciamos del futuro y no nos atamos a las grandes esperanzas» (Heller, 1999: 100).

Si esto es así, y si, por ejemplo, Heidegger pudo cifrar el final de la filosofía en el triunfo del mundo científico-tecnológico y del orden social consonante con aquel, considero, y esta sería la conclusión principal de este trabajo,

que *el rumbo que ha tomado el Derecho penal se puede inscribir en una lógica de tiempo mesiánico*, lejos de la utopía del progreso y su ceguera respecto del Apocalipsis.

Y esto quiere decir lo siguiente:

En primer lugar, y ante todo, las múltiples reformas llevadas a cabo en nuestra legislación penal, con sus sucesivos solapamientos, no muestran un criterio rector, sino una pura actuación ayuna en la mayoría de los casos de justificación. Es decir, una actividad de corte *ejecutivo* sin sujeción a razones. Y ello es fruto (y a la vez causa) de una decadencia del parlamentarismo, de un gigantesco déficit de debate entre fuerzas políticas, de un mero actuar del poder ejecutivo que tendría su mejor correlato en la idea de Decreto.

Es decir, la lógica de la reacción espasmódica del Gobierno a los avatares del mundo penal es una lógica de automatismo que se acompasa mejor con el *fiat!* que supone el Decreto. Evidentemente, el Estado Constitucional en el que vivimos veta tal posibilidad, pero me parece claro que la *esencia* de los últimos productos legislativos es formalmente de Ley Orgánica y materialmente de Decreto. Y esta esencia ejecutiva bajo una vestimenta legislativa está provocando el descrito desfase entre *chronos* y *kairós*, entre aceleración de la vida social (y sus sedicentes demandas) y los productos legislativos parlamentarios, entre las dinámicas mediáticas y el proceso penal; en suma, entre la política criminal y las últimas reformas del Código Penal (por no decir, entre la política y la política criminal).

Lo más preocupante, de todos modos, no es la disonancia entre materia y forma (por así decirlo) a la hora de abordar las políticas públicas sobre el delito, sino el lejano rumor de un siempre imposible y siempre plausible *decisionismo* en materia penal.

Sea la posición decisionista Ilustración llevada a sus últimas consecuencias (y la modernidad un proceso revolucionario político-teológico), sea un proyecto contrailustrado (y, por tanto, un *apocalipsis de la modernidad* —un regreso a

la alienación premoderna—), o sea, ambas cosas a un tiempo (Ilustración elevada a la enemisa potencia a través de la negación de la Ilustración), lo cierto es que su sombra planea sobre una actividad legislativa devenida mero ejercicio de acto y que no es ni un retroceso a algo ya vivido ni una avanzadilla de algo que vaya a venir, sino un presente que se agota en sí mismo.

Y el *impulso* decisionista en un contexto de *presente continuo* es, por definición, ciego: ni puede hacerse regir por razones ni es capaz de crear un *orden* más allá de la acumulación de sus sucesivas decisiones, que revestirían el carácter de *mónadas* encapsuladas en su tiempo concreto.

Tanto es así que, en segundo lugar, la situación actual supone la voladura más o menos controlada de la idea de la codificación, pues toda reflexión en términos temporales implica una estabilidad del objeto de observación, algo imposible en este momento de aceleración y acumulación de productos normativos. Tan difícil resulta decir que el actual Código Penal es *todavía* «el Código Penal de 1995» como afirmar que *todavía* es un código.

En tercer lugar, no cabe esperar de este tiempo *mesianico* en el que vive sumida la política criminal una *apocatástasis*, una restauración de situaciones precedentes. Y no solo porque los últimos veinte años de legislación penal presentan escasísimos ejemplos de derogación de reformas precedentes, sino porque el hiperpresente impide toda *restitutio in integrum*: si el legislador pudiese elegir ¿a dónde volveríamos? y, sin una deceleración de nuestro presente, ¿con qué consecuencias? En suma, el

presente continuo no permite ni memoria ni utopía y, por tanto, fulmina toda posibilidad de una Política criminal entendida como diseño racional de las políticas penales.

Pero, por último, este tiempo contraído, del ahora, en el que (en la imagen bejaminiana) se han insertado astillas de tiempo mesiánico, anuncia la llegada del *evento catastrófico*, en unos términos que quizás aún no seamos capaces de presagiar o que, también quizás, simultáneamente ya estén aquí, en los *nuevos-viejos* resultados de las últimas reformas. Así, la introducción de la prisión permanente revisable o el vuelco que en el anteproyecto de reforma de 2012 se preveía en la regulación de las medidas de seguridad pueden ser indicios del advenimiento de dicha catástrofe bajo la forma de cualesquiera otras modificaciones radicales en nuestra legislación penal. Cualquier cosa, por tanto, puede esperarse de este momento de *impasse* que no parece que esté aguardando redentor alguno

En suma, si es cierto lo que decía Benjamin, a saber, que «todo ahora es el ahora de una determinada cognoscibilidad» y que en ese ahora la verdad está «tan cargada de tiempo que se convierte en añicos», no es en absoluto descartable que el Derecho penal en su conjunto, esa fascinante y torturada construcción nacida de un momento ciertamente mesiánico como fue la propia Ilustración, sufra en breve una mutación tan fuerte que convierta en añicos su imagen actual. Y, peor aún, nada puede hacerse, a mi juicio, para impedirlo, pues todo intento llegará ya tarde, como el Mesías, de quien decía Kafka que «solo vendrá cuando ya no sea necesario; vendrá un día después de su llegada».

BIBLIOGRAFÍA

Apartado 1

La cita preliminar de Paul Celan puede encontrarse en CELAN, Paul (2015): *Microlitos: aforismos y textos en prosa*, Madrid: Trotta, Madrid, 30.

El progreso como «culto al tiempo» es una idea de Wyndham Lewis (LEWIS, Wyndham (1993): *Time and western man*, Santa Rosa: Black Sparrow Press).

La expresión de González Cussac «Pensamiento penal rápido» se halla en: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (2015): «Señas de identidad de la reforma penal de 2015: Política criminal e ideología», en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 17, 168-180.

Apartado 2

La cita de Baudrillard que encabeza el apartado se encuentra en BAUDRILLARD, Jean (1996): *El crimen perfecto*, Barcelona: Anagrama, 174.

La obra de Caterini mencionada en el texto es CATERINI, Mario (2015): «La política criminal y el sistema económico-mediático», en *Revista General de Derecho Penal*, 23. [En línea], <http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=415808>.

La obra de Vélez León citada en el texto es la siguiente: VÉLEZ LEÓN, Mercedes (2013): «¿Derechos humanos para el mundo 2.0?» en *Bajo Palabra: Revista de Filosofía*, segunda época, 8, 283-292.

Apartado 3

La obra que inició el debate sobre la inexistencia de un concepto de infancia previo a la Modernidad es: ARIÉS, PHILIPPE (1987): *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Madrid: Taurus.

La cita a Meyer está extraída de la siguiente obra: MEYER, Anneke (2007): *The child at risk: paedophiles, media responses and public opinion*, Manchester: Manchester University Press.

Foucault expresó su opinión sobre la edad de consentimiento en una tertulia radiofónica, cuya transcripción se publicó con posterioridad bajo el título «La ley del pudor» y de la que he extraído tanto la cita que encabeza el apartado como la idea de que consentimiento no es más que una noción «contractual» de dudosa aplicación al mundo de las relaciones sexuales. El texto de la tertulia puede encontrarse en línea traducido al castellano en: <https://es.wikisource.org/wiki/La_ley_del_pudor>.

Sobre las interrelaciones entre terrorismo anarquista y Al Qaeda, véase SERRANO MARTÍNEZ, Jorge (2006): *Dostoiévski frente al terrorismo: de los demonios a Al Qaeda*, Madrid: Club Universitario.

Sobre Foucault y la guerra: FOUCAULT, Michel (1992): *Genealogía del racismo*, Madrid: La Piqueta; y GARCÍA CARNEIRO, José y Javier VIDARTE (2002): *Guerra y filosofía: concepciones de la guerra en la historia del pensamiento*, Valencia: Tirant lo Blanch.

La —tan provocadora como sacada de contexto— opinión de STOCKHAUSEN sobre los atentados del 11 de septiembre fue expresada en una rueda de prensa, cuya transcripción se publicó posteriormente en *Musik Texte*, 91, 2002, 69-77.

Los textos citados de Gray y Schmitt son, respectivamente:

GRAY, John (2003): *Perros de paja reflexiones sobre los humanos y otros animales*, Barcelona: Paidós; y SCHMITT, Carl (1966): *Teoría del partisano*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

El texto de CANCIO MELIÁ forma parte de un manifiesto firmado por más de un centenar de compañeros de diversas universidades y publicado en el periódico digital *Eldiario.es* el 11 de febrero de 2015. [En línea], <http://www.eldiario.es/zonacritica/Pacto-antiterrorista-pendiente-deslizante-barranco_6_355624462.html>.

Apartado 4

La cita bíblica del encabezamiento pertenece a la Primera epístola a los Corintios, 7:29.

La edición que utilizo de las «Tesis sobre el concepto de historia» de Benjamin es la contenida en el siguiente volumen recopilatorio de textos de dicho autor: BENJAMIN, Walter (1989): *Discursos interrumpidos I*, Buenos Aires: Taurus. Sobre las mencionadas Tesis, resulta esclarecedoramente imprescindible el libro de MATE, Reyes (2006): *Medianoche en la historia: comentarios a las tesis de Walter Benjamin «Sobre el concepto de historia»*, Madrid: Trotta.

La expresión de Lanceros «Golpe de estado mesiánico» se encuentra en LANCEROS, Patxi (2014): *Orden sagrado, santa violencia: teo-tecnologías del poder*, Madrid: Abada.

La obra citada de Heller, a su vez, es la siguiente: HELLER, Agnes (1999): *Una filosofía de la historia en fragmentos*, Barcelona: Gedisa.

La cita de Heidegger aparece en HEIDEGGER, Martin (1978): *¿Qué es la filosofía?*, Madrid: Narcea, 177.

Sobre el decisionismo, vid. BENEYTO, José María (1993): *Apocalipsis de la modernidad: el decisionismo político de Donoso Cortés*, Barcelona: Gedisa.

La última citas de Benjamin y la de Kafka las he tomado de AGAMBEN, Giorgio (2006): *El tiempo que resta: comentario a la carta de los Romanos*, Madrid: Trotta.

Fecha recepción: 26/10/2015

Fecha aceptación: 15/11/2015

the 1990s, the number of people in the world who are living in poverty has increased from 1.2 billion to 1.6 billion (World Bank 2000).

There are a number of reasons for this increase in poverty. One of the main reasons is the rapid population growth in the developing countries. The population of the world is expected to reach 8 billion by the year 2025 (United Nations 2000). This rapid population growth is putting a strain on the natural resources of the world, particularly in the developing countries.

Another reason for the increase in poverty is the rapid technological change in the developed countries. This technological change has led to the displacement of workers in the developed countries, particularly in the manufacturing sector.

There are a number of other reasons for the increase in poverty, including the rapid growth of the service sector in the developing countries, the rapid growth of the informal sector, and the rapid growth of the urban population.

The rapid growth of the service sector in the developing countries has led to the displacement of workers in the manufacturing sector. This displacement has led to an increase in poverty in the developing countries.

The rapid growth of the informal sector in the developing countries has also led to an increase in poverty. The informal sector is characterized by low wages and poor working conditions, which has led to an increase in poverty.

The rapid growth of the urban population in the developing countries has also led to an increase in poverty. The urban population is characterized by high unemployment rates and low wages, which has led to an increase in poverty.

The rapid growth of the urban population in the developing countries has also led to an increase in poverty. The urban population is characterized by high unemployment rates and low wages, which has led to an increase in poverty.

The rapid growth of the urban population in the developing countries has also led to an increase in poverty. The urban population is characterized by high unemployment rates and low wages, which has led to an increase in poverty.

The rapid growth of the urban population in the developing countries has also led to an increase in poverty. The urban population is characterized by high unemployment rates and low wages, which has led to an increase in poverty.

The rapid growth of the urban population in the developing countries has also led to an increase in poverty. The urban population is characterized by high unemployment rates and low wages, which has led to an increase in poverty.

The rapid growth of the urban population in the developing countries has also led to an increase in poverty. The urban population is characterized by high unemployment rates and low wages, which has led to an increase in poverty.

The rapid growth of the urban population in the developing countries has also led to an increase in poverty. The urban population is characterized by high unemployment rates and low wages, which has led to an increase in poverty.

The rapid growth of the urban population in the developing countries has also led to an increase in poverty. The urban population is characterized by high unemployment rates and low wages, which has led to an increase in poverty.

The rapid growth of the urban population in the developing countries has also led to an increase in poverty. The urban population is characterized by high unemployment rates and low wages, which has led to an increase in poverty.

The rapid growth of the urban population in the developing countries has also led to an increase in poverty. The urban population is characterized by high unemployment rates and low wages, which has led to an increase in poverty.

The rapid growth of the urban population in the developing countries has also led to an increase in poverty. The urban population is characterized by high unemployment rates and low wages, which has led to an increase in poverty.

The rapid growth of the urban population in the developing countries has also led to an increase in poverty. The urban population is characterized by high unemployment rates and low wages, which has led to an increase in poverty.

The rapid growth of the urban population in the developing countries has also led to an increase in poverty. The urban population is characterized by high unemployment rates and low wages, which has led to an increase in poverty.

The rapid growth of the urban population in the developing countries has also led to an increase in poverty. The urban population is characterized by high unemployment rates and low wages, which has led to an increase in poverty.

The rapid growth of the urban population in the developing countries has also led to an increase in poverty. The urban population is characterized by high unemployment rates and low wages, which has led to an increase in poverty.

The rapid growth of the urban population in the developing countries has also led to an increase in poverty. The urban population is characterized by high unemployment rates and low wages, which has led to an increase in poverty.

The rapid growth of the urban population in the developing countries has also led to an increase in poverty. The urban population is characterized by high unemployment rates and low wages, which has led to an increase in poverty.

The rapid growth of the urban population in the developing countries has also led to an increase in poverty. The urban population is characterized by high unemployment rates and low wages, which has led to an increase in poverty.

The rapid growth of the urban population in the developing countries has also led to an increase in poverty. The urban population is characterized by high unemployment rates and low wages, which has led to an increase in poverty.

The rapid growth of the urban population in the developing countries has also led to an increase in poverty. The urban population is characterized by high unemployment rates and low wages, which has led to an increase in poverty.

The rapid growth of the urban population in the developing countries has also led to an increase in poverty. The urban population is characterized by high unemployment rates and low wages, which has led to an increase in poverty.

TEMAS DE HOY

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en la Ley
Orgánica 1/2015 de reforma del Código penal

Juan Carlos Vegas Aguilar y Francisco E. Hernández Sánchez

Estudios sobre la legalidad de las fumigaciones aéreas de cultivos ilícitos
en situaciones de conflicto armado con base en el caso colombiano

Héctor Olasolo

LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LA LEY
ORGÁNICA 1/2015 DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

THE SUSPENSION OF THE ENFORCEMENT OF CUSTODIAL PENALTIES IN THE
ORGANIC LAW 1/2015

Juan Carlos Vegas Aguilar

Francisco E. Hernández Sánchez

RESUMEN

El 1 de julio de 2015 entró en vigor la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Esta norma, entre otros importantes cambios en el orden penal, ha modificado profundamente la institución de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Por tal motivo, consideramos de interés llevar a cabo un análisis de dichos cambios. En este trabajo se van a estudiar tanto las nuevas formas de sustitución como aquellas que el legislador no ha considerado oportuno cambiar con el objetivo de tener una visión completa de esta institución.

PALABRAS CLAVE

Sustitución, Penas Privativas de Libertad, Penología, Expulsión, Extranjeros, Delito.

ABSTRACT

The Organic Law 1/2015 of 30 March came into force on 1st July 2015, amending the Organic Law 10/1995 of 23 November of the Criminal Code. This legal standard, among other significant amendments in the criminal law, has deeply changed the institution of the enforcement of custodial penalties' derogation. Consequently, we consider of particular interest to conduct an analysis of those changes. In this study, both, the new forms of replacement as well as those ones that the legislator has not seen fit to change will be examined with the aim to have a complete view of this institution.

KEY WORDS

Probation, Custodial Punishment, Penology, Expulsion, Foreigners, Crime.

LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LA LEY ORGÁNICA 1/2015 DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

Juan Carlos Vegas Aguilar

Abogado

Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia

Francisco E. Hernández Sánchez

Abogado

Doctorando en Derecho por la Universidad de Valencia

Sumario: 1. Estado de la cuestión. 2. El nuevo régimen jurídico de la sustitución de la pena privativa de libertad introducido por la Ley Orgánica 1/2015. 2.1. Sustitución obligatoria. 2.2. Suspensión general u ordinaria. 2.3. Suspensión excepcional. 2.4. Suspensión extraordinaria por enfermedad grave e incurable y suspensión especial para drogodependientes. 2.5. Suspensión extraordinaria por trastorno mental sobrevenido. 2.7. Suspensión por solicitud de amparo, 2.7. Suspensión por tramitación de indulto. 2.8. Sustitución para extranjeros. 2.9. Prohibiciones, deberes y prestaciones como condición para la suspensión. 2.9.1. Las prohibiciones y deberes del artículo 83 del Código Penal. 2.9.2. Las condiciones para la suspensión del artículo 84 del Código Penal. 2.10. Intervención en la suspensión, plazos de duración y efectos. 2.10.1. La intervención de la víctima en el procedimiento de suspensión de la pena. 2.10.2. Los plazos de suspensión y sus efectos. 2.10.3. La revocación de la suspensión. 3. Conclusiones.

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El 30 de marzo de 2015 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En esta nueva reforma, el legislador ha decidido modificar de una manera profunda el régimen jurídico de la suspensión

de la ejecución de las penas privativas de libertad¹.

La finalidad esencial de la revisión de esta institución jurídica es, según los [motivos de la Ley Orgánica, «[...] dotarla de una mayor flexibilidad y facilitar una tramitación más rápida de esta fase inicial de la ejecución de las penas de prisión». De este modo, el legislador

ha considerado preferible articular un régimen que permita a los jueces o tribunales poder valorar si los antecedentes penales que pueda tener el condenado tienen entidad suficiente, por su naturaleza y circunstancias, para valorar su posible peligrosidad y, de este modo, influir en la decisión sobre si puede o no concederle el beneficio de la suspensión. Asimismo, estos antecedentes penales deberán servir igualmente como criterio a la hora de resolver sobre la revocación o no de dicha suspensión.

Así, el legislador ha intentado introducir una mayor flexibilidad y discrecionalidad judicial en el régimen de la suspensión, que se refuerza por el hecho de que se ha traspuesto plenamente en nuestro ordenamiento la Decisión Marco 2008/675/JAI, la cual establece la plena equivalencia entre los antecedentes correspondientes a condenas impuestas por los tribunales españoles y las impuestas por cualesquiera otros tribunales de Estados miembros de la Unión Europea².

El legislador ha querido poner fin a la situación de nuestro Código, en el que convivían dos instituciones diferentes encaminadas a la reinserción y a la reeducación social, a fin de evitar los efectos perjudiciales de la ejecución de penas privativas de libertad de corta duración como la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y la sustitución de las penas de prisión. Ambas instituciones, con la reforma, quedan englobadas dentro de la figura única de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

El objetivo de esta modificación es, según la Exposición de Motivos de la reforma, asegurar «[...] que jueces y tribunales resuelvan sobre si la pena de prisión debe ser ejecutada o no una sola vez, lo que debe redundar en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas». En efecto, en la práctica se venían produciendo distintas resoluciones jurisdiccionales en las que se decidía sobre la aplicación de cada una de las anteriores instituciones y alternativas de suspensión o sustitución de las penas con sus correspondientes recursos, lo

que alargaba y enredaba en demasía la propia ejecución de las penas. Así, en la práctica, la existencia de ambas instituciones perjudicaba la efectividad de la justicia penal, ya que el proceso de ejecución se eternizaba, dilatando en el tiempo la posible decisión sobre el cumplimiento efectivo de la pena impuesta.

Con este mismo fin de agilizar la ejecución, y dotar de una mayor discrecional a los jueces y tribunales, se ha modificado también el régimen de valoración del cumplimiento de la responsabilidad civil. De este modo, este nuevo sistema permite a los órganos jurisdiccionales responsables de la ejecución revocar la suspensión en el caso de que el condenado oculte los bienes, no aporte información sobre los mismos para hacer frente a dicha responsabilidad civil o, en su caso, no facilite el decomiso acordado.

Del mismo modo, se dota de mayor discrecionalidad a jueces y tribunales para las comprobaciones necesarias que deben llevarse a cabo a la hora de acreditar el cumplimiento de otros requisitos legales de los distintos tipos de suspensión. Así, en el supuesto de suspensión de la ejecución de penas impuestas a delincuentes drogodependientes, en los que se condiciona dicha suspensión a que no abandonen el tratamiento de deshabitación hasta su finalización, se establece como novedad que no se considerará abandono las recaídas durante el tratamiento si estas no evidencian su abandono definitivo. Sobre este tema volveremos a hablar *infra*.

A pesar de que el legislador afirma haber eliminado la sustitución de las penas privativas de libertad como institución, la realidad práctica es, como hemos visto, que se regulan sus supuestos dentro de la suspensión de las penas privativas de libertad. Podemos, pues, considerar que se trata de una reforma nominal más que de fondo, ya que en esta modalidad de suspensión se le impone al condenado la obligación de llevar a cabo alguno de los deberes que establece el propio Código Penal, a saber:

1. El cumplimiento del acuerdo alcanzado por

las partes en virtud de mediación; 2. El pago de una multa; o 3. La realización de trabajos en beneficio de la comunidad. La obligatoriedad de cumplir estas obligaciones o deberes no se diferencia en demasía de la extinta institución de la sustitución de las penas privativas de libertad. Además, el legislador mantiene expresamente supuestos específicos y autónomos de sustitución³. Nos estamos refiriendo a la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional para los extranjeros. Sobre esta clase de sustitución se tratará en un apartado específico.

Esta modalidad de sustitución prevé incluso la expulsión de ciudadanos de la Unión Europea, siempre que concurran las circunstancias legalmente previstas, las cuales se establecen con carácter excepcional y se reservan a aquellos supuestos en los que su autor representa una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública. Todo ello en aplicación de los criterios establecidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

Por último es de destacar la introducción de aspectos técnicos en la regulación de la suspensión, entre los que se hallan la fijación del momento de inicio de los plazos de la misma o el deber de los jueces y tribunales de resolver en sentencia sobre su posible adopción siempre que ello resulte posible. En el caso de que la suspensión de la ejecución no pueda adoptarse en sentencia, se articula un trámite de audiencia para las partes. Esta misma audiencia se prevé antes de resolver sobre la modificación de las condiciones de la suspensión o sobre su revocación. Sin embargo, en este último supuesto queda salvaguardada la posibilidad de que el juez revoque inmediatamente la suspensión ante casos de riesgo de fuga, peligro para la víctima o reiteración delictiva.

Como se puede apreciar en estas primeras aproximaciones del estudio, el legislador ha

reformado de manera profunda tanto la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad como su sustitución por otras consecuencias penales. La importancia de estas instituciones para alcanzar el objetivo de reeducación y reinserción social, establecido en la Constitución Española de 1978 para las penas privativas de libertad, así como el drástico cambio en su régimen jurídico nos han llevado a realizar el presente trabajo, que pretende abordar los cambios normativos producidos, así como apuntar las posibles disfunciones del nuevo sistema de suspensión de las penas privativas de libertad.

2. EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Como decíamos, la Ley Orgánica 1/2015 ha supuesto una importante modificación del régimen jurídico de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad de corta duración. Entre los cambios más significativos se encuentran la regulación de nuevas formas de suspensión —la suspensión con la obligación de abonar una multa, la suspensión con la obligación de realizar trabajos en beneficio de la comunidad, o la suspensión del último tramo de la condena⁴—, la clarificación del cómputo de los plazos de la misma, la sustitución obligatoria de las penas privativas de libertad inferiores a tres meses (art. 71.2 CP) o las consecuencias del incumplimiento de los deberes u obligaciones que se imponen durante la suspensión.

En primer lugar, vamos a abordar los diferentes tipos de sustituciones para analizar a continuación cada uno de los aspectos tales como los plazos de suspensión, los efectos de la misma, etc. Así, la nueva norma prevé los siguientes tipos de suspensión de la pena privativa de libertad⁵:

- a) Sustitución obligatoria (art. 71.2 CP).
- b) Suspensión general u ordinaria (art. 80.1 CP).
- c) Suspensión excepcional (art. 80.3 CP).
- d) Suspensión extraordinaria por enfermedad grave e incurable (art. 80.4 CP).
- e) Suspensión especial para drogodependientes (art. 80.6 CP).
- f) Suspensión extraordinaria por trastorno mental sobrevenido (art. 60 CP).
- g) Suspensión por solicitud de amparo (art. 56 LO 2/1979).
- h) Suspensión por tramitación del indulto (art. 4 CP).
- i) Sustitución para extranjeros (Art. 89 CP).

Comoquiera que la Ley Orgánica 1/2015 no modifica todos los tipos de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, y con el objeto de estructurar de una manera más didáctica este trabajo, diferenciaremos en dos epígrafes diferentes las sustituciones que han sido modificadas y aquellas otras que han permanecido intactas tras la reforma.

2.1. SUSTITUCIÓN OBLIGATORIA

La Ley Orgánica 1/2015 ha modificado el artículo 71.2 del Código Penal, regulador de la sustitución obligatoria⁶ de tal forma que intuimos la posibilidad de que se produzcan problemas en su aplicación práctica, tal y como expondremos a continuación. Así, el nuevo tenor literal del precepto queda como sigue:

«No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso *sustituida*⁷ por multa, trabajos en beneficio de la comunidad, o localización permanente, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente».

Como se observa, el legislador pretende que las penas de prisión inferiores a tres meses se sustituyan siempre por multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente. Leído así, no parece que el precepto presente ninguna dificultad en su aplicación. Sin embargo, si analizamos la reforma del Código Penal en su integridad, sí observamos una serie de aspectos que pueden dificultar su ejecución en la práctica diaria de los juzgados o tribunales.

El primero de ellos es más bien de técnica jurídica. El precepto hace mención a la sustitución cuando la intención del legislador con esta reforma ha sido, precisamente según la Exposición de Motivos de la reforma, eliminar esta institución. Es cierto que se ha instituido una suspensión de la ejecución supeditada o a pagar una multa o a realizar trabajos en beneficio de la comunidad, pero en este precepto se hace mención específica a una institución, la sustitución, que, se dice, ha sido suprimida por la norma⁸.

En segundo lugar, con esta reforma se articula la figura de la sustitución obligatoria para penas de prisión cuya duración no exceda de tres meses, sin dar la opción a que se suspenda la ejecución de la pena sustituida, contra de lo que preveía la redacción anterior del precepto⁹. A nuestro parecer, esta modificación supone una incongruencia dentro del sistema de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, ya que no parece lógico que se permita suspender la ejecución de penas con una duración de hasta dos años —incluso penas privativas de libertad no superiores a cinco años en el caso de drogodependientes— y que, sin embargo, las penas de prisión que no excedan de tres meses se tengan que sustituir obligatoriamente por el cumplimiento de otra sanción penal, y deban, en todo caso, ser efectivamente cumplidas. De este modo, el legislador debería de incluir en este precepto el último inciso del artículo reformado, y señalar que las penas inferiores a tres meses se sustituirán «sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda».

En tercer y último lugar, el legislador omite la referencia al nuevo artículo 84 del Código Penal, que es el precepto que regula esta clase de suspensión de la ejecución. De este modo, el artículo 71.2 del mismo texto establece un criterio de permuta entre los días de prisión y la multa —o los días de trabajos en beneficio de la comunidad o de localización permanente— diferente al que se establece en el citado artículo 84.

En efecto, el artículo 71.2 del Código Penal prescribe que cada día de prisión se sustituirá por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente. Sin embargo, el artículo 84 del citado cuerpo legal prevé que el día de prisión se sustituirá siguiendo el mismo criterio —dos cuotas de multa o un día de trabajos por cada día de prisión—, pero, y aquí está la diferencia, se establece que la extensión la determinará el juez sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

Es decir, el artículo 84 establece un límite para el cálculo de la sustitución que el artículo 71.2 no prevé. Con ello se dará la paradoja que una pena de prisión de *tres meses* de duración se deberá sustituir por tres meses de trabajos en beneficio de la comunidad o de localización permanente —o por seis meses de cuotas multa—, mientras que en el caso de una pena de prisión de cuatro meses de prisión la sustitución no podrá exceder de dos meses y medio aproximadamente, todo ello a criterio del juez, que podrá determinar una duración inferior. A nuestro entender, esta diferencia podría incluso atentar contra el principio de igualdad, ya que no parece que haya motivo alguno para establecer esta diferencia de trato para la sustitución de unas penas de prisión y otras.

2.2. SUSPENSIÓN GENERAL U ORDINARIA

La regulación de esta suspensión de la ejecución, que podemos denominar ordinaria, también ha sido modificada por la nueva nor-

ma. Así, el apartado primero del artículo 80 del Código Penal establece lo siguiente:

«Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas».

En la redacción del anterior artículo 80.1 del Código Penal, objeto de modificación, se establecía que «Los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada». Para adoptar dicha resolución debían atender fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto y a la existencia de otros procedimientos penales contra este.

De este modo, el legislador fijó un criterio subjetivo —la peligrosidad criminal del sujeto¹⁰— y un criterio objetivo —la existencia de otros procedimientos penales contra el condenado—.

Con esta reforma se mantiene la suspensión como una prerrogativa del órgano jurisdiccional, así como el tipo de penas susceptibles de suspender su ejecución —penas privativas de libertad no superiores a dos años¹¹—. Sin embargo, se cambian los criterios que el órgano judicial deberá tener en cuenta a la hora de adoptar su decisión al respecto. Así, se elimina el criterio objetivo, es decir, la existencia de otros procedimientos penales contra el penado¹², y se permuta el criterio subjetivo de la peligrosidad criminal por el de la prevención especial¹³. De este modo, el órgano judicial deberá atender a que el mero hecho de la imposición de la sanción sea suficiente para que

el sujeto no cometa en el futuro nuevos delitos. Es decir, que el legislador ha considerado que la llamada «pena de banquillo» con la consiguiente sanción penal impuesta en sentencia supone un castigo suficiente para que el individuo no vuelva a cometer otros actos delictivos, sin que sea necesario la aplicación del castigo efectivo en forma de ejecución de sentencia. Este criterio nos parece lógico, ya que el hecho de ejecutar una sanción penal a una persona que se sabe que no va a cometer más delitos, limitaría la finalidad de dicha pena a una mera retribución, una venganza de la sociedad contra el individuo, obviando por completo la reinserción y la reeducación social¹⁴.

Aunque el legislador se haya centrado en este criterio de la prevención especial, al establecer como primer requisito el hecho de que «sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos», esto no quiere decir que se haya abandonado el concepto de peligrosidad criminal a la hora de decidir sobre la suspensión de la ejecución. Así la reforma prescribe, en el segundo párrafo del artículo 80.1 del Código Penal, una serie de condiciones o circunstancias concretas que el órgano debe analizar y tomar en consideración a la hora de adoptar su decisión.

De este modo, el juez o tribunal deberá valorar aspectos tales como las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes o la conducta posterior al hecho. Encontramos algún autor que señala que la referencia a los antecedentes «debería acotarse la medición a los penales, de acuerdo con la exigencia de taxatividad necesaria para garantizar la seguridad jurídica» (Roig, 2015: 327). En este sentido, se recalca la valoración del esfuerzo realizado para reparar el daño causado, las circunstancias familiares y sociales, así como los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas. Es decir, el legislador está fijando unas pautas para poder determinar la probabilidad que existe de que el individuo en cuestión

vuelva a delinquir, y eso es lo que se ha dado en denominar como la peligrosidad criminal del individuo¹⁵.

Al respecto Sáez Malcediño critica que sean los órganos judiciales competentes para la ejecución —Juzgado de lo Penal o Audiencia Provincial— los encargados de valorar tales circunstancias, ya que considera que la administración penitenciaria se encuentra más cualificada para dicho cometido. En este sentido, el autor afirma: «Son referencias un tanto extrañas las que introduce el legislador, porque alguna de estas constantes sí están perfectamente controladas por la administración penitenciaria, como la información social, laboral y familiar de los penados, o el entorno al que previsiblemente retornará, gracias a los medios personales de los que dispone para obtener esta información, pero no se entiende bien cómo un Juzgado de lo Penal o una Audiencia Provincial con la dotación y cualificación profesional de su oficina podrá ahondar en esta clase de detalles, por no hablar de la llamada “conducta posterior” al delito que se incluye, salvo que solo se refiera al hecho de que no existan otras sentencias inscritas posteriormente en el registro general de penas» (Sáez Malcediño, 2015: 3).

Bien, estas son las circunstancias que el órgano debe de analizar para decidir si suspender o no la ejecución de la pena privativa de libertad. Pero además de estas circunstancias, deben concurrir unos requisitos necesarios, aunque no suficientes, para que el órgano judicial adopte la decisión de suspender la ejecución. Tales condiciones vienen estipuladas en el artículo 80.2 del Código Penal y son las siguientes:

- Que el condenado haya delinquido por primera vez.
- Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.
- Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se

haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127¹⁶.

En cuanto a la condición de delincuente primario, deben hacerse algunas matizaciones. El legislador ha establecido que no se tendrán en cuenta, a la hora de catalogar al individuo como delincuente primario, las condenas anteriores por delitos imprudentes o por delitos leves ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 del Código Penal. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

Este apartado ha sufrido dos modificaciones sustanciales con respecto a su redacción anterior. La primera es la referencia a los «delitos leves», que no se tendrán en cuenta a la hora de considerar al penado como delincuente primario. En la redacción anterior solo se hacía referencia a los delitos imprudentes¹⁷ a la hora de que no computaran para determinar si el delincuente era o no primario, sin hacer referencia alguna a los antecedentes por faltas. La eliminación de los antecedentes por faltas se debía a que los órganos judiciales venían interpretando la expresión «delinquir» en un sentido literal y restrictivo como la comisión de un «delito», dejando a un lado las infracciones constitutivas de falta¹⁸.

Así, dado que la LO 1/2015 ha suprimido las faltas previstas en el Código Penal y tipificado alguna de esas conductas como delitos leves, el legislador ha considerado que tales hechos no deben tenerse en cuenta a la hora de calificar a un delincuente como primario.

La segunda modificación de importancia la encontramos en el inciso final del segundo párrafo del artículo 80.2 del Código Penal. Nos referimos a la alusión a los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros, que tampoco se deberán va-

lorar para determinar la primariedad o no del delincuente.

De este modo, el legislador ha conferido con la reforma una mayor discrecionalidad a los órganos judiciales a la hora de determinar si un condenado se puede catalogar como delincuente primario o no.

Otra modificación en la regulación del artículo 80.2 la hallamos en la condición del pago de la responsabilidad civil. En la redacción anterior el cumplimiento de esta condición se podía obviar en el supuesto de que el juez o tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declarara la imposibilidad total o parcial de que el condenado hiciera frente a la misma.

Con la reforma de este precepto se considerará cumplido el requisito de haber satisfecho las responsabilidades civiles originadas por el delito y/o el haber hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado. Todo ello siempre que sea razonable esperar que dicho compromiso será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. Así, el simple compromiso de pago será suficiente para entender cumplido este requisito, con lo que el incumplimiento del compromiso conducirá, necesariamente, a que no se cumplan todas las condiciones para la concesión de la suspensión, con las consecuencias que *infra* veremos.

Como salvaguarda de que el compromiso contraído por el sujeto se cumpla, el juez o tribunal podrá solicitar las garantías que considere convenientes. Dichas garantías se adoptarán en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito. De este modo, no parece que haya inconveniente alguno para que el órgano judicial dicte cualquier tipo de garantía, ya sea civil o penal, con el objetivo de que se cumpla el compromiso contraído por el condenado. Por otro lado, se puede observar que el nuevo art. 86.1.d) del Código Penal

establece como causa específica de la revocación de la suspensión que el penado «facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objeto cuyo decomiso hubiera sido acordado; no de cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el art. 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»¹⁹.

Por consiguiente, este tipo de suspensión de la ejecución ordinaria ha sido modificada sustancialmente. La reforma matiza en gran medida tanto el requisito de primariedad delictiva como el del pago de las responsabilidades civiles, y lo hace, al parecer, con un doble objetivo. Por una parte, que esta medida se aplique a un mayor número de penados y, por otra, que se haga efectivo realmente el pago de responsabilidades civiles.

2.3. SUSPENSIÓN EXCEPCIONAL

En el punto tercero del artículo 80 del Código Penal se regula una nueva modalidad de suspensión, la que hemos denominado excepcional. Así, este apartado establece que:

«Excepcionalmente, aunque no concurren las condiciones 1ª y 2ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen».

De este modo, el legislador abre la puerta a la suspensión de penas que individualmente no superen los dos años de prisión. El matiz con respecto a la anterior suspensión es importante. La suspensión ordinaria se aplica a aquellas penas privativas de libertad que no superen los dos años de duración, ya sea individualmente o con la suma de varias sanciones.

En el caso que nos ocupa, la suspensión queda restringida exclusivamente a las penas de prisión que no superen, de forma individual, los dos años de duración. Sin embargo, el legislador ha establecido unos filtros mucho más estrictos para que este tipo de suspensión se pueda conceder, además de reflejar expresamente en la norma reformada que su concesión se realizará de manera excepcional.

De esta manera, la suspensión se aplica siempre a aquellos individuos que no sean reos habituales²⁰, con lo que se podrían suspender incluso hasta dos penas de prisión que individualmente no superen los dos años. Además, se condicionará la suspensión al cumplimiento de una serie de requisitos que no se exigían para la suspensión ordinaria, a saber:

- El sujeto deberá haber reparado de forma efectiva el daño.
- O haber abonado la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas.
- O haber cumplido el acuerdo a que se refiere la medida 1ª del artículo 84²¹.

Asimismo, se impondrá siempre preceptivamente una de las medidas a las que se refieren los numerales 2ª o 3ª del mismo artículo 84.1 del Código Penal —pago de la multa o trabajos en beneficio de la comunidad—. La duración de estas medidas, que será determinada por jueces y tribunales en atención a las «circunstancias del caso», no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el art. 84.1 sobre un quinto de la pena impuesta²² ni superior a los dos tercios de duración de la pena impuesta²³.

Así, este precepto establece que el criterio de conversión para la multa será de dos cuotas por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración. Y para los trabajos en beneficio de la comunidad, de un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

2.4. SUSPENSIÓN EXTRAORDINARIA POR ENFERMEDAD GRAVE E INCURABLE Y SUSPENSIÓN ESPECIAL PARA DROGODEPENDIENTES

En relación con el primer tipo de suspensión de la ejecución, la misma se prevé para aquellos condenados a penas privativas de libertad que se encuentren aquejados de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables. Sobre esta materia es destacable el análisis realizado por Dolz Lago (2004) tanto de la suspensión de la pena como de la progresión de grado penitenciaria y otorgamiento de la libertad condicional.

Respecto a esta suspensión, debemos señalar, en primer lugar, que sigue siendo una decisión discrecional del órgano judicial, ya que el precepto establece, sin cambios, que «Los jueces y tribunales podrán otorgar la suspensión». Para decidir sobre dicha suspensión no es necesario que se cumpla ninguno de los requisitos vistos anteriormente —delincuente primario, duración de la sanción o pago de la responsabilidad civil—. Las circunstancias que debe analizar el órgano judicial son exclusivamente que el penado padezca una enfermedad muy grave con padecimientos incurables²⁴.

No obstante, existe una excepción a esta suspensión: que, en el momento de la comisión del delito, el sujeto para el que se solicita la suspensión ya tuviera otra pena suspendida por el mismo motivo. Parece lógica esta excepción, ya que, de lo contrario, el hecho de tener una enfermedad grave con padecimientos incurables se podría convertir en una patente de corso para ir cometiendo delitos sin responsabilidad penal alguna.

Por su parte, el apartado quinto del artículo 80 del Código Penal²⁵ contempla la suspensión de las penas privativas de libertad cuando el sujeto hubiese cometido el delito a causa de su dependencia a las sustancias señaladas en el numeral 2º del artículo 20 de la citada norma²⁶. Para acordar esta suspensión no es necesario que concurran las condiciones

1ª y 2ª previstas en el apartado 2 del propio artículo 80 —primariedad delictiva y duración de la pena, o que la suma de las impuestas, no sea superior a dos años—. De hecho, se prevé expresamente la suspensión de penas privativas de libertad de una duración de hasta cinco años.

Asimismo, el precepto prevé como requisito para otorgar esta suspensión que un centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado certifique suficientemente que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento orientado a tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El Código Penal otorga al juez o tribunal la facultad de ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos. Obsérvese que, en la redacción dada en esta reforma, se amplían las facultades de los órganos judiciales a la hora de acreditar que concurren los requisitos de esta suspensión. En efecto, en la redacción anterior, la norma limitaba esas comprobaciones a la obligación del órgano judicial de solicitar un informe del médico forense sobre tales extremos. Sin embargo, con el nuevo texto se deja un mayor campo de actuación a los órganos judiciales con el objeto de que realicen todas aquellas comprobaciones que consideren necesarias para acreditar la concurrencia de las circunstancias de la suspensión.

Asimismo, el precepto prevé que, en el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, se condicionará la suspensión a que no lo abandone hasta su finalización. Sin embargo, no deberá entenderse que ha habido abandono cuando se trate de recaídas en el tratamiento, siempre que estas no evidencien un abandono definitivo del mismo. Esta previsión plantea un problema de prueba, ya que para que el órgano judicial decrete la revocación de la suspensión se deberá acreditar que el penado dejó de forma definitiva el tratamiento sin llegar a su completa curación. En caso contrario, deberá interpretarse como una

recaída que no debe conllevar automáticamente la revocación de la suspensión.

Con esta previsión el legislador dota de una mayor seguridad jurídica la revocación de esta clase de suspensión, ya que determina que para adoptarla el condenado debe tener la intención de abandonar el tratamiento, algo que, por otro lado, se venía aplicando por parte de los órganos judiciales²⁷.

2.5. SUSPENSIÓN EXTRAORDINARIA POR TRASTORNO MENTAL SOBREVENIDO

El artículo 60 del Código Penal prevé la suspensión de cualquier clase de pena, ya sea privativa de libertad o privativa de derechos, en el caso de que el penado sufra una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, siempre y cuando dicho trastorno se aprecie una vez que la sentencia condenatoria sea firme y, por lo tanto, ejecutiva.

A diferencia de las demás clases de suspensiones —en las que la competencia funcional corresponde al órgano ejecutor—, el órgano competente para decretar esta suspensión es el juez de vigilancia penitenciaria²⁸.

La suspensión se dictará con la garantía de que el penado reciba la asistencia médica que precise. A tal fin, en los supuestos de suspensión de penas privativas de libertad, se podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código, que no podrá ser en ningún caso más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena privativa de derechos, se prevé la posibilidad de imponer las medidas de seguridad que se estimen necesarias²⁹.

Este precepto obliga al juez de vigilancia penitenciaria a que comunique, con suficiente antelación, al ministerio fiscal la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta. El objeto de esta comunicación es

aplicar lo dispuesto en la Disposición adicional primera del propio Código Penal³⁰.

Una vez que la salud mental del penado se haya restablecido, este seguirá cumpliendo la sentencia, salvo que la pena no hubiere prescrito³¹. Sin embargo, el precepto matiza esta consecuencia al establecer que, por razones de equidad, el juez o tribunal puede dar por extinguida la condena o reducir su duración si el cumplimiento de la pena resulta innecesario o contraproducente.

De este modo, vemos que la norma general es que, una vez que el penado recupere su salud mental, la ejecución continúe desde el momento en el que suspendió, salvo que el juez o tribunal considere que dicho cumplimiento es innecesario o que puede perjudicar al reo, en cuyo caso puede reducir la condena o incluso darla por extinguida.

La redacción de este precepto crea una duda sobre la competencia para acordar este último extremo. Hemos visto que a lo largo del precepto se otorga la competencia sobre esta suspensión al juzgado de vigilancia penitenciaria. Sin embargo, en el último párrafo el legislador dice que será el juez o tribunal el que decrete la extinción o la disminución de la pena. Con esta redacción se da a entender que dicha competencia se otorga al órgano ejecutor de la sanción y no al juzgado de vigilancia penitenciaria³². Esta deficiencia en la técnica legislativa crea inseguridad jurídica y debe ser suplida con la práctica forense.

A nuestro entender, sería más lógico y dotaría de mayor seguridad jurídica a la adopción de la medida que fuera el juzgado de vigilancia penitenciaria el que decidiese sobre la extinción o disminución de la sanción penal, ya que hasta hoy ha sido este órgano el encargado del seguimiento de este tipo de suspensión y el que, por ende, tiene mayores conocimientos de las circunstancias que concurren en la misma.

2.6. SUSPENSIÓN POR SOLICITUD DE AMPARO

El artículo 56.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional establece la siguiente regla general: «La interposición del recurso de amparo no suspenderá los efectos del acto o sentencia impugnados». No obstante, en su segundo apartado, prevé que «[...] cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, la Sala, o la Sección en el supuesto del artículo 52.2, de oficio o a instancia del recurrente, podrá disponer la suspensión, total o parcial, de sus efectos, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona».

Así, este precepto abre la posibilidad de que la sanción penal se suspenda, siempre y cuando su ejecución produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad³³.

El apartado cuarto del artículo 56 de la LO 2/1979 establece que la suspensión podrá solicitarse en cualquier momento, pero siempre antes de que se haya dictado sentencia o de que el recurso se haya resuelto de otra manera —por ejemplo, la inadmisión a trámite del mismo—. Para sustanciar esta petición, el precepto establece la necesidad de oír tanto a las partes como al ministerio fiscal en un plazo común que no excederá de tres días. Si la Sala o Sección lo estima necesario, también solicitarán el informe de las autoridades responsables de la ejecución.

Asimismo, la Sala o la Sección podrán condicionar la suspensión de la ejecución y la adopción de las medidas cautelares a la satisfacción por el interesado de la oportuna fianza suficiente para responder de los daños y perjuicios que pudieran originarse. Su fijación y determinación podrá delegarse en el órgano jurisdiccional de instancia.

En el caso de urgencia excepcional, el apartado sexto de este artículo 5 establece que la suspensión se podrá adoptar en la propia resolución de admisión a trámite del recurso. Dicha adopción podrá ser impugnada en el plazo de cinco días desde su notificación por el ministerio fiscal y demás partes personadas. La Sala o la Sección resolverán el incidente mediante auto no susceptible de recurso alguno.

El artículo 57 de la LO 2/1979 prescribe que la suspensión o su denegación puede ser modificada durante el curso del juicio de amparo constitucional, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser conocidas al tiempo de sustanciarse el incidente de suspensión. De este modo, la resolución en la que se conceda o se deniegue la suspensión de la ejecución está sujeta a la regla *rebus sic stantibus*, con lo que se podrá modificar en función de las circunstancias concurrentes en cada momento del proceso.

2.7. SUSPENSIÓN POR TRAMITACIÓN DEL INDULTO

El artículo 4.4 del Código Penal prevé este tipo de suspensión de la pena³⁴ para el caso de que el condenado solicite el indulto. Así, el precepto establece dos cauces para poder decretar la suspensión. El primero de ellos es la posibilidad de suspender la ejecución de la pena en el supuesto de que, mediando petición del indulto por parte del penado, y una vez que el juez o tribunal aprecien en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, se decrete la suspensión de la ejecución hasta que el Gobierno no resuelva sobre la petición formulada.

La segunda vía establecida para poder mandar la suspensión de la ejecución por solicitud de indulto se halla en el segundo párrafo del artículo 4.4 del Código Penal. Este apartado establece que el juez o tribunal también podrán suspender la ejecución de la pena en

aquellos casos en los que, si esta es ejecutada, la finalidad del indulto pudiera resultar ilusoria. Esta suspensión durará hasta que el Gobierno decida sobre la concesión o no del mismo.

Al respecto, hemos de decir que la jurisprudencia considera que la suspensión por estas causas debe de aplicarse de manera restringida, ya que la norma general y de interés público es que las resoluciones judiciales han de cumplirse³⁵.

2.8. SUSTITUCIÓN PARA EXTRANJEROS

El nuevo artículo 89 del Código Penal modifica de una manera significativa la regulación sobre la sustitución de la pena de prisión a los extranjeros por la expulsión del territorio nacional. Lo más llamativo de esta reforma es que permite la sustitución a todos los extranjeros, y no solo a los no residentes legalmente en España, como hacía el artículo 89 del Código Penal antes de la reforma. Además, sorprende que, como ya hemos señalado, el legislador afirme en la Exposición de Motivos que «[...] se modifica la regulación de la suspensión y de la sustitución de las penas privativas de libertad, y se introduce un nuevo sistema, caracterizado por la existencia de un único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas, que introduce mayor flexibilidad y eficacia» y mantenga el régimen de *sustitución* para los extranjeros.

El artículo 89.1 del citado texto legal establece que las penas de prisión de más de un año, impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. No obstante, este precepto prevé una excepción a la regla general de la expulsión. En el supuesto de que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico, así como restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito —prevención general—, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión y la sustitución del resto por la expulsión del

penado del territorio español. Sin embargo, esta sustitución por la expulsión se producirá en todo caso cuando el penado acceda al tercer grado o cuando le sea concedida la libertad condicional.

La interpretación más plausible de este artículo es que el extranjero que sea condenado a una pena de prisión de más de un año de duración será expulsado del territorio nacional. Esta sustitución de la ejecución de la pena de prisión no es facultativa, ya que en la redacción se utiliza el verbo de modo imperativo —*serán sustituidas*—. Asimismo, se observa la preocupación por una de las finalidades de la pena que vimos *supra*: la prevención general. El legislador exceptúa la expulsión automática del territorio nacional en aquellos casos en los que la ejecución de una parte de la pena sirva para restablecer la confianza en la vigencia de la norma. Sin embargo, el resultado final de la ejecución, se cumpla parte de la pena de prisión o no, será la expulsión.

A nuestro entender, este precepto puede ocasionar la vulneración del derecho fundamental a la igualdad, salvo que los órganos judiciales motiven concienzudamente su decisión de expulsar o, por el contrario, hacer cumplir parte de la pena y luego proceder a la expulsión del extranjero. Cabe, en este sentido, preguntarse cuándo la ejecución de una parte de la pena sirve para restablecer la confianza en la vigencia de la norma.

Una de las finalidades de las penas es la *prevención general*, encaminada precisamente a que la sociedad respete la norma infringida. Por consiguiente, la ejecución de cualquier pena debe de conllevar esa motivación, pues de lo contrario se convertiría en una mera retribución del Estado contra el infractor. Entendemos que la ejecución de todas las penas debe conllevar necesariamente ese componente de prevención general.

Asimismo, este precepto puede atentar contra lo establecido en el artículo 25.2 de la Constitución Española, que establece que «las penas privativas de libertad y las medidas de

seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social». En el caso de que se ejecute una pena simplemente para afianzar la prevención general de la misma y posteriormente se expulse al sujeto del territorio, se elimina la orientación hacia la reeducación y la reinserción social. ¿Qué reeducación o reinserción puede esperar una persona que sabe fehacientemente que se le va a expulsar del país?

Lo mismo ocurre con la previsión del apartado segundo del artículo 89 del Código Penal, el cual establece que cuando la pena de prisión sea de más de cinco años, o la sentencia imponga varias penas que excedieran de dicha duración, el juez o tribunal competente acordará —imperativo— la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el hecho delictivo. En estos supuestos, se deberá sustituir —imperativo— la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando este cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

Además, en este artículo hallamos una incongruencia que puede dar origen a problemas de aplicación. La norma establece que, en los casos de penas de prisión de más de cinco años, se acordará la ejecución de la misma en todo o en parte y que el resto de la pena que quede sin cumplir se sustituirá por la expulsión. Pues bien, ¿qué ocurrirá si el órgano judicial manda ejecutar la totalidad de la pena impuesta y no se accede al tercer grado³⁶ o no se le concede al extranjero la libertad condicional?³⁷ En este caso, pueden ocurrir dos cosas: que no se le expulse o que se le expulse al cumplir la pena.

Si no se le expulsa estaremos ante un caso de trato desigual con respecto a otros penados que se encuentre en la misma situación —vulneración del derecho fundamental a la igualdad de trato—, y si se le expulsa estaremos vulnerando la norma, ya que se habrá sustituido la expulsión por nada, puesto que ya no hay

pena de prisión que cumplir; ello conduce a un supuesto de *ne bis in idem*, ya que estaremos castigando dos veces por un mismo hecho.

En cuanto al procedimiento para decidir sobre la sustitución, el apartado tercero del artículo 89 del Código Penal establece que el órgano judicial resolverá en sentencia sobre la misma siempre que ello resulte posible. En el supuesto de que no sea posible decidir sobre este extremo en la sentencia, una vez declarada su firmeza, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena. Entendemos que la decisión deberá adoptar la forma de auto motivado, lo que le dará la oportunidad al penado de defender sus derechos e intereses ante la decisión adoptada.

Por su parte, el punto cuarto de este precepto establece una excepción a la regla general de la expulsión. Así, la expulsión no será procedente cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, aquella resulte desproporcionada. El ciudadano extranjero tendrá, pues, la posibilidad de demostrar al juez o al tribunal su arraigo en España para que no se decrete la sustitución de la pena de prisión.

Asimismo, el párrafo segundo de ese punto cuarto prevé los requisitos que deben concurrir para que se expulse a un ciudadano de la Unión Europea. Dicha expulsión solo tendrá lugar cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales. Todos estos extremos deberán ser motivados por el órgano judicial en la resolución en la que acuerde la expulsión.

Además, el legislador ha querido proteger en mayor medida el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión Europea que hayan permanecido afincados en España durante los diez años anteriores al momento de la condena. Además de los anteriores requisitos, para

poder proceder a expulsar a estas personas deben concurrir las siguientes circunstancias:

– Que hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.

– Que hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

En estos supuestos se aplicará, en todo caso, lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 89, esto es, que antes de la expulsión deberá cumplir una parte o toda la condena³⁸.

El apartado cinco del artículo establece que, una vez expulsado, no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años contados desde la fecha de su expulsión. La fijación del plazo es una facultad del órgano judicial, que atenderá a la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado. Asimismo, la expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

Ante la eventualidad de que el extranjero intentara regresar a España antes de la finalización del plazo de expulsión, el apartado siete del precepto establece que el sujeto deberá cumplir las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el juez o el tribunal reduzcan su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito. Todo ello en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento. Sin embargo, si el extranjero es sorprendido en la frontera, este será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

El apartado ocho prevé la posibilidad de que, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en el propio artículo 89, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta. En ese caso, el juez o tribunal podrá acordar su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa, con el objeto de asegurar la expulsión.

Si una vez acordada la expulsión esta no puede llevarse a cabo, el Código Penal prescribe que la pena, sea la sanción completa, sea el período que quede pendiente, se ejecutará, salvo que se pueda suspender la ejecución, si concurren los requisitos para ello.

Cabe, por último, añadir que no podrán ser sustituidas por expulsión las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis³⁹, 312⁴⁰, 313⁴¹ y 318 bis⁴² del Código Penal.

2.9. PROHIBICIONES, DEBERES Y PRESTACIONES COMO CONDICIÓN PARA LA SUSPENSIÓN

La Ley Orgánica 1/2015 también ha reformado los preceptos relativos a las prohibiciones, deberes y prestaciones que los órganos judiciales pueden imponer a la hora de adoptar la suspensión de la ejecución. Tales obligaciones y prohibiciones se encuentran previstas en los artículos 83 y 84 del Código Penal. Veamos qué prescriben.

2.9.1. Las prohibiciones y deberes del artículo 83 del Código Penal

Este artículo, al igual que el anterior precepto 83, establece una serie de prohibiciones y obligaciones que el órgano judicial puede imponer como requisitos para que continúe la suspensión de la ejecución de la pena.

Sin embargo, el nuevo artículo 83 del Código Penal reforma en gran medida lo estipulado en el anterior. Dichas modificaciones se centran, por un lado, en la ampliación de las prohibiciones y obligaciones anteriores y, por otro, en la regulación de las consecuencias de su incumplimiento, así como los órganos encargados de su control.

Así, la primera prohibición que se puede imponer al penado es la de no aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, así como a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos. También se regula la prohibición de comunicación con los mismos por cualquier medio. Por otro lado se establece que esta imposición de prohibición deberá comunicarse siempre a las personas con relación a las cuales sea acordada para que tengan constancia de esa medida de protección.

La segunda prohibición prevista, incluida como novedad en este artículo, consiste en que el sujeto no establezca contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo. Se trata de una prohibición encaminada a intentar que el condenado primario se aleje de los vínculos que podrían estar propiciando sus actos delictivos, y a evitar, de este modo, factores criminógenos externos.

El apartado tercero del artículo 83.1 establece la obligación del penado de mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse de él temporalmente sin autorización del juez o tribunal. Por otro lado, el apartado cuarto establece otra prohibición, relacionada con el deber anterior: la de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.

En el apartado quinto se prevé el deber de comparecer personalmente, con la periodicidad que se determine, ante el juez o tribunal, las dependencias policiales o el servicio de la administración que se determine con el fin de informar de las actividades que el penado esté llevando a cabo durante la suspensión y justificar las mismas.

Los apartados sexto y séptimo disponen la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares, así como la intervención en programas de deshabitación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos.

El apartado octavo también recoge una prohibición novedosa, dirigida a los condenados por delitos contra la seguridad vial, como es la privación del derecho a conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, siempre que la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos⁴³.

Por último el apartado nueve establece un cajón de sastre donde caben los demás deberes que el juez o tribunal estime conveniente imponer para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de este, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. Así, para que el órgano judicial decrete alguna de estas otras obligaciones el penado deberá dar su conformidad el penado una vez que se le informe de la obligación que tiene que realizar. Como ya se ha dicho, la dicha obligación no debe atentar contra la dignidad del sujeto en cuestión. Si la obligación atenta contra la dignidad, aunque el penado dé su consentimiento, esta debería de dejarse sin efecto.

El artículo 83.2 del Código Penal prevé la obligatoriedad de imponer las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1^{a44}, 4^{a45} y 6^{a46}

establecidas en el artículo 83.1, en los supuestos de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia.

La LO 1/2015 ha cambiado el concepto de «delitos relacionados con la violencia de género» por el de «delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia». A primera vista, puede parecer un cambio positivo, ya que clarifica el concepto de delitos relacionados con la violencia de género y se adapta mejor al artículo 1 de la LO 1/2004. Sin embargo, a nuestro entender, este cambio de concepto supone un paso atrás en la lucha contra la violencia de género y, además, puede acarrear graves incongruencias en su aplicación (Vegas Aguilar y Hernández Sánchez, 2015).

El artículo 83.3 del Código Penal establece el deber de comunicar a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado la imposición de cualquiera de las prohibiciones o deberes de las reglas 1ª, 2ª, 3ª, o 4ª del artículo 83.1, las cuales deberán velar por que se lleven a cabo. Asimismo, los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad encargados de que se cumplan tales deberes o prohibiciones deberán comunicar inmediatamente, tanto al ministerio fiscal como al juez o tribunal encargado de la ejecución, cualquier posible quebrantamiento o circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos.

Del mismo modo, el artículo 83.4 del citado texto prevé que serán los servicios de gestión de penas y medidas alternativas pertenecientes a la administración penitenciaria los encargados de controlar el cumplimiento de los deberes a que se refieren las reglas 6ª, 7ª y 8ª del apartado 1 del mismo artículo 83. Estos servicios también deberán informar al juez o tribunal de ejecución sobre su cumplimiento con una periodicidad al menos trimestral, en

el caso de las reglas 6ª y 8ª, y semestral, en el caso de la 7ª; en todo caso, deberán informar una vez concluya el plazo de duración de tales medidas.

2.9.2. Las condiciones para la suspensión del artículo 84 del Código Penal

Otra novedad de la LO 1/2015 la encontramos en el nuevo tenor del artículo 84. Este precepto sí que ha supuesto una modificación de calado en la institución de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

En este precepto hallamos la eliminación de la sustitución de las penas de prisión y el establecimiento de nuevas obligaciones a cumplir durante el plazo de suspensión de la pena como el pago de una multa, la realización trabajos en beneficio de la comunidad o el cumplimiento del acuerdo alcanzado en un procedimiento de mediación penal.

El apartado primero prescribe lo siguiente:

«El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:

1ª El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.

2ª El pago de una multa, cuya extensión determinarán el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.

3ª La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración».

Como se desprende de la lectura de este precepto, se trata de una nueva facultad de los órganos judiciales, que también tendrán la op-

ción de imponer al condenado estas obligaciones como condición para otorgar la suspensión de la ejecución.

La interpretación literal de este precepto lleva a plantear una serie de cuestiones de difícil respuesta dogmática que se deberán ir solucionando en el devenir diario de su aplicación. La primera de estas preguntas es si las obligaciones previstas en el artículo 83 son compatibles con las del artículo 84 del Código Penal, es decir, si el órgano judicial podrá imponer deberes u obligaciones previstas en sendos preceptos. Del tenor literal de los artículos no se desprende lo contrario, dado que ninguno de ellos excluye la aplicación del otro. Sin embargo, habrá que esperar a su aplicación diaria para observar si dichos deberes y obligaciones son compatibles entre sí y, además, si realmente pueden imponerse sin vulnerar el principio de proporcionalidad⁴⁷.

Además, se observa una novedad con respecto a lo establecido en el Código Penal modificado: la fijación de un límite a la hora de imponer la obligación del pago de la multa o de la realización de trabajos en beneficio de la comunidad⁴⁸. De este modo, la reforma otorga mayor discrecionalidad al órgano judicial para que fije la extensión de la sustitución, pero establece el límite máximo que no se podrá sobrepasar (dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración).

Del mismo modo, para la sustitución por trabajos en beneficio de la comunidad, el legislador establece el mismo límite máximo de dos tercios de su duración, aunque el cómputo de la suspensión es de un día de prisión por cada día de trabajos comunitarios.

Se observa que en este apartado el legislador equipara la pena de prisión con las penas privativas de libertad, obviando que, en su nueva redacción, el artículo 35 del Código Penal establece como penas privativas de libertad la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

Asimismo, los artículos 80 y ss. se encuentran incardinados en el epígrafe titulado «De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad», por lo que una interpretación sistemática del Código debería conducir a la conclusión de que la aplicación del artículo 84 se deberá extender a todas las penas privativas de libertad, no solo a la de prisión.

El apartado segundo del artículo 84 del Código Penal establece que cuando se trate de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, el pago de la multa anteriormente referida solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación o de la existencia de una descendencia común.

Con esta previsión, el legislador rompe una máxima que se ha venido aplicando tradicionalmente: la de que los delitos cometidos por el hombre contra su cónyuge o excónyuge, o contra quien esté o haya estado ligado al agresor por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, no se les aparejaba la pena de multa. Sobre el paso atrás que supone este precepto se puede leer el trabajo de Vegas Aguilar y Hernández Sánchez (2015).

Por último, cabe señalar que el nuevo artículo 85 del tantas veces citado Código Penal prescribe la posibilidad de que, durante el tiempo de suspensión de la pena y a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, el órgano judicial podrá modificar la decisión adoptada conforme a los artículos 83 y 84 de ese texto. Así, podrá acordar el alzamiento de todas o alguna de las prohibiciones,

deberes o prestaciones que hubieran sido acordadas, su modificación o sustitución por otras que resulten menos gravosas.

Las prohibiciones, deberes o prestaciones reguladas en los artículos 83 y 84 están, por lo tanto, sujetas a la variación de las circunstancias que dieron lugar a su adopción, con lo que durante el plazo fijado para su ejecución el órgano judicial, tanto de oficio o a instancia de parte, podrán ir adoptando las que crean más convenientes en cada momento de la ejecución.

2.10. INTERVENCIÓN EN LA SUSPENSIÓN, PLAZOS DE DURACIÓN Y EFECTOS

El último asunto resaltable del que vamos a tratar en este artículo es la intervención de las partes en el procedimiento para adoptar la suspensión, así como los plazos de esta suspensión.

2.10.1. La intervención de la víctima en el procedimiento de suspensión de la pena

El artículo 80.6 del Código Penal ordena que en los delitos que solo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido —semipúblicos y privados—, los jueces y tribunales oirán a este y, en su caso, a quien le presente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena⁴⁹. Todo lo que sea la intervención de la víctima en el proceso penal en general, y en el de ejecución en particular nos parece acertado y positivo, sobre todo para que esta no se vea postergada y olvidada, como ha sucedido tradicionalmente en el proceso penal.

Sin embargo, no entendemos por qué no se ha aprovechado esta modificación para incluir en esta intervención a las víctimas de delitos que se puedan perseguir de oficio. El legislador debería de recapacitar e incluir a estas víctimas también en este precepto, ya que consideramos

que también tienen derecho a ser escuchadas a la hora de que se decida sobre la suspensión de la ejecución de la pena impuesta a su victimario.

Téngase en cuenta que los delitos relacionados con la violencia de género —o como se denominan tras la reforma, delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia— son delitos públicos en los que no se prevé la participación de la víctima. Consideramos que, en estos casos, esa intervención es fundamental, ya que esta puede proporcionar al órgano judicial información muy valiosa sobre el condenado, que podrá ayudar a que aquel adopte su decisión con mayor conocimiento de la situación.

Se ha dicho que estos delitos se pueden sustituir por el pago de una multa cuando conste acreditado que entre la víctima y el victimario no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común. Si la víctima no puede participar en el procedimiento de adopción de la suspensión, ¿quién deberá acreditar la inexistencia de esa relación? El único que podrá alegar al respecto será el agresor, al que le interesará que dicha relación no exista para poder zanjar la pena con el pago de una multa sin que la víctima pueda decir nada al respecto.

Sin embargo, aunque el Código Penal no lo prevea, existe una vía legal en virtud de la cual la víctima puede intervenir en el proceso de ejecución de cualquier tipo de pena. En efecto, si acudimos al artículo 13.2.b) de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito⁵⁰. Este precepto establece que las víctimas estarán también legitimadas para «Facilitar al juez o tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que hubiera sido acordado». Al respecto, son

de interés las consideraciones de Nistal Burón (2015).

2.10.2 Los plazos de suspensión y sus efectos

El artículo 81 del Código Penal establece varios plazos de duración de la suspensión. El precepto prevé que el plazo general será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves⁵¹. Sin embargo, en el caso de que la suspensión hubiera sido acordada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80.5 —penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2.º del artículo 20— el plazo será de tres a cinco años.

La fijación de los plazos se deja a la discrecionalidad del órgano judicial, que deberá atender a los criterios expresados en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 80 del Código Penal (las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas⁵²).

La decisión sobre la suspensión se adoptará, según prescribe el artículo 82 del Código Penal, en la propia sentencia, siempre que ello resulte posible. Así, la regla general es que el órgano sentenciador deberá pronunciarse sobre si suspende la condena o no en la propia resolución en la que se impone la sanción privativa de libertad. En los casos en los que no sea posible adoptar esa medida en la sentencia, el propio precepto establece que, una vez declarada la firmeza de la misma, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia a las partes, sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena.

Este último inciso del artículo 82.1 del Código suscita una serie de cuestiones que pueden plantear problemas durante el proceso de ejecución. La primera es cuál será el órgano competente para decidir sobre la suspensión de la pena una vez que la sentencia sea firme.

Como es sabido, la competencia funcional para ejecutar la sentencia firme de condena la ostenta el órgano que la dictó en primera instancia. Sin embargo, en varias ciudades españolas se han creado unos órganos especializados en la ejecución de resoluciones penales⁵³. Estos juzgados de ejecutorias conocen, con carácter exclusivo, de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional penal. Así, una vez que la sentencia es firme, y por ende ejecutable (art. 988 LECrim.), se deberá remitir al órgano especializado en ejecutorias para que adopte las decisiones que estime oportunas tendentes a su ejecución, entre las que se encuentra la decisión sobre la suspensión de la misma.

En otro orden de cosas, el artículo 82.2 del Código Penal establece el modo en el que se computará el plazo de la suspensión. Dicho cómputo se realizará desde la fecha de la resolución que la acuerda. Así, si se hubiera acordado en sentencia, el plazo de la suspensión se computará desde la fecha en que aquella hubiere devenido firme. En el supuesto de que se hubiera adoptado en una resolución posterior, auto, el plazo se contará desde que este alcance firmeza. No se computará como plazo de suspensión aquel en el que el penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía.

En cuanto a los efectos del transcurso de estos plazos previstos en el artículo 87 del Código Penal, una vez transcurrido este sin que el penado hubiera cometido un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada, ya no puede ser mantenida; cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, el órgano judicial acordará la remisión de la pena.

Esta previsión supone una novedad importante respecto a lo establecido anteriormente.

El anterior artículo 84.1 del Código Penal ordenaba que si el sujeto cometía un delito durante el plazo de suspensión, el juez o tribunal debía revocar la suspensión. Es decir, la revocación se debía adoptar de manera automática en el caso de que el sujeto cometiera un delito⁵⁴. Tras la reforma, la revocación se adoptará a criterio del órgano judicial, siempre que entienda que la comisión del delito ponga de manifiesto que la expectativa que se tenían sobre la prevención especial, en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada, ya no puede ser mantenida; es decir, que se considere que el individuo, por el hecho de haber cometido otro delito, presenta un estado de peligrosidad que aconseja que la pena suspendida se ejecute.

Asimismo, la remisión se dictará siempre que se hayan cumplido de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal. Sobre este asunto volveremos *infra*.

Conjuntamente, el artículo 82.2 del Código Penal prevé la remisión de la pena para aquellos sujetos a los que se les hubiera suspendido en aplicación del artículo 80.5. Para la remisión en estos casos se deberá acreditar la deshabitación del sujeto o la continuidad del tratamiento. En caso contrario, el órgano judicial competente deberá ordenar el cumplimiento de la pena. Sin embargo, si después de oír los informes correspondientes el órgano judicial estima necesaria la continuación del tratamiento, podrá conceder una prórroga del plazo de suspensión mediante resolución motivada por tiempo no superior a dos años.

2.10.3. La revocación de la suspensión

La revocación de la suspensión también ha sufrido una modificación en la Ley Orgánica 1/2015. Así, el nuevo artículo 86 establece que el juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias, a saber:

– Cuando el penado sea condenado por un delito cometido durante el período de

suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida. Como vimos anteriormente, la simple comisión de un delito durante el plazo de suspensión no era suficiente motivo para revocar la suspensión.

– Cuando el penado incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83 del Código Penal, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria. Así, un simple incumplimiento no debería dar lugar a la revocación de la suspensión.

– Cuando el penado incumpla también de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84 del Código Penal.

– En el supuesto de que el penado facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado, no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello, o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Recordemos que unos de los requisitos para adoptar la suspensión era haber satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieran originado, así como haber hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127 del Código Penal (art. 80.2.3ª CP). También debemos recordar que este requisito se entendería cumplido si el penado asume el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles, así como de facilitar el decomiso acordado.

Por consiguiente, parece lógico que, si el penado incumple este requisito, se revoque la suspensión de la ejecución, ya que no cumple las condiciones para su adopción.

Por otro lado, el artículo 86.2 del Código Penal prescribe qué consecuencias tiene que el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones reguladas en los artículos 83 y 84 de ese mismo texto no tengan el carácter de grave o reiterado. En tal caso, el órgano judicial podrá:

– Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas.

– O prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.

Con esta previsión el legislador ha establecido tres modos de cumplimientos de estos deberes, condiciones o prohibiciones, con tres efectos distintos en lo que respecta a la suspensión de la ejecución. De este modo, se ha previsto un cumplimiento *suficiente*, cuyo efecto es la remisión de la pena; un incumplimiento *grave* o *reiterado*, cuyo efecto es la revocación de la suspensión; y un incumplimiento que *no* sea grave o reiterado, cuyo efecto es la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, la modificación de las ya impuestas o, en su caso, la prórroga el plazo de suspensión.

Con esta distinción el legislador ha incluido una serie de conceptos jurídicos indeterminados que conducirán a la necesidad de abordar caso por caso el modo de cumplimiento o incumplimiento de los deberes, obligaciones o prohibiciones para modular el efecto que la ley les atribuye.

En el caso de que se decreta la revocación de la suspensión, el apartado tres del artículo 86 del Código Penal establece que no se restituirán al penado los gastos que hubiera realizado para reparar el daño causado por el delito. Sin embargo, el órgano judicial deberá abonar a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a las medidas 2ª y 3ª del artículo 84.1 del Código Penal. De este modo, se deberá calcular conforme a los criterios fijados en dichos preceptos —un día de prisión por cada dos

cuotas multa o por cada día de trabajos— y descontarlos de las penas privativas de libertad que deberá cumplir.

Para revocar la suspensión, según se prescribe en el artículo 86.4 del Código Penal, el órgano judicial resolverá después de haber oído al fiscal y a las demás partes. No obstante, podrá revocarla y ordenar el ingreso inmediato del penado en prisión sin oír a las partes cuando resulte imprescindible para evitar los riesgos de reiteración delictiva o de huida del penado o para asegurar la protección de la víctima.

Lo que no queda claro, porque el precepto no lo establece, es si después de adoptar estas medidas se deberá oír tanto al ministerio fiscal como a las demás partes. Una interpretación favorable al reo nos lleva a concluir que dicho acto procesal se debe celebrar, ya que las circunstancias excepcionales, que han llevado a adoptar esa decisión restrictiva de derechos no debe ser óbice para privar a las partes de su derecho a intervenir en el procedimiento de revocación.

Por último, cabe señalar que el código permite al órgano judicial la realización de las diligencias de comprobación que fueran necesarias y acordar la celebración de una vista oral cuando lo considere necesario para resolver sobre la revocación o no de la suspensión.

3. CONCLUSIONES

Como se ha visto a lo largo del presente trabajo, la Ley Orgánica 1/2015 ha reformado profundamente la naturaleza jurídica de instituciones jurídicas tan importantes, para el objetivo de reinserción social y resocialización que la Constitución Española confiere a las sanciones penales, como la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y la sustitución de las mismas.

Dicha modificación ha supuesto, básicamente, la inclusión de sendos institutos en la regulación de la suspensión de la ejecución

de las penas privativas de libertad. El motivo fundamental del legislador para realizar dicho cambio ha sido, según la Exposición de Motivos de la norma, simplificar el proceso de ejecución de la pena, que en muchas ocasiones se veía dilatado de forma innecesaria con la existencias de las dos instituciones de suspensión y de sustitución.

Aun es pronto para saber si esta reciente modificación normativa va a traer los frutos pretendidos por el legislador, por lo que deberemos de estar atentos a las estadísticas que realicen distintos organismos para llevar a cabo una evaluación profunda de la misma.

Asimismo, a pesar de que la reforma es muy reciente y que ello impide evaluar su eficacia, ya se pueden vislumbrar una serie de deficiencias en la reforma que, probablemente, conllevarán problemas a la hora de ejecutar la sanción penal en la práctica forense.

Así, la nueva Ley Orgánica 1/2015 modifica el artículo 71.2, estableciendo la *sustitución obligatoria* de las penas privativas de libertad de duración inferior a tres meses —recordemos que esta norma pretendía eliminar la sustitución de las penas privativas de libertad convirtiéndola en una nueva forma de suspensión de la ejecución—. A nuestro entender, esta modificación, al conservar una modalidad de sustitución de penas privativas de libertad, supone una incoherencia en la norma que rompe con el espíritu y la intención del propio legislador.

En efecto, esta norma obliga a que las penas privativas de libertad inferiores a tres meses se sustituyan por otras sanciones penales menos gravosas. Sin embargo, el legislador ha eliminado la sustitución de penas privativas de libertad, por lo que nos preguntamos cómo se van a sustituir esas penas de duración inferior a tres meses si no hay ningún artículo en el Código Penal que regule esta sustitución, salvo la referente a la expulsión de extranjeros.

Por otro lado, la reforma penal ha ampliado notablemente los supuestos de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad —lo que hace más inexplicable la reforma

del artículo 71.2 del Código Penal a la que antes hacíamos alusión—. Así, a los tradicionales tipos de suspensión —penas inferiores a dos años, suspensión extraordinaria por enfermedad grave e incurable o para drogodependientes, suspensión extraordinaria por trastorno mental sobrenido, suspensión por solicitud de amparo o la suspensión por tramitación del indulto— se ha añadido una nueva suspensión excepcional para penas que individualmente no excedan de dos años, siempre que se cumplan los demás requisitos legalmente establecidos.

Con este nuevo tipo de suspensión de la ejecución, el legislador parece que adopta posturas tendentes a que la rehabilitación y la reinserción social se lleven a cabo fuera del ambiente carcelario, lo que no beneficia en absoluto a esta clase de delinquentes que, sin ser primarios, pueden tener expectativas de rehabilitación si se les trata y se les apoya de una manera eficaz.

Esta misma idea se vislumbra en los requisitos, necesarios para acordar la suspensión de la ejecución establecidos en el artículo 80.2 del Código Penal tras la reforma. Así, el primero de ellos es que el delincuente sea primario. Sin embargo, con la reforma, este requisito se tendrá en cuenta aunque el sujeto haya cometido otros delitos, siempre que el órgano judicial considere que, por su naturaleza o circunstancias, carecen de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos en un futuro.

De este modo, se atribuye una gran discrecionalidad a los órganos judiciales competentes para la ejecución penal a la hora de decidir sobre la conveniencia o no de adoptar la suspensión de la ejecución. Lo que ocurre es que esta mayor discrecionalidad debería ir acompañada de un mayor apoyo técnico al órgano jurisdiccional.

En efecto, si el legislador pretende que se haga un análisis de la probabilidad de la comisión de delitos futuros por parte del sujeto, debería dotarse al órgano judicial de personal especializado en la realización de tales estudios.

Así, se deberían crear unas unidades de valoración de los condenados compuestas por criminólogos, trabajadores sociales, psicólogos, etc. que emitieran informes en los que el órgano judicial pudiera basar su decisión sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Otro aspecto controvertido de la reforma es la sustitución de la ejecución de la pena privativa de libertad para los extranjeros, regulada en el artículo 89 del Código Penal. Como hemos apuntado, esta nueva regulación puede generar un gran número de problemas cuando, por ejemplo, que el extranjero cumpla una parte de la condena en España y posteriormente se le expulse (o bien al cumplir dicha parte, o cuando acceda al tercer grado penitenciario o cuando se le conceda la libertad condicional).

El hecho es que el extranjero, sea residente legal o ilegal en nuestro país, sabe que, salvo algunas excepciones, la última consecuencia de ser condenado a una pena privativa de libertad es la expulsión del territorio nacional.

Esta consecuencia, tal y como se señaló *supra*, puede vulnerar tanto lo previsto en el artículo 25 de la Constitución, como el principio de igualdad ante la ley.

Por último, queremos mostrar nuestra disconformidad con la posibilidad de que la ejecución de las penas privativas de libertad por delitos cometidos por el hombre contra su pareja o expareja, aun sin convivencia, puedan ser suspendidas por el pago de una multa. Esta modificación supone un claro retroceso en la lucha contra la violencia de género, ya que el pago de la multa hace que parezca que estamos ante sucesos de *segunda categoría*, cuando en realidad se trata de una lacra que azota a toda la sociedad.

Es cierto que el legislador ha establecido requisitos para que dicha suspensión se lleve a cabo a cambio de la multa, pero no es menos cierto que, tal y como hemos señalado, esta reforma puede conllevar una serie de consecuencias muy negativas para la erradicación de la violencia contra la mujer por el mero hecho de serlo.

NOTAS

1. La sustitución de la pena de prisión se realizaba por cualquiera de estas otras sanciones penales, a saber: multa, trabajos en beneficio de la comunidad o la localización permanente.
2. Dicha trasposición se ha realizado en virtud de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea (BOE de 13 de noviembre de 2014).
3. Esta regla general de la eliminación de la sustitución de las penas de prisión tiene su excepción en el artículo 71.2 del Código Penal, ya que este precepto establece que «cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida por multa, trabajos en beneficio de la comunidad, o localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente».
4. La denominada, en el régimen vigente hasta el 1/07/2015, libertad condicional. Al respecto, el legislador también ha modificado el régimen jurídico de la libertad condicional, que ha pasado a formar parte de las nuevas formas de suspensión de la ejecución. El hecho de que la libertad condicional sea una nueva forma de suspensión de la ejecución hace que debería ser tratada en este trabajo. Sin embargo, la complejidad de esta institución nos obliga a tratarla en un trabajo independiente.
5. Como se ha señalado en la nota anterior, en esta enumeración falta la suspensión de la ejecución para la concesión de la libertad condicional, prevista en los artículos 90 y ss. del Código Penal, cuyo tratamiento, por la densidad del tema, merece un análisis aparte.

6. A pesar de que esta Ley Orgánica elimina la sustitución de las penas privativas de libertad, en este precepto se sigue hablando expresamente de sustitución.

7. La cursiva es del autor.

8. El apartado I del Preámbulo de la reforma declara: «Junto con ello, se afrontan dos reformas que están orientadas a incrementar la eficacia de la justicia penal: de una parte, se modifica la regulación de la suspensión y de la sustitución de las penas privativas de libertad, y se introduce un nuevo sistema, caracterizado por la existencia de un único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas, que introduce mayor flexibilidad y eficacia [...]». Pero, pese a ello, como venimos diciendo, expresamente se mantiene el término sustitución en el art. 71.2, o el propio título de la Sección 2ª del Capítulo III, Libro III, así como en el art. 89, todos ellos del Código Penal, cuando se regula de forma diferente, como analizaremos después, la sustitución de la pena de ciudadanos extranjeros incluso comunitarios.

9. La redacción anterior tenía el siguiente tenor literal: «No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, esta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la sección 2ª del capítulo III de este título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda».

10. La peligrosidad criminal del sujeto se entiende como un concepto jurídico indeterminado que constituye un pronóstico de comportamiento que revela la probabilidad de comisión de nuevos delitos. En este sentido podemos ver, a título de ejemplo, Auto de la Audiencia Provincial de Castellón de 11 de noviembre de 2005 (FJ 2º *in fine*) —Ponente: Esteban Solaz Solaz—, o el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de mayo de 2010 (FJ 2º) —Ponente: José Luis Sánchez Trujillano— en base de datos CENDOJ (Roj: AAP CS 716/2005 y Roj: AAP M 6866/2010, respectivamente).

11. Obsérvese que el artículo 80 del Código Penal hace alusión a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Sin embargo, en la práctica los órganos judiciales centra la suspensión de la ejecución en la pena de prisión, obviando que el artículo 35 del mismo texto legal considera que las penas privativas de libertad son la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. De este modo, consideramos que nada impide que pueda suspenderse la ejecución tanto de las penas de localización permanente como de la de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, siempre que se cumplan las condiciones para ello.

12. El Apartado IV, párrafo II, del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 señala: «La experiencia venía poniendo de manifiesto que la existencia de antecedentes penales no justificaba en todos los casos la denegación de la suspensión, y que era por ello preferible la introducción de un régimen que permitiera a los jueces y tribunales valorar si los antecedentes penales del condenado tienen, por su naturaleza y circunstancias, relevancia para valorar su posible peligrosidad y, en consecuencia, si puede concedérsele o no el beneficio de la suspensión; y que el mismo criterio debía ser aplicado en la regulación de la revocación de la suspensión».

13. La prevención especial consiste en las distintas medidas utilizables desde el punto de vista jurídico-penal, positivas o negativas, con el objeto de favorecer que la persona que ha cometido un delito no vuelva a repetir un acto de este tipo.

14. En este sentido, nos acercamos a las figuras del derecho comparado como la *sursis* del sistema Franco-Belga, o la *probation* del sistema angloamericano, o la suspensión obligatoria, del sistema alemán para penas inferiores a un año (que permite la justificación de la denegación), que parten del criterio general de que la simple imposición de la condena, o la declaración de culpabilidad (sistema angloamericano) ya cumple una suficiente prevención especial negativa para evitar que el sujeto vuelva a delinquir. Para un mayor análisis del sistema comparado, puede verse Magro Servet y Solaz Solaz (2010).

15. Al respecto, véase Sáez Malceñido (2015).

16. El artículo 61 de la LO 1/2015 modifica el artículo 127 del Código Penal, que queda redactado de la siguiente forma:

«1. Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el juez o tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los

bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición».

17. «A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto es el artículo 136 de este Código».

18. En este sentido se pronuncian, entre otras, la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en su Auto de 13 de julio de 2012 (FJ 2º) —Ponente: José Emilio Pirla Gómez— o la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Castellón, en su Auto de 16 septiembre de 2011 (FJ 2º) —Ponente: Pedro Luis Garrido Sancho—; en base de datos CENDOJ (Roj: AAP B 6435/2012 y Roj: AAP CS 704/2011, respectivamente).

19. A esta revocación de la suspensión se refiere el preámbulo de la LO 1/2015 cuando manifiesta: «Con esta misma finalidad, se modifica el régimen de valoración del cumplimiento de la responsabilidad civil. El sistema actual de comprobación previa resulta ineficaz y poco ágil, y dificulta que las decisiones sobre la suspensión de la pena puedan ser adoptadas en el mismo momento en que se dicta sentencia. Por ello, se introduce un sistema inverso al actual: el pago de la responsabilidad civil (y también, que se haya hecho efectivo el decomiso acordado por los jueces o tribunales) continúa siendo un presupuesto de la suspensión de la ejecución; pero es la ocultación de bienes o el hecho de no aportar información sobre los disponibles o de no facilitar el decomiso acordado lo que determina la revocación de la suspensión ya acordada». Recordemos también que el art. 589 LEC establece la obligación del ejecutado de efectuar una manifestación correcta de sus bienes y derechos en vía ejecutiva.

20. Según el artículo 94 del Código Penal: «Se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello». Si bien aquí se ha producido un *lapsus* del legislador, al no modificar la referencia a la sección 2ª (anterior sustitución de la pena) que se mantiene vigente, y que debería haber adaptado a la nueva regulación, como lo ha hecho introduciendo el art. 94 bis para otorgar a estos efectos validez a las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea, salvo que estos antecedentes hubieran sido cancelados o pudieran serlo «con arreglo al Derecho español».

21. El artículo 84.1.1ª hace referencia al acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.

22. En conexión con lo establecido en el art. 80.3 *in fine*.

23. Por mor de lo establecido en el art. 84.1 apartados 2º y 3º.

24. En realidad, quién debe determinar el estado del penado deberán ser o los servicios médicos que asisten al órgano judicial o el propio penado a través de una pericial médica solicitada de parte.

25. Antes de la reforma, operada por la LO 1/2015, esta suspensión se encontraba regulada en el artículo 87 del Código Penal, con el siguiente tenor literal:

«1º Aun cuando no concurren las condiciones 1ª y 2ª previstas en el artículo 81, el juez o tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El juez o tribunal solicitará en todo caso informe del médico forense sobre los extremos anteriores.

2º En el supuesto de que el condenado sea reincidente, el Juez o Tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor.

3º La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, que será de tres a cinco años.

4º En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. Los centros o servicios

responsables del tratamiento estarán obligados a facilitar al juez o tribunal sentenciador, en los plazos que señale, y nunca con una periodicidad superior al año, la información precisa para comprobar el comienzo de aquél, así como para conocer periódicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar así como su finalización».

26. Bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.

27. A modo de ejemplo citar el Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2ª, de 12 de diciembre de 2011 (FJ 2ª) —Ponente: Valentín Pérez Aparicio—. En base de datos CENDOJ (Roj: AAP CC 544/2011).

28. Que el juez de vigilancia penitenciaria sea el órgano competente para decretar esta suspensión a los penados a penas privativas de libertad nos parece lógico, ya que, en virtud del artículo 94 de la LOPJ, entre otras funciones jurisdiccionales tendrálas previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad. Sin embargo, la competencia que se le atribuye en esta suspensión para las penas privativas de derechos no parece que tenga cobertura legal, tal y como se desprende del artículo 94 anteriormente visto. Pensamos que sería más conveniente que esta competencia se atribuyese a los órganos encargados de ejecutar esta clase de penas, que no son otros que los órganos penales que dictaron la sentencia en primera instancia o, en su defecto, los especializados en ejecución penal que actúan en algunas ciudades.

29. El Código Penal no prohíbe en estos casos la imposición incluso de una medida de seguridad privativa de libertad, sin embargo consideramos que no se podría imponer porque se trataría de una medida de seguridad más gravosa que la pena impuesta, lo que implicaría castigar de forma mucho más grave el hecho cometido, vulnerando el principio de legalidad penal.

30. Disposición adicional primera:

«Cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los números 1º y 3º del artículo 20 de este Código, el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la Jurisdicción Civil, salvo que la misma hubiera sido ya anteriormente acordada y, en su caso, el internamiento conforme a las normas de la legislación civil».

31. Por consiguiente, podemos colegir que una de las consecuencias de decretar esta clase de suspensión de la ejecución es que comienza a computar el plazo de prescripción de la pena en cuestión.

32. Llegamos a esta conclusión porque cuando el legislador confiere alguna competencia específica a los juzgados de vigilancia penitenciaria siempre nombra a este órgano de manera específica. De lo contrario, cuando otorga la competencia a los juzgados ejecutores —que pueden ser tanto órganos unipersonales como colegiados— se refiere de manera genérica a los juzgados o tribunales. Por lo tanto, parece lógico pensar que si el legislador alude a los juzgados y tribunales a la hora de conferirle la competencia de extinguir o disminuir la pena, que esté pensando en los juzgados o tribunales encargados de la ejecución y no en el Juez de Vigilancia Penitenciaria, ya que no lo nombra de manera específica.

33. Encontramos resoluciones donde el propio Tribunal Constitucional ha intentado aplicar la regla general de no suspensión y, al mismo tiempo, ha querido que el recurso de amparo tenga su finalidad protectora de derechos fundamentales. Para ello, ha denegado la suspensión de la ejecución, pero ha agilizado el trámite para resolver el amparo solicitado. A título de ejemplo citar el Auto del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 219/2008 de 14 de julio de 2008.

34. En este precepto no se distinguen penas privativas de libertad, multa o penas privativas de derechos: se hace referencia a la suspensión de la pena en general.

35. A título de ejemplo, podemos citar el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 27ª, de 31 de octubre de 2011 (FJ 2º) —Ponente: Lourdes Casado López— en el que se señala: «[...] la suspensión de la ejecución de la pena, no deviene obligatoria para el juez o tribunal, sino que es algo que puede o no acordar, es, en definitiva, una facultad, que la juzgadora de instancia se ha decantado por no conceder la suspensión solicitada, hallándose esta decisión extensamente motivada, y no pudiendo considerarse dicha argumentación manifiesta y patentemente errónea, pues el Tribunal Supremo, en resoluciones como el Auto de fecha 22 de septiembre de 1998, dictado en la Causa Especial número 2530/1995, sostiene que respecto al párrafo 2º del artículo 4.4 del Código Penal, que podría aplicarle en aquel caso, al igual que sucede en el presente, ha de subrayarse su carácter excepcional, pues el principio general en la materia es el que deriva del interés público que reclama el que las resoluciones judiciales de carácter firme se cum-

plan y también, claro es, las condenas penales de tal condición, añadiendo que lo mismo que ha dicho el Tribunal Constitucional respecto de la suspensión de las ejecuciones como consecuencia de la interposición de las demandas de amparo constitucional (y con más razón aún en este caso, sigue diciendo el Tribunal Supremo, en que se pretende la suspensión de la ejecución penal por petición de indulto) “en un Estado de Derecho las sentencias claman por ser cumplidas como exigencia implícita a la eficacia de la tutela judicial” (Autos del Tribunal Constitucional 120/1993, 198/1995 y 199/1995, entre otros), continuando señalando el Tribunal Supremo, en tal resolución, que tal principio general en favor de la ejecución de lo resuelto por los Tribunales con carácter firme y en contra de la suspensión de su ejecución, con referencia a esta cuestión específica de la petición de indulto, se deduce asimismo del apartado 3 del mismo artículo 4 del Código Penal, cuando nos dice “sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia”, y del artículo 32 de la Ley de Indulto de 18 de junio de 1870, actualizada por Ley 1/1988, de 14 de enero, y que de todo ello hemos de sacar la conclusión de que esa facultad de suspensión de la ejecución que al Juez o Tribunal concede el párrafo último del artículo 4.4 del Código Penal, solo podrá ser utilizada en casos muy concretos cuando las especiales circunstancias concurrentes así lo exijan de modo evidente, lo que no ocurre en el supuesto presente (continúa argumentado el Tribunal Supremo) con relación a ninguno de los diez condenados cuyas peticiones estamos ahora examinando: sus respectivas penas son lo suficientemente largas como para que hayamos de estimar que, en su caso, la posible concesión de indulto no sea ilusoria, es decir, no se vea frustrada por el inicio de las ejecuciones». En base de datos CENDOJ (Roj: AAP M 17143/2011).

36. Los artículos 100 y ss. del Reglamento Penitenciario regulan el procedimiento para la clasificación en grados de los penados. Dicha clasificación se realiza con base a una serie de criterios que debe aplicar la Junta de Tratamiento y puede darse el caso de que el penado no cumpla, durante toda la ejecución de la pena, los criterios para su clasificación en tercer grado. Además, se corre el riesgo de que el interno haga todo lo posible para que no se le clasifique en tercer grado, ya que eso supondría la expulsión automática del territorio nacional.

37. La institución de la libertad condicional también se ha modificado en virtud de la LO 1/2015, y se convierte en otra modalidad de suspensión de la ejecución. En lo que aquí nos interesa, debemos apuntar que la concesión de la libertad está supeditada al cumplimiento de una serie de requisitos, entre los que se encuentra la clasificación en tercer grado y la buena conducta. En este supuesto nos hallamos en la misma situación que el anterior: si el reo extranjero sospecha que la concesión de la libertad condicional supondrá su expulsión, intentará por todos los medios que no se la concedan.

38. En este caso, también nos encontramos con el problema de la expulsión en el supuesto de que se haya cumplido la totalidad de la pena en España: ¿qué sustituye la expulsión?

39. Trata de seres humanos.

40. Tráfico ilegal de mano de obra.

41. Determinar o favorecer la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante.

42. Inmigración clandestina.

43. En este apartado se está refiriendo al *Alcolock*. El *Alcolock* es un dispositivo que se instala en el vehículo e impide que este arranque si el conductor ha bebido. Para ver el funcionamiento de este dispositivo se puede visitar la siguiente página web: <<http://revista.dgt.es/es/multimedia/infografia/2015/0428Alcolock-asi-funciona.shtml#.VffcFRHt-mko>>. [Consulta: 29/09 2015.]

44. Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada.

45. Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.

46. Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.

47. Hay que tener presente que el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas; el RD prevé que los servicios de gestión de penas y medidas alternativas deben tener en consideración las circunstancias del penado a la hora de confeccionar el plan de ejecución de la pena, así como sus cargas familiares y laborales. Por consiguiente, estos servicios deberán tener en cuenta si el penado debe de llevar a cabo otra serie de deberes y obligaciones que le impidan realizar las labores propias de los trabajos en beneficio de la comunidad.

48. El anterior artículo 88 del Código Penal establecía que se sustituiría «cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente», sin prever un límite máximo de duración.

49. En realidad, la única novedad de este precepto es su ubicación en el artículo 80.6 del Código Penal, ya que anteriormente esta intervención se encontraba prevista en el artículo 86 del mismo cuerpo legal.

50. Esta norma fue publicada en el BOE nº 101 de 28 de abril de 2015, entrando en vigor el 28 de octubre de 2015.

51. El artículo 33.4 del Código Penal, regulador de las penas leves, también ha sido reformado por la LO 1/2015. Son las siguientes:

- a) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.
- b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año.
- c) Inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales de tres meses a un año.
- d) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses.
- e) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.
- f) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.
- g) La multa de hasta tres meses.
- h) La localización permanente de un día a tres meses.
- i) Los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días.

52. Este último criterio parece difícil de tener en cuenta, ya que el órgano judicial no podrá saber de antemano si el penado va a cumplir las medidas que se le impongan.

53. Ya en 1996 el CGPJ adoptó el acuerdo de 18 de diciembre de 1996 (BOE nº 312 de 27 de diciembre de 1996) por el que dispuso que los Juzgados de lo Penal de Madrid números 2, 4, 7 y 12 conocieran con carácter exclusivo de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional penal.

54. El problema que surgió con este precepto era la determinación de si la revocación se debía acordar cuando el individuo cometía el delito o, por el contrario, cuando recaía sentencia firme. La decisión más acorde a los principios del Derecho penal nos conduce a considerar que se deberá revocar la suspensión en el caso de que se dicte sentencia firme de condena en el plazo de suspensión. En este sentido podemos citar el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15ª, de 11 de febrero de 2011 (FJ 3º) —ponente: Carlos Martín Meizoso—. En base de datos CENDOJ (Roj: AAP M 1516/2011).

BIBLIOGRAFÍA

- DOLZ LAGO, Manuel Jesús (2014): «De la vida y la muerte: privación de libertad de los enfermos muy graves incurables y algunas patologías jurídicas», *Diario La Ley*, 8280, Año XXXV, Ed. LA LEY.
- MAGRO SERVET, Vicente y Esteban SOLAZ SOLAZ (2010): *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, Madrid: Editorial LA LEY.
- NISTAL BURÓN, Javier (2015): «La participación de la víctima en la ejecución penal. Su posible incidencia en el objetivo resocializador del victimario» en *Diario La Ley*, 8555, Ed. LA LEY.
- ROIG TORRES, Margarita (2015): «Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (Arts. 80. 81 y 82)», en J. L. González Cussac (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- SÁEZ MALCEÑIDO, Emilio (2015): «Reforma penal del beneficio de la suspensión de la pena», *Diario La Ley*, 8583, Ed. LA LEY.
- VEGAS AGUILAR, Juan Carlos y Francisco Esteban HERNÁNDEZ SÁNCHEZ (2015): «La sustitución de la pena en los delitos contra la mujer», *Jueces para la democracia*, 82, marzo, 68-91.

ESTUDIO SOBRE LA LEGALIDAD DE LAS FUMIGACIONES AÉREAS DE CULTIVOS
ILÍCITOS EN SITUACIONES DE CONFLICTO ARMADO CON BASE EN EL CASO
COLOMBIANO

STUDY ON THE LEGALITY OF AERIAL SPRAYING OF ILLICIT CROPS IN SITUATIONS
OF ARMED CONFLICT: A LOOK INTO THE SITUATION IN COLOMBIA

Héctor Olasolo

RESUMEN

Después de más de treinta años de fumigaciones aéreas de cultivos ilícitos en amplias áreas del territorio de Colombia, el pasado 14 de mayo de 2015 el Consejo Nacional de Estupefacientes decretó que a partir del 1 de octubre se suspenderán definitivamente. El presente trabajo constituye un estudio sobre la legalidad de este tipo de operaciones conforme al Derecho internacional humanitario, teniendo en cuenta que las mismas se pueden dirigir contra (i) quienes desarrollan los cultivos ilícitos; (ii) los cultivos ilícitos en sí mismo considerados; o (iii) personas u objetivos no protegidos que se ubiquen en los propios cultivos ilícitos o en terrenos aledaños.

PALABRAS CLAVE

Fumigaciones, Cultivos ilícitos, Glifosato, Colombia, Derecho internacional humanitario, Personas protegidas, Bienes protegidos, Objetivo militar, Proporcionalidad, Daños colaterales, Ventaja militar.

ABSTRACT

On 14 May 2015, after more than thirty years of aerial spraying of illicit crops in large areas of the territory of Colombia, the National Drug Council decreed that from 1 October 2015 such aerial spraying will not be continued. This work is a study on the lawfulness of such operations under international humanitarian Law, in light of the fact that they can be directed against (i) those individuals growing illicit crops; (ii) the illegal crops as such; or (iii) non-protected persons or objects located in or adjacent to illicit crops.

KEYWORDS

Aerial Spraying, Illicit crops, Glyphosate, Colombia, International humanitarian Law, Protected persons, Protected objects, Military objective, Proportionality, Collateral damage, Military advantage.

ESTUDIO SOBRE LA LEGALIDAD DE LAS FUMIGACIONES AÉREAS DE CULTIVOS ILÍCITOS EN SITUACIONES DE CONFLICTO ARMADO CON BASE EN EL CASO COLOMBIANO

Héctor Olasolo*

Profesor Principal de Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia)

Sumario: 1. Cuestiones jurídicas suscitadas por treinta años de fumigaciones aéreas de cultivos ilícitos en el conflicto armado colombiano. 2. ¿Es lícito conforme al DIH atacar a quienes desarrollan cultivos ilícitos en favor de una de las partes en el conflicto? 2.1. ¿Constituye el desarrollo de cultivos ilícitos en favor de una de las partes en el conflicto una función continua de combate? 2.2. ¿Constituye el desarrollo de cultivos ilícitos una actividad de participación directa en las hostilidades? 2.3. Duración de la pérdida de la protección de quienes desarrollan cultivos ilícitos cuando realizan actividades adicionales de participación directa en las hostilidades, y presunción de su condición de personas protegidas. 3. ¿Constituyen los cultivos ilícitos un objetivo militar? 4. ¿Pueden los daños a los cultivos ilícitos y/o a quienes los desarrollan constituir daños civiles colaterales no excesivos en ataques dirigidos contra objetivos militares? 5. Conclusión.

* El autor agradece al Sr. Carlos Fonseca Sánchez por su excelente contribución durante la investigación y edición del presente trabajo.

1. CUESTIONES JURÍDICAS SUSCITADAS POR TREINTA AÑOS DE FUMIGACIONES AÉREAS DE CULTIVOS ILÍCITOS EN EL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO

El análisis de la evolución histórica de la fumigación aérea de cultivos ilícitos con glifosato muestra que en los últimos 30 años se han dado muchas advertencias dentro y fuera de Colombia —incluyendo desde el propio Congreso de Estados Unidos— sobre los probables efectos adversos que el glifosato causa en el medio ambiente y en las personas que viven en las zonas circundantes a los lugares donde se llevan a cabo las fumigaciones aéreas¹.

Así, el informe emitido el 14 de abril de 1984 por el Comité de Expertos en Herbicidas del Instituto Nacional de Salud de Colombia desaconsejaba el uso masivo del glifosato o de cualquier otro herbicida mediante aplicación aérea, y recomendaba la utilización de otros mecanismos de erradicación de los cultivos ilícitos². Asimismo, a pesar del amplio operativo aprobado en 1988 para realizar fumigaciones aéreas con glifosato de cultivos ilícitos en el departamento del Cauca, el mismo no contemplaba que dicho herbicida pudiera utilizarse para aplicaciones con aeronaves de alas fijas. Como ha subrayado la Defensoría Pública de Colombia, dicho método fue categóricamente descartado, entre otros motivos, en razón de: «1. las condiciones ambientales; 2. el considerable daño que causa a las áreas anteriores y posteriores de la banda de tratamiento; 3. la alta contaminación que genera en las fuentes de agua; 4. el efecto «deriva» para la aplicación de productos de acción sistémica; y 5. la existencia de un mayor peligro de afectación para humanos y formas vivientes de fauna y flora silvestres»³.

En el año 2002, la Defensoría del Pueblo de Colombia afirmaba que, a pesar de los años transcurridos desde que se iniciaron las fumigaciones aéreas masivas con glifosato en Co-

lombia (desde 1998 se venían fumigando entre 100.000 y 150.000 hectáreas de cultivos anuales)⁴, no se habían realizado los estudios científicos pertinentes para determinar los efectos de dicha sustancia en la salud. En consecuencia, seguía sin existir certeza científica sobre los impactos del glifosato en la misma. Además, la propia Defensoría del Pueblo subrayaba también que tampoco se conocían los efectos de la combinación glifosato-POEA-cosmoflux, que es la que en última instancia se estaba empleando en el programa de erradicación aérea de los cultivos ilícitos⁵.

La Defensoría del Pueblo de Colombia ponía de manifiesto que decenas de miles de campesinos estaban siendo desplazados debido a estas fumigaciones, lo que incrementaba la terrible situación de desplazamiento forzado existente en Colombia. Así, cuando los cultivos ilícitos constituyen el único mecanismo de supervivencia, los campesinos, ante la falta de programas económicos alternativos, se veían forzados a huir. Lo mismo sucedía cuando sus cultivos lícitos eran fumigados de manera no intencionada, como consecuencia de los estándares tan flexibles conforme a los que se desarrollaban las aspersiones aéreas. En estos casos, la fertilidad de la tierra se veía seriamente deteriorada entre 6 y 8 meses, particularmente en caso de que se fumigase repetidamente un mismo área, lo que afectaba en particular a poblaciones vulnerables como niños, campesinos y población indígena⁶. Según la Defensoría del Pueblo, la población indígena se veía especialmente perjudicada, dada su tradicional estructura de propiedad colectiva⁷. Además, el ecosistema colombiano, que es el segundo más rico en el mundo en diversidad ecológica, también se veía seriamente afectado⁸.

Ese 2002, el Congreso de los EEUU condicionaba también el apoyo a las fumigaciones de cultivos ilícitos con glifosato en Colombia, a los siguientes requisitos (i) que se llevaran a cabo siguiendo los controles regulatorios requeridos por la Agencia Federal de Protección Medio-Ambiental de los EEUU y de confor-

midad con el gobierno de Colombia, a los efectos de garantizar que dichas fumigaciones se realizaran conforme a la normativa colombiana; (ii) que no generasen riesgos irrazonables o efectos adversos en las personas o en el medio ambiente; (iii) que se estableciesen procedimientos para evaluar las reclamaciones de los ciudadanos locales por daños a la salud o a los cultivos lícitos agrícolas (y que, en caso de ser aceptadas, se proporcionase una compensación justa); y (iv) que se creasen proyectos económicos alternativos para las comunidades afectadas⁹. Asimismo, el Congreso de EEUU impuso al Departamento de Estado la obligación de presentarle un informe anual para asegurarse de que dichas condiciones eran cumplidas.

Tras la presentación del primer informe por el Departamento de Estado¹⁰, el Comité de Apropriaciones del Senado emitió en 2003 una declaración en la que mostró su preocupación, dado que (i) se estaban fumigando grandes áreas que se encontraban en las inmediaciones de zonas habitadas y cultivos de productos de alimentación básicos (solo se mantenía una distancia de seguridad de 100 metros), lo que constituía una práctica que variaba significativamente de la manera en la que los herbicidas eran utilizados en los Estados Unidos¹¹; (ii) las fumigaciones directas sobre los campesinos parecían estar generando un buen número de problemas de salud pública, incluyendo vómitos, diarreas, problemas visuales, cáncer de piel e incluso la muerte; (iii) el procedimiento para la tramitación de reclamaciones en Colombia no gozaba de las más básicas garantías¹²; y (iv) no se habían puesto en marcha ningún tipo de programa de cultivos alternativos a la producción de hoja de coca¹³.

Asimismo, el Comité subrayaba la necesidad de que se le presentasen estudios científicos objetivos que aseguraran que las aspersiones aéreas no creaban riesgos irrazonables o efectos adversos en las personas o el medio ambiente y que mostraran la existencia de mecanismos apropiados para monitorear y, en su caso, garantizar una adecuada utiliza-

ción de tales herbicidas¹⁴. Con ello, el Comité de Apropriaciones del Senado señalaba que el programa de fumigaciones de cultivos ilícitos con glifosato en Colombia debía tener la naturaleza de un programa de derechos humanos y ser desarrollado por las fuerzas de policía, sin que por tanto se tratase de un programa regido por el Derecho internacional humanitario y ejecutado por las fuerzas armadas.

El 13 de diciembre de 2013, el Consejo de Estado de Colombia prohibió las fumigaciones aéreas con glifosato sobre cultivos ilícitos que se encontrasen al interior de parques naturales, al concluir que seguía existiendo incertidumbre científica sobre los daños que pueden causar las mismas¹⁵. Por su parte, el 27 de marzo de 2014, la Corte Constitucional ordenó a los Ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Salud y Protección Social que realizasen los estudios técnicos y científicos necesarios para determinar el impacto de las aspersiones aéreas con glifosato sobre el medio ambiente y la salud de las personas de las comunidades negras de Nariño. En esta decisión se ordenaba que los informes, con los estudios realizados y sus respectivas conclusiones, se enviaran a la Corte Constitucional en el término de tres meses a partir de la notificación de la decisión.

La Corte Constitucional ordenaba, además, que en caso de que no se obtuviesen resultados concluyentes a partir de los estudios técnicos y científicos sobre la existencia de un riesgo actual, grave e irreversible para el medio ambiente y/o la salud de las personas por las aspersiones de glifosato, debía aplicarse de forma inmediata el principio de precaución y ordenar la suspensión de las aspersiones¹⁶.

En marzo de 2015, la Organización Mundial de la Salud subrayó que es muy probable que el glifosato cause cáncer¹⁷, lo que muestra la necesidad de llevar a cabo más estudios científicos para dar una respuesta definitiva a esta pregunta, y la urgencia de suspender mientras

tanto todas las fumigaciones de cultivos ilícitos con glifosato en Colombia. Después de más de treinta años desde que el Comité de Expertos en Herbicidas emitiera su primer informe en marzo de 1984, el Consejo Nacional de Estupefacientes de Colombia ha adoptado finalmente la suspensión de todas las fumigaciones el 14 de mayo de 2015, medida que, tras un periodo transitorio, entrará en vigor el 1 de octubre de 2015¹⁸.

En este contexto, numerosos autores como Pauker, Rutledge, Wilhite y Esposito han analizado la posible incompatibilidad con los estándares internacionales de derechos humanos de aquellas fumigaciones aéreas cuya naturaleza, medios y finalidad responde a la de auténticas operaciones de policía regidas por el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)¹⁹. Esta es la consideración que, según el marco jurídico desarrollado a principios del siglo XXI por el Congreso de los EEUU para financiar las fumigaciones aéreas de cultivos ilícitos con glifosato en Colombia, debían tener dichas operaciones²⁰.

Sin embargo, en los últimos años autores como Knudsen²¹ y Landel²² han reexaminado esta cuestión al entender que las fumigaciones aéreas de cultivos ilícitos con glifosatos en Colombia podrían constituir operaciones militares reguladas por el Derecho internacional humanitario (DIH), máxime después del reconocimiento realizado por el gobierno de Colombia en mayo de 2011 sobre la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional²³. Este reexamen se ha justificado además por las numerosas pruebas que indican que tanto las guerrillas como los grupos paramilitares utilizan los ingresos aportados por el tráfico de cultivos ilícitos, en particular la hoja de coca, para financiar su esfuerzo militar dentro del conflicto armado en Colombia²⁴.

Así, cuando la finalidad de las fumigaciones aéreas con glifosato sobre los cultivos ilícitos es desmantelar la contribución financiera

que los mismos realizan al esfuerzo militar de las FARC, o cuando sean las fuerzas armadas colombianas, en lugar de sus fuerzas de policía civil, las que desarrollan dichas fumigaciones recurriendo a medios propios de operaciones militares en el conflicto armado (por ejemplo, aviones o helicópteros de combate), será necesario considerar las mismas como operaciones militares reguladas conjuntamente por el DIH, el DIDH y el Derecho Internacional Penal (DIP)²⁵.

En este sentido, conviene recordar que, cuando existe un conflicto armado, el DIH y el DIDH se aplican de manera conjunta y complementaria²⁶, una vez superada la tradicional visión de que el primero constituía *lex specialis* en relación con el segundo²⁷. Asimismo, las violaciones graves del DIDH (por ejemplo, el desplazamiento forzado) cometidas de manera sistemática o a gran escala²⁸, así como las infracciones graves del DIH, son, conforme al DIP, respectivamente constitutivas de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra²⁹. De esta manera, el principio de responsabilidad penal del individuo frente a la sociedad internacional en su conjunto, constituye el corolario de la aplicación conjunta y complementaria del DIH y el DIDH en el marco de los conflictos armados³⁰ y permite la puesta en marcha de sus mecanismos de ejecución centralizados (a través de tribunales internacionales penales) y descentralizados (a través de las jurisdicciones nacionales)³¹.

Las consideraciones hasta aquí realizadas muestran la necesidad de desarrollar un análisis de legalidad de las fumigaciones aéreas de cultivos ilícitos en el conflicto armado colombiano a la luz del DIH teniendo en cuenta que las mismas se pueden dirigir contra (i) quienes desarrollan dichos cultivos ilícitos; (ii) los cultivos ilícitos en sí mismo considerados; o (iii) personas u objetos no protegidos que se ubiquen en los propios cultivos ilícitos o en terrenos aledaños.

2. ¿ES LÍCITO CONFORME AL DIH ATACAR A QUIENES DESARROLLAN CULTIVOS ILÍCITOS EN FAVOR DE UNA DE LAS PARTES EN EL CONFLICTO?

2.1. ¿CONSTITUYE EL DESARROLLO DE CULTIVOS ILÍCITOS EN FAVOR DE UNA DE LAS PARTES EN EL CONFLICTO UNA FUNCIÓN CONTINUA DE COMBATE?

En esta sección vamos a analizar si quienes, voluntaria o forzadamente, llevan a cabo cultivos ilícitos en favor de alguno de los grupos armados organizados que se enfrentan a las fuerzas armadas de Colombia en un conflicto armado de carácter no internacional pueden ser objeto de ataque por las fuerzas armadas de Colombia.

En los conflictos armados de carácter no internacional, las personas protegidas por el dih son, en principio, todas aquellas que no forman parte de las fuerzas armadas del Estado en cuyo territorio se desarrolla el conflicto³². Cuando personas protegidas deciden integrarse en un grupo armado organizado que participa en el conflicto en calidad de miembros del mismo, pierden esa protección mientras continúan siendo miembros de dicho grupo³³.

No todas las personas que colaboran con un grupo armado organizado se convierten en miembros del mismo. Por el contrario, para el CICR, solo aquellas personas que asumen una *función continua de combate* en el seno de un grupo armado organizado adquieren dicha condición³⁴.

Tienen una función continua de combate quienes preparan, ordenan o ejecutan las operaciones militares de un grupo armado organizado. Asimismo, desempeñan dichas funciones quienes son reclutados, entrenados y equipados por un grupo armado organizado para dirigir o desarrollar hostilidades en su

nombre, aun cuando no hayan realizado materialmente ningún acto hostil³⁵.

No tienen, sin embargo, una función continua de combate quienes acompañan o apoyan a lo largo del tiempo a un grupo armado organizado, incluso si utilizan uniformes, insignias o tarjetas de identificación³⁶. En consecuencia, en tanto en cuanto no lleven a cabo funciones que los involucren directamente en las hostilidades, no podrán ser considerados miembros del grupo, aunque según el CICR puedan ser *parte* del mismo³⁷. Esto hace que no pierdan su condición de personas protegidas³⁸.

Lo mismo ocurre con quienes desarrollan actividades de reclutamiento, financiación o entrenamiento dentro del grupo armado organizado, a no ser que realicen funciones adicionales que los vinculen directamente con las operaciones militares desarrolladas por el mismo³⁹. Asimismo, tampoco tienen una función continua de combate y, por tanto, mantienen su condición de personas protegidas quienes producen, adquieren y hacen el mantenimiento del armamento y municiones del grupo o llevan a cabo actividades de inteligencia que no se encuentren vinculadas a operaciones militares concretas⁴⁰.

En consecuencia, incluso en aquellos casos en los que los cultivos ilícitos, particularmente de hoja de coca, son utilizados para financiar el esfuerzo militar de los grupos armados organizados que se enfrentan al gobierno de Colombia, esto no convierte a quienes desarrollan materialmente tales cultivos en miembros de dichos grupos. Para ello, sería necesario que realizaran otras actividades adicionales que los vinculasen directamente con las operaciones militares desarrolladas por los mismos⁴¹. Según Landel, las pruebas existentes hasta el momento no permiten afirmar que sea esta la situación de la inmensa mayoría de quienes desarrollan cultivos ilícitos objeto de fumigación aérea con glifosato⁴².

2.2. ¿CONSTITUYE EL DESARROLLO DE CULTIVOS ILÍCITOS UNA ACTIVIDAD DE PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES?

La protección de la que en principio gozan en los conflictos armados de carácter no internacional quienes ni son miembros de la fuerzas gubernamentales ni de los grupos armados involucrados en el conflicto puede perderse también cuando se realizan actividades que, si bien no dan lugar a una función continua de combate, son calificadas por el DIH como «participación directa en las hostilidades»⁴³.

A este respecto, conviene subrayar que la participación directa de personas protegidas en las hostilidades ha crecido de manera constante durante la segunda mitad del siglo XX y principios del siglo XXI tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales. Esto se ha debido a la utilidad que tiene para las partes en conflicto que contratistas privados, informantes, transportistas o colaboradores participen directamente en la preparación y desarrollo de operaciones militares⁴⁴. En este contexto, surge la cuestión relativa a si el desarrollo de cultivos ilícitos en favor de una de las partes en el conflicto es considerada por el DIH como participación directa en las hostilidades.

El art. 3(1), común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, se refiere por primera vez a «las personas que no participen directamente en las hostilidades», expresión de la cual se deriva el concepto «participación directa en las hostilidades», que es desarrollado por los arts. 51(3) del PA I y 13(3) del PA II. Estas disposiciones prevén que las personas protegidas pierden su protección cuando participen *directamente* en las hostilidades y por el tiempo que dure dicha participación⁴⁵. De ahí la importancia de identificar aquellas actividades constitutivas de participación directa en las hostilidades (que conllevan la pérdida automática de la protección) y de distinguirlas de aquellas otras que, si bien pueden suponer una partici-

pación indirecta en las hostilidades, no privan de la protección conferida por el DIH⁴⁶.

Ni el Derecho convencional, ni el Derecho internacional consuetudinario ofrecen una definición del concepto «participación directa en las hostilidades»⁴⁷, por lo que para su construcción jurisprudencial resulta necesario acudir a los criterios de interpretación recogidos en los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. La mayoría de los manuales militares se limitan a señalar que la determinación de si cierta actividad constituye una participación directa en las hostilidades debe llevarse a cabo caso por caso⁴⁸. Algunos manuales militares añaden también que, entre las actividades que dan lugar a una participación directa en las hostilidades, se encuentran actuar como agentes de inteligencia, exploradores o mensajeros, hacer guardias o servir como espías para una de las partes del conflicto⁴⁹.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha subrayado que la expresión «participan directamente en las hostilidades» abarca normalmente actos que por su naturaleza o finalidad pretenden causar un daño al personal o material del enemigo⁵⁰. La CIDH ha distinguido entre los mismos y los supuestos de participación indirecta en apoyo de una de las partes contendientes (por ejemplo, la venta de mercaderías, la expresión de simpatía por su causa o no haber actuado para prevenir su incursión) que, al no implicar actos de violencia que constituyan una amenaza inmediata de daño para la otra parte contendiente, no hacen que quien los lleva a cabo pierda su condición de persona protegida⁵¹.

Schmitt afirma que el concepto «participación directa en las hostilidades» supone la realización por una persona protegida de una actuación que es parte integral de una operación militar dirigida a dañar a una de las partes en conflicto y a beneficiar [a otra⁵²,] con independencia de que se encuentre o no en el campo de batalla⁵³. En aplicación de este concepto, las contribuciones realizadas por contratistas

y empleados civiles de las fuerzas armadas de un Estado, o de grupos armados organizados, a la logística general de apoyo al esfuerzo bélico de una de las partes en conflicto no podría calificarse como participación directa en las hostilidades⁵⁴.

Finalmente, para el CICR, el concepto «participación directa en hostilidades» estaría conformado por los siguientes tres elementos: (i) *suficiente gravedad del daño* que el acto de la persona protegida puede causar a una de las partes en conflicto, ya sea porque pueda generar un efecto militar adverso como la muerte o lesiones de sus miembros o la destrucción de su material o infraestructura militar, ya sea porque pueda provocar la muerte, la lesión o la destrucción de personas o bienes protegidos (*umbral de daño*)⁵⁵; (ii) *relación de causalidad directa* entre el acto de la persona protegida y el daño causado⁵⁶; y (iii) *nexo beligerante* entre el acto de la persona protegida y las hostilidades entre las partes en un conflicto armado, de manera que se dirija a perjudicar a una de las partes y a beneficiar a la otra⁵⁷.

Cualquiera que sea la posición que acojamos sobre el concepto de participación activa en las hostilidades, lo cierto es que el desarrollo de cultivos ilícitos en favor de una de las partes en conflicto no constituye una participación directa en el mismo. Así, si acogemos lo dicho por la CIDH, la naturaleza y finalidad de la actividad de cultivo no se encuentra dirigida a generar un daño personal o material a la parte adversa. Si seguimos lo afirmado por Schmitt, es evidente que el desarrollo de cultivos ilícitos se encuentra tan alejado de cualquier operación militar específica que no puede constituir una parte integral de las mismas. De hecho, si como señalan estos autores, las contribuciones a la logística general del esfuerzo bélico de una de las partes en el conflicto no constituyen una participación directa en las hostilidades, con mayor razón tampoco podrán calificarse como tal las contribuciones a la financiación de dicho esfuerzo bélico a través de cultivos ilícitos. Finalmente, si acogemos la posición del CICR, no cabe sino responder negativamente

a la pregunta relativa a si quienes llevan a cabo cultivos ilícitos en favor de una de las partes en el conflicto incurren con dicha actividad en actos hostiles contra la parte adversa que le pueda causar directamente el umbral de daño exigido.

En consecuencia, los cultivos ilícitos en favor de una de las partes en conflicto no constituyen en sí una actividad de participación directa en las hostilidades y, por lo tanto, no generan la pérdida de la protección otorgada por el DIH. Por ello, para que se pierda dicha protección es necesario que quienes desarrollan cultivos ilícitos realicen adicionalmente otras actividades que sí puedan ser constitutivas de una participación directa en las hostilidades.

2.3. DURACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA PROTECCIÓN DE QUIENES DESARROLLAN CULTIVOS ILÍCITOS CUANDO REALIZAN ACTIVIDADES ADICIONALES DE PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES, Y PRESUNCIÓN DE SU CONDICIÓN DE PERSONAS PROTEGIDAS

Como hemos visto en las secciones anteriores, los cultivos ilícitos en favor de una de las partes en conflicto ni son constitutivos de una función continua de combate ni pueden calificarse como participación directa en las hostilidades. Por lo tanto, los ataques dirigidos por las partes en conflicto contra quienes se dedican a esta actividad serán contrarios al DIH. Asimismo, las muertes o lesiones provocadas a los mismos como consecuencia de operaciones dirigidas contra objetivos legítimos según el DIH habrán de contabilizarse como daños civiles colaterales⁵⁸.

La única excepción se produciría en aquellos casos en que quienes desarrollan cultivos ilícitos para una de las partes en el conflicto también realicen alguna otra actividad en favor de la misma y en perjuicio de la parte adversa, que pueda calificarse como función continua

de combate o, al menos, como participación directa en las hostilidades.

En estos últimos casos, el CICR considera que las personas protegidas que participan directamente en las hostilidades recuperan su protección cada vez que termina una actividad hostil específica. Esto supone que se pierde y se reasume la protección cada vez que una persona protegida comienza y termina de efectuar una actividad integral dentro de una operación militar concreta⁵⁹.

Sin embargo, algunos autores han subrayado que esta posición da lugar a una situación de «puerta giratoria» porque refleja de qué modo una persona en principio protegida puede entrar y salir a lo largo del tiempo de su esfera de protección mientras contribuye de manera efectiva a los objetivos militares de una de las partes del conflicto en detrimento de la otra⁶⁰. Por ello, autores como Boothby afirman que en estos casos hay que entender que se pierde la protección de forma continua sin importar los intervalos en los cuales no se desempeñen funciones que puedan entenderse como participación directa⁶¹, puesto que la reiteración y persistencia en el tiempo de la participación en las hostilidades son un claro indicador de conductas futuras⁶². En consecuencia, para este autor, quienes durante el día desarrollan cultivos ilícitos y de noche toman parte directa en las hostilidades pierden su protección de forma constante, dado que de su conducta reiterada se puede deducir que al día siguiente también tomarán de nuevo las armas cuando caiga la noche⁶³. Según esta posición, para afirmar que una persona protegida que ha participado directamente en las hostilidades de manera reiterada y persistente ha dejado de hacerlo se necesita un acto claro de renuncia que no dé lugar a ambigüedades⁶⁴. La Sala de Apelaciones del TIPY ha acogido también esta posición en el caso Kordic, al considerar que hasta que quienes no son miembros de las partes del conflicto cesen en sus actividades de participación directa en las hostilidades constituyen una amenaza inmediata para el personal y el material de la parte adversa⁶⁵.

De lo anterior se deriva que puede suceder que las actividades adicionales realizadas por quienes desarrollan cultivos ilícitos generen la duda sobre si las mismas les hacen o no perder la condición de personas protegidas en el momento en que se planea llevar a cabo la fumigación aérea⁶⁶. Ante esta situación, es particularmente importante que quien se encuentren preparando dicha fumigación adopte las medidas de precaución que le impone el art. 57(2) PA I para cerciorarse que la misma ni se dirige contra personas protegidas ni genera entre estas últimos daños colaterales excesivos⁶⁷. Además, el art. 50(1) PA I impone la presunción de que toda persona sobre cuya condición existan dudas haya de considerarse en todo caso como una persona protegida.

La jurisprudencia del TIPY ha subrayado a este respecto la importancia de esta presunción al aplicar el concepto de participación directa en las hostilidades⁶⁸. Ahora bien, como el propio CICR ha señalado, esta presunción no tiene un carácter absoluto y se traduce principalmente en la obligación de la parte atacante de: (i) tomar las medidas que la situación de combate le permita para cerciorarse de que el ataque no se va a dirigir contra personas protegidas ni va a generar en estas últimos daños colaterales excesivos; y (ii) realizar una determinación honesta de dicha condición sobre la base de la información que, dadas las circunstancias, se haya podido obtener (en particular, aquella relativa al comportamiento de la persona que se pretende atacar, su ubicación y su vestimenta)⁶⁹.

3. ¿CONSTITUYEN LOS CULTIVOS ILÍCITOS UN OBJETIVO MILITAR?

Si quienes desarrollan cultivos ilícitos en favor de una de las partes en el conflicto no pueden ser considerados miembros de las mismas ni su actividad de cultivo se puede calificar como participación directa en las hostilidades,

surge la cuestión de si es posible considerar a los propios cultivos ilícitos como objetivo militar.

La definición más ampliamente aceptada de objetivo militar se encuentra en el art. 52 PA I, que señala que entiende como tales aquellos objetos «que (i) por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyen eficazmente a la acción militar; y (ii) cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida»⁷⁰.

Objetos que por su naturaleza contribuyen eficazmente a la acción militar son, entre otros, el armamento y resto del equipamiento militar, los almacenes donde se guardan los mismos, los transportes, los centros de comunicaciones, las fortificaciones, los edificios ocupados por las fuerzas armadas y los puestos de mando⁷¹. Por su parte, entre los objetos que por su ubicación contribuyen eficazmente a la acción militar se pueden citar los puentes, las pasarelas o los túneles, así como ciertas colinas, desfiladeros o áreas cuyo control facilita el desarrollo de las operaciones militares, dificulta los eventuales ataques del enemigo o incluso pueda obligar al enemigo a retirarse⁷².

La primera condición de la definición de objetivo militar se refiere también a los objetos que debido a uso actual (utilización) o futuro (finalidad) contribuyen efectivamente a la acción militar. En este sentido, hay que señalar que una parte muy importante de los bienes que normalmente se utilizan para fines civiles pueden ser también utilizados en el marco de un conflicto armado para fines militares. Este sería el caso, por ejemplo, de escuelas, hoteles o iglesias reacondicionados para proporcionar alojamiento a la tropa o para almacenar equipamiento militar, o que son reconvertidos en puestos de mando⁷³. Igualmente, ciertas plantas industriales o energéticas pueden ser utilizadas en tiempos de conflicto armado tanto para fines civiles como militares⁷⁴.

La segunda condición de la definición de objetivo militar se refiere a la ventaja militar

definida que, de acuerdo con las circunstancias del momento, se espera obtener de la destrucción total o parcial, captura o neutralización del bien objeto de análisis⁷⁵. No es suficiente que parezca que, potencialmente o de manera indeterminada, dicha destrucción, captura o neutralización pudiera ofrecer una ventaja militar al atacante, sino que es necesario que se espere una *ventaja militar concreta*⁷⁶.

La aplicación de la definición de objetivo militar se complica cuando tiene que ser aplicada a bienes de doble uso como sistemas de comunicaciones, redes de transporte, complejos petroquímicos o ciertos tipos de plantas industriales, que son normalmente utilizados con fines civiles, pero que también pueden ser utilizados para fines militares en el marco de un conflicto armado⁷⁷. Es por ello que el art. 52(3) PA I prevé que «en caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin». Esta disposición establece, por tanto, la obligación de presumir que todos los edificios que se dedican normalmente a fines civiles y que se encuentran en las proximidades del frente tienen un carácter civil. De esta manera, solo cuando el atacante esté convencido de que están siendo utilizados por el enemigo para alojar a la tropa o para contribuir de otra manera a su acción militar podrán ser objeto de ataque, para lo cual será necesario que se adopten las medidas de precaución previstas en el art. 57(2) PA I⁷⁸.

Particularmente relevante para nuestro estudio es el hecho de que la definición de objetivo militar recogida en el art. 52 (2) PA I es generalmente considerada hoy como parte del Derecho consuetudinario⁷⁹, a pesar de que algunos autores la han criticado abiertamente por centrarse demasiado en la noción de ventaja militar definida y no prestar la debida atención a las estructuras que permiten mantener el esfuerzo militar de manera duradera, como es el caso de los llamados objetivos económi-

cos, entre los que destacan las industrias de exportación⁸⁰.

Los cultivos ilícitos en apoyo del esfuerzo militar de una de las partes en el conflicto tienen la naturaleza de objetivos económicos. Además, en el caso de los grupos armados organizados que se enfrentan al gobierno de Colombia, el cultivo de la hoja de coca constituye la principal «industria de exportación» con la que sostienen su esfuerzo militar. Sin embargo, esto no los convierte en objetivos militares, puesto que su destrucción, captura o neutralización solo ofrece generalmente una ventaja militar potencial o indeterminada que no cumple con la exigencia de que la misma sea concreta y definida. Como hemos visto, a esto que hay que añadir que, en caso de duda, dichos cultivos deben ser tratados como objetos protegidos.

En consecuencia, a no ser que los terrenos donde se ubican los cultivos ilícitos se utilicen también para otros fines que cumplan con las dos condiciones requeridas para su consideración como objetivos militares, los mismos se encontrarán protegidos contra cualquier ataque de las partes en conflicto y, por lo tanto, cualquier daño ocasionado a los mismos será catalogado como un daño a bienes civiles.

4. ¿PUEDEN LOS DAÑOS A LOS CULTIVOS ILÍCITOS Y/O A QUIENES LOS DESARROLLAN CONSTITUIR DAÑOS CIVILES COLATERALES NO EXCESIVOS EN ATAQUES DIRIGIDOS CONTRA OBJETIVOS MILITARES?

Los cultivos ilícitos y quienes los cultivan son, en principio, personas y bienes protegidos y, por tanto, a no ser que se existan otras actividades que les hagan perder dicha protección, no pueden ser objeto de ataque por las partes en el conflicto. Ahora bien, ¿significa ello que

el DIH prohíbe que puedan verse afectados como consecuencia de ataques dirigidos contra personas u objetos no protegidos que se encuentren en los mismos o en sus inmediaciones?

La respuesta a esta pregunta es negativa. En consecuencia, si miembros de una unidad de combate de las FARC ingresan en uno de estos cultivos ilícitos, pueden ser legítimamente objeto de ataque aéreo, fluvial o terrestre por parte de las fuerzas armadas colombianas, aunque ello acarree daños de envergadura a dichos cultivos. Ahora bien, la extensión de los daños civiles colaterales tiene un límite, y este viene determinado por la regla de proporcionalidad.

Así, según el art. 51 (5)(b) PA I son ataques desproporcionados aquellos «actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos»⁸¹, que, a pesar de estar específicamente dirigidos contra objetivos militares, se prevé que causarán daños civiles colaterales excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa que se espera obtener de los mismos⁸². De esta manera, los ataques desproporcionados, en cuanto que específicamente dirigidos contra un objetivo militar concreto, son perfectamente distinguibles tanto de los ataques dirigidos contra personas o bienes civiles, como de los ataques indiscriminados entendidos como aquellos que pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas o bienes protegidos⁸³.

La aplicación de la regla de proporcionalidad al caso concreto presenta importantes dificultades⁸⁴. Así, mientras que desde la perspectiva de la ventaja militar anticipada no están claros todos los elementos que han de tenerse en cuenta a la hora de calcularla, en la parte de la ecuación relativa a los daños civiles colaterales surge la cuestión de si deben incluirse en la columna de daños civiles colaterales (i) los denominados daños indirectos, que son aquellos que normalmente solo dejan sentir sus efectos a medio y largo plazo⁸⁵, y (ii) aquellos daños debidos al despliegue ilícito por la parte adversa de soldados, armas, municiones u otro

tipo de material militar⁸⁶. Asimismo, también existe controversia sobre el contexto temporal y espacial que se debe tener en cuenta a la hora de aplicar la regla de proporcionalidad o, dicho de otra manera, si esta debe aplicarse en un nivel táctico en relación con cada incidente de violencia, operacional en relación con el conjunto de un ataque (normalmente compuesto por varios incidentes), o estratégico en relación con los objetivos de la campaña militar en su conjunto⁸⁷. Pero sin duda el mayor problema que presenta la aplicación de la regla de proporcionalidad es la necesidad de comparar las previsiones sobre dos elementos que no tienen prácticamente nada en común (la ventaja militar y los daños civiles colaterales) y de determinar de esta manera la medida en que un superior militar se encuentra obligado a exponer sus propias fuerzas para limitar las bajas o los daños civiles colaterales⁸⁸.

Cuestión decisiva en nuestro análisis es el hecho de que la fumigación aérea con glifosato es una técnica específicamente diseñada para destruir plantaciones ilícitas, y no para destruir o capturar total o parcialmente otro tipo de objetivos militares que puedan encontrarse en los terrenos donde se ubican dichos cultivos. Por lo tanto, el uso de dicha técnica es un indicativo muy importante de que el auténtico objetivo de la fumigación es destruir los cultivos ilícitos como tales, que, como hemos visto, se encuentran protegidos por el DIH. Además, aun cuando se pudiera probar que el uso de este tipo de aspersiones aéreas permite dirigir las mismas contra las personas u objetos no protegidos que se pretende neutralizar, lo cierto es que su irrigación sobre los cultivos ilícitos circundantes y las personas que los cultivan hace que sea previsible la generación de toda una serie de daños civiles colaterales que o bien serían excesivos, o al menos podrían haberse evitado con la utilización de otros medios de combate de mayor precisión. Esta conclusión es reforzada por la inclusión del delito medioambiental en el marco de las infracciones graves de la regla de proporcionalidad recogidas en el art. 8(2) (b) (iv) del Estatuto de la Corte

Penal Internacional, lo que da a entender que los «daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural» deben ser tenidos necesariamente en consideración al valorar el conjunto de daños civiles colaterales provocados por una operación militar.

En consecuencia, solamente si adoptamos un análisis de la regla de proporcionalidad [al nivel] estratégico podría eventualmente llegarse a un resultado distinto. Conforme a este tipo de análisis, el daño colateral previsto y la ventaja militar esperada deben analizarse desde las necesidades estratégicas derivadas de la campaña militar en su conjunto⁸⁹. Por ello, los defensores de esta posición tienden a incluir en la columna de los daños civiles colaterales todos aquellos producidos en cualquiera de las operaciones militares desarrolladas en el marco de una campaña militar o, dependiendo de su duración, incluso de un conflicto armado en su conjunto, y los comparan con la ventaja militar estratégicamente esperada del desarrollo con éxito de dicha campaña militar o conflicto.

Es fácil comprender cómo el volumen de daños civiles colaterales que no son manifiestamente excesivos es mucho mayor si al otro extremo de la regla de proporcionalidad se encuentra la ventaja estratégico-militar esperada de la destrucción del sistema de control, mando y comunicaciones de la parte adversa, o la ventaja político-militar anticipada del cambio de régimen político en la misma. Sin embargo, al mismo tiempo que se incrementa el volumen de daños civiles colaterales aceptados en este tipo de análisis, disminuye el nivel de protección ofrecida por el DIH a las personas y bienes civiles⁹⁰.

Aunque el informe de la Fiscalía sobre la campaña aérea de la OTAN en Kosovo se decantó por un análisis de carácter estratégico, lo cierto es que la jurisprudencia del TIPY ha rechazado mayoritariamente esta posición, puesto que en las sentencias de primera instancia en los casos *Blaskic* y *Strugar* se realizó el análisis de proporcionalidad de tipo operacional⁹¹, mientras que en la sentencia de primera instancia

en el caso Galic se hizo desde el punto de vista táctico⁹². Del mismo modo, la utilización de los adjetivos «concreta» y «directa» para calificar la ventaja militar en el art. 8(2) (b) (iv) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, no resulta compatible con la aplicación de la regla de proporcionalidad de carácter estratégico⁹³.

5. CONCLUSIÓN

Los cultivos ilícitos en favor de una de las partes en conflicto no constituyen objetivos militares. Asimismo, su desarrollo no puede considerarse como una función continua de combate ni puede equipararse a una participación directa en las hostilidades. En consecuencia, tanto los propios cultivos como los agricultores que trabajan en ellos se encuentran protegidos por el DIH y no pueden ser objeto de ataque por las partes en el conflicto, a menos que se dediquen a alguna otra actividad que les haga perder su protección.

Cuando exista la duda sobre si las actividades adicionales a que se dedican las tierras donde se encuentran los cultivos ilícitos, o que desarrollan los campesinos que las cultivan, generan una pérdida de la protección ofrecida por el DIH, este impone a la parte atacante la obligación de: (i) tomar las medidas que la situación de combate le permita para cercio-

rarse de que el ataque no se va a dirigir contra personas o bienes protegidos ni va a generar daños colaterales excesivos; y (ii) realizar una determinación honesta de dicha condición sobre la base de la información que dadas las circunstancias se haya podido obtener (en particular, aquella relativa al comportamiento de la persona que se pretende atacar, su ubicación y su vestimenta).

Asimismo, en los casos en que el DIH autorice el recurso a las fumigación aéreas con glifosato para atacar específicamente objetivos militares, la aplicación de la regla de proporcionalidad muestra que no solo es probable que los daños civiles colaterales sean excesivos, sino también que podrían ser evitados mediante el uso de armamento más preciso⁹⁴.

A la luz de lo dicho hasta aquí, se puede concluir que las aspersiones aéreas de cultivos ilícitos con glifosato están prohibidas por el DIH, incluso en el caso de que tales cultivos ilícitos contribuyan a financiar el esfuerzo militar de una o más partes en el conflicto armado en Colombia. Por ello, la suspensión de todas las operaciones de fumigación aérea con glifosato decretada por el Consejo Nacional de Estupefacientes de Colombia el 14 de mayo de 2015, que entrará en vigor el próximo 1 de octubre, constituye una medida muy positiva que era esperada desde que el Comité de Expertos en Herbicidas presentó su primer informe en marzo de 1984.

NOTAS

1. La fumigación aérea de cultivos ilegales con herbicidas no es un asunto reciente. Tales prácticas han sido utilizadas desde la famosa declaración de Richard Nixon del 18 de junio de 1971 que declaró la guerra contra las drogas. La primera fumigación aérea de cultivos ilícitos en las Américas ocurrió en México, donde aproximadamente 936 campos de amapola y 4500 campos de marihuana fueron fumigados entre 1971 y 1972. En 1978 tuvo lugar la primera fumigación aérea de cultivos ilícitos en el área de la Sierra Nevada de Santa Marta. En ese momento se usaba el herbicida *paraquat*. Vid. Del Olmo (1996: 26). Véase también Defensoría del Pueblo de Colombia (2002: 9).

2. Comité de Expertos en Herbicidas (1986).

3. Defensoría del Pueblo de Colombia (2002).

4. *Ibid.*

5. *Ibid.*

6. *Ibid. Vid.*, asimismo, Youngers y Rosen (2004:118).
7. Defensoría del Pueblo de Colombia (2002).
8. *Ibid Vid.*, también, Zarate-Laun (2001).
9. Congreso de los EE UU (2002).
10. Departamento de Estado de los EEUU (2002).
11. Comité de Apropiedades del Senado de los EEUU (2003).
12. Entre las miles de reclamaciones presentadas entre 2003 y 2004, solo una de ellas había sido aceptada por las autoridades colombianas
13. Comité de Apropiedades del Senado de los EEUU (2003).
14. Pauker (2003: 669-671).
15. Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de 13 de diciembre de 2013, Radicado N° 11001 0324 000 2004 00227 01, Magistrado ponente Guillermo Vargas Ayala, pág. 41. El Consejo de Estado llegó a esta conclusión al constatar que El Instituto Colombiano Agropecuario señaló que los efectos del glifosato en la fauna no eran contundentes, mientras que el Ministerio de la Protección Social lo catalogó como ligeramente Tóxico, posición que riñe ostensiblemente con el concepto de la Defensoría del Pueblo y con el de la Unidad Administrativa Especial para el Sistema de Parques Nacionales Naturales, quienes estiman que los estudios realizados muestran que el uso del glifosato perturba notablemente el medio ambiente y la salud, poniendo en riesgo las áreas de especial protección (Parques Nacionales Naturales) y el bienestar de las poblaciones aledañas a estas. *Vid.* Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de 13 de diciembre de 2013, op. cit., pág. 42. Además, a la hora de determinar si existía una medida menos restrictiva que la fumigación aérea con glifosato que permitiera obtener unos efectos similares (en este caso se trataría de la erradicación manual de los cultivos ilícitos), el Consejo de Estado no pudo sino reconocer que en 2013 se carecían todavía de suficientes elementos objetivos que permitieran una comparación entre las consecuencias en la aplicación de ambos tipos de medidas. *Vid.* Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de 13 de diciembre de 2013, cit., pág. 50.
16. Corte Constitucional de Colombia, Auto 073 del 27 de marzo de 2014, pág. 118.
17. Organización Mundial de la Salud, Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer (IARC) (2015).
18. Consejo nacional de estupefacientes de Colombia, Decisión de 14 de mayo de 2015. Conforme a lo acordado en la misma, y tras el periodo de transición, la suspensión de las fumigaciones se ha hecho efectiva el 1 de octubre de 2015. El Consejo Nacional de Estupefacientes está conformado por los ministros de justicia, salud, defensa, educación, relaciones exteriores; el Fiscal general de la nación, el Procurador general y el director de la Policía nacional. El 23 de septiembre de 2015, días antes de la entrada en vigor de dicha decisión y en el momento de finalización de este artículo, el presidente de Colombia acaba de presentar en rueda de prensa su nuevo plan antidrogas para los próximos años. Según el mismo, de los 1102 municipios que tiene Colombia, 204 tienen cultivos ilícitos de coca. Un 81% de los mismos se encuentran ubicados en los departamentos del Caquetá, Cauca, Meta, Nariño, Putumayo y Norte Santander (zona del Catatumbo). Además, 2/3 de los cultivos ilícitos se encuentran en parques naturales, zonas de reserva natural, resguardos indígenas o territorios colectivos. El plan se centra en la sustitución de cultivos ilícitos por proyectos agrícolas o agropecuarios que se ajusten a las posibilidades de producción que ofrezcan los territorios de que se trate. Para ello se prevén subvenciones y ayudas directas hasta finales de 2016 a los campesinos y las comunidades de Nariño y el Putumayo (los dos departamentos con mayor producción), donde se estima que hay unas 26.000 familias que cultivan actualmente coca. Asimismo, a quienes se mantengan más de cinco años cultivando productos lícitos se les darán títulos de propiedad sobre las tierras para que se conviertan en propietarios. Esto irá unido al establecimiento de una agencia para la creación de comercializadoras rurales, encargada de recoger, distribuir y buscar nuevos mercados para los productos que los campesinos cultiven bajo asesoría especializada. Finalmente, con respecto a los cultivos ilícitos que se dan en los parques naturales, se prevé un plan de reubicación fuera de ellos de los campesinos y comunidades que los desarrollan, a través de programas de vivienda rural, servicios y proyectos agropecuarios. *Vid.* Observatorio de Drogas de Colombia, noticias del mes de septiembre de 2015. [En línea], <<http://www.odc.gov.co/INICIO/Noticias/PID/2976/mcat/2975/ev/1/ArtDateMonth/9-2015>>; *Vid.* también, EL PAIS, «Colombia presenta un nuevo plan anti-droga», Edición digital de 25 de septiembre de 2015. [En línea], <http://internacional.elpais.com/internacional/2015/09/22/actualidad/1442950930_608000.html>.

19. Pauker (2003), Rutledge (2011), Wilhite (2005-2006) y Esposito (2010).
20. Congreso de los EEUU, (2002). *Vid.* también, Comité de Apropiaciones del Senado de los EEUU (2003).
21. Knudsen (2012-2013).
22. Landel (2010-2011).
23. *El espectador*, «Santos reconoce el conflicto armado y Uribe lo controvierte», Edición digital de 4 de mayo de 2015 [En línea], <<http://www.elespectador.com/noticias/politica/santos-reconoce-conflicto-armado-y-uribe-controvierte-articulo-267421>>. *Vid.* también SEMANA, «¿Qué significa el reconocimiento del conflicto por parte del gobierno?», Edición digital de 4 de mayo de 2011, [En línea], <<http://www.semana.com/nacion/articulo/que-significa-reconocimiento-del-conflicto-armado-parte-del-gobierno/239313-3>>.
24. Washington Office of Latin-America (WOLA) (2008). Así, por ejemplo, según el International Crisis Group, sesenta y cinco de las ciento diez unidades operativas de las FARC en 2005 estaban implicadas en cultivos de coca. Además, desde el año 2000, las FARC estaban forzando campesinos del sur de Colombia a plantar cultivos de coca, para lo que les concedían préstamos garantizados con sus futuras cosechas. *Vid.* International Crisis Group (2005: 9 y 12).
25. Knudsen (2012-2013) y Landel (2010-2011). Si, por el contrario, se llega a la conclusión de que la naturaleza y medios utilizados en las mismas, así como la finalidad a la que se dirigen, las configura como acciones de policía desvinculadas del conflicto armado, de manera que el DIH no sea aplicable, esto no significa que las mismas sean internacionalmente lícitas, pues como Pauker (2003), Rutledge (2011) Wilhite (2005-2006) y Esposito (2010) señalan, se encontrarán en todo caso reguladas por el DIDH y el DIP.
26. Corte Internacional de Justicia (CIJ) (2004 y 1996). *Vid.*, también, Doswald-Beck y Vite (1993: 94), y Vinuesa (1998: 69-110).
27. Jinks (2014: 662-674).
28. El DIP también considera crímenes internacionales ciertas violaciones graves del DIDH, aunque no se den de manera sistemática o generalizada, como ocurre con los actos de tortura o desaparición forzada. *Vid.*, a este respecto, la Convención Internacional contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006).
29. *Vid.* artículos 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), 2, 3 y 5 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia (TIPY), y 3 y 4 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Ruanda (TIPR).
30. Doswald-Beck y Vite (1993) y Vinuesa (1998).
31. *Vid. supra* nº 29.
32. Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) (2008: 1004).
33. Artículo 1(1) del Protocolo Adicional II de 1977 a las Convenciones de Ginebra de 1949.
34. Williamson (2009-2010: 464).
35. Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) (2008: 1007).
36. (*Ibid.*: 1006).
37. El CICR distingue entre los «miembros» del grupo (que pierden su protección mientras persista su membresía) y quienes hacen «parte» del grupo (que solo si realizan actividades de participación directa en las hostilidades pierden su protección durante el tiempo que mientras dure dicha actividad). Esta distinción se construye con base a un criterio funcional conforme al cual solo aquellas personas que asumen una función continua de combate en el seno de un grupo armado organizado, se convierten en miembros del mismo. *Vid.* Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) (2008: 1008).
38. (*Ibid.*: 1008).
39. (*Ibid.*: 1021).
40. (*Ibid.*: 1008 y 1021-1022).

41. (*Ibid.*:1021).
42. Landel (2010-2011: 506).
43. Henckaerts y Doswald-Beck (eds.) (2005: 19-24).
44. Sobre la participación de los civiles en las guerras del siglo XXI, *vid.* Schmitt (2010) y Williamson (2009-2010).
45. «Las personas civiles gozarán de la protección que confiere esta Sección, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación» (artículo 51(3) del Protocolo Adicional I). Asimismo, el artículo 13(3) del Protocolo Adicional II señala: «Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación».
46. Comité Internacional de la Cruz Roja (2009).
47. Comité Internacional de la Cruz Roja (2008). Aunque en el caso *Strugar* existían razones para plantear una noción de participación directa y aplicarla al caso concreto, el Tribunal realizó tan sólo un análisis normativo, sin definir un concepto concreto que pudiese ser aplicado en casos posteriores (TIPY, *Prosecutor vs. Pavle Strugar*, Caso No. IT-01-42-A, Sentencia de Primera Instancia, 17 de julio de 2008, párrafos 173-175).
48. Véanse los manuales militares citados por Henckaerts y Doswald-Beck (eds.) (2005: 22, nº 131).
49. Ver el Manual de la Armada de los Estados Unidos, sección 830 y el Manual de la Armada de Ecuador, sección 822. Ver también el informe sobre la Práctica en las Filipinas (sección 849) al que se refieren Henckaerts y Doswald-Beck (eds.) (2005: 22, nº 133).
50. Como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1999: pág. 53) ha señalado: «La Comisión considera, por lo tanto, que es necesario aclarar la distinción entre participación ‘directa’ o ‘activa’ y participación “indirecta” de personas civiles en las hostilidades a fin de identificar aquellas situaciones limitadas en las que no es ilegal atacar personas civiles. En derecho humanitario generalmente se entiende que la frase ‘participación directa en las hostilidades’ significa actos, que por su naturaleza y propósito, buscan infligir un daño al personal o material enemigo. Tal participación también sugiere una relación causal directa entre la actividad en desarrollo y el daño infligido al enemigo en el tiempo y lugar en que la actividad se lleva a cabo».
51. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1999: pág. 56).
52. Schmitt (2004: 519-520).
53. Este sería el caso de los operadores de misiles, quienes pueden encontrarse a kilómetros de distancia del objetivo militar, pero cuya actividad es crucial para la ejecución de la operación. *Vid.* McDonald (2004).
54. Williamson (2009-2010: 463).
55. La calificación de un acto como participación directa en las hostilidades no requiere, por tanto, la materialización del daño requerido, sino simplemente la *probabilidad objetiva* de que el acto pueda tener como consecuencia dicho umbral de daño. En consecuencia, lo que ha de analizarse es el daño que *razonablemente* se puede esperar que el acto cause en las circunstancias del caso. *Vid.* Comité Internacional de la Cruz Roja (2008:1016-1018).
56. El segundo requisito exigido para afirmar que una determinada actividad constituye una participación directa en las hostilidades, es la existencia de un vínculo causal directo entre el acto de que se trate y el umbral de daño requerido. Según el CICR, es necesario tener en cuenta tres factores para determinar si la relación entre la causa (acto) y el efecto (daño) es lo suficientemente directa: (i) la existencia de una sola secuencia causal; (ii) la integralidad de la operación militar en su conjunto; y (iii) la proximidad o lejanía espacio-temporal del acto a la zona de hostilidades. *Vid.* Comité Internacional de la Cruz Roja (2008: 1019 y 1020).
57. El tercer elemento del concepto de «participación directa en hostilidades» es el nexo beligerante que debe tener la actuación de que se trate. Según el CICR, dicho nexo consiste en que el propósito específico al que debe ir dirigido el acto de la persona protegida es causar directamente el umbral de daño exigido en apoyo de una parte en conflicto y en perjuicio de la otra. En consecuencia, los actos que no estén destinados específicamente a este fin no poseen el nexo beligerante requerido. Según el CICR, esta sería la situación de los daños causados: (i) en legítima defensa propia o de terceros; (ii) en ejercicio del poder o autoridad sobre personas o bienes ubicados en un territorio; (iii) durante el

desarrollo de disturbios de protesta civil; o (iv) en situaciones de violencia entre personas protegidas. *Vid.* Comité Internacional de la Cruz Roja (2008: 1025-1027).

58. *Vid.*, en el mismo sentido, Landel (2010-2011: 506).

59. Comité Internacional de la Cruz Roja (2008: 1035).

60. *Vid.* Melzer (2009-2012: 890).

61. Boothby (2010: 161).

62. «It would seem to the author that, contrary to the ICR's analysis, repeated or persistent direct participation in the hostilities by a civilian is indeed a reliable predictor as to future conduct and that to suggest that such persons are not continuously targetable throughout the period between their persistent or repeated acts renders the law unrealistic» (Boothby, 2010: 162).

63. *Ibid.* *Vid.*, también sobre esta cuestión, Melzer (2009-2012: 890).

64. Boothby (2010: 162).

65. TIPY, *Prosecutor vs. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Caso No. IT-95-14/2-A, Sentencia de Apelación, 17 de diciembre de 2014, párrafo 51, en relación con los miembros de la defensa territorial de los distintos pueblos y aldeas de Bosnia Central.

66. Además, de las dificultades observadas en la aplicación del concepto de participación directa en las hostilidades, esta situación es también el resultado de la existencia de una pluralidad de personas que pueden encontrarse en las inmediaciones del frente de batalla empuñando armas legítimamente, y que, sin embargo, no pueden ser objeto de ataque. Entre ellos se encontrarían tanto el personal militar sanitario, religioso y de protección civil (que están autorizados para llevar armas ligeras para su propia defensa o la de las personas bajo su protección) como los miembros de los servicios armados encargados de velar por el orden público que no hayan sido incorporados a las fuerzas armadas de un parte contendiente.

67. Conforme al artículo 57 (2) del Protocolo Adicional I: «Respecto a los ataques, se tomarán las siguientes precauciones: a) quienes preparen o decidan un ataque deberán: i) hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial, sino que se trata de objetivos militares en el sentido del párrafo 2 del artículo 52 y que las disposiciones del presente Protocolo no prohíben atacarlos; ii) tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil; iii) abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista; b) un ataque será suspendido o anulado si se advierte que el objetivo no es militar o que goza de protección especial, o que es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista; c) se dará aviso con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan».

68. TIPY, *Prosecutor vs. Dragoljub Kunarac et al.*, Caso No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Sentencia de Primera Instancia, 22 de febrero de 2001, párrafo 426.

69. Henckaerts y Doswald-Beck (eds.) (2005: 24). *Vid.*, también a este respecto, la sección 830 del Manual de la Armada de los Estados Unidos.

70. La versión en español de esta definición contiene un error de traducción porque al utilizar la conjunción «o» da la impresión que dentro de la misma se incluyen todos los bienes que cumplan con una de las dos condiciones alternativas arriba mencionadas. Sin embargo, cuando se revisan las versiones en inglés y en francés del texto se observa que la conjunción utilizada es «y», de manera que se exige la concurrencia de ambas condiciones para que un bien o infraestructura pueda ser calificado como objetivo militar. El carácter acumulativo de ambas condiciones es también defendido por Sandoz, Swinarski y Zimmerman (coords.) (1987: 635).

71. Rogers (²2004: 64).

72. Gasser (1989: 87).
73. *Vid.*, en este sentido, Kalshoven (1978: 110-112), y Barras y Emann (1982: 262 y ss. y 271).
74. Sandoz, Swinarski y Zimmerman (coords.) (1987: 635).
75. Raunch (1982: 67).
76. Rogers (²2004: 83-84). *Vid.*, también, Sandoz, Swinarski y Zimmerman (coords.) (1987: 633).
77. Landel (2010-2011: 509-510).
78. Sandoz, Swinarski y Zimmerman (coords.) (1987: 638).
79. Henckaerts y Doswald-Beck (eds.) (2005: 30).
80. Parks (1990: 134-145).
81. TIPY, *Prosecutor vs. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Caso No. IT-95-14/2-A, Sentencia de Apelación, 17 de diciembre de 2014, párrafo 47, donde se ratifica la definición contenida en el art. 49(2) del Protocolo Adicional I conforme a la cual «se entienden por ‘ataques’ los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos».
82. Artículo 51(5) (b) del Protocolo Adicional I.
83. Olasolo (2008: 77).
84. Fiscalía del TIPY (2000: párrafo 48).
85. Olasolo (2007).
86. Por ejemplo, el almacenamiento de municiones en los armarios del comedor de una escuela infantil.
87. Olasolo (2008: 158 y 257).
88. (*Ibid.*: 158).
89. Parks (1982: 2 y ss.). *Vid.*, también, Parks (1990: 174).
90. Esta situación se refleja perfectamente en Fiscalía del TIPY (2000: pág. 54, 55, 77, 78 y 79).
91. TIPY, *Prosecutor vs. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Caso No. IT-95-14/2-T, Sentencia de Primera Instancia, 26 de febrero de 2001, párrafos 565-576, 646-649 y 738-753, donde se combina el análisis individualizado de ataques contra localidades como Busovaca en enero de 1993 o contra Stupni Do el 23 de octubre de 1993 con el análisis conjunto de la serie de ataques lanzados por el HVO contra diferentes poblaciones del valle del Lasva (Vitez, Stari Vitez, Donja Veceriska, Ahmici, Nadioci, Pirici y Santici) el 16 de abril de 1993 a las 05.30 h de la mañana y cuyo resultado fue estimado en la muerte de 172 bosnio-musulmanes, la expulsión de otros 5000 (1200 de los cuales permanecieron unos días detenidos) y la destrucción de 420 edificios incluidos dos seminarios musulmanes, tres mezquitas, y dos escuelas.
92. TIPY, *Prosecutor vs. Stanislav Galic*, Caso No. IT-98-29, Sentencia de Primera Instancia, párrafos 582 y 594.
93. Dormann (2002: 171).
94. Si bien no es objeto específico de estudio en el presente artículo, conviene subrayar que la declaración realizada por la Organización Mundial de la Salud en marzo de 2015, en la que se afirma que es muy probable que el glifosato pueda causar cáncer, pone de manifiesto la necesidad urgente de llevar a cabo los estudios científicos necesarios para proporcionar una respuesta definitiva a la cuestión relativa a si la mezcla de glifosato vertida sobre los cultivos ilícitos colombianos puede ser considerada un arma química o biológica. En la actualidad, si bien autores como Knudsen (2012-2013) han afirmado que las fumigaciones aéreas con glifosato constituyen un tipo de armamento que viola la prohibición de uso de armas químicas y biológicas, otros autores como Landel (2010-2011: 500-501) han subrayado, los estudios de los efectos tóxicos de la mezcla química a base de glifosato que se viene vertiendo en los cultivos ilícitos en Colombia durante los últimos treinta años, carecen del carácter integral y sistemático que se necesita para afirmar, con un alto grado de certeza, que tal mezcla viola la prohibición contra el uso de armas químicas y biológicas. *Vid.*, asimismo, Organización Mundial de la Salud (2015). En diciembre de 2013, el Consejo de Estado colombiano resaltó la incertidumbre científica sobre la extensión del daño causado por la mezcla de glifosato vertida en los campos

colombianos. *Vid.* Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de 13 de diciembre de 2013, Radicado N° 11001 0324 000 2004 00227 01, magistrado ponente Guillermo Vargas Ayala, págs. 41 y 50.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRAS R. y S. EMANN (1982): «Forces Armées et Developpement du Droit de la Guerre», *Military Law and Law of War Review*, 21.
- BOOTHBY, William H. (2010): «Direct Participation in Hostilities: A Discussion of the ICRC Interpretative Guidance», *International Humanitarian Legal Studies*, 1.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999): *Tercer Informe sobre Derechos Humanos en Colombia*.
- COMITÉ DE APROPIACIONES DEL SENADO DE LOS EEUU (2003): *Consolidated Appropriations Resolution*, Pub. L. n° 108-7, 117 Stat. 11.
- COMITÉ DE EXPERTOS EN HERBICIDAS (1986): *Implicaciones del uso de herbicidas en la erradicación de cultivos ilícitos*, Serie de notas e informes técnicos n° 11, Bogotá: Ministerio de Salud de Colombia.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CICR) (2008): «Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law», *International Review of the Red Cross*, 90 (872).
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (2009):, *Participación directa en las hostilidades: preguntas y respuestas*.
- CONGRESO DE LOS EEUU (2002): *Foreign Operations, Export Financing, and Related Programs Appropriations Act of 2002*. Pub. L. n° 107-115, 115 Stat. 2118.
- CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA (2013): Sentencia de 13 de diciembre, Radicado N° 11001 0324 000 2004 00227 01, Magistrado ponente: Guillermo Vargas Ayala.
- CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES DE COLOMBIA (2015): Decisión de 14 de mayo.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2014): Auto 073 del 27 de marzo.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (1996): Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory opinion, 8 July, ICJ Reports.
- (2004): Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004, ICJ Reports, 9 July.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA (2002): *La ejecución de la estrategia de erradicación aérea de los cultivos ilícitos, con químicos, desde una perspectiva constitucional*, Bogotá.
- DEL OLMO, Rosa (1990): «Herbicidas y Derechos Humanos en América Latina», en Palacio, G. (coord.), *La Irrupción del Para-estado*, Bogotá: ILSA-CEREC.
- DEPARTAMENTO DE ESTADO DE LOS EEUU (2002): *Informe sobre cuestiones relativas a la erradicación aérea de cultivos ilícitos de coca en Colombia*, 2 de septiembre.
- DORMANN, Knut (2002): *Elements of War Crimes under the Rome Statue of the International Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- DOSWALD-BECK, Louise y Sylvain VITE (1993): «International humanitarian law and human Rights Law», *International Review of the Red Cross*, 293, 94-119.
- ESPOSITO, Robert (2010): «The ICJ and the Future of Transboundary Harm Disputes: A Preliminary Analysis of the Case Concerning Aerial Herbicide Spraying (Ecuador vs. Colombia)», *1 Pace Int'l L. Rev.*, 2, 2-48.
- FISCALIA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA (2000): *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, 13 de junio.
- GASSER, Hans Peter (1989): «Some Legal Issues Concerning Ratification of the 1977 Geneva Protocols», *Armed Conflict and the New Law*, British Institute of International and Comparative Law.
- HENCKAERTS, Jean Marie y Louise DOSWALD-BECK (eds.) (2005): *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1, Cambridge: Cambridge University Press y Comité Internacional de la Cruz Roja.
- INTERNATIONAL CRISIS GROUP (2005): *War on Drugs in Colombia*.
- JINKS Derek (2014): «International Human Rights Law in Time of Armed Conflict», en A. Clapham y P. Gaeta (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford: Oxford University Press, 662-674.
- KALSHOVEN, Frits (1978): «Reaffirmation and Development of international humanitarian law applicable in Armed Conflicts: the Conference of Government Experts, 24 May-12 June, 1971», *Netherlands Yearbook of International Law*, 9, 107-171.

- KNUDSEN, Guy (2012-2013): «War is Peace: How language begets power, and helps to skirt International Law in U.S. efforts to eradicate Colombian coca crops?», *6 Crit.* 55, 56-67.
- LANDEL, Morgane (2010-2011): «Are aerial fumigations in the context of the war in Colombia a violation of the rules of International humanitarian law?», *19 Transnat' I L. & Contemp. Probs.* 491. 492-513.
- MCDONALD, A. (2004): *The Challenges to International Humanitarian Law and the Principles of Distinction and Protection from the Increased Participation of Civilians in Hostilities*.
- MELZER, Nils (2009-2012): «Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities», *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, 42, 833-916.
- OLASOLO, Héctor (2007): *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados en situación de combate*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2008): *Unlawful Attacks in Combat Situations*, Leiden: Brill.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer (IARC) (2015): *Evaluation of Five Organophosphate Insecticides and Herbicides*, IARC Monographs, 112.
- PARKS, William Hays (1982): «Rolling Thunder and the Law of War», en *Air University Review*, 22.
- PARKS, William Hays (1990): «Air War and the Law of War», *Air Force Law Review*, Vol. 32, 75-113.
- PAUER, Sheridan (2003): «Spraying First and Asking Questions Later: Congressional Efforts to Mitigate the Harmful Environmental, Health and Economic Impacts of U.S.-Sponsored Coca Fumigation in Colombia», *30 Ecology L. Q.* 661.
- RAUNCH, Emar (1982): «Conduct of Combat and Risks Run by the Civilian Population», *Military Law and Law of War Review*. 21.
- ROGERS, A.V. P. (2004): *Law on the Battlefield*, Manchester: Manchester University Press.
- RUTLEDGE, Jessica (2011): «Wait a Second-Is that Rain or Herbicide? The ICJ's Potential Analysis in *Aerial Herbicide Spraying* and an *Epic* Choice between the Environment and Human Rights», *46 Wake Forest L. Rev.* 1079.
- SANDOZ, Yves, Christophe SWINARSKI y Bruno ZIMMERMAN (coords.) (1987): *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Comité Internacional de la Cruz Roja.
- SCHMITT Michael (2004): «Direct Participation in Hostilities and the 21st Century Armed Conflict», en D. Fleck (ed.), *Crisis Management and Humanitarian Protections*, 505-529
- (2010): «The Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis», *Harvard National Security Journal*, Vol. 1, 5-44.
- TRIBUNAL INTERNACIONAL PENAL PARA LA EX YUGOSLAVIA (2001) *Prosecutor vs. Dragoljub Kunarac et al.*, Caso No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Sentencia de Primera Instancia, 22 de febrero.
- (2001): *Prosecutor vs. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Caso No. IT-95-14/2-T, Sentencia de Primera Instancia, 26 de febrero.
- (2006): *Prosecutor vs. Stanislav Galic*, Caso No. IT-98-29, Sentencia de Primera Instancia, 30 de noviembre de 2006.
- (2008): *Prosecutor vs. Pavle Strugar*, Caso No. IT-01-42-A, Sentencia de Primera Instancia, 17 de julio.
- (2014): *Prosecutor vs. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Caso No. IT-95-14/2-A, Sentencia de Apelación, 17 de diciembre.
- VINUESA, Raúl Emilio (1998): «Interface, Correspondence and Convergence of Human Rights and International Humanitarian Law», *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 1, T.M.C. Asser Press, La Haya, 69-110.
- WASHINGTON OFFICE OF LATIN-AMERICA (WOLA) (2008): *Chemical Reactions, Fumigation: Spreading Coca and Threatening Colombia's Ecological and Cultural Diversity*.
- WILHITE, David (2005-2006): «Chemical taking. Glyphosate and the eradication of due process in Colombia», *6 Sustainable Dev. L. & Pol'y* 42.
- WILLIAMSON Jamie (2009-2010): «Challenges Of Twenty-First Century Conflicts: A Look at Direct Participation in Hostilities», *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 20.
- YOUNGERS, Coletta y Eileen ROSEN (2004): *Drugs and Democracy in Latin America. The Impact of US. Policy*, Washington Office on Latin America.
- ZARATE-LAUN, Cecilia (2001): *Introduction To Putumayo-The US assisted war in Colombia*, *Z Magazine*, febrero.

VARIA

Javier de Lucas, *Mediterráneo. El Naufragio de Europa*, Valencia Tirant
lo Blanch, 2015. Crítica bibliográfica
Cristina García Pascual

JAVIER DE LUCAS,
*Mediterráneo. El
Naufragio de Europa*,
Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
ESTA HISTORIA HABLA DE TI.
MIGRANTES Y REFUGIADOS EN
BUSCA DE RECONOCIMIENTO

Cristina García Pascual

Universitat de València

Cuando el lector de *Teoría & Derecho* lea estas páginas, es probable que la llamada «crisis de los refugiados» siga llenando de tristes titulares los servicios de noticias o las páginas de la prensa escrita. Tampoco sería de extrañar lo contrario, es decir, que la información sobre flujos de inmigrantes no ocupe ya la primera portada de ningún periódico o que no sea la noticia de apertura de los telediarios. Sabemos que nuestra memoria es frágil y a menudo interesada. Sea como fuere, en ambos casos —noticia de primera plana o eco apagado y barrido de los medios—, podemos estar seguros de que los movimientos de población provenientes de las zonas del planeta azotadas por la guerra o por la miseria hacia los países ricos o políticamente estables perdurarán en el tiempo, serán una realidad, una constante y, en buena medida, el reflejo especular de nuestro mundo desigual, injusto y violento. El último libro de Javier de Lucas, *Mediterráneo: El naufragio de Europa*, trata precisamente de crisis, refugiados e inmigrantes; temáticas a las que el autor ha consagrado buena parte de su producción intelectual, una tarea perseverante que ha hecho de él uno de los mayores especialis-

tas en la materia dentro y fuera de Europa. La obra del profesor De Lucas constituye un referente en los estudios sobre el fenómeno de la inmigración y sobre el análisis de las políticas públicas diseñadas para afrontarlo. Por encima de modas o crisis coyunturales, escapando del impacto emocional de vuelo corto causado por las últimas imágenes que conservamos en nuestra retina —pero también de la conveniencia política y el recurso coyuntural y aun oportunista a determinados argumentos—, la voz de Javier de Lucas se ha mantenido desde hace más de veinticinco años terca y firme en la defensa de los derechos de esos que no tienen derechos y en la reivindicación de una política europea sobre inmigración de la que los ciudadanos podamos hablar sin sentir vergüenza.

En este último libro, prologado por Sami Naïr, el autor se centra en el Mediterráneo, nuestro mar, que ha dejado de ser lugar de encuentro e intercambio para convertirse no solo en la falla demográfica más importante del planeta —si comparamos las riquezas de una y otra orilla—, sino en el mar más peligroso del mundo en términos de muertos y desaparecidos. En esas aguas, las mismas que bañan

nuestras orillas, encuentran la muerte miles de personas y con ellas naufragan otras tantas esperanzas de una vida mejor. En las primeras páginas del libro ya se nos dice que con esas muertes, con el naufragio constante de esos miles de proyectos de vida individuales ante nuestras puertas, naufraga también el proyecto colectivo que es Europa, los ideales que lo sostienen, los principios del Estado de Derecho y los derechos humanos; todo ello en pos de una institucionalización del odio que no solo tiene que ver con ellos, sino también con nosotros.

Todos los recursos parecen pocos a las hora de ilustrar ese naufragio (tan «nuestro» como «suyo»), la gran dimensión de esta tragedia. Encontramos así en esta obra precisas cifras de muertos y desaparecidos, estadísticas de flujos de población, pero también las sorprendentes filtraciones de wikileaks, fragmentos de discursos políticos que expresan la cruel irracionalidad que parece haber tomado carta de naturaleza en la discusión pública o magníficas y terribles imágenes (fotografías, viñetas...) que hablan por sí solas, sin olvidar referencias literarias y cinematográficas y la constatación de tantas normas y principios jurídicos violados. Todos estos recursos expositivos nos presentan un escenario que el autor no duda en calificar como una involución del Estado de Derecho que ha dado paso a la instauración de un permanente estado de excepción. Este es, sin duda, uno de los méritos de esta obra: mostrar al lector que el trato que se da a los inmigrantes y las malas políticas públicas incurren en una violación no solo de deberes morales para con los otros, sino *prima facie* del Derecho y especialmente del Derecho internacional más básico o más asentado en el tiempo. Aquí es preciso advertir que Javier de Lucas parte de una visión positiva del fenómeno jurídico. El Derecho, para él, no es solo fuerza, coacción, y mucho menos expresión de la voluntad de poder o instrumento de represión de conductas desviadas, sino que, utilizando la conocida expresión de Ferrajoli, el Derecho es *la ley del más débil*. En palabras del propio autor, el Derecho es «[...] una poderosa creación cultural,

un instrumento de civilización que nos permite vencer la desconfianza mutua, no porque nos sumergimos en una buena fe ingenua, sino porque el Derecho es el garante de esa confianza. El instrumento que me permite abrirme al otro y que el otro confíe en que va a ser tratado, acogido con la regla elemental de la equiparación, por encima de las barreras de la solidaridad cerrada».

Lo jurídico viene a ser, por tanto, el instrumento privilegiado para enfrentar los retos que los flujos de inmigrantes plantean en nuestras sociedades. Por eso resultan desesperantes los discursos y debates políticos contruidos como si nunca antes hubiese habido movimientos de refugiados en el escenario europeo y, sobre todo, como si no hubiera un Derecho aplicable a ese escenario de desesperación y todo tuviera que construirse desde el principio. Se improvisan nuevas normas, nuevas regulaciones, nuevas políticas, mientras las ya existentes se ignoran, se violan o se pretenden reformar irreflexivamente.

Y sin embargo, a poco que indagemos en nuestra historia nos veremos obligados a recordar los éxodos que ha habido en Europa y a constatar que la Segunda Guerra Mundial desencadenó un movimiento de refugiados (entre ellos, muchos españoles) que exigió la consolidación de normas internacionales adecuadas para abordar este fenómeno. Deberíamos aprender de la experiencia y de las normativas que surgieron como fruto de la misma. Recuerda Javier de Lucas el marco jurídico vinculante que constituye el Derecho internacional de los refugiados —la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1966—, que impone obligaciones «jurídicas» a los Estados parte (por tanto, a todos los Estados europeos), así como el conjunto de normativas que componen el Derecho internacional del mar, basado en la obligación primera de socorrer a quien está en riesgo de naufragio.

Estos cuerpos de normas y las obligaciones «jurídicas» que de ellos se derivan deberían ser el punto de partida de las políticas de la UE

y de sus Estados miembros. Porque, aunque parezca terrible tener que recordarlo, socorrer al náufrago hoy no es una opción, sino un deber impuesto por el Derecho, una obligación y una garantía que nos hemos dado a nosotros mismos. Cuando nuestros representantes políticos ignoran los más básicos principios jurídicos, cuando todas las esperanzas de una gestión respetuosa de los derechos humanos parecen desvanecerse en busca de acuerdos políticos coyunturales, nos vemos obligados a evocar esta afirmación de Kelsen: «[...] cuando me dicen que un problema es político y no jurídico entiendo que lo que no se quiere es respetar el Derecho».

De modo que el lector encontrará en este libro una reivindicación del Derecho, del Derecho internacional y del Derecho de los derechos humanos como punto de partida para afrontar esta y otras, crisis de refugiados que, por terribles que nos parezcan, no son un *unicum* en nuestra historia. Por eso, cuando nos preguntamos cómo actuar, la alternativa del autor se puede expresar también en forma de interrogantes: ¿por qué no empezar por aplicar el Derecho existente?, ¿por qué no tomarnos en serio toda la normativa sobre derechos humanos o el Derecho internacional humanitario contenido en tantos tratados de los que somos parte?, ¿por qué no empezar por respetar el derecho de asilo en vez de improvisar constantes limitaciones a ese derecho que ponen en peligro una de las conquistas jurídicas más importantes de la humanidad?

Justamente al derecho de asilo se dedican algunas de las páginas más encendidas del libro. Además de una institución jurídica, para el autor constituye también «una exigencia de humanidad», «un mecanismo jurídico elemental», «una primera protección» que consiste en «no rechazar», «un impulso civilizador y genuino» que nace de nuestra conciencia de solidaridad con los demás seres humanos, acentuada cuando están en peligro.

El Derecho en general y el derecho de asilo en particular constituyen, pues, la piedra an-

gular sobre la que construir las políticas públicas en relación con la inmigración, un mínimo irrenunciable que, sin embargo, y si atendemos a las cifras de asilados en España o en otros países y a las trabas interpuestas para el acceso a ese derecho, se ha convertido en un máximo inalcanzable.

Reclamar esa posición basilar del derecho de asilo no es, por otra parte, incurrir en la ingenuidad de quien proclama la disolución de todas las fronteras o nos pide que nos hagamos responsables de toda la miseria de mundo. No es esta la posición de Javier de Lucas. Se trata más bien de sostener que, si bien las fronteras no pueden eliminarse, tampoco pueden convertirse en muros inexpugnables. Tenemos deberes (jurídicos) de solidaridad que van más allá de los miembros de nuestra propia comunidad política. En este sentido, De Lucas aboga por una «solidaridad abierta» capaz de reconocer en el otro a un igual, a un sujeto de derechos, a un ser humano, para hacer realidad la máxima latina de que «no es el hombre un lobo para el hombre, sino hombre».

En esta defensa de la «solidaridad abierta» el lector aprenderá cuán valiosas son para el autor las aportaciones metodológicas del sociólogo Axel Honneth, para quien cualquier proyecto de realización personal depende de nuestra capacidad de conocer y construir una relación de reconocimiento con el mundo, con los otros y con uno mismo. El reconocimiento se debería desarrollar en esferas como la jurídico-política o la socio-cultural. Ambas resultan complementarias, ya que la primera exige el reconocimiento de todos los seres humanos como sujetos de derechos y deberes y la segunda la consideración de los valores y capacidades que derivan de la identidad cultural y que constituyen la clave de la autoestima. Desde la obra de Honneth y través de la lectura que de la misma hace De Lucas podemos interpretar entonces los flujos de inmigrantes y refugiados como luchas por el reconocimiento de aquellos que no lo tienen y que, por tanto, son objeto de menosprecio. Y podemos ver en algunas de las políticas públicas diseñadas para gestionar

esos flujos procesos de exclusión y de creación de categorías de individuos clasificados como insignificantes.

La lectura de *Mediterráneo, el naufragio de Europa*, en fin, nos servirá para identificar todas esas formas de destrucción de la dignidad ligadas en nuestros días a la degradación de los derechos sociales que tornan plausible la sustitución del concepto de clase social por la noción de humillación. Nos sirve también para ser conscientes de que tanto el menosprecio como la humillación (el no reconocimiento) son, en nuestros días, antes que puras metáforas, mecanismos de identificación de excluidos. Y son ellos los excluidos, los insignificantes, los «nadie», los «exhombres» —utilizando la terminología de Gorki—, el grupo de marginales y marginados que han perdido el vínculo que los unía con los demás (vínculo que tal vez nunca tuvieron) los que llaman a nuestra puerta, los que demandan reconocimiento.

En el tiempo que está por venir podremos seguir afianzando un proceso de continua exclusión del reconocimiento de seres humanos, podremos olvidar las normas que un día nos dimos para hacer frente a otros flujos de refugiados o limitar los derechos hasta hacerlos irreconocibles y dejar en el camino a tantos seres humanos humillados, podremos conducir a Europa hacia una involución, hacia una comunidad de sociedades cerradas protegidas tras altos muros, sociedades donde la solidaridad se reduzca a los miembros de grupo. Podremos, como digo, recorrer ese camino, pero —y esta es una de las principales lecciones del libro— no cabe caer en el engaño: en todas esas dinámicas no están en juego solo el reconocimiento como seres humanos y los derechos de «los otros», sino también nuestros propios derechos, la imagen que refleja el espejo en el que nos miramos, nuestro propio reconocimiento como seres humanos. Y que esta historia habla de nosotros.

the 1990s, the number of people in the world who are illiterate has increased from 1.1 billion to 1.5 billion.

There are many reasons for this. One is that the population of the world is growing so fast that the number of people who are illiterate is increasing. Another reason is that the number of people who are illiterate is increasing because of the lack of access to education. In many parts of the world, especially in rural areas, there are no schools or the schools are of very poor quality. This means that many children do not go to school and become illiterate.

There are also many people who are illiterate because they do not have the opportunity to learn to read and write. In many parts of the world, especially in rural areas, there are no schools or the schools are of very poor quality. This means that many children do not go to school and become illiterate.

There are also many people who are illiterate because they do not have the opportunity to learn to read and write. In many parts of the world, especially in rural areas, there are no schools or the schools are of very poor quality. This means that many children do not go to school and become illiterate.

There are also many people who are illiterate because they do not have the opportunity to learn to read and write. In many parts of the world, especially in rural areas, there are no schools or the schools are of very poor quality. This means that many children do not go to school and become illiterate.

There are also many people who are illiterate because they do not have the opportunity to learn to read and write. In many parts of the world, especially in rural areas, there are no schools or the schools are of very poor quality. This means that many children do not go to school and become illiterate.

There are also many people who are illiterate because they do not have the opportunity to learn to read and write. In many parts of the world, especially in rural areas, there are no schools or the schools are of very poor quality. This means that many children do not go to school and become illiterate.

There are also many people who are illiterate because they do not have the opportunity to learn to read and write. In many parts of the world, especially in rural areas, there are no schools or the schools are of very poor quality. This means that many children do not go to school and become illiterate.

There are also many people who are illiterate because they do not have the opportunity to learn to read and write. In many parts of the world, especially in rural areas, there are no schools or the schools are of very poor quality. This means that many children do not go to school and become illiterate.

There are also many people who are illiterate because they do not have the opportunity to learn to read and write. In many parts of the world, especially in rural areas, there are no schools or the schools are of very poor quality. This means that many children do not go to school and become illiterate.

There are also many people who are illiterate because they do not have the opportunity to learn to read and write. In many parts of the world, especially in rural areas, there are no schools or the schools are of very poor quality. This means that many children do not go to school and become illiterate.

There are also many people who are illiterate because they do not have the opportunity to learn to read and write. In many parts of the world, especially in rural areas, there are no schools or the schools are of very poor quality. This means that many children do not go to school and become illiterate.

There are also many people who are illiterate because they do not have the opportunity to learn to read and write. In many parts of the world, especially in rural areas, there are no schools or the schools are of very poor quality. This means that many children do not go to school and become illiterate.

There are also many people who are illiterate because they do not have the opportunity to learn to read and write. In many parts of the world, especially in rural areas, there are no schools or the schools are of very poor quality. This means that many children do not go to school and become illiterate.

NORMAS DE EDICIÓN DE LA REVISTA

<http://teoriayderecho.tirant.com>

I. CRITERIOS GENERALES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS A LA REVISTA *TEORÍA & DERECHO*

1. Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.
2. Los originales de los artículos de las dos primeras secciones («Debate» y «Estudios») tendrán una extensión de entre 8.000 y 14.000 palabras como máximo, un interlineado de 1.5 y letra de cuerpo 12. Deberán presentarse en soporte informático, preferentemente en Word (o formato revisable).
3. Los términos de presentación de originales finalizan el 1 de mayo (para el número que se publica en diciembre) y el 1 de noviembre (para el número que se publica en junio del año siguiente).
4. Al comienzo del texto han de indicarse el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, su cargo o profesión y la vinculación institucional con la que los autores o autoras desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.
5. Los autores y autoras harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la Revista se pueda poner en contacto con ellos (dirección postal, teléfono y dirección electrónica).
6. Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen de 10 líneas o 1.000 caracteres en castellano y en inglés. También hay que incluir una lista de cinco o seis palabras clave o descriptores de la materia en castellano y en inglés. El título del artículo debe escribirse en español y en inglés.
7. Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados en que se estructuran. Los títulos y subtítulos de los textos seguirán el denominado «Sistema de numeración decimal de capítulos» y se escribirán solo con cifras arábigas. Las secciones se numerarán correlativamente a partir de 1; cada sección o epígrafe puede subdividirse en *n* partes (subtítulos o subepígrafes) desde 1 hasta *n*; cada subepígrafe, a su vez, puede dividirse en otras subsecciones o partes menores desde 1 hasta *n*, y así sucesivamente: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...) (4., 4.1, 4.1.1, 4.1.2...).
8. En el caso de los artículos publicados en la sección «Temas de Hoy», se podrán obviar algunos 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.
9. En las traducciones y textos de la sección titulada «Varia» no se exige el cumplimiento de los requisitos anteriores.

II. ADMISIÓN DE ORIGINALES Y SISTEMA DE EVALUACIÓN

Los originales publicados en las secciones «Debates» y «Estudios» serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a evaluadores externos y la Revista garantiza su anonimato. Cualquiera de los evaluadores puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado. Los autores recibirán el resultado de la evaluación y, en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores.

Los evaluadores tendrán en cuenta, especialmente: *i*) la idoneidad temática; *ii*) la calidad y el rigor de los argumentos que se presentan; *iii*) la adecuación de la estructura expositiva del texto; *iv*) la oportunidad y relevancia del artículo para la discusión de problemas en su área de investigación; y *v*) la validez de los datos y las fuentes bibliográficas.

Tras la evaluación realizada por los expertos, la publicación definitiva de los trabajos será sometida de nuevo a la consideración del Consejo Editorial de *Teoría & Derecho*, que se reserva la facultad de revisar y corregir los textos si estos presentan errores ortotipográficos, gramaticales o de estilo.

III. CORRESPONDENCIA CON LA REVISTA

Los originales pueden enviarse por correo electrónico a esta dirección: teoria.derecho@uv.es. También pueden remitirse por correo postal (copia impresa y en soporte digital) a la siguiente dirección: Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant Lo Blanch, C/Artes Gráficas 14, entresuelo, Valencia 46010.

IV. SISTEMA DE CITAS

1. Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo Editorial considera que la forma óptima de presentar las referencias es a través de una nota bibliográfica general situada al final del texto que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de las tesis del autor.

2. Podrá utilizarse también el sistema fecha/autor (o «sistema Harvard») de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se insertarán en el texto con un paréntesis que contenga: autor (coma), año de aparición de la obra y número(s) de página(s) precedido(s) de dos puntos. Ejemplo: (Vives, 2011:129).

Si se trata de una segunda (o posterior) edición de la obra, tal circunstancia se indicará con una voladita situada antes del año de publicación. Ejemplo: (Vives, ²2011: 129).

– Al final del artículo se incluirá un elenco con las referencias completas de todas las obras mencionadas, según los criterios que se indican seguidamente.

En el caso de que se citen varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. En la segunda y siguientes menciones, se sustituirán los apellidos y el nombre del autor por una doble raya (—) seguida de un espacio fijo y sin ninguna puntuación antes del paréntesis en el que se indica el año de publicación.

Si se citan varias obras del mismo autor y año, tanto en las referencias del texto principal como en el elenco bibliográfico se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula, que se escribirá en cursiva (2011*a*).

Si la obra referenciada es de dos o más autores, únicamente se invertirá el orden del nombre y los apellidos del primer autor de la obra, pero no el de los autores sucesivos. Ejemplo: Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

La fórmula anterior es preferible a la de consignar únicamente el nombre del primer autor seguido de las expresiones *et al.* (en cursiva) o «y otros», que también son admisibles.

Tanto en el texto principal como en la bibliografía se utilizarán las comillas angulares o latinas (« »), no las inglesas (“ ”). Si dentro de una oración o segmento de texto ya entrecomillado hay una expresión o un enunciado también entrecomillado, se utilizarán las comillas inglesas: (« ” »)

– En todo caso, las referencias completas del elenco bibliográfico deberán ser presentadas de la siguiente forma:

- Libros: apellido/s y nombre de pila completo (al menos el primero), año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del libro (en cursiva y con mayúscula sólo en la inicial de la primera palabra: la mayúscula en todas las palabras del título es una práctica anglosajona), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección).

Ejemplo: Vives Antón, Tomás S. (²2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- Capítulos de libro: apellido/s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra (entre comillas angulares), responsables subordinados (compiladores, editores, etc., precedidos de «en»; el nombre de pila de los responsables subordinados puede consignarse con la inicial antes del apellido), título del libro (ver arriba), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

- Artículos de revista científica: apellido/s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del artículo (entre comillas angulares y con mayúscula solo en la primera palabra), nombre de la revista (en cursiva y mayúsculas), (eventualmente, volumen y número de la revista) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

- Recursos electrónicos: la inclusión de la referencia de los textos en formato electrónico en el elenco bibliográfico solo será obligatoria cuando el documento *únicamente* sea accesible en la red y no esté publicado en una revista o libro (incluidos los electrónicos). En este caso, la cita deberá presentarse del siguiente modo: apellido/s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra, indicación de soporte entre corchetes («[en línea]»), dirección completa y disponibilidad, que empezará siempre con el protocolo de transferencia de hipertexto (http) e irá entre antilambdas y con punto después de la antilambda de cierre (< >.), y fecha de consulta (entre corchetes y con punto final antes del corchete de cierre).

Ejemplo: Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <<http://www.arxivrs.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>>. [Consulta: 12/06/2014.]

V. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores y autoras ceden en exclusiva a la Revista los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos. Asimismo, permiten al Consejo de la revista distribuir sus contenidos en todas aquellas bases de datos científicas en la que se encuentre indexada la Revista, siempre con el objetivo de asegurar una amplia distribución de los contenidos cedidos por los autores.

VI. BASES DE DATOS

LATINDEX: cumple 33 criterios, sobre 33.

ISOC: Sumarios Derecho

RESH: <http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

DICE: <http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

CIRC: Clasificación integrada de revistas científicas

I. GENERAL CRITERIA FOR SUBMISSIONS TO THE *TEORÍA & DERECHO*

1. All manuscripts submitted for consideration should be original and unpublished.
2. «Debate» and «Estudios» original texts should average between 8.000 and 14.000 words in length, spaced in 1.5, and 12p for the body type. They must be submitted electronically, preferably in Word (or other similar revisable format).
3. Submissions are required to be sent before May 1st. (for December's issue) and before November 1st. (for next year's June's issue).
4. At the beginning of the article, authors must indicate the title of the paper, full name of the author(s), position of the author(s), and the institution they come from.
5. Authors must send their contact information (specifically: address, telephone number and e-mail) within their submission form in order to allow the Journal to maintain regular contact with them.
6. Submissions must include an abstract of 10 lines or 1000 characters and a list of 5-6 key words in Spanish and English languages in any case. Titles must be written in Spanish and English.
7. Submissions should include a Summary, where titles of the different sections of the text are written. Submission structure must follow the so-called «Decimal Numbering System for Chapters and Subheading», and they should be written only with Arabic figures. Sections will be numbered consecutively starting on number 1. Each one can be divided in n sections, from 1 to n ; each subsection can also be divided from 1 to n , and so on: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...) (4., 4.1., 4.1.1., 4.1.2...).
8. Submissions to the section «Temas de Hoy» may omit, fully or partially, the formal requirements mentioned (abstracts, peer review, length and the requirement to be an unpublished work), although the manuscript submitted may accomplished some or all of them. In this case, the Journal *Teoría & Derecho* would mention it.
9. In the case of texts and translations submitted to the «Varia» section, there is no need to comply with the formal requirements mentioned above.

II. PEER REVIEW PROCESS

Review of submissions

In order to select the texts to be published, all submissions will be reviewed through a peer review process. The assessment will be carried out by two reviewers. These reviewers, preferably external experts, will be anonymous and they will present their reconsiderations on admitted texts. In order to be published, submissions should obtain a positive assessment of both reviewers. In case of contradiction, the final decision will be taken by the Editorial Board. Authors will receive the reviewers' reconsiderations and they will be given an appropriate period of time to modify their texts according to the comments of the experts.

Reviewers will take into consideration the following: *i)* the thematic suitability; *ii)* the scientific quality and the competence of the arguments presented; *iii)* the appropriateness of the text's structure; *iv)* the opportunity and relevance of the submission in a given research area; and *v)* the acceptance of the data and bibliographical resources used.

Once the revision process undertaken by the experts has finished, the final text to be published will be approved by the Editorial Board of the Journal, which will be competent as well to make orthotypographics, gramatical and writting-style corrections, if necessary.

III. CORRESPONDENCE WITH THE JOURNAL

The original texts should be sent to this e-mail address: teoria.derecho@uv.es

Also, the original manuscript and a digital copy can be sent to Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant Lo Blanch, C/Artes Gráficas 14, entresuelo, 46010 Valencia.

IV. QUOTES CITATION FORMAT

Only two citation systems can be used:

1. Taking into account the nature of the Journal, which is orientated to theoretical thought, it should be preferred to include the bibliographical references at the end of the article, through a bibliographic note which reflects the state of the question, the most relevant articles and the fundamentals of the author's thesis or reasoning.

2. The date/author citation system (or Harvard system) could also be used. In this case, a list of bibliography must be placed at the end of the document.

Doing this, citations should go in brackets, including author's surname, date of publication and the page/s. For instance, (Vives 2011:129).

If it is a second or later edition, this matter will be indicated with a superscript, written just before the year of publication. For instance, (Vives, ²2011: 129).

– At the end of the article, a complete list of bibliography should be included according to the following criteria:

If several papers of the same author are cited, they should follow a chronological order. In second and subsequent mentions, authors' surnames and names will be substituted by a double line (—), followed by a space, and no punctuation before the brackets, with the year of publication.

If the articles or books are published by the same author in the same year, they will be ordered alphabetically with a lowercase letter written in italics (2001*a*).

If the paper referenced to is written by two or more authors, the order will be changed only in relation to the first author's name and surnames. For instance, Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

The previous system will be preferable to the one in which the first author's name is followed by the expression *et al.* (italics) or «and others», although the latter is also allowed.

In the main text and in the bibliography, Latin/Spanish quotation marks (« ») will be used, not English quotation marks (“ ”). English quotation marks can be used whenever an expression and/or part of a sentence is already quoted, within the major sentence (« ” »).

– In any case, bibliographical references must be quoted in the following way:

Books: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the book (italics and capital letter only the initial of the first word, not all the words), place of edition (colon), editor's name, and, eventually, collection.

For instance: Vives Antón, Tomás S. (²2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Book chapter: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the chapter (double quotation marks), person in charge of the edition (editor, coordinator, compiler..., preceded by «in»; name of person in charge may be written with the initial before the surnames), title of the book (italics and capital letter only the first letter of the first word, not with all the words), place of edition (colon), editor's name, eventually, collection, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

Article of Scientific Journals: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the article (double quotation marks), title of the journal (*italics and capital letters*), eventually volumen and issue of the journal, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

Electronic Resources: References to an electronic resources in the list of bibliography is not compulsory when the resource is only available online and it is not published in a journal or book (even electronic ones). If so, the reference should be as follows: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the resource (double quotation marks), format between square brackets («[on line]»), link and availability, beginning always with the Hypertext Transfer Protocol (<http>) and it will be between broken brackets, followed by a stop after the end (< >.), and date of reference (with square brackets and full stop before the end square bracket).

For instance, Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <<http://www.arxivs.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>>. [Date of reference: 12/06/2014.]

V. Copyright Notice

The authors of submitted texts agree to assign their copyright and reproduction rights to the Journal. Therefore, the Journal will have exclusive rights to authorize the reproduction public display and/or distribution of the work. The authors authorize the Journal to make the work available and to share its content in scientific databases, in which the Journal is indexed, in order to make sure a greater citation of those contents granted by the authors.

IV. DEADLINES

Submissions are required before May 1st (for December's issue) and before November 1st (for June's issue).

V. COPYRIGHT NOTICE

Authors grant to the Journal the Copyright of those papers accepted, exclusively. Authors also allow the Journal to share their work in scientific databases, in which the Journal is indexed, in order to make sure a greater citation of those contents granted by the authors.

VIII. DATABASES

LATINDEX: accomplishing 33 quality criteria (of 33 criteria)

DICE: <http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

CIRC: Integrated Classification of Scientific Journals

RESH: <http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

ISOC: Database Unity ISOC. Review of Scientific Publications

ISSN: 1888-3443 Tel: 96 361 00 50 ext 4 · Correo Electrónico: teoria@tirant.com

the 1990s, the number of people in the world who are illiterate has increased from 1.2 billion to 1.5 billion.

There are many reasons for this. One is that the population of the world is growing so fast that the number of people who are illiterate is increasing. Another reason is that the quality of education is so poor that many people who are literate are unable to read and write.

There are many ways to improve literacy. One way is to provide more schools and teachers. Another way is to provide more books and reading materials. A third way is to provide more training for teachers and students.

It is important to improve literacy because it is the key to economic development. People who can read and write can find better jobs and earn more money. They can also participate in community activities and improve their lives.

There are many organizations that are working to improve literacy. One of the most famous is the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). There are also many local organizations that are working to improve literacy in their own communities.

It is important for all of us to support literacy. We can do this by donating books and reading materials to libraries and schools. We can also volunteer to teach literacy classes or to help with literacy programs.

Let's work together to improve literacy and to create a better world for everyone. Literacy is the key to a better future.

There are many ways to improve literacy. One way is to provide more schools and teachers.

Another way is to provide more books and reading materials. A third way is to provide more training for teachers and students.

It is important to improve literacy because it is the key to economic development. People who can read and write can find better jobs and earn more money.

They can also participate in community activities and improve their lives. There are many organizations that are working to improve literacy in their own communities.

One of the most famous is the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). There are also many local organizations that are working to improve literacy in their own communities.

It is important for all of us to support literacy. We can do this by donating books and reading materials to libraries and schools. We can also volunteer to teach literacy classes or to help with literacy programs.

Let's work together to improve literacy and to create a better world for everyone. Literacy is the key to a better future.

NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

<http://teoriayderecho.tirant.com>

NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

Tirant lo Blanch, como editor de la Revista “Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento jurídico”, y su Comité editorial, son responsables de determinar y mantener las siguientes normas en el proceso de selección y aceptación de contribuciones remitidas a la Revista, así como de asumir las responsabilidades que deriven del proceso de publicación. Asimismo, se comprometen a velar por la ética y la calidad científica y académica de la Revista.

OBLIGACIONES DE LOS AUTORES

Los artículos remitidos deben ser trabajos completamente originales. Los autores de los artículos deberán respetar las siguientes obligaciones, así como cumplir las instrucciones para los autores que pueden hallarse en la página web de la Revista, y que se incluyen en cada número.

OBLIGACIONES ÉTICAS DE LOS EDITORES

Los editores deben velar por asegurar la calidad científica y académica de la Revista, siendo los principales responsables de la legalidad existente en materia de propiedad intelectual, derechos de autor, infracción y plagio. El editor debe respetar la independencia intelectual de los autores y considerar todos los originales remitidos para su publicación, valorando cada una de las contribuciones de forma objetiva.

La confidencialidad será protegida especialmente durante el proceso de revisión (de los revisores para el autor, y viceversa). Toda información no publicada, argumentos o interpretaciones contenidas en un original remitido a la Revista no podrá ser utilizado en investigaciones desarrollada por los editores.

OBLIGACIONES DE LOS REVISORES

Los revisores tienen el deber de enjuiciar y valorar de forma objetiva la calidad de los originales, así como su originalidad, con especial interés por mantener la calidad científica y los estándares científicos. Los revisores deben considerar un original sometido a revisión como un documento confidencial.

ETHICAL GUIDELINES FOR JOURNAL PUBLICATION

Tirant lo Blanch, as editor of the Journal “Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento jurídico”, and its Editorial Board, have the responsibility to establish and maintain guidelines for selecting and accepting papers submitted to this journal, and assuming the responsibilities arising from this process.

ETHICAL OBLIGATIONS OF AUTHORS

Authors should ensure that they have written entirely original works and to respect the instructions for authors, posted to the website of the Journal and included in the issues.

ETHICAL OBLIGATIONS OF EDITORS

The Editor should be responsible for the accomplishment of these and above obligations, and shall ensure the scientific and academic quality of the Journal, including the respect of legal issues concerning submissions to this Journal, specially intellectual property rights. The editor should consider manuscripts submitted for publication, judging each on its own merits.

Confidentiality shall be strongly protected during the peer-review process. Unpublished information, arguments, or interpretations disclosed in a submitted manuscript should not be used in an editor’s own research.

ETHICAL OBLIGATIONS OF MANUSCRIPT REVIEWERS

Reviewers have an obligation to do a fair share of reviewing. A reviewer of a manuscript should judge objectively the quality of the manuscript and its originality, with due regard to the maintenance of high scientific and theoretical standards. A reviewer should treat a manuscript sent for review as a confidential document.

