

anales de la universidad de alicante. facultad de derecho

ASENSI SABATER, J.
El Recurso de Amparo.

BOIX REIG, J.
Protección penal de la intimidad y del honor e informática.

CAMPS RUIZ, L. M.
La relación laboral penitenciaria.

DAZA MARTINEZ, J.
Actualidad y ejemplaridad del Derecho Romano.

DIEZ SANCHEZ, J. J.
Diferencias entre delito y falta en la configuración de los tipos de escándalo público.

FERRER SANCHIS, P. A.
«Vecindad civil, regionalidad y condición política».

GARRIDO GUZMAN, L.
La redención de penas por el trabajo.

GUTIERREZ CARBONELL, M.
El Ministerio Fiscal como órgano y parte en el proceso penal con tribunal de jurados.

MARTINEZ MALLS, J.
El Derecho Matrimonial en el nuevo Código de Derecho Canónico.

MIRA BENAVENT, J.
Las coacciones laborales.

PEREZ VIVO, A.
El Imperio Romano en el siglo IV.

SAURA MARTINEZ, L. F.
Escollos a la ley 30/81 de 7 de julio.



**ANALES DE LA
UNIVERSIDAD DE ALICANTE
FACULTAD DE DERECHO**

ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE ALICANTE. FACULTAD DE DERECHO.

N.º 2

CONSEJO DE REDACCION:

Director Prof. Dr. D. JOSE LUIS IGLESIAS BUHIGUES

Secretario . Prof. Dr. D. LUIS GARRIDO GUZMAN

Consejo de redacción:

Prof. Dr. D. CARLOS DE CABO MARTIN

Prof. Dr. D. VICENTE GIMENO SENDRA

Prof. Dr. D. TOMAS S. VIVES ANTON

Prof. Dr. D. PEDRO FERRER SANCHIS

Prof. Dr. D. JOAQUIN MARTINEZ VALLS

Prof. Dr. D. JOSE ASENSI SABATER

SECRETARIADO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE ALICANTE

Depósito Legal: A-697 - 1982

**anales
de la universidad
de alicante.
facultad de derecho**

ALICANTE

SUMARIO

	Pág.
ASENSI SABATER, José El Recurso de Amparo (aspectos políticos y jurídico-procesales) .	9
BOIX REIG, Javier Consideraciones sobre la protección penal de la intimidad y del honor e informática	29
CAPMS RUIZ, Luis Miguel La relación laboral penitenciaria	43
DAZA MARTINEZ, Jesús Actualidad y ejemplaridad del Derecho Romano	71
DIEZ SANCHEZ, Juan José Diferencias entre delito y falta en la configuración de los tipos de escándalo público	129
FERRER SANCHIS, Pedro Antonio De nuevo sobre el tema «Vecindad civil, regionalidad y condición política» (Aspectos de Derecho Privado e interregional)	153
GARRIDO GUZMAN, Luis La reforma urgente y parcial del Código penal y la redención de penas por el trabajo	165
GUTIERREZ CARBONELL, Miguel El Ministerio Fiscal como órgano y parte en el proceso penal con tribunal de jurados	191
MARTINEZ VALLS, Joaquín El Derecho Matrimonial en el nuevo Código de Derecho Canónico	201
MIRA BENAVENT, Javier Las coacciones laborales: los párrafos 2.º y 3.º del artículo 496 del Código penal	225
PEREZ VIVO, Alberto El Imperio Romano en el siglo IV: la nueva situación histórica	249
SAURA MARTINEZ, Luis Fernando Escolios a la ley 30/81 de 7 de julio	265

	Pág.
COLABORACIONES	
ANDRES IBAÑEZ, Perfecto Qué eficacia y para qué justicia (A propósito de nuestro sistema punitivo)	279
ATIENZA, Manuel El pensamiento filosófico y político de Antonio Labriola (Autor: Juan Ruiz Manero)	299
MARI CASTELLO-TARREGA, Juan José La acción de responsabilidad civil y su función tutelar del derecho al honor	311
TESIS DOCTORALES	
PEREZ VIVO, Alberto El principio de equidad en el novus ordo político y legislativo del siglo IV	327
COMENTARIO JURISPRUDENCIAL	
RUIZ MARCO, Francisco Sentencia n.º 39 de 30 de abril de 1983 del Juzgado de Villena	339

EL RECURSO DE AMPARO

(Aspectos políticos y jurídico-procesales)

José ASENSI SABATER
Universidad de Alicante

1. El simple reconocimiento de los derechos fundamentales o su mera presencia en el ordenamiento jurídico no comporta siempre la vigencia efectiva de los mismos, ni la garantía de aplicación en toda su extensión. Para que ello se produzca, es preciso que su reconocimiento y, sobre todo, su ejercicio, sean objeto de una protección especial por parte de los órganos del Estado. La evolución histórica del Derecho Constitucional muestra con claridad que la progresión en el desarrollo de los postulados del Estado de Derecho ha seguido un camino sinuoso y pleno de dificultades, a lo largo del cual, los «derechos fundamentales» se han ido configurando como verdaderos derechos públicos subjetivos, es decir, garantizados por el Estado en su ejercicio⁽¹⁾.

La doctrina constitucionalista ha insistido en la necesidad del reforzamiento garantista que debe acompañar a los derechos fundamentales. En los regímenes democrático-liberales son múltiples las instituciones y las «condiciones jurídico-constitucionales» que convergen en la función de proporcionar los instrumentos para su defensa: el principio de legalidad, el principio de la separación formal de poderes, el pluralismo político, la supremacía, el fin, de las normas constitucionales y el control jurídico del respeto efectivo a la jerarquía normativa⁽²⁾; todo ello no son sino condiciones generales y necesarias en orden a la viabilidad del ejercicio de los derechos fundamentales, pero no son suficientes. Falta un instrumento que opera como decisiva garantía de los mismos, caracterizado por una eficacia mucho más próxima e inmediata porque da satisfacción directa a los problemas reales que se plantean cuando un derecho fundamental resulta violado: el control judicial⁽³⁾. Ante el supuesto de violación de un derecho fundamental, lo que interesa a su ciudadano titular es contar con aquella persona, órgano o institución, fácilmente accesible, que juzgue su caso concreto con arreglo a Derecho y le dé satisfacción. De esta manera, la máxima concreción de los derechos fundamentales consiste en la posibilidad de acceso a la protección y control judiciales, no sólo en caso de violación de los derechos procedente de los demás ciudadanos, sino, especialmente, frente a la acción de los órganos del Estado⁽⁴⁾. Desde esta

perspectiva, el poder judicial se perfila como el auténtico poder garante de los derechos y libertades y la única instancia capaz de hacer prevalecer la efectividad de su ejercicio. Construyendo a todos los sujetos obligados a respetarlos—el Estado, en la generalidad de los casos—dentro de la más estricta observancia.

2. Ambos elementos—constitucionalización de los derechos fundamentales y protección judicial del ejercicio de los mismos—son, pues, inseparables. Para corroborar la importancia de su interacción basta recordar la situación de los derechos fundamentales en nuestro país durante el franquismo. Como se ha señalado «la técnica de protección de los derechos fundamentales seguida en el régimen anterior fue una auténtica burla; si bien una Ley Fundamental... hacía proclamaciones enfáticas de derechos, su efectividad quedaba condicionada enteramente a las Leyes de desarrollo que no llegaban nunca a dictarse, o cuando se dictaron regularon a su arbitrio el ámbito y los condicionamientos de los derechos abstracta y retóricamente proclamados» (García de Enterría).

Ciertamente, algunas Leyes Fundamentales como el Fuero de los Españoles o el Fuero del Trabajo, proclamaron los derechos fundamentales en sus textos, pero a nadie se le oculta hoy que tales declaraciones tenían un valor puramente semántico, es decir, no iban destinados a procurar la vigencia de tales derechos, sino que tenían por finalidad subyacente la formación de una imagen del Régimen que no chirriase al contacto con los regímenes democráticos de la época. Por otro lado, desde el punto de vista de la estructura normativa de los derechos proclamados en las Leyes Fundamentales, estábamos, en realidad, ante normas en blanco cuya efectividad quedaba seguidamente condicionada a Leyes de desarrollo, tal como se establecía en el propio artículo 34 de Fuero de los Españoles.

Ahora bien, no sólo se subvirtió en el régimen franquista el reconocimiento jurídico de los derechos fundamentales, sino que el segundo elemento a que nos referíamos—el Poder Judicial—colaboró en buena medida a la tarea. Si esta situación pudo producirse ello fue debido a la claudicación del Poder Judicial ante el Ejecutivo, en el contexto de un sistema político en el que más que la separación formal de poderes se reconocía la división de funciones y, en la práctica, la confusión del Poder Ju-

dicial, en el ámbito de las relaciones políticas, con el poder en manos de los aparatos de la dictadura. Dicha sumisión del Judicial al Ejecutivo se llevó a cabo en un doble plano: en el plano orgánico y en el propiamente procesal.

Respecto del primer objetivo, el Régimen franquista llevó a cabo de modo manifiesto una amplísima depuración de la magistratura a partir del Decreto de 3 de Noviembre de 1936 y de las Leyes de 9 de Febrero de 1939 y de 19 de Febrero de 1942; en ellas—y al igual que aconteció en el conjunto de la Administración Pública—el cincuenta por ciento de las vacantes de la judicatura fueron reservadas a los funcionarios más sumisos al régimen entonces imperante, especialmente, a los excombatientes; una vez acometida la fase de depuración, las certificaciones de especial idoneidad o declaraciones de aptitud expedidas por el Consejo judicial, funcionaron como un filtro político destinado a impedir la promoción de jueces independientes a los puestos de confianza.

Controlada la cúspide del Poder Judicial por el Ejecutivo, la jurisprudencia de nuestros Tribunales contribuiría al segundo de los objetivos enunciados: vaciar de contenido las declaraciones del Fuero de los Españoles. No cabe aquí reclamar para los juristas españoles la paternidad del invento. Con anterioridad a ellos, en los primeros tiempos del Nacionalsozialismo, el Tribunal Federal Alemán ya había sentado la doctrina conforme a la cual a los tribunales no les era dado entrar a enjuiciar la conformidad o no de una norma con la Constitución de Weimar, siempre y cuando hubiese sido debidamente promulgada. Ciertamente, en el ordenamiento jurídico del Régimen franquista, la parte dogmática de las llamadas «Leyes Fundamentales» no era de aplicación judicial directa y, por tanto, los derechos fundamentales sólo tenían virtualidad en función de las leyes que los desarrollaban; sin embargo, como parte del ordenamiento tenían un valor informador de la jurisprudencia: los jueces no estaban sometidos sino a la Ley pero la formulación de los derechos fundamentales contenía principios generales de interpretación y orientación de la función judicial. El fenómeno más llamativo de la jurisprudencia española en este período es precisamente la utilización que se hizo de la formulación de los derechos en las Leyes Fundamentales; cuando la norma ordinaria era más

restrictiva de un derecho fundamental que la norma Constitucional, nuestros Tribunales aplicaban exclusivamente aquella: así la Ley de Prensa e Imprenta de 1966, antes que el artículo 12 del Fuero de los españoles que consagraba la libertad de expresión; la Ley de Orden Público, antes que la inviolabilidad de domicilio consagrada en el art. 15 del F. de los E. o el derecho a la libertad de movimiento del art. 18. En los supuestos en que el legislador ordinario no había desarrollado legislativamente las proclamaciones fundamentales, el Tribunal Supremo venía a colmar tan importante laguna por la vía de reputar éstos como meramente programáticos, tal y como ocurrió, por ejemplo, con la invocación del principio de *legalidad*, sancionado entonces por el art. 19 del Fuero de los Españoles.

Por el contrario, cuando la regulación de un derecho fundamental era más restrictiva en una norma fundamental que en la correspondiente ordinaria, nuestros poderes públicos no tenían el menor inconveniente a la hora de invocar el principio de jerarquía normativa constitucional: tal fue el caso que sucedió con el plazo de la detención policial, en el que frente al de 24 horas consagrado desde antiguo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 496) o el Código Penal (art. 186, anterior a la Reforma 1963), se reclamó la vigencia del plazo de 72 horas establecido en el Fuero de los Españoles⁽⁷⁾.

3. Quizás fueron todos estos condicionamientos los que obligaron al legislador constituyente a rehuir el control difuso de los derechos fundamentales por parte de nuestros Tribunales y a confiar su control en última instancia al Tribunal Constitucional. La situación, por otro lado, es típica de los procesos políticos en los cuales se produce el paso de un régimen autocrático a otro de carácter democrático. A este respecto, es evidente que ha jugado un papel importante el temor a la formación conservadora de los jueces y a su carácter profesional y no electivo; debido, precisamente, a la configuración del poder judicial no resultaba fácil confiarles en exclusiva el control de la voluntad popular expresada en la Constitución y en las leyes.

En efecto, no ha habido un proceso de depuración del Poder Judicial en sentido inverso al que se produjo después de 1936. Por el contrario, en este nivel del aparato estatal, la continuidad ha sido la norma general, atri-

buyéndose al Poder Judicial heredado la decisiva tarea de ser piedra angular del nuevo Estado de Derecho. En este contexto, con las necesarias cautelas, podríamos aventurar la hipótesis de que la hibridación de una jurisdicción concentrada—Tribunal Constitucional—y un control difuso—Poder Judicial—constituye un reflejo más de la naturaleza del cambio jurídico-político operado en nuestro país. Los tribunales ordinarios tienen encomendada la protección sumaria e inmediata de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE) pero es el Tribunal Constitucional quien en última instancia decide sobre la extensión y los límites de los mismos; quizás no cupiera otro procedimiento que el empleado dados los condicionantes políticos en que se produjo la transición y las dificultades técnicas que podría haber comportado cualquier otra solución. El artículo 161.1 de la Constitución establece que el «Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: b) Del recurso del amparo por violación de los derechos y libertades referidos en artículo 53.2 de esta Constitución». Ciertamente, ni es ésta la más importante función que acomete el citado Tribunal (puesto que junto a ella desarrolla otra de control de la legalidad material y formal, a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, de control previo de inconstitucionalidad y de solución de los conflictos constitucionales e impugnación de las disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas), ni es exclusivamente por él desarrollada, ya que los derechos públicos vinculan a todos los poderes del Estado (artículo 53.1.3 y artículo 9.1C), pero en la protección de los derechos consagrados en la sección primera del capítulo 2.º de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha de tener siempre «la última palabra», cuando el particular lesionado en su derecho fundamental no haya recibido satisfacción por parte de los Tribunales Ordinarios.

En efecto, dispone el artículo 53.2 de la Constitución que «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 (principio de igualdad) y la sección primera del capítulo 2.º ante los Tribunales Ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

Retomando así el ejemplo de la Constitución Mexicana de 1917, el de la Austriaca de 1920 y su reforma de 1923, el de nuestra Constitución Republicana de 1931 y el Verfassungsberchwerde de la República Federal Alemana (introducido por Ley ordinaria de 12 de Marzo de 1951), nuestra Constitución ha reinstaurado el recurso de amparo, si bien y a diferencia del amparo español republicano, como requisito previo al recurso constitucional de amparo, no ha sentido la necesidad de crear Tribunales especiales nuevos algunos, sino que ha confiado la tutela de los derechos fundamentales, en primer lugar, a los Tribunales Ordinarios y subsidiariamente al Tribunal Constitucional.

II.—DERECHOS SUSCEPTIBLES DE AMPARO

Efectivamente hoy son los derechos relacionados en el artículo 53.2 de la Constitución los que pueden ser invocados a través del procedimiento de amparo, derechos que se han ido incorporando paulatinamente en nuestro ordenamiento. El primer texto preconstitucional sobre la materia lo constituyeron los pactos de la Moncloa aprobados el día 27 de octubre de 1977, en el que se estableció la necesidad de instaurar un proceso sumario para la protección de libertades de expresión, derecho de reunión y derecho de asociación política. Promulgada la Constitución, la Ley de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona de 23 de enero de 1979 estableció un catálogo parcial de derechos fundamentales que habían de ser protegidos a través del recurso de amparo ordinario, relación que fue posteriormente ampliada por el Real Decreto Legislativo de 20 de febrero de 1979, la cual tampoco fue exhaustiva. Habrá que esperar, pues, a la promulgación a la Ley Orgánica del Tribunal constitucional de 3 de octubre de 1979, en cuya disposición adicional 2.ª punto 2.º se declara que «el ámbito de la misma (de vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo) se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo 53.2 de la Constitución».

En consecuencia, hoy puede invocarse por la vía del recurso de amparo la reparación o restablecimiento de la vulneración del principio de igual-

dad de los españoles ante la Ley (artículo 14), el derecho a la objeción de conciencia (artículo 30.2) y los derechos fundamentales contenidos en los artículos 15 al 29 que integran la sección primera del capítulo 2.º del Título Primero de la Constitución. Por razón de la materia, queda pues el ámbito del recurso de amparo circunscrito a los derechos fundamentales mencionados, lo que no significa que no pueda invocarse cualquier otro precepto fundamental vulnerado, pero la violación de dicha norma habrá de conectarse con alguna de las preestablecidas en los artículos 14 al 30.2.º de la Constitución. Así, por ejemplo, la violación de los principios de unidad, monopolio y exclusividad de la jurisdicción hoy sancionados por el artículo 117 de la Constitución no pueden ser invocados en un recurso de amparo (piénsese, por ejemplo, en una extralimitación de la jurisdicción militar o eclesialística), sino por la vía de conectar la violación a esta norma fundamental con la declaración contenida en el artículo 24.2 de la Constitución, conforme al cual todos tienen derecho al Juez Ordinario pre-determinado por la Ley. Lo mismo sucedería en el caso de la creación de un Tribunal de Excepción, cuya prohibición se encuentra en el artículo 117.6 o en el de la exoneración injustificada del beneficio de pobreza del artículo 118 que habría de conectarlo con el 24.1 de la Constitución, o con el problema de la fianza del acusador particular, en cuyo caso la frustración de este derecho sancionado en el artículo 125 hay que conectarlo con el 24.1 de la Constitución.

III.—TITULARIDAD DEL RECURSO DE AMPARO

Del tenor literal de la norma transcrita resulta claro que el titular del recurso de amparo es cualquier «ciudadano», esto es, tanto los españoles como los extranjeros; éstos últimos como consecuencia también de la declaración contenida en el artículo 13 de la propia Ley Fundamental y de la ratificación por España de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, así como el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁽⁶⁾.

Además de las personas físicas mencionadas, tienen capacidad las personas jurídicas, de conformidad con el artículo 162.1 B de la propia

Constitución, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal, si bien con respecto a este último órgano jurisdiccional, hay que señalar que una orden circular del año 1979, en concreto la instrucción n.º 2, le prohíbe la utilización del recurso de amparo ordinario frente a los actos del poder ejecutivo.

En cuanto a la legitimación, la norma fundamental invocada, que ha de ser puesta en relación con el artículo 46 de la LOTC, tan sólo dispone que las tales personas naturales o jurídicas «invoquen un interés legítimo». El concepto de interés legítimo es mucho más amplio que el de interés directo establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no siendo por tanto necesario que el titular del recurso de amparo sea el del derecho público vulnerado, ni siquiera que la lesión le haya producido al recurrente directamente un beneficio o un perjuicio⁽⁹⁾, concepto éste el de «interés legítimo», que ha de prevalecer frente a los empleados por el artículo 46.1 LOTC («la persona directamente afectada, quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente»), dado su superior rango normativo⁽¹⁰⁾ debiendo encontrar cabida en dicho concepto la legitimación de los portadores de «intereses difusos»⁽¹¹⁾. Por tal razón, no parece desafortunada la redacción en este punto del anteproyecto de Ley de Habeas Corpus que confiere legitimación activa a cualquier ciudadano sin necesidad de ostentar legitimación material alguna, es decir, consagra un fenómeno de acción popular.

IV.—AMPARO ORDINARIO Y AMPARO CONSTITUCIONAL

Delimitados los sujetos de derecho que pueden ejercitar el recurso de amparo, veamos ahora cómo se ejercita dicho recurso. Volviendo al art. 53.2 de la Constitución, de su tenor literal resulta que los ciudadanos pueden ejercitar el recurso de amparo, en primer lugar, ante los Tribunales Ordinarios y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Del régimen de dicho precepto cabe pues distinguir la existencia de un amparo ordinario, que puede ejercitarse ante los Tribunales que integran el Poder Judicial, y un amparo especial a realizar ante el Tribunal Constitucional.

En consecuencia, los titulares del recurso de amparo antes de llegar al Tribunal Constitucional habrán de ejercitar la denominada vía ordinaria ante los Tribunales que integran la jurisdicción. Sin embargo, de dicha regla general hay que extraer dos supuestos, uno delimitado por el propio art. 53.2, el de la objeción de conciencia y otro, el de las resoluciones emanadas de los poderes normativos del Estado, establecido por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 42). En estos dos casos, el recurrente tiene acceso directo al Tribunal Constitucional para deducir su pretensión de amparo, sin necesidad de agotar previamente la vía judicial ordinaria.

Pero, en los demás casos, esto es, cuando la lesión del Derecho Fundamental haya sido producida por un órgano de Poder Ejecutivo o por el Poder Judicial, el particular habrá de acudir a los Tribunales Ordinarios para obtener la satisfacción de su pretensión, y tan sólo en el supuesto de que se viera ésta frustrada, podrá acudir al Tribunal Constitucional como última vía para obtener la separación o restablecimiento de su derecho dentro del Estado español. Finalmente, si no obtuviera su pretensión satisfacción ante el Tribunal Constitucional, todavía podría acudir a la Comisión Europea de Derechos Humanos o al Tribunal de Derechos Humanos con sede en Strasburgo.

Pero salvando esta última eventualidad, nada atractiva debido a la dilación que la Comisión Europea y el Tribunal de Derechos Humanos mantiene en la fecha para la resolución de tales recursos (en el momento actual la tramitación de un recurso ante la Comisión y después, ante el Tribunal, puede durar hasta 4 años), el recurrente habrá de acudir a los Tribunales Ordinarios y subsidiariamente al Tribunal Constitucional para obtener la realización de su derecho. La existencia de estas dos vías de amparo, la ordinaria y la Constitucional, ha llevado a la doctrina a plantearse cual sea la naturaleza de estas dos instancias. ¿Constituye el Tribunal Constitucional una nueva y distinta instancia a la de los Tribunales Ordinarios? Por esta solución habría que abonar de considerar al Tribunal Constitucional como una Jurisdicción especial (González Pérez). Pero esta solución no es reclamable en nuestro ordenamiento, porque en el Tribunal Constitucional no concurren las notas que cualifican a las jurisdicciones

especiales, esto es la falta de independencia. En efecto, en el Tribunal Constitucional no sólo concurre la nota objetiva de la jurisdicción, es decir la de resolver los conflictos de una manera definitiva e irrevocable, sino que también es un órgano dotado institucionalmente de independencia, la cual se observa tanto en sí mismo considerado como frente a los demás órganos constitucionales, así como en el Estatuto Interno de sus Magistrados que son inamovibles en el ejercicio de su mandato y que solamente se encuentran sometidos a la Constitución y a su Ley Orgánica; la circunstancia, ello no obstante, de que el Estatuto Jurídico de sus Magistrados no sea el mismo que el de los integrantes del Poder Judicial, estando en particular excluidos del régimen del autogobierno la peculiaridad de las pretensiones sobre las que extiende su competencia, las cuales han de estar siempre fundadas en el Derecho Constitucional dentro del título 6.º de la Constitución, referente al Poder Judicial, obligan a pensar que el Tribunal Constitucional, aunque es un órgano integrante de la jurisdicción, está situado fuera del Poder Judicial, no es, por tanto, un Tribunal Ordinario, sino que, al igual como sucede con el Tribunal de Cuentas y los Tribunales tradicionales, el Tribunal Constitucional pertenece a la categoría de los Tribunales Especiales⁽¹²⁾.

V.—PROCEDIMIENTO DE AMPARO

Conforme, pues, a la naturaleza del órgano presuntamente autor de la infracción del derecho fundamental, la pretensión ordinaria de amparo habrá de dilucidarse a través de un distinto procedimiento. Si el presunto autor de la infracción es un órgano dependiente del Poder Ejecutivo, habrá que deducir la pretensión de amparo a través del denominado procedimiento sumario y preferente del art. 53.2 de la Constitución; si, por el contrario, el autor de dicha violación es un órgano del Poder Judicial, antes de acudir al Tribunal Constitucional, habrá que utilizar todos los recursos pertinentes dentro de la vía judicial. Veamos un poco más detenidamente cada uno de estos dos procedimientos.

A) *Recurso de amparo ordinario contra actos provenientes de los órganos judiciales:*

Si el presunto autor de la infracción es un órgano judicial, el recurrente en amparo no habrá de ejercitar el proceso preferente y sumario del art. 53.2 de la Constitución, sino que según el art. 44 de la Ley Organica del Tribunal Constitucional, habrá de «agotar todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial».

De conformidad con la Constitución, por «órganos judiciales» hay que entender aquí quienes detentan en régimen de monopolio el ejercicio de la potestad jurisdiccional, es decir, los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, los cuales están integrados por Jueces y Magistrados «independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley».

Esta observación es importante, porque conlleva la necesidad de excluir del carácter de órgano jurisdiccional a los que pudieran integrar las denominadas jurisdicciones especiales que (a excepción de la militar, siempre y cuando se ciña al ámbito estrictamente castrense) no obstante su inconstitucionalidad, todavía permanecen vigentes en nuestro país. Por tal razón, en el supuesto de actos dimanantes de las tales jurisdicciones especiales, habrá que acudir al segundo procedimiento que después examinaremos, porque en tales casos, puede el recurrente encontrarse con un auto de inadmisión del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, tal y como parece que ha sucedido con el célebre recurso constitucional del 23 de Febrero.

Para utilizar, pues, la vía preestablecida en el art. 44 de la LOTC, habrá de ser un órgano integrante de la Jurisdicción quien haya cometido una violación en un derecho fundamental y, es más, la referida violación ha de ser «imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso». Sobre el alcance de la expresión «de modo inmediato y directo» es algo que después volveremos, al hablar de las infracciones de los derechos fundamentales cometidas por los particulares; sea suficiente recordar aquí que de la redacción del art. 44 b y c de la Constitución, no se despren-

de que nos encontramos todavía ante una pretensión de amparo a deducir por el particular, sino ante un acto de conocimiento por el que el gravado por una resolución lesiva de un derecho fundamental ha de limitarse a evidenciar ante el órgano jurisdiccional ordinario la existencia de dicha infracción y, en el caso de no ser ella subsanada, a alegarla en ejercicio de los medios de impugnación, como un vicio más «in iudicando» o «in procedendo» a acumular en la fundamentación del pertinente recurso. Pero, en todo caso, queda suficientemente claro que el objeto de dicho proceso previo es la pretensión principal (civil, laboral, penal o contencioso-administrativa) y no la pretensión de amparo que, por primera vez, se ejercerá ante el Tribunal Constitucional. Por tanto, en tales casos, no nos encontramos ante una segunda instancia del Tribunal Constitucional, sino ante un proceso constitucional en el que dicho Tribunal conoce en única y definitiva instancia de la pretensión constitucional de amparo, siendo manifiestamente inapropiada, por lo tanto, la utilización del término recurso para designar este procedimiento.

Por tal razón, el mismo art. 44, veda al Tribunal Constitucional la posibilidad de entrar a conocer sobre los hechos que dieron lugar al proceso, aunque, como es evidente, habrá de conocer naturalmente de los hechos causantes de la infracción del derecho fundamental el cual, si es la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución y debido a su naturaleza de derecho material, puede conllevar indirectamente un examen del fondo del asunto de la relación jurídico-material, tal y como ya ha acontecido con dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional.

B) *El procedimiento de amparo contra actos dimanantes del Poder Ejecutivo:*

Si por el contrario la lesión de un derecho fundamental proviene de un acto del Gobierno, de la Administración Central, periférica o autonómica, dispone el art. 43.1 de la LOTC que, antes de acudir al Tribunal Constitucional, el particular habrá de agotar «la vía judicial procedente» la cual no es otra, sino la contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la sección segunda de la Ley 62/1978 de 26 de Diciembre». El particular, pues, podrá, bien elegir el proceso contencioso-administrativo ordinario o bien

acudir al proceso contencioso-administrativo especial para la protección de los derechos fundamentales. Pero antes de hablar de los procedimientos adecuados, conviene examinemos los actos susceptibles de tales recursos contencioso-administrativos.

a) *El recurso de amparo contra actos lesivos de derechos fundamentales cometidos por los particulares:*

Y llegados a este punto una cuestión previa ha de plantearse, y es la de si el acto lesivo de un derecho fundamental, necesariamente, ha de ser producido por la Administración o, por el contrario, puede ser cometido por la Administración sometida a normas de Derecho Privado o por algún particular. La naturaleza de las cosas nos dice que ello puede suceder así, ¿pero permite nuestro ordenamiento dirigir un recurso de amparo contra un particular presunto autor de una infracción de un derecho fundamental?. Del tenor literal del art. 43 LOTC, así como del art. 53 de la Constitución habría que llegar a una contestación negativa. Sin embargo, tampoco es menos cierto que el art. 9 de la Constitución establece que no sólo los poderes públicos sino también «los ciudadanos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»; de otro lado, la redacción de los derechos fundamentales susceptibles de protección en vía de amparo («todos tienen derecho a la vida....., toda persona tiene derecho a la libertad, se garantiza el derecho al honor, etc.») nos llevan a reafirmar que el sujeto destinatario de tales derechos fundamentales no es exclusivamente el Estado, sino también los propios ciudadanos.

De este problema se ha ocupado ya la doctrina española y, antes que ella, la alemana e italiana, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, quienes han lanzado tesis tales como la de la *unmittelbar Drittwirkung* y de la *mittelbar Drittwirkung*, esto es, la de la eficacia inmediata o mediata de los derechos fundamentales frente a terceros y, en base a ellas, el Tribunal Constitucional alemán cuenta ya con una copiosa jurisprudencia.

Ciertamente es peligrosa la invocación de una eficacia inmediata de la Constitución en el ámbito del Derecho Privado, porque haría peligrar la seguridad jurídica (piénsese, por ejemplo, el caso de que un trabajador se sienta preterido por una promoción en su empleo de trabajo y decida es-

tablecer un recurso de amparo en base a la vulneración del principio de igualdad), pero tampoco es menos evidente que, al igual que el Estado, los particulares han de estar obligados al acatamiento de los derechos fundamentales y que, de no permitirse la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, en tales casos, podría conculcarse la función nomofiláctica que en esta materia ha de asumir nuestro alto Tribunal. Por tal razón, la doctrina que se ha pronunciado sobre esta tema, invocando normalmente las tesis de RAISER, ha postulado una influencia general de la Constitución en esta materia que ha de desplegarse en la protección fundamental de determinados derechos, tales como el art. 16 (piensese el supuesto en que un empleado de la enseñanza sea despedido por su creencia o ideología) o el art. 20 (negativas a la reproducción del derecho de réplica en los medios de comunicación social de masas) o el art. 22 (piensese el supuesto en que un trabajador de un periódico es despedido por pertenecer a un determinado Sindicato). En todos estos supuestos debiera admitirse la vía del recurso de amparo.

El obstáculo que se alza aquí, ello no obstante, es el del procedimiento para deducir la pretensión de amparo. En tales casos no parece que sea adecuado el preestablecido en el art. 43 de la LOTC; mejor suerte tendría el particular si ejercitara su pretensión por la vía ordinaria procedente y, dentro de ella, solicitara del Juez o Tribunal la restauración o reestablecimiento de su derecho fundamental vulnerado. En tal supuesto, si el Juzgador no diera satisfacción a dicha pretensión, el particular podría ejercitar el recurso de amparo por la vía del art. 44 LOTC, antes mencionado, sin que quepa oponer aquí que la violación del derecho no es imputable de modo inmediato y directo al órgano jurisdiccional porque, en realidad, existen dos infracciones al derecho fundamental, el realizado mediante acción por el particular, y el que comete el Juez por omisión, puesto que deja de aplicar una norma fundamental, de Imperativa observancia, a tenor de los arts. 19 y 53 de la Constitución.

b) *Lesiones de derechos fundamentales cometida por órganos del poder ejecutivo:*

Pero, salvando estas eventualidades, sobre cuyos pronunciamientos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha de ser extremadamente

cautelosa, el recurso de amparo habrá de plantearse contra actos jurídicos o simples vías de hechos de los órganos del Poder Ejecutivo. En este extremo, la LOTC ha producido una ampliación del ámbito de conocimiento del recurso contencioso-administrativo con respecto a la de la Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. En la actualidad por este procedimiento no sólo se pueden recurrir los actos sometidos al Derecho Administrativo que lesionan derechos fundamentales, sino todo acto jurídico, incluidos también, por lo tanto, los actos políticos y los del art. 40 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa que han dejado, en esta materia, de escaparse al ámbito de conocimiento de los Tribunales de lo Contencioso. En tal sentido existe ya la sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de Junio de 1981 que ha extendido el ámbito del recurso de amparo a las materias disciplinarias del Ejército.

c) Procedimientos aplicables:

Determinados los actos que pueden ser impugnados a través del recurso de amparo, veamos por último los procedimientos aplicables.

Tal y como ya se ha avanzado el recurrente en amparo es libre de utilizar el proceso contencioso-administrativo ordinario o acudir al proceso especial de protección de los derechos fundamentales.

En el 99 % de los casos hay que pensar que el particular se inclinará por esta segunda vía procesal, toda vez que el procedimiento especial ofrece notables ventajas las cuales pueden resumirse en las siguientes:

a') *La brevedad en su tramitación:* frente a la dilación que supone la tramitación de un proceso contencioso-administrativo ordinario (en primera instancia más de un año), el contencioso-administrativo creado de 26 de diciembre de 1978 ofrece una tramitación sustancialmente acelerada, pudiendo establecerse su duración en 50 días si hay fase probatoria, sobre cuya admisión decide libremente el Tribunal y en un mes si no existiera tal período probatorio.

b') *Robustecimiento del principio de igualdad de armas:* como es sabido, el proceso contencioso-administrativo ordinario es un proceso desigual, puesto que la Administración tiene más prerrogativas que el administrado. En el procedimiento contencioso administrativo especial se ha

reequilibrado el principio de igualdad de armas, quitándosele a la Administración alguna de las tales prerrogativas, tales como la necesidad de interponer *recurso de reposición* previo al recurso contencioso-administrativo; limitándose el privilegio de ejecución del acto administrativo, por la vía de establecer como regla general la suspensión del acto administrativo, en cuyo incidente, para solicitar dicha *suspensión* corresponde a la Administración y no al administrado la carga de probar que, de no ejecutarse el acto, se producirán perjuicios irreparables; además la suspensión no requiere necesariamente la satisfacción de la oportuna contra cautela (*fianza*) del administrado; tampoco la no *remisión del expediente* por parte de la Administración supone la paralización del procedimiento contencioso, además se preveen expresamente *medidas coercitivas de carácter personal* (el testimonio por desobediencia) para evitar dicha eventualidad; digamos por último que la *apelación* lo es *en un sólo efecto*, con lo que, si el administrado ha obtenido la suspensión de los efectos del acto administrativo su derecho no será vulnerado en ulteriores instancias.

En definitiva, nos encontramos ante un procedimiento más rápido, eficaz y barato que el proceso contencioso-administrativo ordinario, por lo que se constituye en un procedimiento modélico, inspirador de futuras reformas del propio proceso ordinario.

Sin embargo, no todos son ventajas a anotar en el activo de dicho procedimiento especial, sino que también se aprecian algunos *inconvenientes*. Uno de ellos es el de la imposición del criterio del vencimiento de las costas, con lo que el administrado, debe saber que, si no tiene una satisfacción al menos parcial de su pretensión, tendrá que satisfacer la totalidad de las costas procesales ocasionadas. Pero el fundamental de ellos, reside en que el legislador no ha previsto la posibilidad de cambio de procedimiento del especial al ordinario, con lo que si es desestimada totalmente su pretensión, no podrá volver a suscitar el proceso contencioso-administrativo ordinario, porque habrán transcurrido ya con creces los plazos para la interposición de dicho recurso, máxime si se tiene en cuenta que, en el especial, no es preceptivo el recurso de reposición previo, que sí constituye un presupuesto procesal en el contencioso administrativo ordinario. Si no se quiere hacer frustrar el derecho de amparo, en tal caso,

habrá que entender que el proceso contencioso-administrativo especial ha creado *litispendencia* y que, como efecto connatural a ella, el plazo para acudir al contencioso-administrativo ordinario ha quedado en suspenso hasta tanto se resuelva el de carácter especial⁽¹⁴⁾.

Salvado esta eventualidad, si la pretensión de amparo no ha recibido satisfacción en la primera instancia, la necesidad de agotar la vía judicial precedente obliga a que el recurrente deba reproducir su pretensión en segunda instancia ante la Audiencia Nacional o ante el Tribunal Supremo y, si alguno de estos dos órganos jurisdiccionales no otorgara tal satisfacción, es entonces cuando dentro del plazo de 20 días habrá de formalizar su demanda, ya ante el Tribunal Constitucional, quien conocerá de la pretensión de amparo en *tercera y última instancia* y, si por último el Tribunal Constitucional tampoco decidiera restablecer el supuesto derecho constitucional vulnerado, el ciudadano podría acudir a la Comisión Internacional de Derechos Humanos dentro del plazo de 6 meses contados a partir de la resolución desestimatoria del Tribunal Constitucional y pretender obtener dicha satisfacción bien de la Comisión, bien del Consejo de Ministros, del Consejo de Europa, o bien del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de conformidad con lo dispuesto en el convenio para la protección de los derechos humanos.

NOTAS:

(1) GONZALEZ CASANOVA, NEJ. T. XV «Sobre la positivación de las libertades públicas en el Derecho Constitucional comparado». VAZQUEZ DE PRADA. «Evolución histórico-constitucional en la regulación de los derechos fundamentales» R. C. A. n.º 109. MARTINEZ CUADRADO, M. «Algunas consideraciones sobre la positivación del derecho de asociación en el constitucionalismo contemporáneo. Libro homenaje al Prof. OLLERO, Madrid, 1972.

(2) PECES BARBA, G. «Derechos fundamentales». *Teoría General I*. Biblioteca Universitaria. Guadina. Madrid, 1973.

(3) RIVERO, J. «Cours de libertés publiques. (1968-69). Les cours des droits, Paris. Ed. Cuyas, p. 8. COLLIARD 1., «Libertés Publiques» *Precis Dalloz* 1959. ROBERT, *Les violations de la liberté individuelle commises par l'administration*. G.L.J. Paris, 1956. BURDEAU, G. «libertés publiques» L.G.D.J. 4.ª edit. Paris. 1972.

(4) DRAN, M. «*Le controle juridictionnel et la garantie del libertés publiques*. L.G.L.J. París.1968, p. 15. MARTIN REBOLLO, Luis. «*Libertades públicas y control judicial*». Revista de Admón. Pública, n.º 84, Sept. Dic. 1977.

(5) GARCIA DE ENTERRIA, E. *La Constitución como norma jurídica*. En la «*Constitución española. Un Estudio Sistemático*». Civitas. Madrid 1980.

(6) SOLE TURA, J. «*Introducción al régimen político español*». 2.ª edic. ARIEL, Barcelona 1972. pp. 82-84.

(7) GIMENO SENDRA, V. «*Poder Judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial*». Rev. Dcho. Procesal Iberoamericana n.º 2-3. 1978.

(8) CASTEDO ALVAREZ, «*El recurso de Amparo Constitucional*», en «*El Tribunal Constitucional*». I. Madrid, 1981, p. 193.

(9) GOMEZ-FERRER MORAN. «*Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos*», REDA, 1982, N.º 3, p. 189. ALMAGRO NOSETE, 1. «*Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo*». Revista de Derecho Político, n.º 10. 1981.

(10) GONZALEZ PEREZ, «*Derecho Procesal Constitucional de Amparo*», en «*El Tribunal Constitucional*» I, p. 305.

(11) Cfr. ALMAGRO NOSETE 1., «*ob. cit.*», pp. 401 y 53.

(12) GARCIA PELAYO, M. «*El status*» del Tribunal Constitucional, Revista española de Derecho Constitucional, vol. I, n.º 1, 1981. Cfr. GARCIA ENTERRIA, E. «*La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español, posibilidades y perspectiva*». Revista española de Dcho. Constitucional. Volumen I. 1981.

(13) EMBID IRUJO, A., «*El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado*». Cintas. R.E.D.A. n.º 25. 1980.

(14) GOMEZ FERRER Morán, «*ob. cit.*» SALAS, 1. «*Comentarios a la Ley de protección constitucional de los derechos fundamentales de la persona*». Revista de Admón. Pública n.º 93, 1981. LINDE PANIAGUA, E. «*Protección de los derechos fundamentales de las personas y libertades públicas en la Constitución española de 1978*». Revista Gral. de Legislación y Jurisprudencia. Tomo 82. Mayo 198

CONSIDERACIONES SOBRE LA PROTECCION PENAL DE LA INTIMIDAD Y DEL HONOR E INFORMATICA

Javier BOIX REIG

Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Alicante.

SUMARIO:

- 1.—Introducción.
- 2.—Planteamiento constitucional.
- 3.—Protección penal.
- 4.—Sucinta referencia a la protección civil.
- 5.—Conclusiones.

Comunicación presentada a las Jornadas de Lógica e Informática Jurídica.
(Palma de Mallorca, 22 al 27 de noviembre de 1982).

1.—Introducción

La presente comunicación sólo pretende aportar reflexiones sobre el alcance de la incidencia del Derecho penal en la informática, o mejor en relación con la protección jurídico-penal de ciertos derechos o libertades fundamentales frente a las extralimitaciones que puedan producirse con motivo del uso de la informática.

El contenido de esta comunicación presenta una perspectiva diversa sobre la informática a la que centralmente es objeto de estas jornadas. Sin embargo, estimo que ofrece aspectos que ponen de manifiesto la necesidad de conjugar el desarrollo tecnológico con el desarrollo mismo de las libertades, permitiendo de esta forma que la informática siga teniendo, e incrementando, su funcionalidad básica para el mundo del Derecho, lejos de cualquier posición defensiva sobre la misma por parte de los juristas⁽¹⁾. Desde esta perspectiva se ha podido hablar de un Derecho penal de la informática, dentro del Derecho de la informática⁽²⁾, que por otra parte pienso no es preciso se particularice como tal. Más bien creo que puede hablarse de un futuro derecho penal de la informática tan sólo a efectos didácticos. A otros efectos no deben escindirse dichas normas del derecho penal común, sin que sea éste el momento de señalar los peligros que han venido comportando las sucesivas especializaciones de ciertos ámbitos del derecho penal.

No voy a referirme ahora a la normativa existente, más desarrollada en otros países, sobre la informática, sobre los llamados bancos de datos, su uso y limitaciones a su uso⁽³⁾. En esta última dimensión, la de las limitaciones al uso, es a partir de la que podrán articularse normas de índole penal; cuando la utilización indebida de los bancos de datos, de la informática, transgreda derechos dignos de protección penal y necesitados de ella.

Y es en este momento cuando, siquiera sea en una primera aproximación al tema, debe plantearse la necesidad o no de crear *nuevas* normas penales que salgan al paso de las posibles extralimitaciones en el uso de la informática. ¿Estamos ante un fenómeno tecnológico que efectivamente requiera, en su caso, de la intervención del ius puniendi del Estado?. Cabe ahora recordar los peligros que comporta un derecho penal hipertro-

fiado, y que sólo debe recurrirse a éste en última instancia, como último recurso, y ello por la propia naturaleza de las sanciones que articula, especialmente restrictivas de los derechos y libertades fundamentales. Pues bien, el simple hecho de constatar que efectivamente existe un objeto jurídico merecedor y necesitado de protección, el honor y la intimidad, y que han aparecido mecanismos tecnológicos, no sólo la informática, que los sitúan en una posición debilitada, pone de manifiesto la necesidad de nuevas normas penales. Piénsese que si bien el honor sí es objeto de protección en nuestro código penal, no es así con la intimidad, dado que en el Código vigente tan sólo se protege el secreto y sólo en ciertos casos. Pero, es más, incluso para supuestos típicos como los indicados la regulación ha quedado absoleta. Se trata, pues, no de pensar en un *nuevo* derecho penal, tal vez como una posición defensiva del jurista frente a la tecnología, sino de adaptar el derecho penal vigente a nuevas exigencias, tanto en base a la conformación de bienes jurídicos, como ante la aparición de nuevas, y más peligrosas, modalidades de ataque a los mismos⁽⁴⁾.

2.—*Planteamiento constitucional*

Semejante planteamiento es, de otra parte, absolutamente acorde con lo dispuesto de manera concreta por la Constitución sobre la informática. Planteamiento absolutamente congruente con los principios ordenadores del Estado social y democrático de Derecho, y, en suma, con la dimensión proteccionista en grado máximo de los derechos y libertades de la persona que caracteriza a la Constitución española de 1978.

En efecto, si bien cabe afirmar que la fórmula acogida en el art. 1 de nuestra Constitución, Estado social y democrático de Derecho, implica necesariamente una mayor intervención de los poderes públicos en todos los órdenes, para facilitar la consecución de la igualdad y libertad de los ciudadanos⁽⁵⁾, es lo cierto que ello no faculta para que dicha intervención contradiga al propio sistema, al Estado de Derecho. Si la intervención lo es en orden a potenciar la igualdad y libertad, no puede so pretexto de defensa de las mismas partirse de su vulneración. De ahí que el uso indebido de la informática deba prohibirse no sólo al particular sino, y fundamental-

mente, a los poderes públicos. Ni siquiera la vulneración de la intimidad por parte de éstos puede basarse en la defensa del propio sistema democrático. Para ello habrá que acogerse a la necesaria intervención judicial, y sólo en los casos en que comúnmente lo permitan las leyes. La defensa del propio sistema democrático parte de la utilización de sus propios recursos, no pudiéndose adelantar la barrera de protección del mismo, por encima de las libertades fundamentales, ni por parte de la administración ni en el establecimiento de normas penales⁽⁶⁾.

Esta posición estimo que es, por otra parte, la que asume la propia Constitución española, caracterizada, como ya he indicado, por un pormenorizado reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales y un exquisito talante protector de los mismos. Con esta perspectiva no es de extrañar que de manera más concreta nuestra Constitución recoja, a partir del necesario uso de la informática, límites a la misma.

Así, en el art. 18. 4, se establece:

«La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos»⁽⁷⁾.

Los autores han venido insistiendo sobre la innecesariedad de este apartado⁽⁸⁾, por cuanto el mismo no deja de ser una redundancia habida cuenta que el apartado 1 del art. 18 ya «*garantiza* el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». No obstante, el art. 18. 4 debe entenderse desde la perspectiva constitucional antes señalada. Incluso sus defectos técnicos, como consecuencia de la misma discusión parlamentaria, el por qué de la exclusiva referencia a la informática, la expresa alusión al pleno ejercicio de los derechos del ciudadano; todo ello es el fruto del debate parlamentario que osciló efectivamente entre la innecesariedad del apartado 4 y las posibles incongruencias a que pudiera dar lugar su excesiva concreción relativa tanto a los medios tecnológicos como a los posibles derechos vulnerados⁽⁹⁾.

Pero, en cualquier caso, la fórmula empleada, la posible redundancia en que incurre, con indudables defectos sistemáticos, en suma el art. 18.4 debe entenderse por el loable afán proteccionista de derechos y libertades

que caracteriza nuestra Constitución. Lo que no es privativo de este precepto constitucional. La simple lectura de otros artículos que consagran derechos y libertades nos llevará inmediatamente a idéntica conclusión, incluso comprendiendo que las posibles redundancias las realizó el mismo legislador a conciencia, queriendo explicitar determinados límites en la protección de ciertos derechos⁽¹⁰⁾. No obstante, BAJO ha destacado cómo tal vez la redacción del texto del art. 18. 4 vaya más allá de lo que pretendieran sus redactores al referirse no sólo al reconocimiento de los derechos sino también al ejercicio de los mismos⁽¹¹⁾.

Los derechos fundamentales a que expresamente se refiere el art. 18. 4 son el *honor* y la *intimidad* personal y familiar. Al primero de ellos no voy a referirme en este momento, por haber sido ya objeto de reiterado análisis por parte de la doctrina⁽¹²⁾. Sí, en cambio, quisiera eludir brevemente al concepto de intimidad, por cuanto es de más reciente incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, y de alguna manera presenta dificultades para su acotamiento, tal vez por la esfera de la personalidad a que se refiere. El ámbito de la intimidad personal es susceptible de variadas valoraciones según individuos y circunstancias. Se trata del ámbito personal «donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad»⁽¹³⁾. Concepto de distinto alcance del hasta ahora vigente en nuestra legislación penal, el *secreto*⁽¹⁴⁾ y del de *vida privada*, cuya vulneración no siempre es necesariamente correlativa con la lesión de la intimidad. Se trata, en suma, de un derecho de la personalidad, de acotamiento difícil por su propia naturaleza⁽¹⁵⁾, que en consecuencia requiere de mayores concreciones típicas en una futura ley penal que pueda articularse en su protección. Importa destacar cómo se introduce en nuestro ordenamiento la necesaria protección de la intimidad, en tanto que nuestra legislación penal viene refiriéndose sólo al secreto, y únicamente lo protege en ciertos casos.

La indicada protección a la intimidad debe realizarse mediante ley, que deberá reunir la condición de orgánica según dispone el art. 81. 1 de la Constitución. Condición que, sin embargo, no será preciso, ni por supuesto conveniente, reúna la que regula lo dispuesto en el art. 105 b) en lo relativo tan sólo al acceso de los ciudadanos a archivos, datos, etc.

Quiero destacar en este momento dos temas a mi entender de interés:

a.—La existencia de cuestiones relativas a la informática cuya regulación necesariamente debe revestir la forma de ley orgánica, por afectar a derechos y libertades, en tanto que para otras cuestiones ello no es preciso. Hay que plantearse la necesidad de clarificar estos dos campos en orden a no configurar una ley de condición material mixta, siempre problemática⁽¹⁶⁾ y en orden a evitar introducir mecanismos de difícil revisión de una leyes cuyo contenido es de previsible y rápida variabilidad por la conformación tecnológica de la materia.

b.—La conveniencia de que cualquier norma de carácter penal se conduzca a la legislación penal común, evitándose los peligros que comportan ciertas técnicas administrativas en la configuración de tipos penales, tendentes en ocasiones a articular preceptos de simple obediencia, delitos de mero peligro o, en suma, delitos formales. De esta manera, habida cuenta la evidente reserva de ley orgánica (art. 81. 1 de la Constitución) en materia penal, tal vez pueda evitarse en gran medida el problema planteado en el punto a.

3.—*Protección penal*

La protección del honor, a través fundamentalmente de los delitos de calumnia e injurias, data de antiguo por lo que se refiere a su vertiente penal. Otra cosa es su protección civil, cuyo desarrollo legislativo es de fecha reciente como veremos en el punto 4. No se puede decir lo mismo en relación con la intimidad. Su protección penal es muy parcial, referida al secreto, en tanto que existe un conjunto disgregado de normas de distinta índole que pueden reconducirse a este ámbito de la personalidad (así normas de carácter internacional, procesal, civil, etc.)⁽¹⁷⁾.

En efecto, el vigente Código penal regula de modo insuficiente el problema. Los arts. 497 a 499 contienen los preceptos relativos al descubrimiento y revelación de secretos, siendo además una regulación parcial del secreto, por como se configura el objeto y por no recoger nuevas técnicas de ataque al mismo.

En cuanto al aspecto procesal, debe destacarse la Ley 62/1978 de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, cuyo ámbito se amplía a la protección entre otros de los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar por el Real Decreto 342/1979, de 20 de febrero; delegación legislativa prevista en la Disposición final de la Ley de 1978. Obsérvese cómo el Real Decreto es posterior a la Constitución que sin duda establece una reserva de ley orgánica en esta materia. De plantearse dudas sobre su vigencia, no obstante ser un Real Decreto procedente de una delegación legislativa de ley anterior a la Constitución, habría que realizar un detenido estudio sobre la incidencia que la nueva regulación tiene en el desarrollo sustancial de los derechos y libertades fundamentales. Problema que sólo se plantearía en las previsiones jurisdiccionales de orden penal establecidas en dicha ley, por cuanto las de tipo administrativo y civil deben en cualquier caso entenderse convalidadas por la Disposición Transitoria 2.ª 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (a efectos del recurso de amparo) y por la Ley Orgánica de protección civil de mayo de 1982 (Disposición Transitoria 2.ª). Todo ello en espera del desarrollo del art. 53. 2 de la Constitución, relativo a la tutela judicial de los derechos en él previstos.

El Proyecto de Código penal de 1980 (B. O. C. de 17 de enero) se hace eco de las exigencias que se plantean desde la insuficiencia técnica de la regulación vigente en orden a proteger la intimidad, y desarrolla lo previsto en el art. 18 de la Constitución. La propia Exposición de Motivos indica:

«se da rango penal a la garantía que el artículo 18 de la Constitución previene en orden al derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, penalizando además los excesos en el uso de la informática».

Esta declaración se concreta en los arts. 196 a 199 del referido Proyecto, más precisamente en el último de los citados⁽¹⁸⁾.

Desde la valoración positiva de la protección generalizada de la intimidad, y más concretamente por las extralimitaciones en el uso de la informática, cabe a mi entender suscitar determinadas cuestiones:

1.—El art. 199 configura diversos supuestos delictivos. Los dos supuestos previstos en su párrafo primero no comportan necesariamente

una lesión al honor o la intimidad. Más aún el primero de ellos, mera grabación de datos faltando a las prescripciones legales, puede constituir un simple delito formal, en el que ni tan siquiera se ponga en peligro concreto la intimidad o el honor. Basta realizar la grabación omitiendo las prescripciones legales. Es suficiente, en suma, desobedecer lo previsto en la regulación que exista al efecto.

Ello no es así cuando se trata de *manipular* información ya obtenida. Si bien la impresión del término manipular puede plantear no pocos problemas⁽¹⁹⁾, ya se requiere en este supuesto que la conducta se haga *en perjuicio de*, lo que supone la necesaria concurrencia de un elemento subjetivo, aunque no el conocimiento o divulgación de los datos obtenidos o sus consecuencias⁽²⁰⁾. Sin embargo, como he dicho, semejantes requisitos no parecen exigirse en el primer supuesto, adelantándose en exceso la barrera de protección penal.

2.—Obsérvese cómo el art. 199 del Proyecto de Código penal configura una ley penal en blanco, al remitirse en su primer párrafo a *las prescripciones legales sobre el uso de la informática*. La problemática que suscitan las leyes penales en blanco por las exigencias propias del principio de legalidad, desde su misma dimensión constitucional⁽²¹⁾, se evidencia por la reserva de ley orgánica en materia penal y se agudiza por las dificultades e inconvenientes que reviste el dotar de semejante rango a la normativa reguladora del uso de la informática. Lo defectuoso de la remisión legal que se efectúa en el párrafo 1.º del art. 199 se pone más claramente de manifiesto si recordamos lo dicho anteriormente sobre la naturaleza del supuesto delictivo que en él se configura. Más aún, es su misma naturaleza la que requiere de dicha remisión legal, sin la que probablemente no tendrá sentido el meritado precepto.

3.—Por último, reiterar la necesaria reconducción al ámbito de la Ley penal común, de las normas relativas a la protección penal del honor y de la intimidad. En este sentido también debe reiterarse la valoración global positiva que merece el Proyecto de Código penal en esta materia (arts. 196 a 199).

A modo de conclusión, puede afirmarse que los problemas que técnicamente ofrece la regulación penal de la protección del honor y la intimi-

dad en relación con la informática, proceden de exigencias propias del principio de legalidad en materia penal. Así, por la reserva de ley orgánica, por cuanto genera reparos la confección de la norma de manera incompleta, remitiéndose a otras normas, y, en suma, por la necesaria taxatividad en la conformación del tipo legal, que en ocasiones presenta dificultades por cuanto los objetos de protección presentan límites ciertamente variables.

Es comprensible, pues, la referida dificultad en articular los preceptos en la forma señalada, si bien ello es más necesario, si cabe, cuando de bienes jurídicos personalísimos se trata, mediante la concreción de los medios de agresión, objeto material, etc., siempre en aras de la seguridad jurídica.

4.—*Sucinta referencia a la protección civil*

Por Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (B. O. E. de 14 de mayo de 1982) se regula la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Si bien no es objeto de esta comunicación la protección civil de estos derechos, sí conviene traer a colación la meritada ley en la medida en que repercute en la protección penal o se realiza una protección civil a través de ella. Brevemente enunciaré cuestiones a mi entender relevantes de dicha ley, a los efectos de esta comunicación.

a) Alusión de la exposición de motivos a la protección penal de alguno de estos derechos, el honor, en la legislación vigente, y de la intimidad en proyecto.

b) Unificación de los criterios sobre responsabilidad civil, de forma que la derivada de delito también deberá evaluarse por esta ley (art. 1, 2). Establecimiento en el art. 9. 3. de una presunción de perjuicios, que en cualquier caso, por la necesaria evaluación de los mismos, tenga una eficacia relativa.

c) Si bien cuando la conducta que atente al honor o la intimidad sea constitutiva de delito evidentemente habrá que acudir a la tutela penal de estos derechos, es lo cierto que la Ley de 1982 comporta facilitar la vía

civil, antes menguada por el cauce del art. 1902 del Código civil. De esta forma se podrá evitar una instrumentalización de la vía penal de consecuencias nefastas no ya sólo para la Administración de Justicia, sino fundamentalmente para la función misma del Derecho penal, corriéndose el peligro de llegar a una praxis que progresivamente *volatilice* los distintos requisitos que en todo caso deben concurrir para que una conducta sea constitutiva de *delito*.

5.—*A modo de conclusiones* podría afirmarse:

a).—Se constata la necesidad de adaptar la legislación penal, desde las exigencias constitucionales y a partir de lo dispuesto en el art. 18.1y 4. Hay que aclarar que este artículo en nada requiere de una *protección penal*. Cuál sea el rango de la protección constituye una decisión de política criminal.

b).—Dicha adaptación debe partir de la necesidad de conformar un nuevo objeto de protección, como es la intimidad personal y familiar, de articular los nuevos tipos legales conforme al mismo y a las nuevas modalidades de agresión, siempre con el necesario, aunque en ocasiones difícil, acomodo al principio de legalidad, tanto en su vertiente formal como en la material.

c).—Se ha introducido la unificación de los criterios de evaluación de la responsabilidad civil, se reclame directamente o derive del delito. La nueva articulación de los procedimientos y contenidos de reclamación civil, deben servir para una tutela más eficaz de estos derechos en el ámbito penal, en la medida en que se refuerza la función protectora de bienes jurídicos que el Derecho penal debe cumplir, al possibilitarse que el mismo intervenga sólo cuando efectivamente así proceda, descartándose pretensiones de otra índole.

NOTAS:

(1) Así, ATIENZA, M. (en Presentación a la traducción del libro de Marlo G. Losano: *Introducción a la informática jurídica*. Palma de Mallorca. 1982, p. 13), alude, con acierto, al «tradicional recelo de los juristas hacia el progreso tecnológico». También, no sin razón, aunque por distintos motivos PEREZ LUÑO, A. E. (*Informática y libertad. Comentario al art. 18. 4 de la Constitución*, en Revista de Estudios Políticos, núm. 24, 1981, p. 46) hace referencia a la «postura defensiva» de nuestros parlamentarios, en el debate constitucional frente a la informática.

(2) Sobre la articulación de un derecho de la informática, y más concretamente de un derecho penal de la informática, vid. LOSANO, M. G.: ob. cit. p. 75.

(3) Sobre esta normativa, véase la experiencia legislativa alemana, que se plasma en la Ley Federal de protección de datos de 1977. Ley Federal que aparece tras las que sucesivamente iban dándose en los distintos *Länder*. Sobre el tema, recogiendo también la situación en otros países, vid. PEREZ LUÑO, A. E., ob. cit. p. 35 y ss., quien pone claramente de manifiesto la necesidad de una reglamentación jurídica de la informática, FROSINI, V.: *Problemas jurídicos del desarrollo de la informática y de la información*, trad. de R. L. Soriano. Revista de Política Comparada, n.º 5. 1981, p. 29 y ss., y SERRANO ALBERCA, J. M., en *Comentarios a la Constitución*, por F. Garrido Ralla y otros. Madrid 1980, p. 244.

(4) De interés, JORGE BARREIRO, A.: *Descubrimiento y revelación de secretos. Un estudio de Derecho penal español (Arts. 497-499 del C.p. español)*, en Revista de Derecho Público, núm. 87, 1982, p. 250.

(5) Vid. por todos LOPEZ GUERRA, L.: *Las dimensiones del estado social de derecho*, en Sistema. Octubre 1980. 38-39. p. 171 y ss.

(6) Sólo desde esta perspectiva se aceptaría la posibilidad de interferir el Estado en la libertad informática por razón de defensa de la democracia, a que alude PEREZ LUÑO, A. E.: ob. cit. p. 51. Una crítica al adelantamiento de la protección penal del mismo sistema democrático, en relación con el derecho de asociación, que paradójicamente provoca una quiebra del propio sistema, en COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: *Comentario al art. 22. 2 de la Constitución*, en Derecho Penal y Constitución. Madrid 1982, p. 135: «las limitaciones o restricciones *necesarias* para la defensa de la sociedad democrática deben ser *posibles* en la misma».

(7) En relación con el tema que nos ocupa, hay que referirse también al art. 105 b) de la Constitución: «La ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas».

(8) Así, ALZAGA, O.: *La Constitución española de 1978*. Madrid 1978, p. 210.

(9) Sobre las características del debate parlamentario en este punto, vid. SERRANO ALBERCA, J. M.: ob. cit. p. 241 y PEREZ LUÑO, A. E.: ob. cit. p. 44 y ss.

(10) En este sentido véanse los comentarios a los arts. 22. 2 y 25. 2 y 3 de la Constitución de COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: ob. cit. pp. 127 y ss.; 217 y ss., y 229 y ss.

(11) BAJO FERNANDEZ, M.: *Comentario al art. 18 de la Constitución*, en Derecho penal y Constitución, cit. p. 121. Por su parte PEREZ LUÑO, A. E.: *La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978*. Revista de Estudios Políticos, mayo-junio, 1979, p. 62, ha llegado a considerarlo fragmentario e individualista.

(12) Vid. un resumen de las distintas posiciones doctrinales en BAJO FERNANDEZ, M.: ob. cit. p. 123 y ss.

(13) BAJO FERNANDEZ, M.: ob. cit., p. 101, quien destaca cómo su estimación depende de la «apreciación social».

(14) Por todos, JORGE BARREIRO, A.: ob. cit. p. 254, definición de secreto como «un hecho conocido sólo por un número limitado de personas, en cuya ocultación el afectado tiene un interés».

(15) Sobre el concepto y naturaleza de este derecho vid. SERRANO ALBERCA, J. M.: ob. cit., p. 231 y ss., BAJO FERNANDEZ, M.: ob. cit., p. 99 y ss. y VIDAL MARTINEZ, J. *En torno al concepto y naturaleza del derecho a la intimidad personal y familiar, y Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar*, en Revista General de Derecho, 1980, p. 3 y ss.

(16) La reciente ley de contrabando es de carácter orgánico, si bien contiene una Disposición final (la segunda) que permite introducir modificaciones en el Título II de la Ley mediante Ley ordinaria (Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, B. O. E. 30 de julio 1982). Ya la Exposición de Motivos del Proyecto de ley se refería a esta doble condición. No es el momento de analizar problemas que pueden plantearse al respecto, si bien el Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse. Así la S. de 13 de febrero de 1981, en relación con el Estatuto de Centros docentes (B. O. E. de 24 de febrero de 1981).

(17) Una extensa exposición de este conjunto normativo, en JORGE BARREIRO, A.: ob. cit., p. 255 y ss.

(18) Art. 196: «El que, para descubrir los secretos o la intimidad de otro sin su consentimiento, se apodera de sus papeles o cartas, o utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha o grabación del sonido o de la imagen, será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multado de seis a doce meses.

Se impondrán las penas superiores en grado si revelare a un tercero los secretos descubiertos.

El profesional que revelare los secretos de un cliente, de los que tuviera conocimiento por razón de su profesión u oficio por tiempo de dos a cuatro años».

Art. 197: «El que, por razón del trabajo que presta a otra persona, supiere los secretos de ésta y los divulgare, será castigado con la pena de arresto de siete a catorce fines de semana y multa de tres a doce meses».

Art. 198: «El que fuera de los casos permitidos por la ley, utilizando aparatos o artificios técnicos, escuchare o grabare las conversaciones privadas de otro, será castigado con las penas de arresto de siete a catorce fines de semana y multa de seis a doce meses. Se impondrán las penas superiores en grado si divulgare lo escuchado o grabado». Este precepto ha sido considerado innecesario por cuanto se estima que su contenido está ya integrado en el art. 196. Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal*, P. E. 4.^a ed. Sevilla 1982, p. 134.

Art. 199: «El que, faltando a las prescripciones legales sobre el uso de la informática, grabare datos relativos al honor o a la intimidad personal o familiar de terceros, o en perjuicio de los mismos manipulare la información legítima o ilegítimamente procesada, será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de seis a doce meses, siempre que el hecho no constituya delicto más grave.

Se impondrán las penas superiores en grado si se divulgare la información obtenida.

(19) Así, de interés, la problemática que al respecto suscita BAJO FERNANDEZ, M.: ob. cit. p. 123.

(20) Si bien no puede realizarse un paralelismo exacto entre el art. 199, pf. 1.º del Proyecto de Código Penal y su art. 196, o el art. 497 del Código penal vigente, por la diferencia del objeto material del delito, es interesante la discusión doctrinal sobre el concepto de apoderamiento del último precepto citado (a efectos de determinar el alcance de la conducta del pf. 1.º del art. 199 del Proyecto). Véase, COBO, M.: *Sobre el apoderamiento documental para descubrir los secretos de otro*. Anuario de Derecho penal, 1971.

(21) Sobre el problema de las Leyes penales en blanco en relación con el principio de legalidad y la Constitución, vid. COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: *Comentario al art. 25. 1 de la Constitución*, cit. p. 199 y ss.

LA RELACION LABORAL PENITENCIARIA

Luis Miguel CAMPS RUIZ
Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo

S U M A R I O

- I. Introducción.
- II. Sobre el carácter obligatorio del trabajo penitenciario.
- III. Modalidades del trabajo penitenciario.
- IV. La «laboralidad» del trabajo «de producción de régimen laboral».
- V. La regulación ¿provisional? de la relación laboral penitenciaria.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

- ADP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
- ALP: Actividad Laboral Penitenciaria, Boletín Informativo de OATP.
- Art.: Artículo.
- CCDT: Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo (Valencia).
- CE: Constitución Española.
- COPEL: Coordinadora de Presos en Lucha.
- CPC: Cuadernos de Política Criminal.
- CPS: Cuadernos de Política Social.
- DGIP: Dirección General de Instituciones Penitenciarias.
- ET: Ley 8/1980, de 10 de marzo (BOE de 14 de marzo) del Estatuto de los Trabajadores.
- IES: Instituto de Estudios Sociales.
- LEEA: Ley de 25 de diciembre de 1958 (BOE de 29 de diciembre), sobre régimen de las entidades Estatales Autónomas.
- LOGP: Ley Orgánica 1/1979, de 25 de septiembre (BOE de 5 de octubre), General Penitenciaria.
- LPL: Ley de Procedimiento Laboral, Texto Refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio (BOE de 30 de julio).
- LRL: Ley 16/1976, de 8 de abril (BOE de 21 de abril), de Relaciones Laborales.
- OATP: Organismo autónomo «Trabajos Penitenciarios».
- REDT: Revista Española de Derecho del Trabajo.
- REP: Revista de Estudios Penitenciarios.
- RP: Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo (B. O. E. de 23 a 25 de junio, y 31 de julio).
- RSP: Reglamento de Servicios Penitenciarios, aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1956 (B. O. E. de 15 de marzo).
- RT: Revista de Trabajo.
- TP: «Trabajos Penitenciarios».

1. El art. 2.1, c) ET incluye, entre las relaciones laborales de carácter especial, «la de los penados en las instituciones penitenciarias»⁽¹⁾.

Precedente inmediato de este precepto fue el art. 3.1, l) LRL, que enumeraba, entre tales relaciones laborales especiales, la relativa a «las actividades laborales de los internos de los centros penitenciarios en sus distintas modalidades y de acuerdo con su naturaleza respectiva». Entre la LRL y el ET existen, no obstante, algunas diferencias de interés, tanto referidas al régimen jurídico general de las relaciones laborales especiales como concernientes específicamente a la que ahora nos ocupa. De entre ellas, cabría destacar las siguientes:

1.ª) Al contrario que la LRL, el ET no contiene previsión explícita sobre la normativa a aplicar a las relaciones laborales especiales en tanto se dicten los correspondientes Decretos reguladores de cada una de ellas⁽²⁾. Con toda probabilidad, la solución ha de ser la misma que en su día estableció la LRL, en su disposición transitoria 1.ª, en el sentido de que las relaciones laborales especiales continuaban rigiéndose por la normativa que hasta el momento viniera regulándolas⁽³⁾.

2.ª) La LRL precisaba—lo que no hace el ET—que las relaciones laborales especiales eran, en todo caso, relaciones sustantivamente laborales, en la medida en que las mismas debían reunir «las características» del art. 1.1; ésto es, eran relaciones que surgían en torno a «actividades laborales voluntarias que se realicen por cuenta y dependencia ajenas». En principio, nada permite suponer que el tema haya recibido un tratamiento distinto en el ET⁽⁴⁾, de tal modo que entre las relaciones laborales calificadas por él como especiales pudiera encontrarse alguna que no tenga, sustantivamente, carácter laboral, operando por consiguiente respecto de la misma una inclusión constitutiva⁽⁵⁾. Ello no obstante, la exactitud o no de esta idea en orden al trabajo penitenciario habrá de constituir tema fundamental de la presente investigación.

3.ª) El ámbito de aplicación de la relación laboral especial referida al trabajo penitenciario se delimita de modo distinto en el ET y en la LRL.

Mientras que ésta se refería al trabajo de los *internos de los centros penitenciarios*, el ET lo hace, más restringidamente, al trabajo de los *penados en las instituciones penitenciarias*. Es claro, pues, que el ET no pretende abarcar a todos los internos, sino únicamente a los penados, lo que excluye, principalmente, a los internos preventivos⁽⁶⁾. Menos claro, por el contrario, es el significado de la sustitución de la expresión *de* por la expresión *en*; no creo que con ello se intentara necesariamente excluir el trabajo realizado *fuera* de la institución⁽⁷⁾, aunque la circunstancia de que el anunciado Decreto regulador de esta relación laboral especial no haya llegado a dictarse determina, entre otras consecuencias⁽⁸⁾, la imposibilidad de resolver con certeza esta cuestión.

II

2. El trabajo penitenciario plantea al Derecho del Trabajo el problema básico de su eventual «laboralidad». El trabajo incluido en el campo de aplicación del ordenamiento laboral ha de ser voluntario⁽⁹⁾, pero es dudoso que el trabajo penitenciario reúna esta condición, al menos en la medida imprescindible⁽¹⁰⁾. La respuesta habrá de venir, lógicamente, del propio derecho positivo.

El cuadro normativo del trabajo penitenciario ha quedado sin embargo, según se dijo, incompleto. Por consiguiente, las normas a tener en cuenta son, básicamente, la LOGP y el RP⁽¹¹⁾. Del análisis de las mismas, PALOMEQUE ha concluido recientemente, y de forma contundente, que «el trabajo de quienes cumplen en instituciones penitenciarias penas privativas de libertad conserva hoy... un carácter *obligatorio, debido o no libre*, en el sentido de que su cumplimiento, lejos de depender de la voluntad del propio recluso, puede serle impuesto por la administración penitenciaria», lo que determina la necesidad de valorar el art. 2.1, c) ET como simple «asimilación (del trabajo de los penados) a determinados efectos de la relación de trabajo»⁽¹²⁾.

3. Ciertamente, el art. 26, 1.º LOGP configura el trabajo «como un derecho y como un *deber* del interno»⁽¹³⁾. Sin embargo, el hecho de que el trabajo sea un deber del interno no excluye de plano la posibilidad de que éste lleve a cabo *un* trabajo voluntario. El mismo PALOMEQUE admite que a la conclusión del carácter no libre del trabajo penitenciario debe llegarse por otras vías distintas al art. 26, 1.º LOGP⁽¹⁴⁾. En efecto, «todos los españoles tienen el deber de trabajar», de conformidad con el art. 35.1 CE, sin que ello impida que una parte significativa de los mismos trabajen libremente, en el sentido pedido por el ET.

La explicación de todo ello se sitúa, más allá del debate sobre la naturaleza de este deber constitucional, en su compatibilidad con la libertad de elección de un trabajo determinado, con el derecho a «la libre elección de profesión u oficio», también consagrado constitucionalmente en el propio art. 35.1 CE. Cuando el ET pide, como condición para que una actividad laboral quede incluida en su ámbito de aplicación, que los servicios se presten voluntariamente, no está exigiendo que exista libertad para trabajar o para no trabajar⁽¹⁵⁾. No cabe confundir la obligación de trabajar con la obligación de contratar⁽¹⁶⁾. Lo que está pidiendo, simplemente, es que exista libertad para realizar o no la concreta prestación de servicios de que se trate. Conceptualmente, ésto es lo decisivo, hasta el punto de que se podría hablar de contrato de trabajo incluso en el supuesto de que llegaran a instrumentarse mecanismos más eficaces para el control y efectivo cumplimiento del genérico deber constitucional de trabajar.

4. No basta, pues, con la existencia de un deber de trabajar. La idoneidad del trabajo penitenciario⁽¹⁷⁾ para servir de base a un contrato o relación de trabajo la obtiene PALOMEQUE a partir de un «buen número de *ingredientes inequívocos*» de la vigente legislación penitenciaria, que, como mínimo, serían los siguientes⁽¹⁸⁾: a) La calificación como libre del trabajo que realizará el penado una vez cumplida su condena y abandonado el establecimiento penitenciario (arts. 26, 2.º LOGP y 182.1 RP), de donde por hipótesis se concluiría la negación, por contraposición, de la condición de libre al trabajo realizado dentro del establecimiento penitenciario; b) La afirmación del carácter voluntario del trabajo de los presos preventivos (arts. 29.2 LOGP y 183.3 RP), de donde se deduciría tam-

bién, por contraposición, el carácter inequívocamente obligatorio del trabajo de quienes se hallen cumpliendo penas de prisión; c) El reconocimiento de que «todos los penados tendrán la obligación de trabajar conforme a sus aptitudes físicas o mentales», salvando únicamente determinadas excepciones justificadas y taxativamente señaladas (arts. 29.2 LOGP y 183.1 RP)⁽¹⁹⁾, significaría, «sin la menor reserva», la configuración del trabajo de los penados en instituciones penitenciarias «como una prestación laboral de todo punto obligada jurídicamente».

En mi opinión, sin embargo, ninguno de estos argumentos tiene un valor concluyente, por cuanto no abordan el punto clave del problema. Los primeros, además, tienen un carácter relativo, como por lo general ocurre con los razonamientos formulados «a sensu contrario»:

a) La lectura de contrario de los arts. 26.2, c) LOGP y 182.1 RP⁽²⁰⁾ dista mucho de tener, en efecto, un sentido unívoco. La calificación como libre del trabajo a realizar una vez cumplida la condena y abandonado el establecimiento puede significar tanto que ese trabajo se realiza de forma libre o voluntaria, como simplemente que ese trabajo posterior se realiza por un sujeto libre, no sometido a pena de privación de libertad, en cuyo caso aquella calificación es absolutamente inexpresiva en orden a la cuestión del carácter obligatorio o voluntario del trabajo penitenciario—e incluso en orden a la propia naturaleza del trabajo postpenitenciario—. A este respecto, puede tener interés el dato de que la DGIP entiende por trabajo libre aquél «que se realiza fuera del control de la Administración Penitenciaria»⁽²¹⁾.

b) Trabajar no es en rigor, para los internos preventivos, algo voluntario. Ello estaría en contradicción no sólo con el art. 35.1 CE⁽²²⁾, sino también con otros preceptos de la LOGP, cuyos arts. 26.1 y 29.2 «in fine» establecen con toda claridad, respectivamente, que el trabajo es deber del *interno* (por tanto, también del preventivo), y que «*todo interno* deberá contribuir al buen orden, limpieza e higiene del establecimiento», mediante «trabajos organizados a dichos fines». Lo que es voluntario para los internos preventivos es trabajar o no en las modalidades de trabajo relacionadas en el art. 27.1 LOGP⁽²³⁾, pero no lo es el no trabajar en forma alguna. Su deber constitucional de trabajar, que desde luego la LOGP ni cancela ni puede

el art. 27.1 LOGP⁽²³⁾, pero no lo es el no trabajar en forma alguna. Su deber constitucional de trabajar, que desde luego la LOGP ni cancela ni puede cancelar, puede cumplimentarlo el interno preventivo bien realizando alguno de aquellos trabajos⁽²⁴⁾, bien realizando otro distinto⁽²⁵⁾. La conclusión a obtener «a sensu contrario puede ser muy bien, sin más, que el interno penado no tiene libertad para elegir una modalidad de trabajo al margen de las relacionadas en el art. 27.1 LOGP; pero la cuestión de si el penado es o no libre para realizar *un* trabajo de entre los listados en dicho precepto y si, en definitiva, es o no posible *un* trabajo voluntario, en el sentido pedido por el art. 1.1 ET permanece, todavía, abierta.

c) El establecimiento de una obligación de trabajar conforme a sus aptitudes físicas y mentales para todos los penados no exentados por causa justificada⁽²⁶⁾, viene recogido desde luego en el art. 29 LOGP. Pero ello no aporta nada nuevo de valor decisivo al deber de trabajar ya impuesto al penado por el art. 26, 1.º LOGP. Ninguno de los dos preceptos niega necesariamente la eventualidad de que el penado pueda realizar un trabajo voluntario. La lectura del art. 188 RP es ilustrativa al respecto, por cuanto contempla el supuesto de que los penados en régimen abierto—sometidos evidentemente al campo de aplicación de los arts. 26, 1.º y 29 LOGP—trabajen «por sistema de contratación ordinaria con las empresas libres». Si el trabajo de los penados en instituciones penitenciarias no responde a los presupuestos sustantivos de la relación de trabajo propia del ordenamiento laboral, ello habrá de derivar de otras razones; desde luego, esa supuesta incompatibilidad no se desprende tampoco del art. 29.2 LOGP^(26 bis).

III

5. De lo hasta aquí expuesto se impone a mi juicio una clara exigencia metodológica. No cabe hablar, en general, de trabajo penitenciario o de trabajo de los penados; es necesario, antes bien, diferenciar y analizar las

distintas modalidades bajo las cuales este trabajo puede presentarse, como premisa para abordar la cuestión de si respecto de alguna de ellas se da la nota de voluntariedad en su realización por el penado y, además, concurren, obviamente, las de retribución, dependencia y ajenidad.

6. De conformidad con los arts. 27.1 LOGP y 185.1 RP, el trabajo que realicen los internos, fuera o dentro de los establecimientos penitenciarios, habrá de acomodarse a alguna de estas modalidades⁽²⁷⁾:

a) Las de *formación profesional*, a las que la Administración «dará carácter preferente»⁽²⁸⁾, y que pueden a su vez desarrollarse de dos formas, según el art. 186.2 RP: 1.^a) *En régimen académico*, cuando suponga exclusivamente la preparación para una determinada actividad laboral y no esté comprendida en los sistemas de aprendizaje organizados en los sectores laborales a través de la Acción Formativa⁽²⁹⁾; 2.^a) *En régimen de trabajo o Acción Formativa*, impartida especialmente a los internos jóvenes con el fin de que puedan reintegrarse posteriormente a la sociedad con posibilidad de realizar actividades laborales normales⁽³⁰⁾.

b) Las dedicadas al *estudio y formación académica*, así como las *artesanales, intelectuales y artísticas*. Esta modalidad de trabajo se configura en el art. 186.3 RP como realizado por cuenta propia y regulado por la normativa general relativa a este tipo de trabajo, a pesar de que no parece existir mayor inconveniente para la realización por cuenta ajena de las actividades artesanales, intelectuales o artísticas⁽³¹⁾.

c) Las de *producción de régimen laboral*, cuya regulación se remite a la «legislación vigente» (arts. 27.1, c LOGP y 185.1 RP), y que se encuentra sometida, según parece desprenderse del art. 185.1 RP⁽³²⁾, al propio RP y demás disposiciones en vigor, «sin perjuicio de las normas que se dicten en desarrollo de lo establecido» en el art. 2.1., c ET (art. 191 RP)⁽³³⁾.

d) Las realizadas mediante *fórmulas cooperativas* o similares, cuya regulación se remite asimismo a la legislación vigente (arts. 27.1, c LOGP y 185.1 RP), si bien la normativa penitenciaria contiene ya algunas indicaciones respecto de su régimen jurídico⁽³⁴⁾.

e) Las *ocupacionales que formen parte del tratamiento*, las cuales no dan lugar, en principio, a una remuneración económica (art. 186.5 RP)⁽³⁵⁾.

El art. 26, 1.º LOGP configura el trabajo como «elemento esencial del tratamiento». Esta concepción del trabajo penitenciario⁽³⁶⁾ está siendo objeto de revisión en los últimos tiempos⁽³⁷⁾, y ha sido criticada por los comentaristas de la LOGP⁽³⁸⁾. Más matizado en esta línea, desde luego, es el art. 184 RP, que señala que «el trabajo tendrá la consideración de elemento fundamental del tratamiento cuando así resulte de la formulación de un programa individualizado»⁽³⁹⁾.

f) Las *prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento*, ésto es, el trabajo realizado en enfermerías, escuelas, oficinas, economatos, etc., o aquellas otras actividades realizadas por la Administración que supongan una reducción del gasto público, y que han de ser atendidas por la propia Administración (art. 186.4 RP). Estos trabajos constituyen una de las vías de ejecución de los sectores de servicio, mantenimiento o conservación del establecimiento, y pueden realizarse, de conformidad con el art. 192.5 RP, bien a través de «prestaciones personales obligatorias», bien «en régimen de trabajo productivo»⁽⁴⁰⁾.

7. A su vez, la organización del trabajo penitenciario se articula en una serie de *sectores laborales*, que son en principio⁽⁴¹⁾ los siguientes:

a) Sectores de *acción formativa*, a los que el art. 192.2 RP atribuye la finalidad de procurar la formación profesional de los internos⁽⁴²⁾; b) Sectores de *talleres-escuela*, en los que se conjuga el trabajo en prácticas con una actividad que da lugar a remuneración⁽⁴³⁾; c) Sectores *productivos*, cuyo propósito principal es la realización de una actividad laboral idéntica a la efectuada en las áreas de los trabajos libres⁽⁴⁴⁾; d) Sectores de *servicios, mantenimiento o conservación de los establecimientos*⁽⁴⁵⁾.

IV

8. Descartadas aquellas modalidades de trabajo penitenciario en las que, según se acaba de ver, no existe retribución o ajenidad/dependencia, la atención debe centrarse en el análisis de las ac-

tividades denominadas «de producción en régimen laboral». ¿Cabe decir que las mismas constituyen *un* trabajo voluntario para el penado? En mi opinión, y a pesar de las importantes lagunas en su régimen jurídico, derivadas del hecho de no haberse dictado el oportuno Decreto regulador de las mismas⁽⁴⁶⁾—presentes sobre todo, a los efectos que ahora interesan, en el tema clave del ingreso al trabajo⁽⁴⁷⁾—, la normativa vigente aporta datos suficientes para permitir una respuesta afirmativa:

a) El art. 27.1, c LOGP (como el art. 185.1, c RP) establece que esta modalidad de trabajo se regulará «de acuerdo con la legislación vigente». No parece que sea en absoluto forzar el sentido de esta remisión normativa entendiéndola hecha de modo que comprenda a la LRL, en aquel momento en vigor. Si ello es así, nos encontramos con que la LOGP remite a la LRL, la cual considera que el trabajo penitenciario puede reunir las condiciones o características de su art. 1.1, entre ellas la de comportar la prestación de una actividad laboral voluntaria⁽⁴⁸⁾.

b) El art. 26, 2.º d LOGP establece que el trabajo se organizará y planificará «de manera que satisfaga las aspiraciones laborales de los reclusos en cuanto sean compatibles con la organización y seguridad del establecimiento». Parece necesario concluir que, con esta sola limitación, debe permitirse al penado desarrollar aquella actividad laboral que desee. Si a ello se une el que el penado conserva, en cuanto sea compatible con la legislación penitenciaria, el derecho constitucional a la libre elección de profesión u oficio, la conclusión anterior favorable a la posibilidad de un trabajo voluntario se refuerza considerablemente.

c) Con nitidez incontestable, la normativa penitencia distingue entre «prestaciones personales obligatorias» y actividad laboral «en régimen de trabajo productivo» (arts. 192.5 y 204, 2.º, f RP). Si algún sentido tiene esta contraposición es, creo, el reconocimiento del carácter no obligatorio del trabajo productivo.

d) Los arts. 206.10, 208 y 210.2.A, a RP contemplan la posibilidad de la extinción de la relación laboral penitenciaria. Si ésta puede extinguirse sólo puede ser porque la misma no tiene carácter necesario. Lo cual demuestra, especialmente si se tiene en cuenta que la extinción puede pro-

ducirse por voluntad del penado trabajador⁽⁴⁹⁾, que la relación laboral no se impone obligatoriamente al penado, sino que tiene carácter voluntario para el mismo.

9. Por lo demás, hay que pensar que ésta es, sin duda, la solución más acorde con la CE. Su art. 25, referido específicamente a los penados, refuerza el genérico derecho al trabajo del art. 35.1 CE, al establecer, con mucha mayor rotundidad, el derecho «a un trabajo remunerado»⁽⁵⁰⁾, pero no insiste para nada en el deber de trabajar. Constitucionalmente, el deber de trabajar de los penados no se presenta con perfiles diversos de los que configuran el deber genérico de trabajar de todos los españoles. Si acaso, alguna especialidad podría derivarse de las exigencias del régimen penitenciario o del tratamiento. Pero éste, aunque deba pretender «la reeducación y reinserción social» del penado, no precisa necesariamente ni en todo caso del trabajo, y aún así podría ser rechazado libremente por el penado, según se vió⁽⁵¹⁾. Y las exigencias de tipo regimental probablemente se agotan en los trabajos para cubrir los sectores de servicios, mantenimiento o conservación de los establecimientos penitenciarios, más allá de los cuales comienza a planear la sombra de los trabajos forzados⁽⁵²⁾, prohibidos expresamente por el art. 25.2 CE⁽⁵³⁾⁽⁵⁴⁾.

V

10. La relación laboral penitenciaria viene referida, por consiguiente, a las actividades desarrolladas bajo la modalidad de «producción de régimen laboral», comprensiva del sector laboral «productivo» y, eventualmente, del sector laboral de «servicios, mantenimiento o conservación» (arts. 27.1, c LOGP, y 192.4 y 192.5 RP). Su régimen jurídico se regula, básicamente⁽⁵⁶⁾ en la LOGP y, sobre todo, en el RP, cuya inicial y confesada vocación de provisionalidad no parece sin embargo que vaya a cumplirse⁽⁵⁷⁾.

11. El tema del inicio de la relación laboral se remite, como ya se dijo, por el RP al anunciado pero no dictado Decreto regulador de la relación laboral especial⁽⁵⁸⁾. Ello no obstante, cabe señalar lo siguiente:

a) La determinación del sector laboral y del puesto concreto de trabajo ha de hacerse previo estudio y consejo de orientación de los equipos de observación y tratamiento (art. 193 RP)⁽⁵⁹⁾. El ingreso al trabajo se produce normalmente en los puestos de categoría inferior, salvo que no exista ya un trabajador con capacitación suficiente para el puesto superior (art. 199.5 RP). A partir de ahí, los ascensos se producen también, como regla general, de forma escalonada, a la categoría inmediatamente superior, teniendo en cuenta la formación, mérito y antigüedad (art. 199.1 RP). La acreditación de la capacidad profesional se realiza mediante exámenes periódicos ante Tribunales constituidos al efecto en la forma prevista en el art. 200 RP⁽⁶⁰⁾, y en los que la participación de los trabajadores se limita a la prevista en el art. 202.1, b RP⁽⁶¹⁾.

b) Las categorías profesionales son las previstas en el art. 194 RP a título meramente enunciativo: encargados, oficiales, ayudantes, auxiliares, subalternos y aprendices⁽⁶²⁾. Las plantillas se confeccionan en función de las necesidades de la actividad laboral, a propuesta del Maestro de Taller o, en explotaciones agrícolas, del Jefe de Labores (arts. 331, e RP y 175, 3.º, d y 175 RPS), por el Director del Establecimiento (art. 328 RP). De conformidad con el art. 197 RP, el número de encargados no puede exceder de uno por cada grupo de veinte trabajadores, mientras que el de oficiales y ayudantes depende de las exigencias del trabajo, sin sujeción a limitación prefijada similar.

c) Para el supuesto de que no sea posible la ocupación de todos los internos del establecimiento, el art. 200 RP establece un sistema de prelación. La prioridad corresponde, en primer lugar, a los internos en cuya prescripción de tratamiento individualizado se señale la necesidad de aplicación del trabajo como medio de consecución del fin propuesto. En los restantes casos, las preferencias son las siguientes: a) los internos penados sobre los preventivos; b) los jóvenes sobre los adultos, respecto de las actividades en trabajo formativo y de los cursos de formación profesional; c) los internos con obligaciones familiares, respecto del trabajo productivo, en igualdad de condiciones con otros internos; d) los internos con mayor antigüedad de permanencia en el establecimiento, con mayor capacidad laboral y con mejor conducta penitenciaria. La determinación de la

prelación corresponde a las Juntas de Régimen y Administración, valorando las circunstancias personales de los internos y teniendo en cuenta los informes emitidos por los equipos de observación y tratamiento.

12. La organización, dirección e inspección técnica de los talleres y explotaciones agrícolas corresponde al Servicio Técnico dependiente del Consejo de Administración y de la Gerencia del OATP (arts. 155 y 157 RSP). Este Servicio Técnico comprende una Sección Industrial—a cargo de un Ingeniero Industrial—y una Sección Agrícola—a cargo de un Ingeniero Agrónomo—(arts. 157 a 159 RSP).

Los concretos talleres y explotaciones agrícolas dependen del Director del Establecimiento penitenciario, que ostenta la condición de Delegado del OATP (arts. 328 RP y 172 RSP), auxiliado en su caso por un subdirector delegado de la Gerencia de TP (art. 328 «in fine» RP), así como por el Administrador del establecimiento (arts. 329 RP y 173 RSP), por los Jefes Administrativos de los Sectores Laborales (arts. 330 RP y 174 RPS), y por los funcionarios encargados de las tareas de vigilancia (arts. 332 RP y 177 RSP).

La vigilancia inmediata del trabajo corresponde al Jefe o Maestro de Taller o, en su caso, al Jefe de Labores en las explotaciones agrarias (arts. 331 RP y 175-176 RSP). Ello no obstante, el art. 198 RP permite que las personas que contraten con TP la realización de obras o servicios sean autorizadas a estar presentes en los talleres o granjas, «a fin de controlar y perfeccionar los sistemas de los trabajos productivos», asesorando o ayudando en el proceso de producción. En todo caso, «la dirección y el control de las actividades desarrolladas en régimen laboral dentro de los establecimientos corresponderá a la Administración penitenciaria», según establece el art. 31.1 LOGP; de ahí que el art. 198 RP añada que se entiende «que la superior dirección y vigilancia de tales actividades corresponde... a TP», y que, como es obvio, «los monitores representantes de las personas que contraten trabajos dependerán de éstas a todos los efectos».

13. El art. 31.2 LOGP establece que «la Administración estimulará la participación de los internos en la organización y planificación del trabajo». El régimen jurídico de esta participación se encuentra fijado, principalmente, en los arts. 202 y 203 RP.^(62 bis)

El art. 202.1 RP reconoce a los internos, en cuanto «miembros integrantes de la comunidad laboral», los siguientes derechos: a) a la información sobre el funcionamiento y la situación económica del sector laboral penitenciario en el que presten sus servicios⁽⁶³⁾; b) a conocer los sistemas y métodos empleados y resultados de los exámenes realizados a los trabajadores con vistas a la valoración de su capacidad laboral a efectos de ascensos de categoría profesional; c) a participar en la confección de los escandallos que determinen las remuneraciones por los trabajos que se programen⁽⁶⁴⁾; d) a que se les informe en cualquier momento sobre el resultado de su actividad en relación con el salario, para que puedan tener conocimiento tanto de las cantidades devengadas como de las ya percibidas⁽⁶⁵⁾.

Por su parte, al art. 203.1 establece que los internos podrán participar en la organización y planificación del trabajo de la siguiente forma: a) Aportando, individualmente o por grupos, ideas o sugerencias; b) Participando en la evaluación y análisis de los sistemas de producción y trabajo; c) Actuando como monitores-auxiliares de sus propios compañeros de trabajo, cuando tenga la categoría profesional adecuada para ello; d) Formando parte de la organización de los programas de formación y perfeccionamiento profesional; e) Integrando los equipos encargados del control y mantenimiento de los sistemas de seguridad e higiene en el trabajo⁽⁶⁶⁾. A tales efectos se celebrarán reuniones mensuales, dirigidas por un miembro cualificado del equipo de observación y tratamiento y con asistencia del Jefe Administrativo y del Maestro de Taller, con un orden del día prefijado (art. 203.2 RP), y desarrolladas fuera de la jornada normal de trabajo (art. 203.5 RP). Las «orientaciones y recomendaciones» resultantes de la reunión se elevan a la Dirección del Establecimiento para su estudio por los servicios técnicos correspondientes y adopción, en su caso, del acuerdo de elevar las pertinentes «sugerencias» a la Gerencia de TP, quien las informará y trasladará al Consejo de Administración del OATP «siempre que supusiesen modificación significativa en la organización y planificación o en la creación de nuevos métodos de trabajo» (art. 203.3/4 RP).

14. La materia relacionada con la seguridad e higiene en el trabajo se remite por el art. 204 RP «a lo dispuesto en la normativa reguladora de la

relación laboral penitenciaria y en la Ordenanza General de Seguridad e Higiene del Trabajo»⁽⁶⁷⁾.

Ello no obstante, el propio art. 204 RF contiene algunas previsiones «a fin de garantizar la inexistencia de riesgos laborales», encomendando la responsabilidad de los sistemas de protección y defensa a los Maestros de Talleres y Jefes de Labores de los sectores laborales en que aquellos estén instalados, bajo la supervisión de los Jefes Administrativos, y con la participación de equipos de internos que ostentan la condición de trabajadores auxiliares de los funcionarios de vigilancia, en orden al control de instalaciones, maquinaria, herramientas, etc. Asimismo, se ordena el control y revisión de las instalaciones eléctricas, medios de extinción de incendios, servicios higiénicos, elementos de protección, etc.; al finalizar el trabajo, y tras el recuento y ordenación de las herramientas, el funcionario de vigilancia debe girar visita a las instalaciones para comprobar la inactividad de máquinas, instalaciones eléctricas y de conducción de agua⁽⁶⁸⁾.

15. El art. 205.1 RP remite la realización y organización de la jornada laboral, el horario, las horas extraordinarias⁽⁶⁹⁾, el descanso semanal, los permisos y las vacaciones a «lo dispuesto en la normativa de las relaciones laborales penitenciarias, reguladas de acuerdo con la LOGP⁽⁷⁰⁾ y el ET». Esta mención permite pensar que, aun en defecto de la citada normativa, al penado trabajador le son de aplicación las disposiciones del ET relativas al tema, puesto que el art. 33.1 b LOPG establece que «la jornada de trabajo no podrá exceder de la máxima legal»⁽⁷¹⁾. Por otra parte, el propio RP contiene algunas reglas sobre la materia, reiterando en ciertos casos las del ET: a) El trabajo nocturno se retribuirá con un recargo del 25 % y las horas extraordinarias con un incremento del 75 % sobre el salario correspondiente a cada hora ordinaria (art. 206.7); b) El salario de los días de descanso se calculará sobre el promedio del devengado durante los siete días laborales precedentes⁽⁷²⁾, y el del período de vacaciones sobre el promedio diario del devengado durante el año anterior o proporcionalmente a los días trabajados⁽⁷³⁾ (art. 206.6); c) Los permisos⁽⁷⁴⁾ y vacaciones de los internos trabajadores—que pueden disfrutar en régimen de descanso en el interior de los establecimientos o en el exterior, coincidiendo con los permi-

sos de salida⁽⁷⁵⁾, en cuyo caso se procurará que en lo posible éstos se adecúen al período de descanso de las familias de los trabajadores—están condicionados a las orientaciones del tratamiento y a las necesidades del trabajo en los sectores laborales.

De conformidad con el art. 205.2 RP, la jornada, el horario y las horas extraordinarias serán valorados, en razón a los tiempos reales realizados, a efectos laborales, económicos y de aplicación de los beneficios penitenciarios⁽⁷⁶⁾. El control de la asistencia y permanencia del trabajador en su puesto se atribuye a los funcionarios de vigilancia en los sectores laborales (art. 332.2 RP).

16. El trabajo directamente productivo da derecho a remuneración, según establece el art. 27.2 LOGP. En el supuesto de que el salario se determine en función del tiempo de trabajo, el módulo vendrá fijado por la cuantía del salario mínimo interprofesional, cuyas vicisitudes seguirá (art. 206.1 RP), y se entiende referido a la jornada máxima legal y al rendimiento normal en el trabajo, por lo que será corregido proporcionalmente si la jornada o el rendimiento son inferiores (art. 206.2 RP); e igualmente si el rendimiento exigido es superior al habitual (art. 206.3 RP⁽⁷⁷⁾).

Se admite la posibilidad de que el salario se calcule por sistema mixto, atendiendo conjuntamente al tiempo y al resultado, calculándose la prima en tal caso según lo previsto en el art. 202.1, c RP, y sin que en ningún caso la remuneración total pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional (art. 206.4 RP). El salario «escandallado por el sistema de rendimiento a destajo» debe calcularse con el incremento necesario para cubrir la remuneración correspondiente a las vacaciones y gratificaciones extraordinarias, así como a los descansos, que será retenida para ser abonada en su momento (art. 206.9 RP).

El RP contempla también complementos salariales por antigüedad, sin especificar cuantía (art. 206.5), gratificaciones extraordinarias en número de dos por año y calculadas sobre el salario promedio mensual en el semestre anterior (art. 206.8), y una participación en los beneficios obtenidos anualmente en los respectivos sectores laborales (art. 209⁽⁷⁸⁾).

En el caso de extinción o suspensión de la relación laboral, así como en el supuesto de liberación o traslado del interno a otro centro, se practi-

cará la liquidación oportuna de las cantidades que tuviera devengadas el trabajador por todos los conceptos en la parte proporcional que correspona (art. 206.10 RP)⁽⁷⁹⁾.

Por otra parte, el salario del penado goza de idéntica protección en cuanto a su eventual embargo que la propia del salario de un trabajador ordinario (arts. 33.2 LOGP y 185.3 RP).

La disponibilidad del salario está limitada por las disposiciones relativas al «peculio de libre disposición» y al «fondo de ahorros». De un lado, el salario de los internos preventivos se integra en el citado peculio⁽⁸⁰⁾, con el que pueden atender a los gastos permitidos solicitando «una cantidad prudencial» fijada en atención a criterios de seguridad y orden del establecimiento; así como ordenar transferencias a otras personas, familiares o no, o—con carácter voluntario—al fondo de ahorros. De otro lado, el salario de los internos penados se destina también al peculio de libre disposición, salvo un 20 % que obligatoriamente se integra en el fondo de ahorros, cuyo objeto es permitir hacer frente a los primeros gastos en el momento de la salida en libertad (arts. 409 y 412 RP)⁽⁸¹⁾.

17. El nivel de los salarios en el trabajo penitenciario es notablemente inferior al de trabajo «libre». En el año 1980, los 1848 penados trabajadores en régimen interno devengaron salarios por un importe total de 169.295.989 Ptas., lo que supone un salario medio individual de 91.610 Ptas. anuales⁽⁸²⁾. Es de destacar que el salario de los trabajadores empleados por el sistema de explotación propia fue sensiblemente superior al de los empleados por el sistema de venta de servicios (respectivamente, 125.132 y 85.011 Ptas. anuales)⁽⁸³⁾.

Esta situación ha sido explicada por la administración penitenciaria en base a diferentes causas, que redundan en la baja productividad del trabajo penitenciario: equipamiento defectuoso de los medios laborales penitenciarios, inexistencia de canales comerciales, dispersión de áreas laborales e imposibilidad de crear grupos diferenciados y determinados en orden al trabajo, imperfección de los mandos de empresa, movilidad constante de las plantillas de trabajadores, ambiente laboral deteriorado psicológicamente, composición del colectivo laboral significado por la tendencia a la falta del rendimiento en el trabajo, imposibilidad de cumplir un ho-

rario laboral rentable, etc.⁽⁸⁴⁾. Sin negar de plano de todo ello, desde perspectivas más críticas se ha señalado, sin embargo, que «en la realidad, mucho antes que la finalidad instructiva se persigue (con el trabajo penitenciario) una función meramente utilitaria y, así, los presos trabajadores son empleados como mano de obra barata en la construcción de viviendas o han sido utilizados por empresas conocidas para incrementar sus beneficios...»⁽⁸⁵⁾.

18. La disciplina del trabajo se regula en los arts. 210 a 212 RP. El art. 210.1 considera que las acciones que ponen de manifiesto «significado espíritu laboral» son dignas de recompensa; así, el alto rendimiento, el especial esmero, la destacada laboriosidad, el interés del aprendiz en su formación, y el comportamiento extraordinario.

El art. 210.2 clasifica las faltas en que pueden incurrir los internos en el desarrollo del trabajo en muy graves, graves y leves. Entre las primera, destaca la ya reseñada remisión a «las comprendidas en la normativa reguladora de la relación laboral penitenciaria en lo referente a las causas de extinción de ésta», así como insubordinación individual y colectiva frente a la actividad laboral, las coincidentes con la normativa general sobre faltas relativas a las relaciones con funcionarios o personas relacionadas con el trabajo, la sustracción de herramientas o destrucción de instalaciones o productos, etc.; entre las segundas, la no asistencia al trabajo o el abandono de éste sin causa justificada, establecer riñas o altercados con otros trabajadores, etc.; entre las últimas, en fin, «todas aquéllas que por su escasa importancia y trascendencia en la actividad laboral no deban considerarse como graves».

Las recompensas y correcciones a que puedan dar lugar las anteriores conductas, así como la prescripción y caducidad de las infracciones y faltas cometidas por los internos, se regulan por el régimen general disciplinario (arts. 211 y 212 RP), establecido en los arts. 104 a 132 RP⁽⁸⁶⁾.

19. Las cuestiones contenciosas de carácter individual surgidas como consecuencia de la actividad laboral penitenciaria⁽⁸⁷⁾ se rigen por la LPL (art. 213 RP), considerándose como domicilio del recluso trabajador, a efectos de determinar la competencia territorial de los tribunales u orga-

nismos que hayan de intervenir en las reclamaciones, el del establecimiento penitenciario en que aquellos estuvieran internados (art. 216 RP).

La defensa de sus derechos e intereses laborales es asumida por el propio interno individualmente (art. 214 RP), compareciendo—si es menor de dieciocho años—por medio de sus representantes legítimos o, en ausencia de éstos, según disponga el Juez de Vigilancia (art. 215 RP), previa reclamación o conciliación en vía administrativa (art. 214 RP). La reclamación previa a la vía judicial establecida en el art. 49 LPL⁽⁸⁸⁾ se dirigirá bien contra el Consejo de Administración del OATP—cuando la relación jurídica hubiera quedado establecida con él, conforme al art. 78 LEEA—, bien contra el Ministerio de Justicia—si la relación se estima mantenida directamente con ella—(art. 217 RP).

NOTAS:

(1) La población interna en los establecimientos penitenciarios españoles durante 1980 se cifró, en media mensual, en 16.865 personas, con un índice medio mensual de internos trabajadores de 2.188, de los cuales 1.848 en régimen interno, 391 en régimen abierto, y 47 en régimen de formación profesional, según datos de la DGIP, *Informe General 1981*, Alcalá de Henares (Imprenta Talleres Penitenciarios) 1981, pp. 155-156. Al 31 de diciembre de 1981, la población reclusa total se elevaba a 21.264 personas, de las cuales se hallaban en establecimientos penitenciarios con talleres en actividad 17.762, siendo el total de la población reclusa trabajadora de 2.841; la facturación total acumulada en 1981 de OATP fue durante ese ejercicio de 343.353.000 Ptas., con unos beneficios de 28.904.000 Ptas. (datos de ALP, 1981, núm. 4, p. 317. En declaraciones efectuadas al diario «EL PAIS» (13/XI/1981), el Director General de Instituciones Penitenciarias, Enrique GALAVIS señalaba que «debería trabajar el 80 % de esta población (reclusa) y sólo lo hace el 10 % actualmente».

(2) La disposición adicional 2.^a ET estableció que «el Gobierno, en el plazo de dieciocho meses, regulará el régimen jurídico de las relaciones laborales de carácter especial», lo que debía hacerse respetando «los derechos básicos reconocidos por la Constitución» (art. 2.2 ET).

(3) A pesar de que el ET contiene algún indicio en favor de una solución contraria. Sobre el tema, cfr. mi trabajo *El Estatuto de los Trabajadores y la normativa anterior sobre las relaciones laborales individuales*, Madrid (IES) 1981, p. 30-31.

(4) Véase mi comentario al art. 2 ET en ALBIOL *ela*, *El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (EDERSA) 1981, p. 32.

(5) En el sentido propuesto por VILLA GIL, en *Apuntes sobre el concepto de trabajador en el derecho español*, en CCDT, 1972, núm. 4, pp. 14 y ss.

(6) El art. 29.2 LOGP permite no obstante a los internos preventivos trabajar en las mismas condiciones que los penados. Sobre el tema, *infra*, núm. 4, b). De los 18.253 internos existentes al 31 DE DICIEMBRE DE 1980, sólo 7.458 (40'85 %) eran penados, mientras que 10.795 (59'15 %) eran procesados (DGIP, *Informe General 1981*, cit., p. 82).

(7) Así lo entendí ya en *El Estatuto de los Trabajadores y la normativa...*, cit., p. 33. El art. 188 RP remite sin embargo el trabajo externo a la normativa laboral ordinaria, reservando a la Dirección del establecimiento penitenciario únicamente facultades de tutela y comprobación de la relación laboral, cuyas especialidades quedan limitadas a la posibilidad de que la modificación del estatuto del interno determine la extinción del contrato de trabajo, y a las repercusiones del despido disciplinario procedente del interno y de la extinción voluntaria por éste del contrato en su propia situación penitenciaria.

(8) El agotamiento del plazo señalado al Gobierno en la disposición adicional 2.^a ET para dictar este Decreto determina, asimismo, la caducidad de la habilitación reglamentaria. Esta conclusión es ya inevitable a partir de la CE; sobre el tema, cfr. PALOMEQUE, *la relación laboral de los penados en las instituciones penitenciarias*, en REDT, 1982, núm. 9 p. 570. Por consiguiente, será necesaria una nueva Ley que o bien establezca una nueva habilitación o bien—lo que sin duda sería preferible—regule directamente esta relación laboral especial. De cualquier forma, el hecho de que el Gobierno no haya cumplimentado aquella habilitación permite obviar en este momento la cuestión de la adecuación constitucional de la misma, adecuación que, desde luego, ofrece serias dudas, que ya puse de manifiesto en ALBIOL e/a, *El Estatuto de los Trabajadores*, cit., pp. 35 y 37-42.

(9) El art. 1.1 ET reitera lo establecido al respecto por el art. 1.1 LRL.

(10) No hace falta insistir aquí en los condicionantes, generalmente de índole económica pero también en algún caso estrictamente jurídica (piénsese, por ejemplo, en las consecuencias que para el trabajador en paro subsidiado puede acarrear el rechazo de una «oferta de empleo adecuada»), que limitan en todo caso la voluntariedad del trabajo. Para VILLA GIL la libertad de trabajo hay que entenderla, limitadamente, en el siguiente sentido: a) libertad—de hecho cuando menos—para trabajar o para no trabajar; b) libertad—si se acepta la realización de un trabajo—para elegir una o varias—alternativa, simultánea o sucesivamente—de entre las actividades profesionales; c) libertad para iniciar, interrumpir, reanudar o abandonar el trabajo en cualquier momento (en *La inclusión de los penados en el Derecho del Trabajo*, REP, 1967, núm. 178-179, p. 386).

(11) La disposición final 2.^a LOGP dejó en vigor, hasta tanto no se promulgara el RP y en la medida en que no se opusiera a la propia LOGP, el RSP. Promulgado el RP, su disposición transitoria deroga los Títulos I (relativo a la organización y régimen penitenciario) y II (relativo a los servicios de oficina, administración y contabilidad), así como el Capítulo VI (relativo a recompensas y correcciones; expedientes gubernativos; recursos; invalidación de notas y Tribunales de Honor) del Título III (relativo a los Funcionarios de Prisiones) del RSP. Ello no obstante, la disposición transitoria 2.^a RP deja provisionalmente en vigor: a) Los arts. 65 a 73 RSP, sobre redención de penas por el trabajo, en tanto continúe la vigencia del art. 100 CP; b) Los arts. 150, 152, 153, 155 a 180, y 183 RSP, sobre régimen de trabajo penitenciario, en tanto no se promulgue una nueva normativa reguladora del OATP; c) Los arts. 207 a 214 RSP, sobre el Patronato Central de Nuestra Señora de la Merced, en tanto no se promulgue la nueva normativa sobre la Comisión de Asistencia Social regulada en los arts. 74 y 75 LOGP. A su vez, la disposición transitoria 3.^a RP mantiene en vigor el resto del Título III

RSP (excluido su Capítulo VI), hasta tanto se promulgue el futuro Estatuto de Funcionarios de Instituciones Penitenciarias, adaptado a la futura ley reguladora de la Función Pública.

(12) En *La relación laboral...* cit., pp. 553 y 566. En sentido similar, MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Madrid (Tecnos), 4.ª ed., 1981, p. 441; también VILLA GIL, *La inclusión de los penados...*, cit., p. 388.

(13) También como «un elemento fundamental del tratamiento». Sobre el tema, *infra*, núm. 6, e).

(14) «al margen de semejante referencia», indica textualmente en *La relación laboral...*, cit., p. 557.

(15) No comparto pues el criterio sobre el tema de VILLA GIL (*supra*, nota 10).

(16) Como ya señalaba SUAREZ GONZALEZ en *El origen contractual de la relación de trabajo*, CPS, 1960, núm. 48, pg. 115. Esta misma distinción entre libertad de trabajo y libertad de contratación en BORRAJO DACRUZ, *La teoría de la relación de trabajo en el Fuero del Trabajo*, RT, 1963, núm. 2, pp. 202-203.

(17) Cuyas condiciones señala el art. 26, 2.º LOGP: a) No tendrá carácter afflictivo ni será aplicado como medida de corrección; b) No atentará a la dignidad del interno; c) Tendrá carácter formativo, creador o conservador de hábitos laborales, productivo o terapéutico, con el fin de preparar a los internos para las condiciones normales del trabajo libre; d) Se organizará y planificará, atendiendo a las aptitudes y cualificación profesional, de manera que satisfaga las aspiraciones laborales de los reclusos en cuanto sean compatibles con la organización y seguridad del establecimiento; e) Será facilitado por la Administración; f) Gozará de la protección dispensada por la legislación vigente en materia de Seguridad Social; g) No se supeditará al logro de intereses económicos por la Administración.

(18) En *La relación laboral...*, cit., pp. 557-558.

(19) Estas excepciones son las siguientes: a) Los sometidos a tratamiento médico por causa de accidente o de enfermedad, hasta que sean dados de alta; b) Los que padezcan incapacidad permanente para toda clase de trabajos; c) Los mayores de sesenta y cinco años; d) Los perceptores de pensiones de jubilación; e) Las mujeres embarazadas durante las seis semanas anteriores a la fecha prevista para el parto y las ocho posteriores al alumbramiento; f) Los internos que no puedan trabajar por razón de fuerza mayor (arts. 29.1, 2.º LOGP y 183.2 RP).

(20) O del art. 192.4 RP, que también utiliza la misma expresión «trabajo libre».

(21) *Informe General 1981*, cit. p. 141. En este *Informe* se alude también, por otra parte, a «la voluntariedad de la actividad laboral» que da derecho a un salario. (p. 159).

(22) Contradicción advertida por los comentaristas de la LOGP. En este sentido, cfr. BUENO ARUS, *Notas sobre la Ley General Penitenciaria*, REP, 1978, núm. 220-223, p. 128; idea que este mismo autor reitera en su *Estudio Preliminar* a la obra de C. GARCIA VALDES, *La reforma penitenciaria española. Textos y materiales para su estudio*, Madrid (Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense), 1981, p. 26, donde indica que el hecho de que el art. 35 CE establezca un deber general de trabajar hace «incomprensible que aún se mantenga como *potestativo* para los sometidos a prisión preventiva».

(23) La posibilidad que se concede al interno preventivo para no trabajar en la forma prevista en el art. 27.1 LOGP sólo puede explicarse, y de modo no excesivamente convincente, en virtud de reminiscencias del ya superado sentido punitivo del trabajo penitenciario, o bien en virtud de la conexión entre trabajo y tratamiento penitenciario (sobre el tema, *infra*, núm. 6, e). Para BUENO ARUS

(*Los derechos y deberes del recluso en la Ley General Penitenciaria*, REP, 1979, núm 224-227, pp. 19-20), la explicación está en «una interpretación equivocada del principio de presunción de inocencia, ya que el trabajo no puede considerarse como parte específica de la pena...» o en «la consideración, asimismo equivocada... de que el trabajo es en sí algo afflictivo». De cualquier modo la exclusión no es nueva (ya estaba en el art. 13 RSP: «...podrán ocuparse en trabajo de su elección... siempre que no perjudiquen el orden, régimen y seguridad de la Prisión...»), y tiene además el apoyo de documentos internacionales (art. 89 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa) y del ejemplo de los ordenamientos comparados (art. D. 62 del Código de Procedimiento Penal francés; art. 63.2 del Reglamento belga). Cfr. GARCIA VALDES, *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Madrid (Ed. Civitas), 1980, p. 80, y BUENO ARUS, *Los derechos y deberes...*, cit., p. 19. Para un análisis de las modalidades de trabajo contempladas en el art. 27.1 LOGP, véase, *infra*, núm. 6.

(24) El preventivo puede optar, en efecto, por tabajar en la forma prevista en el art. 27.1 LOGP, en cuyo caso lo hará «en las condiciones y con los efectos previstos en esta Ley», y la Administración del establecimiento la «facilitará los medios de ocupación de que disponga» (art. 29.2 LOGP). Su efectiva posibilidad de trabajar viene limitada por las preferencias para el empleo establecidas en el art. 201 RP (Sobre el tema, véase, *infra*, núm. 11, c).

(25) En este caso, la administración penitenciaria viene obligada a permitir procurárselo «a sus expensas... siempre que sea(n) compatible(s) con las garantías procesales y la seguridad y buen orden de aquél» (art. 29.2 LOGP).

(26) Véase, *supra*, la nota (19).

(26 bis) El fundamento jurídico-material de la obligatoriedad del trabajo penitenciario lo sitúa PALOMEQUE en su condición de «ingrediente propio de la pena» y en «la finalidad rehabilitadora que a ésta se le atribuye por la Constitución» (En *La relación laboral...*, cit., p. 553); sin embargo, el trabajo no puede considerarse parte de la pena (art. 25 CE y *supra*, nota 23), y tampoco viene exigido necesariamente en todos los casos por el tratamiento penitenciario (*infra*, núms. 6, e y 9).

(27) Pese al aparente carácter cerrado de la lista del art. 27.1 LOGP, los penados internos pueden trabajar, si están en situación de régimen abierto, también mediante contratos con «empresas libres» (art. 188 RP), modalidad ésta de difícil encaje en aquella lista—incluso en las actividades de producción en régimen laboral—.

(28) Y como tal se califica como «básica en el proceso de la actividad laboral». Cfr., sin embargo, los datos recogidos en la nota (1). Sobre el tema puede verse CURIEL MOZO, *La formación profesional del recluso*, en REP, 1973, núm. 200-203, pp. 222-231.

(29) En cuyo caso la formación profesional se registrará por los planes elaborados de acuerdo con la legislación vigente y en los centros autorizados por el Ministerio de Educación y Ciencia, o por identificación con los sistemas docentes planificados por éste, siempre que la Administración Penitenciaria imparta este tipo de enseñanzas con autonomía, organización y aplicación de fondos públicos (art. 186.2, b RP).

(30) Y sin perjuicio de la atención a la formación profesional de los adultos a través de cursos determinados por el sistema de Acción Formativa. La formación profesional así alcanzada dará lugar a la correspondiente titulación, extendida por institución docente laboral de la circunscripción territorial donde se encontrase el establecimiento penitenciario, y con el mismo valor que la extendida en general por dicha institución (art. 186.2, c RP). Esta instrucción profesional es obligatoria para los internos penados que la requieran (art. 186.2, d RP), y voluntaria para los internos preventivos que voluntariamente la acepten (*supra*, núm. 4, b); en el caso de que éstos obtengan la li-

bertad antes de concluir su formación, y siempre que hubieran superado la mitad del proceso, se les permitirá el acceso al centro para continuarlo (art. 186.2, e RP, que propugna también que la programación de los cursos para preventivos tenga en cuenta la permanencia estimada de los mismos en el establecimiento y se oriente preferentemente hacia la formación profesional acelerada e intensiva).

(31) Criterio que ya avancé en *El Estatuto de los Trabajadores y la normativa...*, cit., p. 33.

(32) El art. 186.1 RP se refiere, en realidad, al «trabajo directamente productivo», pero con toda probabilidad, y a los efectos que ahora interesan, las distintas locuciones no suponen inconveniente a la afirmación hecha en el texto.

(33) La disposición transitoria 4.^a RP insistía en que el Gobierno debería promulgar «una normativa de la relación laboral penitenciaria», conforme al art. 2.1, c ET, añadiendo que «en tanto no se promulgue dicha normativa se aplicarán los preceptos contenidos en el presente Reglamento, referidos a la relación laboral penitenciaria, con carácter provisional».

(34) El art. 32 LOGP (cfr. también el art. 203.6 RP) establece que «los internos podrán formar parte del Consejo Rector y de la Dirección o Gerencia de las cooperativas que se constituyan. La Administración adquirirá la cualidad de socio de aquéllas, contribuyendo a la consecución del correspondiente objeto social de conformidad con la legislación vigente». Y el art. 34 de la misma LOGP (cfr. también los arts. 213 y 214 RP) señala que «los internos, en cuanto... socios cooperadores, asumirán individualmente la defensa de sus derechos e intereses... cooperativos, que ejercerán ante los Organismos y tribunales competentes, previa reclamación o conciliación en vía administrativa y en la forma que reglamentariamente se determine». Sobre el tema, y con un pronóstico poco favorable a la institución cooperativa en el ámbito penitenciario, ZAPATERO SAGRADO, *El cooperativismo penitenciario: una opción de futuro*, en REP, 1978, núm. 220-223, pp. 207-211.

(35) Salvo, según parece, en los supuestos especiales a que se refiere el art. 187 RP, que alude al trabajo terapéutico «que implique derecho a remuneración», estableciendo que el mismo deberá ser programado y controlado por el Médico del Establecimiento o el miembro del Equipo que corresponda, y, en relación a dicha remuneración, deberán ser informados (los internos) a fin de que presten su conformidad. Sobre estos equipos de tratamiento, cfr. el art. 69 LOGP y los arts. 269 y ss. RP.

(36) Presente con gran claridad, por ejemplo, en la Circular de la DGIP de 14 de marzo de 1977, dictada en aclaración de la O. M. de 4 de octubre de 1975 (BOE de 16 de octubre), sobre interpretación del art. 50, d RSP en relación al Convenio de la OIT núm. 105, sobre abolición del trabajo forzoso: «...los llamados delincuentes políticos o por convicción política o ideológica ofrecen en general unas características especiales, porque para ellos el trabajo no tiene por qué ser el indispensable instrumento del tratamiento penitenciario... sino únicamente una de las formas de combatir el ocio».

(37) Cfr., por ejemplo, GARCIA RAMIREZ, *La prisión*, México (Instituto de Investigaciones de la Universidad Nacional Autónoma) 1975, para quien «el mero hecho de laborar nada aporta al tratamiento y acaso, en veces, le resta eficacia» (p. 74). Sobre el tema, en general, LOPEZ RIOCEREZO, *El trabajo penal medida de reeducación y corrección penitenciaria*, en ADP, 1963, enero/abril, pp. 37 y ss.

(38) Para GARCIA VALDES, ello «significa volver a la superada concepción... que convertía muchas de las actividades que, en puridad, eran tan sólo regimentales, en tratamiento penitenciario», y supone «una generalización que no corresponde a la realidad y a la propia sistemática de la Ley General Penitenciaria»; «distinto y correcto, a la vez, es que el trabajo, en su modalidad de

formación profesional, como tratamiento se encuentre recogido en el art. 66.3; pero la fórmula genérica mencionada *in fine* en el párrafo inicial del art. 26 es una de las escasas deficiencias técnicas del texto legal» (en sus *Comentarios...* cit., pp. 75-76). Para BUENO ARUS, ello «resulta equívoco y supérfluo, ya que el trabajo puede formar parte del tratamiento, pero no necesariamente» (en su *Estudio Preliminar...*, cit., p. 26).

(39) La realización de estos trabajos conectados al tratamiento es, en cualquier caso, inequívocamente voluntaria. El art. 4.2 LOGP establece al efecto que «se procurará fomentar la colaboración de los internos en el tratamiento penitenciario con arreglo a las técnicas y métodos que les sean prescritos en función del diagnóstico individualizado», y su redacción fue la consecuencia de la aceptación de diversas enmiendas presentadas al art. 3.1 del texto del Proyecto (que incluía entre los deberes del interno el de «colaborar en el tratamiento penitenciario») por parte de los Grupos Parlamentarios Socialistas del Congreso, Socialistas de Cataluña y Comunista, motivadas precisamente en la idea de que el tratamiento no puede imponerse, sino que ha de contar con la colaboración voluntaria del interno (Cfr. GARCIA VALDES, *La reforma penitenciaria...* cit., pp. 63-68). La idea se reitera en el art. 61 LOGP y, con gran rotundidad, en el art. 239.3 RP: «el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de *cualquier* método de tratamiento».

(40) Para la realización de estas actividades en régimen de trabajo productivo se requiere que «la actividad laboral sea continua», si bien pueden desarrollarse tanto con dedicación exclusiva y jornada ordinaria, como en régimen de trabajo a tiempo parcial (art. 192.5 RP).

(41) El art. 192.1 RP parece admitir la posibilidad de que existan otros «sectores», al considerar los cuatro que menciona como «fundamentales».

(42) Todo lo cual de acuerdo con los ciclos y programas que para esta clase de actividad establezca el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o los que por similitud organice la Administración penitenciaria. Y siempre en orden a impartir los conocimientos precisos para la iniciación de una actividad laboral o para el perfeccionamiento de la misma, a través de cursos sucesivos.

(43) De acuerdo, según añadía el art. 192.3 RP, con las normas reguladoras de las relaciones laborales penitenciarias.

(44) Con el fin, añade el art. 192.4 RP, de que los internos, una vez adquirida la formación profesional y superado el trabajo en prácticas, tengan la oportunidad de integrarse, en el momento de su reinserción social, a puestos de trabajo en el ámbito laboral exterior, pero siempre «sin prescindir de las orientaciones y fines del trabajo penitenciario».

(45) Los cuales dependen a todos los efectos de la Administración penitenciaria y pueden atenderse, según se dijo (*supra*, núm. 6, f) a través de prestaciones personales obligatorias o en régimen de trabajo productivo (art. 192.5 RP).

(46) No comparto pues el criterio de ALONSO OLEA, en el sentido de que el RP hizo innecesario tal Decreto. Cfr. su *Derecho del trabajo*, Madrid (Facultad de Derecho), 7.ª ed. rev. 1981, p. 805.

(47) Tema en el que la LOGP no entra, y que el art. 193 RP remite a «lo dispuesto en la normativa de las relaciones laborales penitenciarias».

(48) Esta remisión de la LOGP a la normativa laboral descarta, en mi opinión, cualquier problema derivado de la condición de ley orgánica de la LOGP frente a la simple condición de ley ordinaria del ET, sobre todo si se advierte que la LOGP es, como mínimo, inexpressiva respecto a la voluntariedad o no de esta modalidad de trabajo penitenciario, según creo haber puesto de manifiesto (*supra*, núm. 4), lo que excluye la hipótesis de conflicto entre la LOGP y el ET (y, con mayor razón, entre éste y el RP, de cualquier forma salvada por su carácter de regulación provisional frente a la normativa laboral). Sobre este tema, PALOMEQUE, *La relación laboral...*, cit., pp. 564 y ss.

(49) El art. 206.10 RP se refiere explícitamente al «caso de que los internos trabajadores *extingan* la relación laboral (o) la suspendan». El art. 208 RP, al contemplar el supuesto de extinción de la relación laboral «por causas no imputables al trabajador» está delimitándolo del supuesto diverso de extinción por causa imputable; poco importa, a los efectos que ahora interesan, que esas causas imputables al trabajador constituyan o no una infracción o incumplimiento por su parte: lo que importa es que la extinción efectivamente se produzca. De ahí que la hipótesis de despido disciplinario, perfectamente perceptible en la calificación por el art. 210.2.A, c RP como faltas muy graves de «las comprendidas en la normativa reguladora de la relación laboral penitenciaria en lo referente a las causas de extinción de éstas», sea incompatible con la eventualidad de que esa relación laboral sea obligatoria para el trabajador, puesto que ello excluye de plano una sanción que, a la postre, suprime o cancela aquella supuesta obligación.

(50) Es forzoso concluir por ello que la actual situación de subempleo (véase, *supra*, la nota 1) pugna abiertamente con las exigencias constitucionales, e incluso con la propia LOGP, que establece que el trabajo «será facilitado por la Administración» y «no se supeditará al logro de intereses económicos por la Administración» (art. 26, letras e y g). De ahí también las serias objeciones que suscita el art. 201 RP, que al establecer normas sobre prelación y preferencias para acceder a puestos de trabajo «en el caso de imposibilidad de conseguir el pleno empleo», no lo hace, al menos, en términos de inequívoca provisionalidad o transitoriedad.

(51) *Supra*, núm. 6, e), y nota 39.

(52) En este sentido, MORENA VICENTE señala que «la implicación de los penados a la aplicación de su tratamiento parece ser la razón penitenciaria de la imposición de la obligatoriedad; ya que mantener la obligación en el contexto del régimen, fuera de las prestaciones personales obligatorias de atención a la conservación del medio en que los internos se desenvuelven, supondría la tipificación de un trabajo que llegará a definirse dentro del concepto de lo forzado» (En *Aspectos jurídicos del trabajo de los internos preventivos*, ALP, 1981, núm. 3, p. 7).

(53) Ciertamente esta prohibición, interpretada conforme al art. 10.2 CE, no excluye toda manifestación de trabajo obligatorio (cfr. mi trabajo *Vigencias y concordancias en la legislación laboral española*, Madrid—IES—1980, pp. 51-52). Pero también es cierto que el trabajo penitenciario, fuera del exigido por el régimen o por el tratamiento, no tiene una justificación convincente.

(54) Me sigue pareciendo válido, pues, el criterio que manifesté en anteriores ocasiones (cfr. *El Estatuto de los Trabajadores y la normativa...*, cit., p. 33; así como ALBIOL e/a, *El Estatuto de los Trabajadores*, cit., pp. 33-34). Criterio que es también el de ALONSO OLEA, en *Derecho del trabajo*, cit., pp. 48 y 805-806.

(55) En este sentido, y en efecto, un Proyecto de Decreto regulador de la relación laboral especial establecía en su art. 2.1 que «se entiende por relación laboral especial de los penados en instituciones penitenciarias, la relación jurídica establecida entre la Administración o el OATP, de un lado, y de otro, los internos trabajadores como consecuencia por estos últimos de actividad laboral comprendida en los apartados c) y e) del art. 27.1 de la LOGP» (Citado por MORENA VICENTE, en *El trabajo penitenciario autónomo por cuenta propia*, ALP, 1981, núm. 4, p. 13). Entiendo sin embargo que el ámbito de la relación laboral penitenciaria era potencialmente más amplio (véase, *supra*, núm. 6, b).

(56) Véase, *supra*, la nota (11).

(57) Cfr. disposición transitoria 4.ª RP, transcrito en la nota (33).

(58) Véase, *supra*, la nota (47).

(59) Para la regulación de estos equipos, cfr. los arts. 69 LOGP y 269 y ss. RP.

(60) El art. 200 RP prevé hasta tres tipos de Tribunales: a) Para la valoración de puestos de trabajo que supongan *conocimientos profesionales cualificados*, presididos por el Jefe del Servicio Técnico Industrial o Agronómico—según se trate—del OATP (o, en caso de imposibilidad de asistencia, por el Jefe del Equipo de Observación o Tratamiento del Establecimiento), e integrados por el psicólogo o pedagogo del mencionado equipo; el jefe administrativo del Taller, que actuará como secretario; el Maestro de Taller o Jefe de Labores; y un representante de un organismo oficial de formación profesional. b) Para la valoración de trabajos ocupacionales o repetitivos de fácil aprendizaje que *no requieren formación profesional cualificada*, presididos por el Jefe del Equipo de Observación o Tratamiento e integrados por los mismos vocales que en el caso anterior, excepto el último (sólo tres vocales); c) Para valorar los exámenes de ascenso de categoría en los *sectores de servicios, mantenimiento o conservación*, presididos asimismo por el Jefe del Equipo de Observación o Tratamiento, e integrados por el Administrador del establecimiento (que actúa como secretario), el psicólogo o pedagogo del equipo; el Jefe de Servicios; y el Maestro de Taller o Jefe de Labores o persona con conocimientos teóricos del trabajo a realizar, preferentemente titulada. Los ejercicios se redactan por los Servicios Técnicos Industriales o Agrícolas del OATP o—para el caso del tercer tipo de exámenes—por la Junta de Régimen y Administración (art. 200. 4.º RP). De los resultados de los exámenes se levanta acta por duplicado: uno de los ejemplares destinado al Director del Establecimiento para su anotación en el expediente, y el otro para el Consejo de Administración del OATP (art. 200. 5.º RP).

(61) Sobre el tema, véase, *infra*.

(62) De conformidad con el art. 195. 1.º RP, en los sectores de servicios, mantenimiento o conservación de los Establecimientos, «los trabajadores adquirirán las categorías profesionales que el desarrollo de la actividad laboral requiera, asimilándoles a las establecidas para el trabajo productivo», ésto es, a las categorías previstas en el art. 194 RP.

(62 bis) Cfr., asimismo, los arts. 24, 1.º LOGP, y 135 RP; éste último señala que la finalidad de la participación de los internos en las diversa áreas (cultural, deportiva, laboral, etc.), es «inculcar en los mismos sentimientos de solidaridad que les hagan considerarse miembros activos de la sociedad, descartando toda idea de marginación».

(63) A estos efectos, los Jefes Administrativos de taller deben exhibir semestralmente «en lugar adecuado del sector laboral» el balance demostrativo de los resultados económicos alcanzados, con el visto bueno o visado del Director del establecimiento (art. 202.2 RP).

(64) Esta participación se articula, según el art. 202.1, c RP, mediante representación constituida al efecto y ajustada a los arts. 135 y ss. El art. 136 RP contempla dos sistemas diferenciados de participación: 1.º) En los *Establecimientos de cumplimiento de régimen abierto* se constituye, entre otras, una *Comisión para actividades laborales*, integrada al menos por tres internos, que designan de entre ellos un Presidente y un Secretario, y que son elegidos a través de una votación en la que pueden participar como candidatos y son electores todos los internos de la segunda y tercera fase (esto es, de «aceptación» y de «confianza»: cfr. art. 45 RP); a las reuniones asiste el funcionario que tenga a su cargo las actividades cuya programación y desarrollo vayan a ser objeto de estudio. 2.º) En los *Establecimientos de Preventivos* y en los de *Cumplimiento ordinario* se constituye asimismo, y entre otras, una *Comisión para actividades laborales*, integrada al menos por un representante de cada una de las unidades de clasificación del establecimiento (cfr. arts. 33 y 46, 4.º RP) y en todo caso por tres miembros como mínimo,

que designan de entre ellos igualmente al Presidente y Secretario, y que son elegidos en votación en la que pueden participar como electores todos los integrantes de la respectiva unidad de clasificación, y como candidatos quienes no tengan antecedentes disciplinarios sin cancelar y no hubieran sido elegidos ya durante el año anterior. Estas Comisiones pueden ser suspendidas por las Juntas de Régimen y Administración «en caso de alteración del orden» y «cuando se tenga conocimiento de la existencia de irregularidades en la elección».

(65) A estos efectos, el art. 202.3 RP establece que los internos, individualmente, podrán recabar tal información por escrito.

(66) Véase, *infra*, núm. 14.

(67) Aprobada por O. M. de 9 de marzo de 1971 (BOE de 16/17 de marzo y de 2 de abril).

(68) El nivel de seguridad e higiene en el trabajo no parece ser, en todo caso, suficiente. Sobre el tema, Alberto GARCIA VALDES, *El trabajo y los accidentes laborales en las cárceles. Aportación personal*, en CPC, 1978, núm. 5, pp. 113-142.

(69) Que se realizarán sólo «si el régimen del establecimiento lo permitiese», de conformidad con el art. 205.2 RP.

(70) El art. 28 LOGP establece que el trabajo «será compatible con las sesiones de tratamiento y con las necesidades de la enseñanza en los niveles obligatorios»; y el art. 33.1, a LOGP señala que la Administración debe garantizar el descanso semanal (véase, además, la referencia en texto al art. 33.1 b LOGP, y los concordantes arts. 184 y 189.1 a) y B) RP).

(71) En el mismo sentido, ALONSO OLEA, *Derecho del trabajo*, cit., p. 805.

(72) Se trata con seguridad de un «lapsus» del RP, pues la referencia debería haberse hecho a los cinco días y medio anteriores; desde luego, nunca a los siete días precedentes.

(73) Para el caso de que el salario estuviera establecido por el sistema de rendimiento, véase, *infra*, núm. 16.

(74) Los permisos por causa de fuerza mayor del art. 254.1 RP (fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos; alumbramiento de la esposa y otros «importantes y comprobados motivos») no parece que queden sujetos a los condicionamientos señalados.

(75) El art. 254.2 RP permite la concesión de permisos de salida de hasta siete días como preparación para la vida en libertad, hasta un total de 36 o 48 días al año para los condenados de 2.º o 3.º grado, respectivamente, computados por mitades semestrales generalmente (art. 254.4) e independiente de los permisos de fin de semana propios del régimen abierto a que se refiere el art. 45 RP (art. 254.5 RP).

(76) Entre ellos, y mientras subsista el actual art. 100 CP, la redención de penas sobre el trabajo, regulada en los arts. 65 a 73 RSP. Sobre el tema, en general, BUENO ARUS, *El Real Decreto 2273/1977 de 29 de julio y la redención de penas por el trabajo*, en CPC, 1977, núm. 3, pp. 203-217 (este R. D. modificó el RPS).

(77) El salario a tiempo de Encargados, Oficiales y Ayudantes se incrementa, respectivamente, en un 30, 20 y 10 por 100 (art. 206.5 RP). Cfr. 33.1, c LOGP.

(78) El art. 399.4 RP establece que los internos trabajadores tienen derecho, además de a la dotación normal de ropa y calzado, a ropa apropiada para el trabajo.

(79) De conformidad con el art. 208 RP, en el caso de extinción o suspensión de la relación de trabajo por causa no imputable al trabajador, los familiares de éste tendrán preferencia en

las atenciones y ayudas prestadas por la Asistencia Social Penitenciaria siempre que los salarios que el trabajador había estado percibiendo hubiesen sido transferidos con anterioridad a tales familiares. (Cfr. art. 33.1, d LOGP).

(80) Este peculio se constituye en aquellos establecimientos que no sean de régimen ordinario y abierto, al estar prohibido en ellos que el interno conserve dinero en su poder (arts. 22.1 LOGP y 406 RP).

(81) En el momento de la excarcelación se entregará al liberado, además de una certificación de la cualificación profesional obtenida, el saldo de sus cuentas de peculio y ahorro (arts. 17.4 LOGP y 37, 410 y 413 RP). Para supuesto de traslado o fallecimiento del interno, cfr. los arts. 410, 411, 414 y 417 RP.

(82) DGIP, *Informe General 1981*, cit., p. 160. Durante 1979, 2.236 trabajadores devengaron 159.898.382 Ptas., es decir, un salario anual medio de 71.063 (ib.).

(83) DIGP, *Informe General 1981*, cit., p. 161. El número de unos y otros trabajadores fue, respectivamente, de 304 y 1544 (ib.).

(84) DIGP, *El trabajo penitenciario en España*, Alcalá de Henares (Imprenta Talleres Penitenciarios) 1979, pp. 42-51.

(85) A. GARCIA VALDES, *El trabajo y los accidentes...*, cit., p. 149, donde critica además el carácter poco formativo de «hacer flores, balones, maquetas de barcos o el embuchado de sobres, por citar unos ejemplos de actividades muy frecuentes en las prisiones». También con una visión crítica, un informe de la COPEL («EL PAIS», 8/9/77, p. 21), señalaba que en la prisión de Carabanchel el sueldo medio mensual se situaba entre las tres y las cinco mil pesetas.

(86) En el mismo sentido, el art. 218 RP, si se entiende que la remisión efectuada a «la normativa reguladora de la relación laboral penitenciaria» es la contenida en el propio RP. Las anotaciones de las faltas de carácter laboral que figuren en los expedientes de los internos trabajadores pueden ser invalidadas—y probablemente, también canceladas—conforme al régimen general establecido al efecto en los arts. 126 a 128 RP (art. 219 RP).

(87) Salvo las que afecten a las correcciones, entiende ALONSO OLEA, en *Derecho del Trabajo*, cit., p. 806.

(88) Así como en los arts. 145 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 34 LOGP.

ACTUALIDAD Y EJEMPLARIDAD DEL DERECHO ROMANO

Jesús DAZA MARTINEZ
Catedrático de Derecho Romano

1.—LA CIENCIA DEL DERECHO ROMANO Y LA CIENCIA DEL DERECHO EN GENERAL

El presente trabajo ha sido pensado y estructurado a partir de la convicción básica de que la Ciencia del Derecho romano constituye el fundamento y la raíz misma de la ciencia del Derecho en general⁽¹⁾. En este sentido, la Jurisprudencia romana se revela como la expresión más alta de la auténtica *conciencia jurídica* y es, por tanto, un punto permanente de referencia para cualquier intento de comprensión del Derecho en cuanto fenómeno humano social, cultural e histórico. De ahí la universalidad de su método, de su contenido y de su espíritu⁽²⁾.

En primer lugar, es cierto que—como observa D'ORS—la función primordial del Derecho romano no estriba tanto en su capacidad de aproximarnos a la genealogía de los Códigos civiles como en servir para el descubrimiento de lo que le pasa al Derecho moderno⁽³⁾. En otras palabras, no es aceptable el intento de conciliación entre la ciencia del Derecho y el respeto que se debe a la Jurisprudencia romana afirmando de forma general que los juristas romanos fueron «unos empíricos geniales». Comentando esta expresión de DE FRANCISCI, ha observado BIONDI con agudeza que «la frase nasconde garbatamente la condanna sotto lo aspetto scientifico»⁽⁴⁾. El mismo autor explica las razones que han conducido en algunos casos a un distanciamiento entre la Jurisprudencia romana y la contemporánea, viendo en este hecho una de las causas del desinterés hacia el Derecho romano mismo⁽⁵⁾. Aunque se continúa repitiendo que los juristas romanos han creado la ciencia del Derecho, en realidad se acepta de hecho que se trata de un sistema imperfecto, tanto en sus principios como en sus definiciones.

El problema, pues, va más allá y obliga a replantear el concepto moderno de ciencia jurídica y el sentido último que subyace al esfuerzo de sistematización y de reducción a la unidad que le es propio, más quizá de lo que ocurre en otras ciencias sociales.

En efecto, tradicionalmente los juristas tienden a mantener que su tarea consiste sobre todo en poner un orden en el material normativo que tienen delante, reduciendo a unidad los múltiples elementos que se con-

tienen en él, a diferencia de lo que sucede en las ciencias naturales en las que ocupa el primer plano el intento cognoscitivo en sentido estricto, esto es, la obtención de nuevos conocimientos⁶). Se trata, pues, de un trabajo de ordenación cuyo fin último es la construcción de un *sistema*, entendido como un conjunto de clasificaciones en las que se definen y delimitan las relaciones entre cada una de las clases de elementos.

La actividad de la ciencia jurídica se ha polarizado excesivamente en esta dirección, como consecuencia de la filosofía iuspositivista imperante; sobre todo, el positivismo jurídico que se inspira en la obra de KELSEN considera como uno de los elementos principales para distinguir la ciencia jurídica de las ciencias empíricas esta voluntad de sistematización y ve en ella una forma de rechazo de los ataques que provienen del empirismo sociológico.

Sin embargo, no parece totalmente aceptable la elección de este criterio para caracterizar la ciencia jurídica, porque deja fuera otros elementos igualmente importantes de ella. E. DI ROBILANT ha insistido en señalar que la respuesta implícita en la concepción que tiene el positivismo jurídico de KELSEN de la ciencia jurídica como *ciencia de normas*, es incompleta y puede ser, por tanto, desorientadora. En primer lugar es una respuesta en la cual está latente el prejuicio que domina a todo el positivismo jurídico y que desconoce que la realidad es más compleja y no admite una simplificación que la reduce o mutila. La representación del Derecho que se encuentra en él tiene el carácter de un *modelo*, o de un conjunto de modelos e intenta descubrir, de forma esquemática y abreviada «*alcuni nessi individuabili nella realtà giuridica*»⁷). Así pues, sólo aparece aceptable como un modelo de un caso límite que no se presenta en la realidad en su estado puro. Este tipo de representación puede tener una gran utilidad científica, pero no puede en modo alguno identificarse con la realidad misma, y menos aún ser considerado como exclusivo y omnicomprensivo. Porque los juristas, al hacer sus sistematizaciones no parten sólo de normas abstractas sino de fenómenos de la realidad social, de la cual las normas no son sino manifestaciones. En otras palabras, el Derecho no es un conjunto de ideas abstractas y desvinculadas de la experiencia, sino un conjunto de fenómenos de la realidad, aunque después el jurista, para

simplificar su estudio, construye uno o varios modelos a través de un proceso de abstracción o de invención.

Aquí es justamente donde el Derecho romano se revela particularmente eficaz y fecundo, por aquella «viva adherencia al concreto»⁽⁸⁾ que le es propia. Porque el Derecho—cuya sistematización pretende ofrecer el jurista—pertenece siempre a uno o más ordenamientos y constituye, por tanto, un fenómeno social completo, que como tal debe ser interpretado. Así pues, cualquier intento de aproximación y sistematización de las normas jurídicas exige tener presente su función en la realidad social a la que pertenecen y en la cual operan, aunque esto no significa que la ciencia jurídica se reduzca a sociología o ideología⁽⁹⁾.

En suma, no es posible ignorar la conexión entre teoría (en el sentido de sistematización) y realidad empírica. Por otra parte, esta relación se establece necesariamente mediante un determinado cuadro categorial, esto es, recurriendo al uso de un conjunto de definiciones, conceptos y esquemas. En este sentido, las teorías, en cuanto sistematizaciones, no se encuentran en una situación cualitativamente distinta de la que es propia de las teorías como representaciones de la realidad y de aquellas otras teorías que son propias de las ciencias empíricas en general⁽¹⁰⁾.

En cualquier caso, es indudable que nuestros procedimientos de abstracción y nuestras exigencias de categorías generales pueden servir para un mejor conocimiento y profundización científica del Derecho romano. Pero, por otra parte, debe afirmarse también que en los conflictos de tendencias que presenta hoy la elaboración del derecho es de gran utilidad la consideración del método y la técnica de los juristas romanos, que siempre se mantuvieron próximos a la vida empírica del Derecho, tal como surgía y se desarrollaba en su realidad inmediata. No basta la afirmación genérica de que su lógica era inductiva y empírica; porque—como subraya GROSSO⁽¹¹⁾—todo este empirismo está guiado por un claro sentido de la construcción: ésta se expresa en figuras bien delineadas, desarrollándose a través de diversos tipos, apoyándose siempre en lo concreto, distinguiendo las figuras y conceptos e individuando claramente la realidad jurídica. Lo que la caracteriza es su escasa propensión hacia las teorías generales y hacia los conceptos abstractos, es decir, el operar con figuras

que conservan «una tangible concreteness»⁽¹²⁾ y su elaboración y desarrollo en estrecha vinculación con la aplicación práctica.

Esto supuesto—y tal como ya entrevió SAVIGNY—cuando se habla del valor permanente del Derecho romano hay que hacer referencia sobre todo al *método* de los juristas y no al contenido de las normas que componían aquel derecho⁽¹³⁾. Aunque es cierto que, a diferencia de otros derechos del mundo antiguo, el Derecho romano se afirma con la estructura de un verdadero «sistema», su superioridad deriva, a su vez, de la técnica de sus constructores, esto es, del método de los *juris-prudentes*. Su lógica se mueve de los hechos a las generalizaciones; cuando llega a una determinada regla no permanece esclava de ella ni presupone que ha llegado al fin de la búsqueda: no la considera como un dogma, sino como una fórmula válida en relación con los hechos sobre los cuales ha sido construida, como un instrumento de trabajo. Para los juristas romanos el criterio de la verdad de una fórmula o de la bondad de un instituto viene dado por su aplicabilidad y utilidad; ponen sus procedimientos técnicos al servicio de la acción y de la vida, que es siempre más rica, compleja y varia que cuanto puede caber en los silogismos. Por este motivo, sin duda, se han resistido a formular teorías generales. Pero aplicando a todos los campos su sentido de la realidad—y, por tanto, de la estructura y de las finalidades prácticas de cada instituto—, saben promover el desarrollo sin alterar, como dice DE FRANCISCI, «la compagine organica ed originaria»⁽¹⁴⁾.

Gracias a la constante aplicación de estos métodos, siempre adaptados a las nuevas necesidades y a los intereses reales de cada momento, la construcción alcanza unas proporciones y un equilibrio tales que, a pesar de las influencias que recibió como consecuencia de la extensión del Derecho romano a las provincias, pudo mantener su línea inalterada, acogiendo incluso nuevos principios y nuevos institutos.

En su importante monografía relativa a esta temática, KASER subraya, ante todo, que la manera que tenían los romanos de ver casuísticamente su derecho, esto es, desde la perspectiva del caso concreto, domina todos los períodos de la historia de su Derecho⁽¹⁵⁾. Aunque haya habido actos de codificación (la Ley de las XII Tablas en los tiempos primitivos y el *Corpus Iuris* al final de la Edad Antigua), éstos no exclu-

yen que el carácter total del Derecho romano, y concretamente el clásico, venga determinado por el hecho de que el conjunto de las ideas jurídicas se encarna en los problemas casuísticos que los juristas exponen y resuelven.

Para los romanos, dice BIONDI⁽¹⁶⁾, la jurisprudencia no es ciencia en el sentido de investigación de una verdad objetiva, ni especulación abstracta en torno al ordenamiento jurídico, sino más bien actividad intelectual encaminada a conseguir lo que es justo y oportuno en la vida social, en la convivencia. La *prudentia* no es la *sapientia* o conocimiento en sí, sino más bien, según la fórmula de CICERON, la «*rerum expetendarum fugiendarumque scientia*»⁽¹⁷⁾. En contacto con la vida, buscan satisfacer las necesidades sociales en el ámbito del derecho. No imponen a sus conciudadanos el producto de las especulaciones, sino que sugieren fórmulas y proponen soluciones que responden a la justicia. Esta es la razón por la cual el *ius civile* se ha formado en gran parte fuera del Estado, por obra de los *ius conditores*.

Aparte de la casuística, el método de los juristas romanos estaba basado en la intuición y en la elaboración jurídica racional. En la época arcaica dominó, sin duda, la creación jurídica intuitiva, pero con el tiempo aparece también la tendencia a motivar con razones de tipo material las soluciones encontradas, si bien la intuición jurídica continúa siendo el factor clave que controla el proceso racional. Examinando los moldes categoriales en que cristaliza el método racional de los juristas romanos, KASER destaca cómo en unos casos no acuden a otras normas o conceptos jurídicos sino directamente a la justicia material, esto es, a la realización concreta de la ética jurídica específica. En otras ocasiones, rompen el marco del tema con su argumentación individual, refiriéndose a casos parecidos o contrarios, o apoyándose en una norma jurídica abstracta o en una delimitación conceptual independiente. Estas normas creadas por los juristas no se presentan como vinculantes, sino que se trata más bien de un mero juicio de la experiencia sobre el pasado. Existen también otras normas formuladas de modo general y llamadas *regulae*, que conducen a la formación de juicios de contenido jurídico, aunque no son tampoco fuente de conocimiento del derecho, sino que reflejan únicamente a éste, tal y como se manifiesta en las resoluciones casuísticas concretas⁽¹⁸⁾.

El método de los juristas romanos se basaba también en las definiciones. En un estudio importante dedicado a esta temática, A. CARCATERRA⁽¹⁹⁾ hace notar que mientras el derecho positivo se sirve, como la ciencia y la enseñanza, de los términos de la lengua común y de los términos técnicos (*nomina iuris*), no acostumbra a definirlos; en cambio, la didáctica y la ciencia proceden metódicamente a dar el significado de estos términos técnicos e incluso, algunas veces, de los términos de la lengua ordinaria. Además de la enseñanza y de la investigación científica, los juristas romanos tienen en cuenta al servirse de la *definitio* otros fines: la vulgarización y la legislación (casi nunca durante el período clásico).

La *definitio*, según señala el mismo CARCATERRA⁽²⁰⁾, ha sido verdaderamente útil para la *scientia iuris*, de los juristas romanos, para su fundamentación y progreso (ya se trate de definiciones etimológicas, ejemplificadoras, descriptivas o—más ordinariamente—*per divisionem* o *partitionem*). En particular, los comentarios al Edicto o a Edictos especiales no son, como sostiene SCHULZ⁽²¹⁾, una masa «di fatispesie eterogenee messe insieme alla carlona», sino que estos comentarios tienen como fundamento precisamente la *definitio*. Así Labeón, a quien seguirá más tarde Ulpiano, casi todas las veces que se ha ocupado de rúbricas y de enunciados edictales, ha definido los términos fundamentales (*edere, parentes, metus, bonorum possessio, cognati...*)⁽²²⁾. La *definitio* muestra su mayor utilidad en cuanto se refiere a la caracterización y al análisis de los elementos constitutivos de un concepto o de un instituto. Los *Topica* de Cicerón, escritos para juristas, se abren con la definición y la indicación de los fines de los *topoi*, entre los cuales figura la *definitio*; ésta, a su vez, se sirve de los *topoi*, como la *partitio*, o los *loci ex coniugatis, ex genere, ex similitudine*.

En suma, la *definitio* obliga a buscar las causas, los orígenes, las distinciones, las partes de un instituto jurídico, así como a sintetizar los resultados. No es extraño que pueda y deba considerarse como una contribución importante a la creación de la *scientia iuris*. El mismo CICERON dejó escrito que «*omnis institutio debet a definitione proficisci*»⁽²³⁾.

La metodología de los juristas romanos se basó también, en algunos casos, en la retórica, si bien las notas comunes de ésta con la Jurisprudencia, como señala KASER, «tocan pronto a su fin»⁽²⁴⁾. La retórica no tendió

en cada caso concreto a la realización de la justicia, ni tuvo nada que ver con el conocimiento intuitivo del Derecho, persiguiendo más bien éxitos puramente externos y éticamente dudosos. Se servía de modelos griegos y utilizaba una dialéctica refinada, pero permaneció siempre por debajo de la jurisprudencia.

Esta visión panorámica no puede perder de vista tampoco el hecho de que la exposición racional de los institutos del *ius privatum* según su esquema expositivo orgánico, fue, en expresión de GUARINO, la última entre las preocupaciones de la Jurisprudencia romana⁽²⁵⁾. Como ya señalamos anteriormente, la orientación de los juristas era hacia las consideraciones prácticas más que hacia la síntesis. Ciertamente, en la última jurisprudencia preclásica y posteriormente en la clásica, aparecían individuados distintos agrupamientos de los institutos, en torno a ciertos intereses relevantes en la conciencia jurídica: *status* de los individuos, poderes domésticos, *obligationes*, *successio*; pero no existe un intento serio para conseguir sistematizaciones más generales. Pero una cierta sistemática no está ausente.

El mismo GUARINO observa que las sistematizaciones jurisprudenciales, de acuerdo con las grandes obras clásicas son: la *civilística* (sus primeros brotes se remontan a la Ley de las Doce Tablas y a los comentarios de los juristas preclásicos, siendo su fundador QUINTO MUCIO y alcanzando su perfección en SABINO); la sistemática *edictal* (formada lentamente a través de los edictos de los magistrados, especialmente de los pretores urbanos; esta sistemática fue aceptada por juristas como PAULO, ULPIANO y GAYO y, antes de ellos, por los autores de las colecciones de *quaestiones* y *responsa*); y la sistemática *institucional* (la más sensible de las exigencias de síntesis y al encuadramiento lógico de los temas). La más famosa sistemática, y la que tuvo más influencia en los juristas posteriores, fue la de las *Institutiones* de GAYO, resumida por él mismo en estos términos: «*omne ius quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*»⁽²⁶⁾.

Sin embargo, no existió en Roma una ordenación sistemática cerrada, entendida, como en nuestro tiempo, a la manera de «rígida consecuencialidad respecto a unos principios». Entre los factores que hacen que este sis-

tema no existiera en Roma, hay que señalar el hecho de que la *lex* supone un núcleo escaso del ordenamiento, frente a la cual el Derecho vivo tenía que discurrir por otros cauces, por la vía de la *interpretatio prudentium* y de la interpretación pretoria, que más que partir de normas fijadas por el legislador, van adecuando la justicia material al caso concreto⁽²⁷⁾.

Un problema importante en torno al método y las construcciones sistemáticas de los juristas romanos, es el análisis de las influencias filosóficas griegas, así como de la retórica y de la dialéctica. Algunos autores piensan que el enfoque dialéctico dado a la materia jurídica, por influjo de la filosofía griega, hace que la ciencia jurídica romana—hasta entonces disciplina técnica y práctica—se configure como verdadera ciencia jurídica⁽²⁸⁾. Con M. KASER creemos que aunque este método dialéctico (centrado en el estudio de los *genera* y *species*, utilizando la *divisio* y la *differentia*) contribuyó a aclarar los conceptos, los romanos conocieron ya antes la elaboración de reglas generales y, por otra parte, «se mostraron mucho más retraídos de lo que pueda creerse»⁽²⁹⁾, a la hora de elegir y utilizar ese método.

En cualquier caso, parece exagerada la posición de LA PIRA⁽³⁰⁾, porque su empeño en demostrar que la influencia griega en la sistemática romana fue decisiva no parece del todo convincente.

Por último, parece evidente que el estudio de la lógica propia de los juristas romanos, así como de la personalidad y mentalidad de cada uno de ellos, puede abrir nuevas perspectivas en el conocimiento del Derecho romano⁽³¹⁾. Esta última idea, hoy bastante común entre los romanistas, ha venido a centrar el interés de los especialistas a partir de las afirmaciones de SCHULZ en sentido contrario⁽³²⁾. Considera exagerada la expresión de SAVIGNY cuando se refiere a los juristas romanos con la calificación de «personalidades fungibles», ya que es evidente que existen entre ellos diferencias en la forma de exposición y en la autonomía del pensamiento. Pero entiende que se pueden señalar particularidades lingüísticas de éste o aquel jurista, enumerar las doctrinas que uno u otro han hecho progresar, pero todo esto no modifica la constatación de que en el método de la Jurisprudencia romana no existen transformaciones, que el lenguaje jurídico permanece constante, en conjunto, hasta la mitad del siglo III d. C. y que, en suma, la individualidad científica está poco desarrollada⁽³³⁾.

En realidad, el estudio detenido de cada uno de los juristas romanos, a partir de la obra de KUNKEL sobre el origen y la posición social de los mismos⁽³⁴⁾, va eliminando las ideas erróneas en este campo importante de la romanística. Igualmente, debe hacerse mención especial de aquellas investigaciones que abordan el lenguaje de los juristas romanos y la terminología específica usada para elaborar los conceptos jurídicos⁽³⁵⁾.

En suma, si es cierto que la ciencia jurídica fue la forma de creación más espontánea y durable del pueblo romano, lo es también que sus jurisprudencias representan el tipo ideal en su orden. A ellos se deben, entre otras cosas, las siguientes: 1) la fijación de los conceptos básicos del pensamiento jurídico; 2) un análisis profundo de las relaciones humanas y el aislamiento de los elementos jurídicamente esenciales; 3) la creación de un vocabulario técnico preciso y la elaboración de gran parte de los métodos constructivos (es decir, todos los instrumentos que constituyen el patrimonio más valioso de los juristas a lo largo del tiempo). A esto se añade la armonía entre las exigencias del progreso jurídico con la estabilidad de principios que es necesaria para la construcción de un sistema unitario, así como un perfecto equilibrio entre la teoría y la práctica del derecho.

2.—CIENCIA E HISTORIA EN EL CONOCIMIENTO DEL DERECHO: EL DERECHO ROMANO COMO DERECHO HISTORICO

A.—El Derecho Romano pertenece, hoy, sin duda, al campo de la historia jurídica: es un derecho histórico y para el investigador se presenta su estudio como *Historia del Derecho*. Los estudios histórico-jurídicos constituyen, entre las ramas de la cultura moderna, un punto de llegada, en el sentido de que se han ido desarrollando a lo largo de los últimos siglos del desarrollo de la Jurisprudencia o saber jurídico.

La actitud histórica frente al Derecho tiene raíces antiguas. MASCHI⁽³⁶⁾ ha profundizado recientemente en este problema, estudiando los distintos aspectos en que se manifiesta la sensibilidad de los antiguos hacia el devenir del Derecho. En la época clásica, la relación entre ciencia e historia supuesto que ésta no se entiende sino es como tradición, como

valoración de lo precedente, como utilización consciente del pasado, existe una crítica que toma de ese pasado el objeto de su propia investigación y el motivo último para valorar el presente. No es concebible la ciencia sin la conciencia de que los datos de la tradición son el producto de una experiencia que se remonta en el tiempo hasta los orígenes. Si la jurisprudencia alcanza a concebir el derecho vigente como unidad espiritual, es evidente que esta unidad no significa, como se ha pretendido, una negación de la historia, al contrario, esta valoración del pasado y la crítica que de él se realiza aparecen como las actitudes más relevantes de los mayores ingenios y «si riscontrano—proprio come posizione mentale dominante—in giuristi sia della giurisprudenza preadrianea che di quella successiva»⁽³⁷⁾.

Refiriéndose a las enunciaciones histórico-programáticas de los juristas clásicos, estudia, en especial, a POMPONIO, cuyo programa inicial se encuentra al comienzo del *Liber Singularis Enchiridii*: «*necessarium nobis videtur ipsius iuris originem atque processum demonstrare*»⁽³⁸⁾. Esta enunciación de POMPONIO—comenta—está en consonancia con la imposición histórica de una edad consciente de las exigencias de un pensamiento, que reflexiona sobre los factores esenciales de una civilización en la cual el fenómeno jurídico viene a ser la expresión más alta. Este método es típico del pensamiento clásico más evolucionado, no exclusivo de POMPONIO⁽³⁹⁾.

Posteriormente, los humanistas comenzaron a ver interpolaciones y a ejercer crítica histórica en el *Corpus Iuris Civilis*, al que, por tanto, comenzaron a mirar como fuente histórica. Toda la Edad Media había considerado estas fuentes romanas como fuente normativa de donde brotaba el saber jurídico único, con una autoridad parangonable al saber teológico que emanaba de los Libros Sagrados. Jurisprudencia y Teología se desarrollaron como métodos paralelos. Los comentarios de los Doctores seguían el orden legal del Digesto y tenían un carácter de vinculación al texto, que únicamente los comentaristas comenzaron a superar, si bien el comentario vinculado al orden legal perduró hasta la Edad Moderna.

El nacimiento de la historia jurídica es un aspecto de la historia misma de la jurisprudencia europea o continental. FUENTESECA, entre otros, ha descrito⁽⁴⁰⁾ el proceso de diferenciación entre Historia y Dogmática

como característica de esta Jurisprudencia. En su desarrollo histórico, dió lugar, por una parte, a la creación de la Historia del Derecho como ciencia historiográfica y, por otra, al cultivo exageradamente dogmático del Derecho. Desde el siglo XIX se vió en el cultivo dogmático del Derecho, por parte de la mayoría de los juristas, el ideal de la verdadera ciencia jurídica. El autor piensa que el puente que salvará el abismo entre Historia y Dogmática, «únicamente podrá lograrse con el convencimiento de la historicidad misma del derecho positivo en el sentido de que éste se halla condicionado siempre por el pasado más o menos inmediato, por su vinculación a las circunstancias históricas»⁽⁴¹⁾.

El nacimiento de la historia jurídica es un fenómeno profundo en la evolución del derecho europeo. Ni la descripción del cultivo del derecho en Roma realizada por POMPONIO, ni otros trabajos de este género, constituyen, para muchos romanistas, una verdadera *historia jurídica*. Tampoco lo es, sin duda, la crítica de los humanistas. La auténtica historia jurídica nació con la Escuela Histórica, estudiada, y valorada, por ejemplo, por ORESTANO⁽⁴²⁾, ROSSI⁽⁴³⁾ y otros.

Esta escuela afirma, sustancialmente, que el Derecho es producto de la ciencia popular (*Volkgeist*) y se ordena a la satisfacción de las necesidades propias de esta conciencia. Es, pues, un hecho esencialmente histórico, en continúa evolución. Espontáneo en su origen y en sus cambios, está íntimamente ligado a todos los otros fenómenos históricos y sociales y a las actitudes peculiares de cada pueblo, al que acompaña en sus transformaciones. No existe un derecho eterno e inmutable que pueda ser deducido *a priori* de la razón, de igual modo que no existe una lengua racional y arbitraria. La Ley debe reconocer y acuñar lo que la conciencia popular o espíritu del pueblo ha elaborado. De aquí se deduce la escasa función creadora del Estado y el reconocimiento de la *costumbre* como fuente genuina y, en cierto sentido, única, del Derecho. El Estado, en cuanto legislador, y la clase de los juristas en cuanto elaboradora del Derecho son vistos como órganos e intérpretes de esta conciencia popular⁽⁴⁴⁾.

Aunque no llegó a sacar las últimas conclusiones de estos postulados teóricos, puede afirmarse que la Escuela Histórica ha dado su verdadero sentido a la Historia del Derecho. A partir de entonces comenzó el

cultivo de las dos grandes ramas de la historia jurídica continental: el Derecho Romano y el Derecho Germánico, así como estudios aislados en torno a los diversos derechos nacionales. En realidad, hablar de Historia del Derecho como algo sustancialmente jurídico en sí, no tenía sentido hasta la aparición de la Escuela Histórica. El iusnaturalismo racionalista concebía al Derecho como producto de la razón, veía en él un sistema de conceptos lógicamente elaborados en cuya arquitectura racional se creía realizado el ideal de la ciencia jurídica. En el fondo de esta concepción estaba latente el principio de autoridad del texto romano: se veía todavía en el Derecho Romano la *ratio scripta* y se pretendía reelaborar sus normas hasta la máxima perfección para convertirlas en principios racionales de validez universal.

Precisamente por este afán de racionalización de la materia del *ius privatum*, la disposición sistemática de ésta se había alejado enteramente del orden de comentario legal. A lo largo de los siglos XVII y XVIII se ensayaron diversos órdenes sistemáticos, si bien la definitiva fue la establecida por THIBAUT y HEISE. El *ius privatum* quedaba estructurado de este modo: Parte general, Derechos reales, Obligaciones, Derecho de familia, Derecho hereditario e *In integrum restitutio*. Esta ordenación sistemática fue admitida por los mismos representantes de la Escuela Histórica, pasando así a toda la Pandectística. La Escuela Histórica, a pesar de su reacción contra el iusnaturalismo racionalista, admitió una sistemática que llevaba la impronta de signo contrario. Sus adeptos trabajaron en conexión con la corriente historicista, pero no renunciaron al racionalismo, excepto en el caso de manifiestas exageraciones⁽⁴⁵⁾.

A partir de aquí, el Pandectismo llevará el impulso sistemático, generalizador, hasta los límites más extremos, operándose así «una especie de petrificación formalista»⁽⁴⁶⁾. La Dogmática terminó siendo la verdadera expresión de la ciencia jurídica. Una última manifestación de esta tendencia es el Positivismo legal, de cuya crisis se habla en nuestro tiempo.

El cultivo histórico del Derecho siguió diversas tendencias. En cualquier caso, toda la literatura acerca de la llamada «crisis del Derecho Romano» no es otra cosa que la conciencia de alejamiento entre los estudios histórico-romanísticos y el cultivo de los derechos vigentes.

La Historia del Derecho puede definirse como estudio de las fuentes jurídicas sin finalidad normativa. En este sentido, debe adoptar los métodos de las ciencias históricas. Ahora bien, este cultivo de la historia jurídica sigue siendo ciencia del Derecho o actividad jurídica, dado que el Derecho es precisamente la finalidad de la investigación. El Derecho Romano es, por tanto, una investigación histórico-jurídica, y sus fuentes son estudiadas como documentos históricos.

B.—En la progresiva diferenciación entre los estudios dogmáticos y los históricos en el campo jurídico, pueden distinguirse una serie de etapas sucesivas. Ciféndonos al campo del Derecho Romano, las orientaciones de la romanística pueden agruparse en tres bloques principales:

—la dirección *histórico-dogmática*, que trata de alcanzar un conocimiento de la historia jurídica—separando cuidadosamente los aspectos jurídicos de la fenomenología social—, con el criterio constructivo, sistemático y ordenador que caracteriza a los estudios dogmático-jurídicos. Aunque acepta el desdoblamiento entre *ciencia e historia*, esta dirección intenta no sacrificar la consideración histórica a las exigencias de la otra «ciencia» paralela. Pero cuando se estudian en concreto sus procedimientos, aparece claro que los modos con que el estudio histórico quiere afirmar su carácter científico no tienen un fundamento propio, sino que consisten en una imitación tanto de los procedimientos de la *ciencia*, como de los procedimientos que están en uso en las otras disciplinas históricas, adaptados, de algún modo, a los temas que son objeto de su investigación. Esta forma de proceder es propia, por ejemplo, de BETTI⁽⁴⁷⁾. Según él la unidad del fenómeno jurídico conduce al descubrimiento de correlaciones, concatenaciones, relaciones constantes de la experiencia jurídica en sus perennes mutaciones y confiere valor cognoscitivo al estudio de la historia de la fenomenología jurídica. Esta dirección y método, tuvo como expresión el denominado método histórico-dogmático, que algunos romanistas consideran todavía el método ideal para el estudio científico de la Historia del Derecho.

—el positivismo y el sociologismo en la cultura europea repercutieron en los estudios histórico-jurídicos, dando lugar a la *dirección sociológica*. Como señala ORESTANO⁽⁴⁸⁾, aunque se distingue de la Sociología en cuan-

to su objeto sigue siendo esencialmente la Historia del Derecho, esta dirección se diferencia de la precedente «per una più spiccata tendenza, anzichè verso la costruzione dommatica dei dati della storia giuridica, verso la conoscenza del suo svolgimento»⁽⁴⁹⁾. Se trata de descubrir las leyes históricas del desenvolvimiento jurídico, el nacimiento, crecimiento y cambios, de los institutos jurídicos, como si fueran organismos vivos. Los datos son como materiales de observación para una construcción jurídica de grandes líneas históricas, sintéticas, siempre más generales y abstractas, que llevarían a una teoría general de la evolución jurídica. Esta ilusión de individualizar las leyes de la vida del derecho se ha ido desvaneciendo lentamente, siendo una de sus expresiones más típicas los estudios de DE FRANCISCO⁽⁵⁰⁾, el cual, por otra parte, ha superado posteriormente sus posiciones.

Hay que observar que la orientación sociológica, pese a todo, ha aportado un patrimonio común que en modo alguno puede ser menospreciado por los romanistas. Por otra parte, el declive de esta dirección sociológica y la superación de su intento utópico de individualizar a través de las «constantes» de la fenomenología las «leyes de la vida del Derecho», dejaba abierto el problema de la posibilidad de un conocimiento histórico de éste que tuviera el valor de «ciencia», así como el problema del fin de estos conocimientos.

—la tercera dirección en que se han ido desarrollando los estudios históricos del Derecho es la *historiográfica*, que asume diversas formas; por un lado conduce a investigaciones meramente eruditas y, por otro, intenta elevarse a «historia de ideas», considerando la Historia del Derecho como una de las historias particulares en que puede y debe actuarse la Historia en general, según expresión de PARADISI⁽⁵¹⁾. ORESTANO afirma que esta orientación ha sido preparada por una larga historia, confluyendo en ella diversos componentes especulativos que tienen en común el afán de superar el problema de la «cientificidad» del estudio histórico del Derecho.

Creemos, sin embargo, que lo que ha ocurrido en realidad es que entre el cultivo dogmático de los derechos vigentes y el cultivo de la historia jurídica se produjo la ruptura a que hemos aludido anteriormente, siendo

la consecuencia de esto el hecho de que los historiadores no tuvieron más opción que continuar depurando sus métodos cada vez más cerca de las ciencias históricas. Una justificación filosófica de esta situación puede encontrarse, por ejemplo, en el pensamiento de CROCE, que identifica filosofía e historia.

Este acento crociano puede percibirse claramente en algunos romanistas italianos como LAURIA, CARRELLI, GUARINO⁽⁵²⁾. CARRELLI sostiene la validez de los estudios romanísticos en sí mismos, porque lo histórico es válido independientemente de su utilidad. En tanto un hombre moderno, según dice este autor⁽⁵³⁾, pueda sentir un problema del pasado con la misma inquietud de un problema vivo, no habrá crisis en los estudios histórico-críticos.

A nuestro juicio, es preciso volver a unir ciencia e historia dentro del conocimiento jurídico: es decir, la ciencia jurídica debe integrar la consideración histórica de modo que ciencia e historia vengan a ser como «*termini inscindibili della conoscenza giuridica*»⁽⁵⁴⁾.

En suma, el estudio del Derecho romano—y su enseñanza—debe hacerse de acuerdo con las exigencias de la ciencia contemporánea, considerándolo como un *derecho histórico*, sin vigencia en nuestro tiempo. Y supuesto que en el pensamiento jurídico actual se va afirmando la convicción de que la noción de Derecho tiende a resolverse en la *experiencia jurídica*, el estudio histórico del Derecho aparece en realidad como estudio de la experiencia jurídica⁽⁵⁵⁾.

Esta forma de afrontar el estudio histórico del Derecho constituye el terreno más apto para el encuentro teórico de múltiples direcciones del pensamiento; este es el único modo de que disponemos para considerar el Derecho sin ninguna exclusión o amputación de su fenomenología, en cualquiera de sus manifestaciones concretas o de sus determinantes, haciendo posible un conocimiento integral e insertándole en la realidad de la vida (en su concreta dimensión histórica).

Un estudio de la Historia jurídica concebida como Historia de la experiencia jurídica lleva necesariamente a considerar algunas manifestaciones de tal experiencia en la totalidad de sus conexiones con lo real his-

tórico y, por tanto, a «ricercare le reciproche implicazioni tra i fenomeni “giuridici” e la struttura delle società in cui essi si manifestano»⁽⁵⁶⁾. Más aún, para entender la índole y la eficiencia del ordenamiento jurídico de una sociedad es preciso, según observa lúcidamente DE FRANCISCI⁽⁵⁷⁾, considerar los varios ordenamientos que coexisten y actúan entre sí, interfiriéndose y condicionándose todos, a través de los contrastes, a la vida del ordenamiento social. Pretender captar el Derecho en su fenomenología prescindiendo del estudio del ambiente en que nace y de la existencia de otros ordenamientos, esto es, sin tener en cuenta el análisis de las diversas fuerzas espirituales que—según los tipos de sociedad—contribuyen a organizar un pueblo, sería como pretender conocer un organismo limitándose a estudiar su morfología o anatomía y dejando a un lado la biología, la bioquímica, la fisiología y la ecología, que son las fuerzas físicas y químicas y las situaciones ambientales que condicionan la vida.

En un importante estudio de MOMIGLIANO en torno a la renovación de la historia de los derechos antiguos⁽⁵⁸⁾, se señala cómo, sean cuales fueren las causas de la eliminación de la Historia del Derecho como historia independiente, lo cierto es que éste, en cuanto sistematización de relaciones sociales, es incomprensible sin el análisis previo de las ciencias ético-religiosas, de la producción económica, de las fuerzas militares y de las orientaciones sexuales propias de una sociedad. Quizá pudiera pensarse que la historia de la literatura o del arte o de la religión, pueden conservar todavía una cierta autonomía en cuanto radican en diversas actividades de los individuos, pero no puede pensarse en una autonomía de la Historia del Derecho que es, por su naturaleza, una formulación de relaciones sociales que radican en múltiples actividades humanas. Y si en algunas existe una clase de jurisprudencia con especiales reglas de conducta y de razonamiento también éste es un fenómeno social que debe ser interpretado⁽⁵⁹⁾. El autor descendiendo a consecuencias de carácter práctico señala que es evidente que la presente situación de la investigación histórica exige que todo historiador sepa entender el Derecho del mismo modo que debe conocer la economía, la religión o la política. Evidentemente, esta exigencia lleva necesariamente a la reforma de la enseñanza universitaria de la Historia. Una errónea interpretación de hechos económicos o religiosos

puede fácilmente ser la causa de una interpretación equivocada de hechos jurídicos, y viceversa.

Refiriéndose explícitamente a esta misma problemática, GARCIA-GALLO observa que bajo la inspiración de la dogmática jurídica, la ciencia de la Historia del Derecho, ha delimitado su campo para ocuparse sólo del Derecho, con exclusión de cualesquiera otros elementos. Pero—añade—la «purificación de lo jurídico» ha llevado a excluir de la Historia del Derecho toda consideración sobre las situaciones que el Derecho regula, de tal modo que se convierte en una historia de conceptos y normas abstractos y formales, sin contacto alguno con la realidad⁽⁶⁰⁾.

3.—EXPERIENCIA JURIDICA Y CIENCIA DEL DERECHO: HACIA UNA CONCEPCION NO INSTRUMENTAL DEL DERECHO ROMANO

Aunque en nuestro siglo la ciencia del Derecho Romano—una vez desaparecida la necesidad de aplicación directa de los principios jurídicos romanos—ha pasado a ser una rama más de las ciencias históricas, algunos romanistas continúan resistiéndose a admitir este cambio de orientación. Esta actitud se explica, en parte, teniendo en cuenta la tradición multiseccular que ha considerado el estudio histórico del Derecho Romano como un auxiliar más de un estudio esencialmente práctico y finalístico del *Corpus Iuris*. Además, y hablando de forma general, el estudio del Derecho Romano—como derecho histórico—no interesaba tanto por sí mismo como en función de unos determinados fines, intereses o aplicaciones concretas⁽⁶¹⁾. En fin, se ha llegado a interpretar la «historificación» de los estudios romanísticos como una desviación, como un exceso que priva al Derecho Romano de la función que ha ejercido durante siglos en la formación y guía del pensamiento jurídico europeo, aislándolo de la vida presente y quitándole cualquier posible interés para los juristas actuales. En este sentido, la orientación histórica del Derecho Romano es considerada incluso como una de las causas de la «crisis» del Derecho Romano.

Sin embargo, es posible entender las razones que avalan a aquella otra orientación de la romanística que prefiere considerar el Derecho ro-

mano como *el conjunto de la experiencia jurídica romana*, superando la pretensión (tan arraigada a lo largo de los siglos) de interpretar el *Corpus Iuris* únicamente como un sistema normativo que ha dado lugar a una serie de experiencias sucesivas a través de un amplio y complejo proceso de evolución. ORESTANO ha observado que si calificamos como «Derecho Romano» el conjunto de experiencias particulares que se han sucedido en el tiempo, no sólo se hace imposible una conceptualización apropiada de lo que realmente fue la experiencia jurídica romana en sí misma, sino que tampoco es ya posible entender lo que han sido realmente los desarrollos del derecho y de la ciencia jurídica desde JUSTINIANO hasta nuestros días, esto es, lo que tienen de particular y propio en la Historia del Derecho y su influencia real en nuestro presente⁽⁶²⁾.

Según esto, son tales experiencias particulares—y su unión en una visión más general de la experiencia jurídica en su desarrollo histórico—las que constituyen el objeto del estudio histórico del Derecho. Pero el conocimiento de este desarrollo o evolución sólo se alcanza mediante el conocimiento de cada uno de los complejos de experiencias que lo componen. En otras palabras, el conjunto de estas experiencias constituye lo que llamamos *tradición romanística* y permite establecer una clara demarcación entre la experiencia jurídica romana y las experiencias sucesivas a lo largo del tiempo.

Es evidente que este planteamiento lleva consigo una actitud crítica respecto a las concepciones mantenidas por la Pandectística, esto es, para aquella especial elaboración del *Corpus Iuris* (entendido como sistema normativo vigente) que se inició en Alemania en el s. XVIII y alcanzó su momento culminante en el XIX. Consistía particularmente en una construcción teórico-práctica del Derecho romano justiniano, armonizado con las exigencias propias del tiempo y dogmatizado de acuerdo con la mentalidad abstracta del pueblo alemán. Aquella elaboración dió lugar a una formación que terminó adquiriendo una autonomía propia y cuya historia está conexas con la de gran parte de la ciencia jurídica moderna y del derecho positivo contemporáneo de muchos pueblos. Durante mucho tiempo esta elaboración ha sido considerada como una de las expresiones más puras del Derecho Romano histórico, hasta el punto de llegar prácticamente a identificarse.

Este hecho ayuda a comprender las razones por las que el estudio histórico del Derecho Romano ha encontrado una gran dificultad, en una lenta y dura conquista de su objeto⁽⁶³⁾, superando la llamada «concepción instrumental del estudio del Derecho Romano»⁽⁶⁴⁾. En cualquier caso, la concepción del Derecho Romano como derecho histórico tiene un particular significado dentro de la romanística actual, que trasciende el campo específico de esta disciplina y se inserta en el cuadro de las orientaciones generales de la ciencia del Derecho; por tanto, —y en términos todavía más amplios—refleja de algún modo las orientaciones fundamentales del espíritu moderno⁽⁶⁵⁾.

4.—LA ENSEÑANZA DEL DERECHO ROMANO

A.—BADENES GASSET ha señalado que la determinación de un método adecuado en la enseñanza de las disciplinas de Facultad, es función, ante todo, de la misión que se atribuye a la Universidad⁽⁶⁶⁾. El tema de la misión de la Universidad ha constituido una preocupación permanente de los maestros del pensamiento y no es casual el hecho de que durante los últimos años haya aumentado notablemente la bibliografía especializada en torno a él.

Ya ORTEGA Y GASSET había llamado la atención sobre las tres funciones que debe cumplir la enseñanza universitaria: 1) transmisión de la cultura; 2) enseñanza de las profesiones; 3) investigación científica y educación de los nuevos hombres de ciencia. En este esquema, pues, la formación cultural, la instrucción profesional y la elaboración de la ciencia serían las tres metas posibles de la Universidad⁽⁶⁷⁾. Más recientemente LAIN ENTRALGO ha explicado cómo y por qué la misión de la institución universitaria exige el cumplimiento de los siguientes fines: 1) uno *histórico*: la conservación y transmisión de los saberes recibidos; 2) otro *docente* o profesional: la enseñanza de las disciplinas científicas; 3) otro *formativo*, en el sentido más amplio y humano; 4) otro de *investigación*: la Universidad debe aumentar el caudal de verdades y técnicas que los hombres poseen; 5) otro *perfectivo* de la sociedad en que la Universidad vive y se desarrolla⁽⁶⁸⁾.

Admitida la complejidad de fines que deben tener su realización en la Universidad, las divergencias se manifiestan a propósito de la determinación de cuál de ellos debe ser el fin primordial, o hasta que punto la búsqueda de uno de ellos puede o debe posponer la obtención de los demás. Frente a la Universidad cultural, acorde con los esquemas clásicos de educación, en los últimos tiempos se concede preferencia a la necesidad de enseñar las técnicas profesionales, cada vez más complejas y apoyadas en los modernos descubrimientos científicos.

En cualquier caso, el fundamento de la enseñanza universitaria es la ciencia y, en nuestro caso, la ciencia del Derecho romano. Aunque la tarea de hacer ciencia no compete únicamente a la Universidad, la comunicación entre ésta y los Centros de Investigación debe ser constante, a fin de que ella pueda cumplir uno de sus fines esenciales: la trasmisión de la ciencia y la enseñanza de los problemas al nivel científico en que se encuentren en cada momento. A nuestro juicio el problema de los fines universitarios debe resolverse en la síntesis de una formación cultural y humana que conjugue al mismo tiempo una preparación exigente para el ejercicio de las profesiones y la posibilidad real de una dedicación a la investigación científica.

Según GUASP, saber el Derecho es algo menos que filosofar acerca del Derecho, pero algo más que conocer las leyes concretas y su aplicación histórica. *Saber el Derecho es conocer la realidad jurídica*. Y el conocimiento de la realidad sólo puede proporcionarlo la toma de conciencia del cuadro de posibilidades, más amplias que esa misma realidad, y que permite precisamente explicarla e interpretarla. Lo mismo que ocurre en otras ciencias, lo que tiene que saber el jurista en cuanto tal es cómo explicar la realidad de hoy en función de las posibilidades de un sistema cualquiera: para que sepa a qué atenerse respecto a un fenómeno jurídico determinado, tiene que contar con un repertorio de concepciones situadas por encima de ese fenómeno⁽⁶⁹⁾.

Prolongando esta reflexión, es posible situar al Derecho en sus relaciones con el hombre y la sociedad. Las dos célebres fórmulas (*ubi homo ibi societas - ubi societas ibi ius*) no resultan, sin más, evidentes. De hecho en la Historia, la realidad del «orden civil» ha tenido que buscar sutiles legi-

timaciones y la realidad del orden jurídico ha tenido que ser defendida de la acusación de ser elemento represivo e incluso tiránico. En cualquier caso, este es el contexto en que se sitúa el problema de la relación entre naturaleza y norma, que incluye las cuestiones de si la sociedad es un fenómeno «natural», y si la naturaleza social es un cosmos ordenado.

Se trata de cuestiones en torno a las cuales, dice ALVAREZ TURIENZO, «se suscitó y desarrolló el problema del Derecho natural. El Derecho natural, por «derecho», será asunto de orden social; por «natural», ese orden será reflejo de una normativa inmanente»⁽⁷⁰⁾. Teniendo en cuenta la problemática suscitada por el positivismo jurídico, el autor trata de orientar el conflicto de mentalidades operante en la cultura del presente. En particular hace ver cómo no se trata en absoluto de una cuestión bizantina la pregunta de si la lucha por el Derecho es un aspecto de la lucha por el hombre, o bien esta lucha por el hombre y su *libertas* conduce a poner en cuestión el Derecho como instrumento opresivo.

A propósito de la enseñanza teórica del Derecho Romano, es indudable la indiferencia que suscita el hecho de que se trate de un Derecho no vigente, del mismo modo que ocurre en otros campos de los estudios históricos⁽⁷¹⁾. Aquí radica la necesidad de poner de relieve el carácter básico del Derecho Romano en la cultura jurídica europea⁽⁷²⁾. En este punto creemos que continúa siendo válida la posición defendida por KOSCHAKER⁽⁷³⁾, debiendo insistirse especialmente en la proyección del Derecho Romano en Europa y subrayando la significación del Derecho Común y del Derecho de Pandectas. En este sentido no debe perderse de vista el hecho de que es posible—y algunas veces necesario—recurrir a la exposición de una institución desde Roma hasta la Pandectística, tal como aparecen en algunas investigaciones de influencia koschakeriana. Con ello se iría derivando hacia una corriente que impulsa a ver los estudios romanísticos en la línea de Historia del Derecho Privado que, en el fondo, no contradice su raigambre histórica.

FUENTESECA ha señalado que la solución romana ha sido el nervio de la institución de una evolución singular y que sigue pesando con la fuerza decisiva de lo histórico, del mismo modo que otras creaciones históricas son parte integrante del acervo cultural de Europa⁽⁷⁴⁾. La «Dogmen-

geschichte», desde un punto de vista científico, reanuda la antigua simbiosis entre historia y dogmática separadas desde el siglo pasado, y en este sentido la experiencia histórico-dogmática reanuda la doble vertiente de los estudios jurídicos. Ya no se trata de una exaltación romántica de la supervivencia del Derecho Romano a través de los Códigos actuales, sino de una visión superadora e integradora a la vez de los estudios dogmáticos e históricos⁽⁷⁵⁾

B.—Otra idea que debe orientar la enseñanza del Derecho romano (de igual modo que debe presidir la exposición e interpretación de la historia del Derecho en general) es que el Derecho es en realidad expresión del espíritu del hombre en la organización social de la vida humana. Cuanto realiza el hombre en la propia existencia relacional (con su pensamiento, pasiones, luchas y esperanzas) se refleja en el Derecho y, a su vez, recibe de él ejemplo y freno, en un ciclo histórico en el cual —dice B. PARADISI—no hay supraestructura y substratos, sino sólo el espíritu del hombre y las innumerables creaciones de su devenir⁽⁷⁶⁾.

La historia jurídica debe ver en su propio objeto el reflejo de intereses económicos, de preocupaciones morales y de los ideales culturales propios de cada época. En el caso del Derecho romano, la política, la economía, la religión y la cultura tienen que ver directa o indirectamente con el Derecho y «la cuestión está en saber en qué medida el Derecho, referido a tal realidad—la realidad social—es justo»⁽⁷⁷⁾.

Más en particular, creemos que en la distribución del curso de Historia e Instituciones de Derecho romano, es necesario prestar especial atención a la historia constitucional de Roma. En efecto, no se pueden conocer bien las instituciones jurídicas sin un claro conocimiento de la estructura del Estado romano. A. D'ORS habla de un «sincronismo entre Historia Constitucional e Historia del Derecho»⁽⁷⁸⁾. A la evolución de la constitución política romana hay que referirse necesariamente al tratar de las fuentes creadoras del Derecho romano, lo mismo que al analizar el sistema procesal que le es propio⁽⁷⁹⁾.

Esta profunda inserción del Derecho romano en la realidad social (entendida en su sentido más amplio, esto es, en cuanto engloba en sí la vida política, los hechos económicos y las relaciones culturales) no sólo expli-

ca por qué se encuentra en las fuentes jurídicas un caudal tan grande de experiencia histórica⁽⁸⁰⁾, sino que ofrece también la clave de su presencia en la conciencia jurídica moderna. Un ejemplo eminente de esta presencia es, sin duda, el principio de que el hombre libre, en cuanto tal, es sujeto de derechos, principio que constituye un elemento fundamental de los ordenamientos modernos de Derecho privado. CHIAZZESE explica cómo este principio constituyó el término de una larga y fatigosa evolución. De hecho, se había partido de una norma bastante distinta: según el antiguo *ius Quiritium* solamente el *civis* era sujeto de derechos privados. Posteriormente el principio quirritario fue transformándose como consecuencia de una serie de factores y circunstancias. Influyeron el *ius gentium* y el *ius honorarium*, la progresiva extensión de la ciudadanía, la disgregación de la familia agnaticia, la filosofía estoíca, la ética cristiana, la decadencia postclásica del *ius civile* y la prevalencia del *ius gentium*. Ciertamente, en el *Corpus Iuris* el principio según el cual se reconoce directamente al hombre libre la cualidad de sujeto de derecho privado, está sancionado de forma vigorosa. Tal principio suponía el rechazo de cualquier distinción de castas o cualquier situación de privilegio entre los hombres pertenecientes a una determinada comunidad política; reconocía la personalidad patrimonial y procesal de los *filiifamilias*; liberaba a la mujer de cualquiera sujeción jurídica y preparaba, en fin, la emancipación de los esclavos. Tal reconocimiento de la personalidad humana adquiere una importancia tan grande en la historia del pensamiento jurídico que ha sido considerado por muchos como el motivo fundamental de la universalidad del Derecho romano⁽⁸¹⁾.

Resulta obvia la significación actual de esta conquista dentro del sistema de derecho privado de los pueblos más civilizados, que se apoya justamente en este reconocimiento de la personalidad humana, en cuanto tal, y en el relieve que se otorga a la libre voluntad de los individuos como fuerza creadora de efectos jurídicos.

Pero en el *Corpus* de las leyes romanas los modernos han encontrado también una defensa sólida de sus libertades políticas y civiles, en cuanto que la expansión del Derecho romano en el mundo moderno ha seguido la vía de la libertad, esto es, aquella misma vía que habían elegido los juris-

tas republicanas cuando el sistema romano de derecho privado se formó y consolidó, rechazándose cualquier forma de monarquía absoluta o de dictadura permanente. No en vano la idea del *dominus*, del *rex* y del *tyrannus* encontraron siempre un abierto rechazo en los espíritus romanos. Incluso aquellos que alcanzaron de hecho el poder supremo, como CESAR o AUGUSTO, no aceptaron nunca ser llamados *domini* o ser coronados como reyes. En este contexto se explica por qué CICERON pudo escribir: *omnes nationes servitatem ferre possunt, nostra civitas non potest*⁽⁸²⁾. Esta concepción fundamental anima internamente todo el sistema del derecho privado, que está dominado por la idea de que la intervención estatal en la vida de los individuos debe mantenerse dentro de límites muy restringidos y que, por el contrario, debe garantizarse a los *cives* el margen más amplio posible de autonomía jurídica.

Esta idea, tan profundamente connatural al espíritu romano, aunque nunca fue fijada expresamente en normas de derecho escrito, está continuamente presente en toda una serie de institutos fundamentales, desde la potestad familiar al régimen contractual, desde la propiedad hasta las sucesiones. En otras palabras, en la Roma republicana el reconocimiento de las libertades políticas y civiles no condujo a especulaciones teóricas, sino que es una forma de vida, una costumbre, un sentimiento firme e inalterable⁽⁸³⁾.

Cuando posteriormente el Cristianismo reconoce por primera vez a la persona humana una dignidad suprema que le viene directamente de Dios y que entraña necesariamente la substracción de la vida del espíritu a cualquier forma de control o dominio estatal, se lleva a su término el ideal que ya estaba presente, aunque de forma imperfecta, en la conciencia jurídica y en la praxis romana de la libertad⁽⁸⁴⁾.

C.—Como toda actividad docente, la enseñanza del Derecho Romano supone la comunicación o transmisión de unos conocimientos científicos o de unas técnicas que se basan en estos conocimientos, hecha por un profesor y dirigida hacia unos alumnos. En la estructura de esta actividad de enseñanza se encuentran, así, tres elementos: el maestro, el alumno y la propia comunicación que se establece entre ellos. Ningún planteamiento metodológico puede olvidar uno de estos tres elementos concurrentes,

así como es indudable que toda reflexión que se haga sobre estos problemas no puede desconocer la situación real de la Universidad en cada momento histórico y en cada país en particular, supuesto que existe una conexión profunda entre Universidad y Sociedad.

No se trata sólo de transmitir los resultados de las investigaciones, sino que debe presentarse al estudiante, en expresión de U. ALVAREZ, «el verdadero panorama interior de la ciencia, cuajado de problemas matrices aún no definitivamente resueltos y necesitados todavía de una revisión e investigación posterior»⁽⁸⁵⁾. Una de las condiciones esenciales para conseguir este tipo de enseñanza es la capacidad de leer críticamente las fuentes. GUARINO ha manifestado recientemente su disconformidad con el modo acríptico de citarlas, según una costumbre bastante difundida pero que debe ser abiertamente rechazada⁽⁸⁶⁾. En igual sentido se pronuncia NOCERA; según él, parece como si la fuente sirviera sólo—y dentro de los límites únicamente en que es indispensable como referencia canónica—para cohonestar una tesis o un tratado más o menos académico⁽⁸⁷⁾. Por otra parte, debe reconocerse que la gradual reducción de las fuentes por parte de algunos romanistas a un rango inferior, no hace justicia a la moderna concepción de la cultura como historia total de la civilización.

Estamos de acuerdo con el autor cuando señala que el genuino trámite entre adultos y jóvenes no puede ser un vademécum, un beadeker cultural-escolástico, más o menos puesto al día, donde estén señalados y prefigurados los límites alcanzados—o que hay que alcanzar—, como si fuera de ese vademécum y de esos límites todo fuera oscuridad, vacío y caos.

Por el contrario, parece llegado el momento de construir un edificio cultural, en el cual el único lenguaje universal sea el de las fuentes, o sea, la capacidad de abordar directamente los procesos críticos que ponen en confrontación las palabras y las cosas para encontrar su verdadera correspondencia; no se trata sólo de la equivalencia didáctica entre el término y su semántica, sino una especie de *simetría histórica*, de proporción de los diferentes aspectos de la realidad como complejo de creaciones y pensamientos presentes perennemente en nuestro espíritu⁽⁸⁸⁾.

Esto conduce lógicamente a la conclusión de que también el así llamado «pluralismo de las fuentes» no significa, para los hombres de cultura, una enumeración formal y mecánica de los hechos productivos del fenómeno jurídico (como, por lo demás, de cualquier otro fenómeno), sino que tiene el valor de una investigación exhaustiva de los múltiples elementos que concurren a la fundación de un saber y de un entender tendencialmente unitario e integral. Hay que otorgar a las fuentes de que disponemos un sentido global: a través de ellas es posible una toma de contacto directo con la totalidad del ambiente y con los aspectos singulares y concretos del mismo, a fin de sistematizarlos y clarificarlos. A su estudio, pues, está ligado cualquier tipo de investigación, tanto humanística como científica.

5.—LA ORGANIZACION DE LA DOCENCIA: CONTENIDO Y METODOS

A.—LECCIONES TEORICAS: PRESUPUESTOS

En la enseñanza universitaria del Derecho Romano la lección teórica diaria constituye, a nuestro juicio, un medio eficaz e insustituible de posibilitar el acceso del alumno a un conocimiento profundo, coherente y sistemático.

Por razones muy diversas—y a causa en algunos casos de actitudes antiautoritarias, de prejuicios, o bien de aspiraciones idealistas a un tipo de enseñanza radicalmente innovador—la lección magistral es menospreciada o combatida. Pensamos, sin embargo, que debidamente programada y planificada, mantiene su plena vigencia y constituye un elemento indispensable de la docencia universitaria.

El Derecho Romano es una disciplina eminentemente sistemática. Su exposición debe hacerse partiendo de este hecho e insistiendo fundamentalmente en las líneas esenciales, sin perder de vista que el conocimiento de un sistema legal es la base para cualquier posible ejercicio práctico posterior de valoración jurídica de los hechos⁽⁸⁹⁾.

Aunque algunos autores siguen un orden de exposición diferente⁽⁹⁰⁾, entendemos que para obtener una visión global, coherente de las institu-

ciones, debe partirse de la explicación de los derechos reales antes que abordar la problemática relativa a las obligaciones y contratos. Porque si el alumno conoce lo que es la propiedad, o la posesión o el usufructo, por ejemplo, podrá calibrar mejor las múltiples posibilidades que ofrecen los modos de obligarse; y si ya tiene una información procesal suficiente, podrá comprender mejor los diversos modos de aquilatar la responsabilidad contractual a la hora de su actuación procesal. Esto supuesto, tendrá lugar la explicación del derecho familiar y hereditario en toda su complejidad, y finalmente, la herencia y los legados.

La experiencia docente nos ha demostrado que el Manual continúa siendo un instrumento muy apropiado para la iniciación y organización del estudio del Derecho Romano. Evidentemente, no se trata de propiciar únicamente el aprendizaje memorístico de los temas; la repetición mecánica de su contenido impediría una profundización personal del alumno y constituiría, a la larga, un esfuerzo inútil e innecesario. Por este motivo, a la exposición del profesor debe acompañar siempre la participación directa del alumno, mediante la búsqueda de aclaraciones de los puntos más importantes, o la ampliación de los contenidos expuestos, o la relación con otro tipo de problemas o temáticas afines.

El Derecho Romano constituye una disciplina singularmente apta para la práctica de la metodología interdisciplinar, tanto cuando se trata de su estudio e investigación como—tal es el presente caso—de su enseñanza⁽⁹¹⁾.

Porque, en cuanto *Derecho histórico*, es también válida para él lo que hoy se dice de la obra literaria, o del arte, o de la economía, o de las ciencias, a saber, que debe considerarse ya superada la etapa historia-relato; la concepción de realidad histórica como un conjunto estructural, no permite separarla en compartimentos estancos: historia social, económica, jurídica, literaria, científica⁽⁹²⁾.

La tendencia actual es hacia la búsqueda de una síntesis de aquellas disciplinas que concurren, por su complementariedad, a recomponer la unidad compleja de la realidad. En el caso del Derecho—y como ya hemos señalado anteriormente—es evidente que aparece estrechamente vinculado con la política, la religión y la cultura, en cuanto modos específicos de

reaccionar ante nuestro destino humano⁽⁹³⁾. En nuestro tiempo, hay un acuerdo tácito general en que el estudio del futuro del hombre tiene que ser interdisciplinar y que se deben tener en cuenta todos sus aspectos sociológicos, sociales e históricos al elaborar cualquier posible nuevo sistema de valores⁽⁹⁴⁾.

La dificultad de la enseñanza interdisciplinar proviene del hecho de que exige necesariamente el trabajo en equipo o «team teaching»⁽⁹⁵⁾, difícil de conseguir en la actual situación de los estudios universitarios, supuesta la configuración de los planes de estudio, los problemas de personal docente y los medios de que se dispone. Esto no impide que el trabajo interdisciplinar constituya una meta deseable y que en situaciones especiales (Colegios Universitarios, trabajos especializados con grupos reducidos...) pueda intentarse y ser llevado a efecto con eficacia.

Un criterio que debe presidir las clases teóricas, sea cual fuere el método que se adopte, es que lo fundamental no es enseñar demasiadas cosas, sino enseñar a fondo lo que se enseña⁽⁹⁶⁾. En el caso del Derecho, la enseñanza universitaria tiende directamente a la formación profesional de los juristas, por lo que ha de dar a los alumnos los principios formativos suficientes para la especificación del conocimiento científico. Esto entraña necesariamente, como ha observado SANCHEZ DE LA TORRE, una atención permanente a «la formación *universal* del jurista»⁽⁹⁷⁾, que implica necesariamente una serie de conocimientos sociológicos y éticos, fácticos y normativos, facilitando el contacto de la docencia académica con la cultura socializada y con los problemas generales de la comunidad⁽⁹⁸⁾. Además del saber especulativo, cuyo fin es la «verdad», es esencial vincular éste al saber práctico o *verum relatum ad opus*. Por eso, tanto el investigador como el docente debe tener unas determinadas cualidades indispenables; piénsese por ejemplo en el ámbito de la observación, que enseña a contar con los resultados erróneos y a servirse de los instrumentos de contrastación; o en la imparcialidad de espíritu, evitando prejuicios o dogmatismos; o en el rigor del análisis y de la crítica, que permite discernir lo importante o decisivo de lo accesorio, etc. Todas estas cualidades son también, en el caso del alumno, la condición de posibilidad para que pueda alcanzar una formación jurídica—y en nuestro caso romanística—que ponga de manifiesto su madurez universitaria.

B.—ENSEÑANZAS PRACTICAS

Al lado de las clases teóricas, las llamadas clases prácticas mantienen hoy su singular importancia e interés. No sin razón se ha señalado como uno de los defectos de nuestras enseñanzas jurídicas—y en general de todas las enseñanzas universitarias—el excesivo carácter teórico de las mismas, a diferencia de otros pueblos en que el estudio teórico cuantitativamente menor, se completa con ejercicios prácticos que contribuyen a adiestrar al futuro jurista en la labor material de confección de instrumentos jurídicos, forzándole a resolver problemas de la vida real, tal como suelen presentarse.

En la resolución de casos—y supuestas las lecciones teóricas previas—el fragmento del jurista romano constituye el modelo de aquella *forma mentis* que corresponde al auténtico jurista; porque es el módulo universal que revela, sin lugar a dudas, el genio jurídico de los romanos. El Digesto proporciona una cantera riquísima de supuestos que permiten plantear casos prácticos de muy diversa índole, poniendo de manifiesto la aptitud del Derecho Romano para hallar principios y soluciones correspondientes a criterios de justicia y equidad para los diferentes sectores de la vida social.

En cualquier caso, entendemos que la eficacia de la clase práctica se diluiría considerablemente y vería reducida su eficacia si se impartieran en clases masivas, ya que se haría prácticamente imposible mantener la tensión que exige el esfuerzo de aproximación a la realidad compleja que se contempla. Deberían, pues, impartirse estas clases a grupos reducidos (de quince a veinte alumnos). Como guía orientadora para esta clase de ejercicios prácticos estimamos que es de gran utilidad, entre otros, el libro de GARCIA GARRIDO⁽⁹⁹⁾, que siguiendo la sistemática tradicional en las exposiciones teóricas, va ilustrando éstas con casos prácticos seleccionados. De esta forma se corrige el predominio del elemento memorístico que todavía domina en el estudio universitario. El asimilar un *modus operandi* como actitud viva y conformadora de la mentalidad del joven jurista, requiere una labor especial del personal docente. Pero es también la garantía de eficacia y de formación intelectual sólida.

Parece evidente, por otra parte, que para conseguir una mayor y más profunda penetración en el Derecho Romano sería preciso un curso exegético especial, sobre todo para aquellos alumnos que no aspiran únicamente a conseguir un adiestramiento práctico o una finalidad utilitaria inmediata, sino también a una comprensión más global y abarcadora de las realidades y de los problemas. En cambio, sería suficiente un curso institucional cuando se trata de un auditorio más numeroso y menos interesado en acceder a un nivel de especialización; en este curso, además de la exposición de los institutos, sería indispensable la lectura crítica y comentada de los textos más significativos que hacen referencia a cada uno de ellos.

En todo caso, las lecciones teóricas no deben reducirse o posponerse. Es indispensable que los alumnos se penetren del sentido último que inspira la labor de los *prudentes* del derecho como la fuente más autorizada para dirigir el pensamiento jurídico.

Por lo demás, y aún reconociendo la relevancia que tiene en la docencia romanística el empleo del casuismo (escuela de búsqueda de soluciones para la vida y dominio de las técnicas jurídicas), no debe perderse de vista aquella característica tan peculiar de los juristas romanos y que, según VOLTERRA, les distingue de los demás juristas de la antigüedad⁽¹⁰⁰⁾, a saber, que su *forma mentis* tiende siempre a la concepción y a la formulación del principio y de la *regula*, a la *definitio* y, en suma, a la construcción del sistema; y esto, aún cuando parecen ajenos a las especulaciones teóricas y a la abstracción (sobre todo cuando se les compara con los juristas modernos).

Sólo teniendo presente esta voluntad de sistematización doctrinal, este esfuerzo de elaboración teórica de los institutos y la neta individuación de la norma jurídica respecto de las extrajurídicas, aparece evidente el valor formativo de la casuística de los juristas romanos y viene a ser, de hecho, aquel «medio vigoroso de disciplina mental» a que ha aludido BETTI en una de sus obras⁽¹⁰¹⁾.

C.—LOS SEMINARIOS ESPECIALIZADOS

El trabajo de *seminario* merece, a nuestro juicio, una consideración especial, en cuanto significa una tarea de investigación llevada a cabo por

un grupo de estudiantes en común⁽¹⁰²⁾. Supone que se trata de personas ya iniciadas en la disciplina y que su asistencia—nunca masiva—es voluntariamente aceptada o pedida. En realidad, se trata de la culminación del estudio universitario, y representa una oportunidad única para iniciarse en la investigación, desarrollar aptitudes y descubrir vocaciones científicas. Ciertamente, dice BADENES GASSET, «no se pueden dar reglas para investigar, como no se pueden dar reglas para la inspiración artística... el alumno guiado—y no sustituido—por el profesor, trabaja personalmente. Es él quien observa, quien experimenta, quien analiza y somete a críticas constantes el resultado de sus observaciones»⁽¹⁰³⁾. Entre las normas que orientan la labor de seminario hay que destacar el hecho de que el profesor elige un tema que él mismo haya investigado o que se proponga investigar personalmente, con objeto de que su labor magistral rinda al máximo y pueda controlar en todo momento las discusiones. Sobre el tema señalado se hace, en una primera sesión, una descripción del estado de la cuestión y de los fines de la labor que se inicia, aclarando cual es el estado de las fuentes y distribuyéndose trabajos concretos de investigación sobre puntos particularmente difíciles.

Cada sesión del seminario puede dividirse en tres partes: 1) una exposición sobre el tema según el orden programático de materias, con un tiempo limitado muy concreto; 2) participación de uno de los miembros del seminario con lectura del trabajo realizado; 3) un período más amplio de discusión. Aquí es donde el profesor puede y debe estimular la participación de los asistentes con sugerencias, orientaciones y preguntas. En cualquier caso, la labor del seminario sirve para iniciar en la técnica del trabajo científico, así como para lograr una selección del alumnado y progresivo perfeccionamiento de los más capaces.

Actualmente se insiste en que toda ponencia deberá ser seguida de discusión colectiva, con objeto de esclarecer las cuestiones dudosas y enriquecer los puntos de vista. Al final es conveniente la adopción—y en su caso la redacción por escrito—de las conclusiones concretas a que se haya llegado.

Un ejemplo concreto de la labor de los seminarios puede verse en la encuesta llevada a cabo entre los estudiantes de un seminario romanístico

en Nápoles, bajo la dirección de A. SCHIAVONE, y centrado en torno a la tradición del Derecho Romano en la formación de algunas doctrinas del Derecho privado moderno⁽¹⁰⁴⁾.

El seminario es un medio único para preparar al futuro profesor y poner las bases para la tarea investigadora, que es una de las misiones esenciales de la Universidad. Más en concreto, interesa llamar la atención sobre el hecho de que es también el ámbito en que se programa y prepara los temas que serán objeto de las tesis de doctorado, que deben significar el comienzo o la consolidación de la madurez científica del alumno (rigor científico, dominio de las técnicas de investigación, superación de la mera erudición, uso inteligente de la bibliografía, penetración a fondo en la problemática que se contempla, desarrollo de la capacidad crítica) y una aportación original al acervo común del saber.

En este sentido—y dentro del campo concreto del Derecho Romano—es esencial el conocimiento lingüístico y un nivel de formación suficiente que haga posible el análisis de los textos y el acceso directo a las fuentes. Sólo así será posible poner de manifiesto el verdadero panorama interior de la ciencia que, en expresión de U. ALVAREZ, está «cuajado de problemas matrices aún no definitivamente resueltos»⁽¹⁰⁵⁾.

D.—SISTEMAS DE EVALUACION

La auténtica formación universitaria exige que el alumno asuma responsablemente el propio proceso educativo. Exige también—e inseparablemente—que el profesor mantenga viva la conciencia de lo que es y significa la relación educativa, el acto de enseñar. Antes que el empleo de determinadas técnicas o métodos es fundamental el clima humano, la comunicación de las personas. Reflexionando sobre la reforma de la Universidad decía hace algunos años P. RICOEUR: «al contribuir a la realización parcial del proyecto de autorrealización del enseñado, el enseñante sigue aprendiendo y perfeccionándose; en un sentido muy real puede decirse que también él es enseñado por sus alumnos y recibe de ellos la ocasión de realizar su propio proyecto de conocimiento y de saber. Es preciso, pues, afirmar, parafraseando a ARISTOTELES que la ensañan-

za es el acto común del maestro y del alumno. Toda posible «revolución cultural», en materia de enseñanza, se alimenta y vive de esta convicción»⁽¹⁰⁶⁾.

Si el alumno participa activamente en el sistema didáctico; si existe una verdadera comunicación entre el profesor y los alumnos, el sistema de evaluación del rendimiento académico y del nivel formativo alcanzado, ofrecerá unas garantías mayores de objetividad.

Si se tratara únicamente de enjuiciar y valorar (siempre de forma aproximada, por otra parte) los conocimientos adquiridos, el recurso a los exámenes tradicionales tiene, sin duda, una utilidad innegable, sobre todo si se trata de exámenes parciales; incluso en este último caso, está latente siempre el peligro de que el alumno pierda la visión de conjunto de la asignatura y quede el estudio del Derecho desmembrado, sin la unidad y armonía que deberían presidirlo. Pero hay algo más. Porque más allá de la posible utilidad e inconvenientes que pueda presentar el sistema de exámenes, es preciso llegar a poner de acuerdo la planificación y programación de la enseñanza, sus objetivos y métodos con el ideal formativo que se persigue en la enseñanza universitaria. Esto exige una determinación muy concreta de las fases del proceso de aprendizaje, de los contenidos que son objeto de estudio e investigación y de los fines o metas que deban alcanzarse⁽¹⁰⁷⁾.

Entendemos que las pruebas de control—que pueden adoptar una gama muy amplia de expresiones—son necesarias tanto para evaluar los resultados del estudio y el rendimiento de los alumnos como para someter a crítica o revisión la metodología de la enseñanza y las orientaciones de la actitud docente (autoevaluación). En general, es indispensable fomentar el diálogo directo con el alumno, a través de los comentarios de las pruebas escritas, de las entrevistas personales, de la valoración razonada e individualizada de los trabajos realizados; más en concreto, es preciso estimular su participación activa, sobre todo en las sesiones de casos prácticos y en las reuniones de seminario. Esto supuesto, el examen final vendría a completar los datos obtenidos mediante este sistema de control e información y ayudaría, sin duda, a matizar más el juicio global del profesor sobre la formación romanística de los alumnos.

En cualquier caso, estimamos un factor primordial de la formación universitaria el propio principio de actividad del alumno. La enseñanza no debe sólo despertar al individuo y estimularlo, sino también guiar su esfuerzo y orientarlo hacia unas metas. MARITAIN ha observado que «lo que se aprende no debe ser nunca recibido pasiva o mecánicamente, como formación que carga nuestra inteligencia. Más bien debe ser transformado activamente en la vida misma de la inteligencia y así fortalecerlo... pero una gran cantidad de conocimientos puede sofocar esa inteligencia si quien lo recibe lo hace de manera servil; la inteligencia se siente entonces aplastada por un conocimiento que no es suyo sino de los demás»⁽¹⁰⁸⁾.

6.—LA ENSEÑANZA DEL DERECHO ROMANO Y LA FORMA MENTIS DEL JURISTA CONTEMPORANEO

A.—Mentalidad pragmática y estudio del Derecho

Parece evidente que, en la enseñanza del Derecho Romano, la elección del método y de los contenidos depende en gran medida de la concepción que se tenga de su importancia en orden a conseguir una formación básica de juristas.

Existe una mentalidad pragmática y utilitarista, muy difundida en los ambientes universitarios, que únicamente atiende al rendimiento inmediato (la solución de los casos jurídicos concretos conforme a las normas jurídicas vigentes) desentendiéndose de cualquier finalidad científica o de cualquier aspiración a una comprensión global de las realidades y de los problemas. No sin razón ha podido hablar D'ORS de un «vulgarismo jurídico» que conduce a la disolución de las categorías jurídicas⁽¹⁰⁹⁾. Igualmente GROSSO, refiriéndose en concreto al estudio del Derecho Romano y a su enseñanza, previene contra el peligro de aproximarse a él desde puntos de vista de utilidad práctica inmediata⁽¹¹⁰⁾. Por supuesto, tan poco sería aceptable una pretendida actitud científica que degenerara en abstracciones desvinculadas de la realidad o en la mera erudición.

Las reservas que deben hacerse a esta mentalidad pragmática, no impiden en absoluto preguntarse por la utilidad del estudio actual del

Derecho Romano y por las razones que han hecho y hacen de él un modelo válido para otras sociedades y pueblos. Esta indagación conduce últimamente al reconocimiento de la perfección intrínseca del Derecho Romano, elaborado a través de un proceso secular de experiencia jurídico-social, con un método ejemplar y perfectamente adaptado a su período histórico. Por supuesto, no se trata de hacer una Historia del Derecho Romano *ad usum* de los juristas modernos, sino de saber encontrar una síntesis histórico-jurídica que no pierda de vista el carácter del objeto de que se hace la historia, que es un Derecho y que debe ser estudiado por hombres del Derecho⁽¹¹⁾.

En nuestra actual situación histórica, y teniendo en cuenta la compleja problemática jurídica y política que están viviendo nuestras sociedades occidentales, es posible ilustrar las razones de la ejemplaridad y actualidad del Derecho Romano, recordando algunos rasgos fundamentales o contenidos esenciales que le son propios. Entre ellos destacaremos únicamente tres: cómo se plantea el problema de la justicia en el *ius romanum* y cuál es su dimensión humanista; la no estatalidad del Derecho, como correctivo a las tendencias iuspositivistas imperantes y, por último, la certeza del Derecho, en cuanto alternativa a la mera legalidad formal.

B.—*El ius romanum y el problema de la justicia*

Aunque parece evidente que la civilización europea ha encontrado en el sistema de las leyes romanas los principios de su propia vida, debe añadirse que también se encuentran actualizadas en el Derecho romano—y gracias a él—otras muchas exigencias y aspiraciones que son propias de ella. Ante todo, una determinada idea de la justicia, concebida como el fin supremo al que tiende el derecho y que no se deriva de abstracciones arbitrarias sino del sentimiento vivo de la conciencia común. Justicia, pues, entendida como una conquista permanente, como un esfuerzo colectivo para adaptar el derecho a las exigencias siempre nuevas de la vida, presidido por una rigurosa conciencia ética, tal como se expresa de forma explícita en la celeberrima definición de CELSO (*ius est ars boni et aequi*).

En este sentido, y aun reconociendo el fondo de verdad que se contiene en su observación, es importante hacer algunas precisiones a la afir-

mación de ORTEGA Y GASSET según la cual el hecho de que el pueblo romano hiciera del derecho su pasión primordial no puede ser entendido por la mentalidad moderna que «cree torpemente que el derecho es derecho porque es justo, mientras que el romano castizo pensaba, inversamente, que lo justo es justo porque es derecho»⁽¹¹²⁾.

En efecto, y como oportunamente subraya BIONDI⁽¹¹³⁾, la definición de CELSO pone de relieve la función y la orientación fundamental del *ius*, que debe inspirarse siempre en el *bonum et aequum* y tender a realizarlos en la práctica cotidiana. De hecho, toda la evolución jurídica romana demuestra un esfuerzo constante por parte de la Jurisprudencia y de los diferentes órganos legislativos para adecuar el derecho a la *aequitas*, tal como ésta es sentida e interpretada en los distintos períodos históricos.

Por otra parte, aunque el derecho no impone un comportamiento conforme a la moral, no prescinde en modo alguno de ella. Al contrario, los romanos no dudan en asumir, dentro del ámbito del derecho, como elementos cardinales de su ordenamiento más avanzado, algunos conceptos puramente éticos, profundamente arraigados en ellos hasta el punto de constituir «*saldissima norma dell'operare pratico*»⁽¹¹⁴⁾. Esto debe tenerse en cuenta sobre todo con referencia al concepto romano de la *fides* que es, sin duda, la regla más alta de conducta moral del ciudadano romano. CICERON llega a afirmar incluso que es el fundamento mismo de la justicia (*fundamentum... est iustitiae fides*).

Idénticas consideraciones podrían hacerse a propósito de la *aequitas*, que preside el desarrollo del derecho desde la República y que se orienta a garantizar la igualdad, que inspira el *ius honorarium*, que constituye el fundamento del *ius naturale* y funda la inderogabilidad de los preceptos morales⁽¹¹⁵⁾. No sin razón observa J. IGLESIAS que «la *aequitas* impregnada de sentido moral-social, domina el entero territorio—no rigurosamente acotado—del *ius*»⁽¹¹⁶⁾.

Aequitas y *fides*, que penetran en el ámbito del *ius civile*, terminan animando al sistema romano en su totalidad y constituyen una de las razones del triunfo sobre el formalismo. Posteriormente y, por influencia del Cristianismo, la concepción clásica de la justicia atenúa su severidad en el sentido de una mayor humanidad, tal como aparece en el *Corpus Iuris*,

donde el ideal cristiano de la justicia está presente en todo el ordenamiento jurídico, introduciendo en él un nuevo espíritu de solidaridad social que era desconocido anteriormente. No es improbable que la nueva justicia cristiana sea menos idónea que la clásica para el gobierno de los hombres, pero es indudable que aquel ideal se enriqueció de un contenido ético incomparablemente más alto⁽¹¹⁷⁾.

Por otra parte, hay que observar que este espíritu del Derecho romano no se encuentra sólo en los textos jurídicos, sino que late también en los textos literarios y «en la imagen larga de la Roma toda». J. IGLESIAS señala acertadamente que «el Derecho tiene su basamento en unos *principia*. Tales principios enraizados, a su vez, en un mundo de creencias, de sentimientos, impulsos, necesidades políticas, económicas y de otra varia suerte, no se vierten *del todo*, con precisiones contables o mensurables, en lo jurídico positivo. Sin embargo, en el todo que es la vida colectiva actúan, difusa e impalpablemente...»⁽¹¹⁸⁾.

Estudiando los aspectos más universales del pensamiento romano, BIONDI llama la atención sobre el hecho de que el hombre aparece en el centro del ordenamiento jurídico y recuerda una afirmación recogida en el Digesto: *totum ius hominum causa constitutum est*⁽¹¹⁹⁾. Los libros de *Institutiones* de los juristas romanos se abren siempre con el tratado del *ius quod ad personas pertinet*. Se habla de *homo* y de *persona*, más bien que de *civis*. Esto tiene importancia y significación en cuanto que el ordenamiento jurídico está constituido para la *utilitas omnium*, que es invocada frecuentemente para justificar institutos y decisiones.

Ahora bien, si todo el Derecho está constituido *hominum causa* y para su utilidad, aparece conforme a la esencia y función del Derecho el que esté conforme a la *humanitas*. Esta palabra que, desde su nacimiento en Roma en el siglo II a. C., fue asumiendo una gran variedad de significados y matices⁽¹²⁰⁾, ha terminado siendo, como observa S. RICCOBONO, una síntesis abreviada de los ideales morales e intelectuales que han ejercido un influjo más profundo en el progreso de la civilización⁽¹²¹⁾.

En el ámbito del derecho, el término *humanitas* sólo fue acogido por los juristas, junto con *humanus* y sus derivados, después de la época clásica, viniendo a significar lo mismo que *aequitas* y siendo idéntica su fun-

ción práctica⁽¹²²⁾. La *humanitas* pasa a ser entonces el nombre que toma la *aequitas* como expresión de *benignitas*, de *pietas*, de *charitas*. Por influencia del cristianismo, y a fin de eliminar la equívocidad que tenía hasta entonces la palabra *humanitas*, Justiniano terminaría hablando de una «*nova humanitatis ratio*»⁽¹²³⁾, subrayando así la aportación cristiana a la configuración de un orden nuevo de relaciones humanas⁽¹²⁴⁾.

La *humanitas*, que está muy directamente relacionada con el *ius* y la *aequitas*⁽¹²⁵⁾, aparte de su sentido específico (como benevolencia, solidaridad, o clemencia), es una noción universal, como pueden serlo «civilización» o «conciencia social»⁽¹²⁶⁾.

Aunque debe admitirse una cierta continuidad entre la *humanitas* romana y la cristiana, existen profundas diferencias que no pueden explicarse como un mero proceso de desarrollo o perfeccionamiento. En el cristianismo, la *humanitas* no es sólo una especulación filosófica; es un precepto religioso. Además, el concepto de hombre y persona se transforma radicalmente⁽¹²⁷⁾ y, por tanto, también su autoconciencia y el sistema de relaciones con los demás, en la sociedad y en el Estado. La *charitas* cristiana no se identifica ya sin más con aquella «*charitas generis humani*» que habían exaltado los estoicos.

La invocación a la *humanitas* en la legislación postclásica está en estrecha conexión con la penetración del cristianismo en el Imperio. Cuando CONSTANTINO, como harán otros emperadores posteriores, declara que las leyes pretenden *humano generi prospicere*⁽¹²⁸⁾, no quiere significar solamente que deben encaminarse a satisfacer las necesidades sociales; se está actuando, más bien, la consideración de los nuevos fundamentos que sustentan las relaciones humanas. En este sentido es evidente la conexión profunda que se establece entre la *humanitas* y la función específica nueva que corresponde a la *aequitas* en el proceso de humanización del derecho.

Después de un estudio detenido de los textos legislativos postclásicos, BIONDI concluye con la afirmación de que la *humanitas*—que era ya uno de los motivos que tenían presente el legislador y la jurisprudencia de la época clásica—constituye el motivo general y prevalente⁽¹²⁹⁾, llegando a

ser incluso superior a la misma justicia. La Sirmondina 13 recoge un pasaje de los emperadores HONORIO y TEODOSIO en el que explícitamente se declara: «*convenit nostris praescita temporibus, ut iustitiam inflectat humanitas*»⁽¹³⁰⁾.

Por otra parte, es indudable que de la *humanitas* se derivan los derechos de la personalidad, respecto de los cuales cada sociedad y cada época tienen una particular sensibilidad. Entre ellos hay que citar el principio de la integridad física y moral del hombre, la libertad, entendida como *naturalis facultas* que preexiste al ordenamiento jurídico, etc.

C.—*La no estatalidad del Derecho: antítesis ius-lex*

Una de las ideas fundamentales que debe destacarse al abordar el estudio del Derecho Romano, y que representa, sin duda, un evidente valor de ejemplaridad para cualquier tiempo, es la no estatalidad del *ius*, la desvinculación existente entre Estado y Derecho privado; en otras palabras, la antítesis del positivismo jurídico moderno. Aquí radica, por otra parte, la clave de la distinción de Roma respecto de los demás pueblos occidentales⁽¹³¹⁾. En efecto, en Roma el Derecho privado procede de la actividad de los *iusprudentes* y este fenómeno constituye un hecho de tal importancia que toda la Historia del Derecho Romano podría reducirse a la historia del dualismo o antítesis *ius-lex*.

El *ius* era para los romanos esencialmente *interpretatio*: la ley viene a colocarse en los márgenes de ésta e incluso cuando se desarrolla de forma más vigorosa deja sobrevivir la *interpretatio*, que siempre es considerada como el *ius civile* por antonomasia. El dualismo entre *interpretatio* y legislación no se reduce a la distinción entre derecho extraestatal y derecho estatal, como podría parecer a primera vista; ni tampoco hablar de progresiva estatalización del Derecho es afirmar la íntima esencia del fenómeno, ya que un elemento de estatalidad existe siempre en la *interpretatio*, desde el momento en que los resultados de ella son asumidos por el órgano jurisdiccional del Estado. La antítesis se da más bien entre lo que es verdaderamente un desarrollo lógico y orgánico y lo que es únicamente imposición del Estado.

Bajo el signo de este dualismo se inicia la historia del Derecho Romano y quizá hasta JUSTINIANO no se da verdadera fusión del *ius* y las *leges* en uni-

dad legislativa de origen estatal. La puesta en marcha hacia la unificación formal se verifica con el advenimiento del poder imperial, es decir, cuando la *constitutio principis* llega a ser la fuente única de derecho, a la cual se da el nombre solemne de *lex*, excluyendo la posibilidad de que otras fuentes puedan crearlo. La unificación puede decirse que se ha realizado formalmente por el hecho mismo de que cada una de las constituciones de JUSTINIANO han dado valor de ley a todo el complejo heterogéneo de material jurídico recibido a través de la secular tradición de Roma. Ahora el derecho es uno sólo y deriva únicamente de la *lex*. Todas las fuentes precedentes pierden eficacia a partir de las leyes promulgadas por JUSTINIANO. La referencia a ellas está inspirada no sólo en un sentimiento de reverencia hacia el mundo antiguo, sino también en el deseo de hacer inteligible todo el complejo legislativo.

Esta fusión que venía preparándose desde el Principado, a causa del creciente predominio de las *leges*, se debe también al encauzamiento oficial de la actividad de los *prudentes*. A propósito de éstos, puede decirse que con su labor de *interpretatio* fueron moldeando el *ius* a las nuevas exigencias, de modo que puede decirse con BETTI⁽¹³²⁾ que la Jurisprudencia fue en realidad fuente del Derecho. GROSSO coincide con esta afirmación subrayando cómo la *interpretatio prudentium*, heredera de la más antigua jurisprudencia pontifical, es uno de los elementos fundamentales del desarrollo del *ius civile* romano⁽¹³³⁾. La gran contribución de la Jurisprudencia a la creación y determinación de este *ius civile* romano tuvo lugar antes e independientemente del *ius respondendi*. Hasta tal punto es importante esta obra que POMPONIO llega a afirmar que el *ius civile* «*in sola prudentium interpretatione consistit*»⁽¹³⁴⁾. No se trata únicamente de una *interpretatio* intelectual, sino que es también evolutiva; no es una actitud teórica sino práctica. Tarea suya es, sobre todo, el fijar en una fórmula precisa la tradición, entendida como algo vivo, no como realidad inmóvil.

Desde los primeros tiempos de Roma hasta finales de la República, el *ius* venía a ser el conjunto de normas según las cuales se regían los conflictos de intereses de la sociedad romana. La *lex* era la norma establecida por los *comitia* que, muy de tarde en tarde, intervenían en la vida civil del *civis romanus*⁽¹³⁵⁾.

Estudiando la relación entre *ius* y *lex*, MITTEIS llega a la conclusión de que en todo tiempo, el derecho creado por la ley ha podido ser cualificado

como *ius*⁽¹³⁶⁾. Si la *lex* ha sido algunas veces opuesta al *ius*, esto se debió a que se quería designar el derecho expresamente formulado, en oposición al que no lo estaba: pero ha sido considerada como una parte del *ius*, así como, más raramente, el *ius* ha podido ser cualificado como *lex*. KASER piensa que no hubo, en el origen, ninguna relación entre *lex* y *ius*. Mientras que *ius*, según él, no habría designado más que una actitud, una línea de conducta reconocida, permitida, tenida por justa a causa de una decisión judicial en cada caso concreto, definida sin apoyarse sobre una norma, la *lex* sería una prescripción o decisión limitada a un caso concreto también, de modo que ambos conceptos parecen haber sido fundamentalmente diferentes. Sin embargo, se habrían aproximado al estar aplicados a normas generales, conduciendo así a reconocer la equivalencia de los principios establecidos en el juicio y en la ley, y por tanto, a entender como *ius* el derecho creado por la ley. PAOLI insiste también en que deben desaparecer las fronteras entre los dos dominios, apoyándose en la existencia, sólidamente atestiguada en el curso de la época intermedia entre los orígenes y la época postclásica, de un concepto en que se han encontrado perfectamente conciliados el *ius* y la *lex*: este concepto es el de *ius legitimum*⁽¹³⁷⁾.

La vinculación entre *ius* y *mores maiorum*, parece innegable⁽¹³⁸⁾. El *ius*—conjunto de imperativos de conducta—se formó progresivamente, por vía de costumbre o convenciones implícitas entre los asociados y, de modo más preciso, por costumbres dotadas de particular autoridad, que serían los *mores maiorum*.

Al estudiar el papel de las *leges* frente al *ius*, observamos que en las *leges* se dan sucesivas imposiciones de la clase plebeya en sus luchas frente al patriciado. Prueba decisiva en este sentido sería el hecho de que las *leges* más conocidas han sido votadas por las asambleas de la plebe; son técnicamente plebiscitos. Además, comenzando por la misma tradición respecto a las XII Tablas, la finalidad de la legislación romana parece ser la seguridad jurídico-social de las clases inferiores⁽¹³⁹⁾.

Si estudiamos, por otra parte, la *interpretatio prudentium* en su relación con la legislación, vemos en esta última el medio de superar los momentos de impotencia creadora de la *interpretatio*⁽¹⁴⁰⁾. En efecto, en un primer momento el derecho es sólo *interpretatio*, una formación lógica al

margen de toda autoridad. A medida que aparece insuficiente, interviene la ley que, siendo expresión de autoridad, completa la *interpretatio* llegando hasta donde ésta no puede llegar. Cuando la *interpretatio* carece ya de virtud creadora suficiente para colocarse al ritmo del progreso social, se hace necesaria la corriente innovadora de la legislación. Es indudable que, en algunos casos, ésta habrá sido la razón de la legislación, pero, normalmente el órgano verdaderamente renovador ha sido el pretor⁽¹⁴¹⁾. Únicamente en graves casos de crisis colectivas se presentaría como necesidad el acudir a la *lex*. Por otra parte, la virtud creadora de la *interpretatio* ha constituido lo que en la técnica jurídica actual se denomina *punte* del derecho⁽¹⁴²⁾.

Más que la legislación ha sido el pretor el que realizó la acomodación del ordenamiento jurídico al ritmo de la sociedad. En este sentido pudiera decirse que el pretor es un órgano casi legislativo, tal es su arbitrio jurisdiccional. El edicto pretorio, como ya insinúa CICERON, es la fuente más importante de la *disciplina iuris*. La separación tradicional en la romanística entre *ius civile* y el *edictum* ha impedido valorar a éste como la máxima fuente del *ius*. El *edictum* es el documento que más nos acerca a la realidad de la vida jurídica romana⁽¹⁴³⁾.

D.—*Legalidad formal y certeza del Derecho*

A fin de entender cómo se plantea en Roma el problema de la certeza y seguridad jurídicas, es preciso hacer referencia, una vez más, a la íntima conexión existente entre Derecho y Política en Roma. En efecto, la política romana, en su multiplicidad de manifestaciones, está orientada no por efímeras ideologías sino por un sentimiento profundo de la supremacía y perennidad del *Populus Romanus*, concebido como una fuerte y sólida organización jurídica⁽¹⁴⁴⁾. La *Res Publica*, desde el punto de vista político, expresa la idea de comunidad política, siendo su vínculo más fuerte y perenne la *lex publica*⁽¹⁴⁵⁾. En este sentido, la *lex* «es un concepto eminentemente político⁽¹⁴⁶⁾».

Aunque pueda parecer una paradoja—dice BIONDI—es indudable que Roma ha tenido un ordenamiento fuerte y preciso pero no una constitución, entendida como una enunciación abstracta de principios, de órga-

nos y funciones del Estado. Reino, República, Principado son denominaciones modernas aproximativas, con las cuales indicamos diversos períodos históricos, pero los romanos no tienen ni siquiera un nombre para describir su propio régimen político. A través de las diferentes crisis, la política romana busca siempre mantener sólido el ordenamiento del Estado. A través de la organización jurídica, los romanos, más que teorizar, han demostrado con la praxis misma de qué modo puede conciliarse el principio de autoridad con el de libertad, la fuerza y la justicia⁽¹⁴⁷⁾.

Al abordar el problema de la certeza del derecho en Roma, SCHULZ distingue dos significados en la «Rechtssicherheit»: a) la certeza de que, en la lucha contra el mal, prevalecerá el derecho; b) la certeza del derecho existente, la posibilidad de reconocer con seguridad el ordenamiento jurídico y de prever los efectos jurídicos que van a surgir de una determinada situación de hecho⁽¹⁴⁸⁾. La seguridad o certeza del Derecho, entendida en el primer sentido, depende esencialmente de la garantía que el Estado ofrece a la tutela jurisdiccional. Después de examinar una serie de datos, el autor piensa que en la época clásica y republicana la tutela jurídica por parte del Estado estaba suficientemente garantizada, es decir, que en este sentido existía la certeza del Derecho. Pero, entendida en la segunda forma señalada, cree que no puede hablarse de la seguridad acerca de la norma jurídica, e insiste en que uno de los caracteres del Derecho Romano es justamente la poca importancia que en él se otorga a esta certeza. Por una parte, no es muy clara la existencia y el contenido de las normas jurídicas (es conocida la poca propensión de los romanos a la promulgación estatal de las normas); por otro lado, incluso allí donde existe un derecho fijado por el Estado, tampoco es fácil el formarse una certeza. Si en la época republicana y en el período clásico esta falta de seguridad podía soportarse e incluso no era sentida como un defecto, esto se explica por el hecho de que existía una doctrina jurídica floreciente, en la cual los *cives* tenían la máxima confianza. En fin, SCHULZ señala como una causa de la falta de certeza del derecho, el poder discrecional de los órganos del Estado, en especial, de los magistrados *iudicentes*, a los cuales se otorgaba una amplia esfera de acción.

A la vista de todas estas dificultades creo, con MASCHI, que la certeza del Derecho no debe hacerse consistir en la *certeza formal*, exterior, entendida

como simple legalidad, sino en la *certeza sustancial*, esto es, certeza de los principios fundamentales de los ordenamientos, en la certeza como objetividad⁽¹⁴⁹⁾. No es exacto, pues, afirmar que no han alcanzado la certeza del Derecho aquellos ordenamientos que (como los ordenamientos jurídicos romanos), no se han preocupado de formular unas normas exhaustivas encaminadas a prever todos los casos posibles. De hecho, no sólo la ley en sí misma, sino también el modo según el cual la ley opera modernamente, contradice a la certeza del Derecho. Hay que hacer referencia, en este sentido, al hecho de que la certeza disminuye precisamente en cuanto que, en nuestro tiempo, hemos llegado, como escribe CARNELUTTI, a una «hipertrofia de la ley»⁽¹⁵⁰⁾.

Desde otra perspectiva, U. ALVAREZ ha observado que el jurista actual vive dentro de un ordenamiento jurídico cerrado, emanado de una sociedad política estructurada sobre el esquema de una constitución estatal orgánica en la que se destaca el predominio decisivo de la ley. Por esto se siente constreñido a negar a la jurisprudencia, entendida como doctrina judicial, el valor de fuente directa del derecho. El jurista romano, en cambio, fue la pieza clave creadora del proceso formativo del Derecho en Roma; por eso, el romanista actual, propende a enfrentarse con el actual predominio de la ley y considera que ésta es un obstáculo en la formación espontánea del Derecho⁽¹⁵¹⁾.

Los romanos no reducían el problema de la certeza a un problema de legislación. Para ellos, la ley tenía un ámbito de operatividad muy preciso y limitado. Teniendo en cuenta la poca relevancia de la legislación en el mundo romano clásico, es muy significativo el hecho de que la obra legislativa de AUGUSTO, concretada en las *leges, senadoconsultos* o *edictos*, puede calcularse en unas cuatro leyes por año, unas doscientas en cincuenta años de gobierno. Este número, que a nosotros puede parecernos ridículo, debió causar en sus contemporáneos una impresión muy distinta, dado que jamás en Roma se había visto una actividad legislativa tan vasta e importante⁽¹⁵²⁾. Por otra parte MASCHI⁽¹⁵³⁾ llama la atención sobre el hecho de que el paso de la constitución republicana a la del Principado no tuvo lugar a través de la ley, ya que ninguna ley abole el antiguo régimen y ninguna instaura el nuevo. En este sentido es indudable que el «popolo del diritto non è il popolo de la legge»⁽¹⁵⁴⁾. En el derecho privado, frente a los *mores maiorum* y la *interpretatio* de la jurisprudencia (la parte más amplia y relevante del *ius civile*) la legislación interviene

para actuar disposiciones particulares, con el fin de evitar abusos en las aplicaciones del derecho tradicional. Todo esto no significa que exista una carencia de consideración hacia la ley, que es considerada como altísima fuente del derecho; al contrario, se tiene la conciencia de que la legislación debe intervenir—y de hecho interviene—sólo cuando es indispensable. Además a la formación de la ley concurre una pluralidad de órganos que representan a la *civitas* en su totalidad: el magistrado, el pueblo, el senado; la *lex rogata* es entendida como *lex publica* por la intervención determinante del pueblo, reunidos los comicios, y como acto bilateral intercurrente entre la propuesta del magistrado y la aceptación del pueblo. En suma, en el Derecho romano clásico no tiene razón de ser la objeción que se hace a propósito de la certeza del Derecho basándose en la amplitud del poder discrecional del magistrado o en la poca importancia que se da a la promulgación estatal de las normas.

El problema de la certeza se planteó en el mundo romano y fue resuelto desde otra perspectiva. Que haya sido sentido realmente, nos consta a través de términos explícitos. Así, en la época de TRAJANO y ADRIANO, NERACIO expresa la exigencia de certeza en términos que la hacen prevalecer sobre el deseo mismo de indagar las razones del ordenamiento jurídico: «*ratione eorum quae constituuntur inquiri non oportet: alioquin multa ex his, quae certa sunt subvertuntur*»⁽¹⁵⁵⁾. A propósito de este texto y de otro de JULIANO⁽¹⁵⁶⁾, hay que observar, frente a SCHULZ y LUBTOW, que no debe pensarse que en ellos se excluya una crítica del ordenamiento: a primera vista habría que venir en excluirla, pero observando con una panorámica más amplia la evolución del Derecho romano, habría que rectificar y sostener, por el contrario, que la función pretoria, la Jurisprudencia y la *cognitio extra ordinem*, suponen una amplísima crítica del ordenamiento⁽¹⁵⁷⁾.

En cuanto a la forma como resolvieron el problema de la certeza, creo que es exacta la explicación de MASCHI, el cual subraya cómo los romanos no se preocupan de la certeza aparente o formal de la ley, sino que todo el desarrollo del Derecho clásico está orientado a conseguir la certeza sustancial⁽¹⁵⁸⁾. Esta certeza viene dada, en primer lugar, por un criterio general que sirve como norma para el comportamiento de las partes y para la valoración del magistrado y del juez. Los romanos lo expresan con el binomio *bonum et aequum*. Gradualmente va desarrollándose una constante adaptación

a este *bonum et aequum*, a través de las *actiones in bonum et aequum conceptae* y los *iudicia bonae fidei*, hasta que la noción de *bonum et aequum* termina siendo —junto con la *bona fides*— expresión de una norma de conducta que se requiere en los más varios negocios; un sucesivo proceso de abstracción, obra de la Jurisprudencia clásica más evolucionada, llega a definir todo el derecho sobre la base del *bonum et aequum*, o a valorar el derecho, desde un punto de vista realista, como actuación del *aequum et bonum*.

La certeza del Derecho viene dada, en segundo lugar, por el mismo poder discrecional del magistrado, en la *iurisdictio* del proceso formulario. En efecto, el principio supremo a que hemos aludido quedaría reducido a pura especulación si no existiera un órgano capaz de asegurar su actuación concreta. Este órgano es el poder del magistrado *iudicens*. Si este poder de los pretores representa un *amplissimum ius* según la expresión de GAYO⁽¹⁵⁹⁾, no significa un poder arbitrario ni es fuente de inseguridad: en primer lugar, porque dentro de la masa del derecho consuetudinario la tradición hace que vayan surgiendo *iura*, los cuales, como afirma CICE-
RON, han venido a ser *certa propter vetustatem*⁽¹⁶⁰⁾; además, algunas *leges* fundamentales constituyen puntos ciertos de orientación tanto para el magistrado como para el individuo en particular. Por último, el *Edictum* del Pretor no hace que surjan derechos subjetivos en los individuos, aunque sí una expectativa: siendo el magistrado soberano en la aplicación del derecho, puede ir más allá del *Edictum*, y conceder, mediante *decreta* soluciones para casos particulares no contemplados en él. Sin embargo, como subraya el mismo MASCH⁽¹⁶¹⁾, es obvio que el magistrado no publica el *Edictum* para no aplicarlo después, que la *fides* (exigida por el magistrado a los particulares) constituye un vínculo entre el magistrado y las partes para la observancia del *Edictum*, y que la *intercessio* representa una sanción a la violación de la *fides* por parte del magistrado y, por tanto, una garantía contra todo posible abuso. En suma, el mecanismo que opera a través del *Edictum* y del poder discrecional, es una conciliación de cuanto parece inconciliable, es decir, la estabilidad propia de las normas positivas ya constituidas y la mutabilidad propia del poder discrecional, de modo que todos los elementos concurren a hacer posible una certeza sustancial: predeterminación y variabilidad, la conciliación en el máximo instrumento de la administración de la justicia de estos dos elementos, «representa la obra maestra de la sabiduría jurídica romana»⁽¹⁶²⁾.

NOTAS:

- (1) A. LATORRE, *Valor actual del Derecho Romano*, Barcelona, 1977.
- (2) J. IGLESIAS, *Espíritu del Derecho Romano*, Madrid, 1980.
- (3) A. D'ORS, *Ius Europeum*, en «L'Europa e il Diritto romano», I, pp. 47-68.
- (4) B. BIONDI, *Obietto e metodi della scienza giuridica romana*, en «Scritti Giuridici», I, p. 101.
- (5) B. BIONDI, *Obietto e metodi della scienza giuridica romana*, en «Scritti Giuridici», I, p. 102 y ss.
- (6) Cf. E. DI ROBILANT, *La configurazione delle teorie nella scienza giuridica*, R. I. F. D., 53 (1976), p. 492 y ss.
- (7) E. DI ROBILANT, *art. cit.*, p. 493; reconstruir el carácter propio del «discurso» de la ciencia jurídica apoyándose en este tipo de representación significa, por tanto, tomar como emblemática y exclusiva una abstracción o idealización.
- (8) G. GROSSO, *Premesse generali al corso di Diritto Romano*, Torino, 1960, p. 43.
- (9) Cf. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, *cit.*, p. IX, alude a la estrecha conexión que existe entre el trabajo de sistematización y la realidad empírica, al observar que la teoría general del negocio que él ha elaborado intenta demostrar la capacidad de renovación frente a los nuevos problemas y exigencias sociales.
- (10) E. DI ROBILANT, *art. cit.*, p. 495.
- (11) G. GROSSO, *Premesse generali...*, ed. cit., p. 55. Cf. J. IGLESIAS, *Espíritu del Derecho Romano*, Madrid, 1980, p. 87 ss., donde el autor señala como uno de los rasgos del *ius romanum* la «concreción», el hecho de que las instituciones jurídicas nacen en respuesta a necesidades prácticas sentidas en cada momento.
- (12) G. GROSSO, *Premesse generali...*, ed. cit., p. 55.
- (13) Cf. A. LATORRE, *Valor actual del Derecho Romano*, Barcelona, 1977, p. 26. Para una mayor profundización cf. RICCOBONO, *La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione nel diritto romano*, en «Scritti Ferrini», p. 42 y ss.; LA PIRA, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana: Problemi generali*, en «Studi Virgili», Siena, 1935, p. 158 y ss.; U. ALVAREZ, *La giurisprudencia romana en la hora presente*, Madrid, 1966; CANNATA, *La Giurisprudenza romana*, Torino, 1976; O. ROBLEDA, *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, Roma, 1979, p. 100 y ss. (el autor estudia en la p. 105 y ss. la tarea específica de los *iusrisprudentes*, su labor creadora de derecho, sus técnicas, la naturaleza de la interpretación jurídica, etc., precisando más adelante cuáles entre ellos pueden y deben considerarse como verdaderos creadores de derecho); interesa también la reciente aportación de BRENONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1971.
- (14) P. DE FRANCISCI, *Per il centenario del Digesto*, en «XIV Centenario della Codificazione Giustiniana», I-2 (1933), p. 20.
- (15) M. KASER, *En torno al método de los juristas romanos*, Valladolid, 1964, p. 15.
- (16) B. BIONDI, *Obbietto e metodi della scienza giuridica romana*, en «Scritti giuridici», I, p. 104.
- (17) CICERON, *De officiis*, I, 43, 153.
- (18) M. KASER, *op. cit.*, p. 17 y ss.

- (19) A. CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani*, Nápoles, 1966, p. 115.
- (20) A. CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani*, cit., p. 214 ss. (con abundante bibliografía y descendiendo a ejemplos prácticos que ilustran su posición). Al final de su libro hace notar que todavía hoy la ciencia del derecho tiene que reconocer a los romanos muchas definiciones que usa.
- (21) F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, Florencia, 1946, p. 93 y ss.
- (22) A. CARCATERRA, *Le definizioni...*, ed. cit., p. 215 y ss.
- (23) CICERON, *De officiis*, I, 72.
- (24) M. KASER, *En torno al método...*, ed. cit., p. 37.
- (25) A. GUARINO, *Diritto privato romano*, ed. cit., p. 82.
- (26) A. GUARINO, *Op. cit.*, pp. 82-83.
- (27) B. BIONDI, *Interpretatio iurisprudentium e legislazione*, en «Scritti Giuridici», I, p. 323; ROTONDI, *Osservazioni sulla legislazione comiziale romana di diritto privato*, en «Scritti» I, p. 1 y ss.; *Leges Publicae populi romani*, Milán, 1912.
- (28) Cf. el volumen colectivo *La Filosofia Greca e il Diritto Romano*, Accademia dei Lincei, Roma, 1976-1977.
- (29) M. KASER, *En torno al método...*, ed. cit., p. 40.
- (30) G. LA PIRA, *La genesi del sistema della giurisprudenza romana. L'arte sistematrice*, BIDR, 42 (1934), p. 331 y ss.
- (31) Una bibliografía acerca de los principales representantes de la Jurisprudencia Romana, puede verse en A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del Diritto Romano*, I, Nápoles, 1968, pp. 104-105; a propósito de M. SCAEVOLA, cf. GROSSO, P. M. SCAEVOLA, *tra il Diritto e la politica*, en A. G., 175 (1968), p. 204 ss.; sobre POMPONIO, cf. M. BRETONI, *Motivi ideologici dell'Enchiridion di Pomponio*, Labeo, 11 (1965), p. 7 ss.
- (32) F. SCHULZ, *I principii...*, ed. cit., p. 93 y ss.
- (33) F. SCHULZ, *I principii...*, ed. cit., p. 94.
- (34) W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Colonia, 1967.
- (35) Cf., entre otros, B. BIONDI, *La terminología romana come prima dommatica giuridica*, en «Scritti Giuridici», I, p. 181 ss.; A. CARCATERRA, *Struttura del linguaggio iurido-precettivo romano*, Bari, 1968.
- (36) C. A. MASCHI, *Il Diritto Romano*, I, (La Prospettiva storica della Giurisprudenza Classica), Milán, 1966.
- (37) C. A. MASCHI, *Il Diritto Romano*, I, ed. cit., p. 14.
- (38) D. 1, 2, 2 Pr.
- (39) A propósito de GAYO, por ejemplo, hay que observar que enuncia igualmente, en términos generales, y del mismo modo que POMPONIO, un programa historiográfico. En D. 1,2,1 y refiriéndose a la Ley de las XII Tablas, leemos: «*facturus legum vetustarum interpretationem necessario prius ab urbis initiis repetendum existimavit*» (cf. el comentario en MASCHI, *op. cit.*, p. 133 y ss.
- (40) P. FUENTESECA, *Historia y Dogmática en la jurisprudencia Europea*, Rev. Dcho. Notarial, 11 (1956), p. 183 y ss.
- (41) P. FUENTESECA, *ibidem*, p. 202.

- (42) R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Turín, 1953, p. 218 y ss.; donde estudia la Escuela Histórica, el método sistemático y la Pandectística.
- (43) M. ROSSI, *Storia e Storicismo nella Filosofia Contemporanea*, Milán, 1960, p. 94 y ss.
- (44) E. PARESCHE, Art. «*Scuola Storica del Diritto*», *Noviss. Dig. Ital.*, XVII, p. 826.
- (46) J. A. ESCUDERO, *Historia del Derecho: Historiografía y Problemas*, Madrid, 1973, p. 97.
- (46) J. A. ESCUDERO, *op. cit.*, p. 97.
- (47) E. BETTI, *Isti. di diritto romano*, Padua, 1942, vol. 1.º.
- (48) R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1953, p. 61 ss.
- (49) *Ibidem*. p. 66; sf. también GIANNINI, *Sociologia e studi di diritto contemporaneo*, en «*Jus*», 8 (1957); el mismo ORESTANO ha expuesto ampliamente la dirección sociológica de los estudios romanísticos en su art. *Sociologia e studio storico del diritto*, en «*Jus*», 8 (1957), p. 200 ss.
- (50) P. DE FRANCISCI, *I presupposti teoretici e il metodo nella storia del diritto*, *Riv. I. de Sociologia*, 20 (1916); ID. *Dommatica e storia nell'educazione giuridica*, *R. I. F. D.*, 3 (1923).
- (51) B. PARADISI, *Gli studi di storia del diritto italiano...*, en «*Studi Senesi*», 60 (1947), p. 68.
- (52) Cf., por ejemplo, CARRELLI, *A proposito di crisis di diritto romano*, *SDHI*, 9 (1943), p. 7 y ss.
- (53) *Ibidem*, p. 7.
- (54) R. ORESTANO, *Introduzione...*, p. 68.
- (55) El propio ORESTANO ha advertido que el elemento constitutivo de la experiencia jurídica es la misma *actividad humana*, que da vida a la experiencia; esto es, todo el mundo de la «acción» y las complejas implicaciones de ésta es lo que viene a ser tomado como objeto de estudio. En este sentido, nada de cuanto pueda conducirnos a esa experiencia puede ser considerado como irrelevante.
- (56) R. ORESTANO, *Introduzione...*, p. 69.
- (57) P. DE FRANCISCI, *Punti de orientamento per lo studio del Diritto*, *RISG*, 3 (1949), p. 69 y ss. (cf. especialmente p. 73). Para él, el ordenamiento jurídico, desde un punto de vista lógico, no es más que una *especie* de un *género* más vasto que podemos llamar «ordenamiento social», dentro del cual vive y se desarrolla, al lado de otros (*ib.*, p. 73).
- (58) A. MOMIGLIANO, *Rinnovamento della storia dei diritti antichi (Le conseguenze del)*, en «*La Storia del Diritto nel quadro delle scienze storiche*», Firenze, 1976, p. 21 ss.
- (59) *Ibidem*, p. 23.
- (60) A. GARCIA-GALLO, *El origen y la evolución del Derecho*, I, Madrid, 1973, pp. 20-21; cf. G. NOCERA, *Un'esperienza storicistica sul fundamento del potere politico*, *R.I.F.D.*, 27 (1950), p. 569.
- (61) A. GUARINO, *L'Esegesi delle fonti del Diritto Romano*, I, Napoli, 1968, p. 26.
- (62) R. ORESTANO, *Introduzione...*, ed. cit., p. 208 y ss.
- (63) R. ORESTANO, *Introduzione...*, ed. cit., p. 219 y ss.
- (64) *Ibidem*, p. 221 y ss.
- (65) Cf. J. IGLESIAS, *Presente y futuro del Derecho Romano*, en «*Studi BISCARDI*», I, 1981.

(66) R. BADENES GASSET, *Metodología del Derecho*, Barcelona, 1959, p. 403. A principios del siglo el tema fue abordado por WENGER refiriéndose explícitamente a la función del Derecho Romano en la Universidad (*Die Stellung des öffentlichen römischen Rechts im Universität-sunterrichte*, Viena, 1907).

(67) J. ORTEGA Y GASSET, *Función de la Universidad*, O. C., IV, 1951, p. 313 y ss.

(68) P. LAIN ENTRALGO, *La Universidad en la vida española*, Madrid, 1958; esta temática se desarrolla en otras obras similares como J. MARIAS, *La Universidad, realidad problemática*, Santiago de Chile, 1953; J. L. ARANGUREN, *El futuro de la Universidad*, Madrid, 1953; A. TOVAR, *Universidad y educación de masas*, Barcelona, 1968; MEILAN GIL, *Los planes universitarios de enseñanza en la España contemporánea*, Madrid, 1970; un estudio histórico que interesa a nuestro propósito es el de ALVAREZ DE MORALES, *La Ilustración y la reforma de la Universidad en el s. XVIII*, Madrid, 1971.

(69) J. GUASP, *La cultura del jurista*, R.D.P., 4 (1957), especialmente p. 480-482.

(70) ALVAREZ TURIENZO, *La lucha por el derecho y la autorrealización del hombre*, en «Miscelánea en honor de Juan Becerril y Antón Miralles», Madrid, 1974, p. 46.

(71) J. IGLESIAS, *Presente y futuro del Derecho Romano*, art. cit., p. 1.

(72) A. LATORRE, *Valor actual del Derecho Romano*, op. cit., p. 25 ss.

(73) P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho Romano*, Madrid, 1955, p. 488 y ss.; más recientemente, entre otros, G. FLORIS-MARGADANT, *El significado del Derecho Romano dentro de la enseñanza jurídica contemporánea*, México, 1960.

(74) P. FUENTESECA, *Prólogo a la «Compraventa Civil de Cosa Futura»* de A. CALONGE, Salamanca, 1963, p. 8.

(75) A. TORRENT, *Introducción metodológica al estudio del Derecho Romano*, Oviedo, 1974, p. 143.

(76) B. PARADISI, *Il problema della storia del diritto nel contesto della storiografia contemporanea*, art. cit., p. XLVI.

(77) J. IGLESIAS, *Espíritu del Derecho romano*, ed. cit., p. 20. El autor observa que todos estos factores actúan en el área social aunque no es fácil determinar cómo. En este sentido advierte contra el peligro de recurrir a fórmulas expeditivas o generalizaciones fáciles que pretendiendo esclarecer los hechos confunden y desvían los problemas. En cualquier caso, se trata de una temática en la que las categorías y etiquetas actuales no encuentran una aplicación mecánica y exige un esfuerzo de análisis y acomodación, conscientes de que sólo es posible hoy lo que el propio IGLESIAS llama «la difícil faena histórica de la aproximación» (*ib.* p. 21).

(78) A. D'ORS, *Derecho romano* (separata del texto del autor en la N. E. J.7, Barcelona, 1949, especialmente p. 10 y ss.; la expresión a que nos referimos en el texto puede verse en p. 11.

(79) *Ibidem*, p. 11 y ss.; a propósito del sincronismo a que nos hemos referido anteriormente, el autor señala, entre otros, los hechos siguientes: a) la comisión de los decenviros redactores de la Ley de las XII Tablas no sería sino el reflejo de la situación política inmediatamente posterior a la caída de la dinastía etrusca; b) las tres grandes piezas de la Constitución republicana (Magistraturas, Senado, Pueblo) vienen a representar como los modelos o elementos monárquico, aristocrático y democrático, respectivamente; c) cuando Augusto instaura una nueva forma constitucional, se entra en una nueva era; ahora bien, aunque también en la vida jurídica se observan cambios en ese momento, seguimos estando en la época clásica. En los siglos posteriores, la historia política y la historia interna del Derecho coinciden perfectamente. Como

resultado de la crisis económica, militar y política del s. III, se pierde la unidad espiritual del Imperio y termina haciéndose imposible el mantenimiento de la idea imperial unitaria: «el absolutismo trajo así el separatismo» (*Ib.*, p. 13). El autor añade que cuando hablamos hoy de Derecho romano entendemos por este término tan sólo su «derecho civil».

(80) En efecto, las fuentes jurídicas reflejan, más perfectamente que ningún otro documento o monumento histórico, el progreso gradual de la *romanitas*: sus crisis y sus triunfos, su grandeza y sus debilidades. Este hecho se explica teniendo presente que en Roma la formación del Derecho fue casi exclusivamente consuetudinaria, al mismo tiempo que debe reconocerse la gran influencia que tuvo aquel culto romano por la tradición que domina el desarrollo jurídico en cada una de sus fases. El Derecho, en Roma, más que obra de legisladores, es expresión directa de la conciencia jurídica común. No sin razón, contraponía CICERON este proceso al de otras civilizaciones: «*nostra res publica... aliquot constituta saeculis et aetatibus*».

(81) L. CHIAZZESE, *Diritto romano e civiltà moderna*, BIDR, 51-52 (1948) p. 216.

(82) *Phil.* X, 20; cf. F. SCHULZ, art. «Libertas», *Noviss. Dig. Ital.*, IX, p. 873.

(83) L. CHIAZZESE, *Diritto romano...*, art. cit., p. 218.

(84) Cf. J. DAZA, *Aequitatis ratio*, A.U.A. F. D., 1 (1982) p. 88 ss.

(85) U. ALVAREZ, *Horizonte actual del Derecho Romano*, Madrid, 1944, p. 428.

(86) A. GUARINO, Recensión a la obra de A. TORRENT, *Salvius Iulianus*, Salamanca, 1971, en *IURA*, 23 (1972), p. 195.

(87) G. NOCERA, *Fonti del diritto e letteratura jurídica*, *IURA*, 22 (1971), p. 83.

(88) *Ibidem*, p. 98; poco antes había llamado la atención sobre el hecho de que debe considerarse ya superado el tiempo del libro académico, «chenon ha neppure il pregio della dispensa universitaria di vecchia memoria ove almeno, pasando sopra al concetto di testo fisso e prefabbricato, si dava alla esperienza culturale il significato di movimento, di cammino quotidiano» (*Ib.*, p. 97).

(89) Cf. A. LATORRE, *La cuestión del método en la enseñanza del Derecho Romano*, Romanitas, 1971, p. 222.

(90) Cf., por ejemplo A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1978.

(91) Los autores suelen distinguir entre los conceptos de *multidisciplinaridad* (o grupo de materias sin más vínculo que el hecho de que figuran en un mismo plan de estudio); *pluridisciplinaridad* (conjunto de disciplinas que prestan afinidades entre sí y se prestan a numerosas relaciones); *interdisciplinaridad* (cuando la influencia entre las diversas materias es mútua, pudiendo hablarse de un plano de igualdad entre varias de ellas); y *transdisciplinaridad* (esto es, la tendencia a una unificación de los saberes, superando la dispersión y la incomunicación de los mismos; en cierto sentido toda disciplina tiene a trascenderse a sí misma, buscando sus propios fundamentos y sus relaciones con las demás). Cf. D. ANTISSERI, *L'interdisciplinarità: premesse epistemologiche*, Roma, 1973; *idem*, *I fondamenti epistemologici del lavoro interdisciplinare*, Roma, 1972; G. FREY, *Methodological Problems of Indisciplinary Discussions*, *Ratio XV* (1973) p. 270, ss.

(92) M. TUÑÓN DE LARA, *¿Qué es la Historia? Algunas cuestiones de historiología*, *Sistema*, 9 (1975), pp. 5-26; F. FERNANDEZ SANTOS, *Historia y Filosofía*, Barcelona, 1969; VARIOS, *Persona e comunità*, Roma, 1974; J. GRÜNFELD, *Historical Insight*, *Rvue de l'Université d'Ottawa*, 38 (1968), pp. 73-96.

(93) Cf. F. GUAGNER, *La unidad de la ciencia: un problema básico de nuestro tiempo*, Universitas, VI (1968), pp. 47-59.

(94) Un ejemplo de esta orientación puede verse en vol. *Planificación cerebral del futuro del hombre*, Madrid, 1973, en el cual representantes eminentes de la biología, la filosofía, la sociología, la psicología y la religión estudian interdisciplinariamente esta importante temática.

(95) Cf. R. MARIN IBAÑEZ, *Interdisciplinaridad y enseñanza en equipo*, Madrid, 1978.

(96) A. SANCHEZ DE LA TORRE, *La pedagogía iusfilosófica*, A. Fil. Der., VII, (1960) p. 236.

(97) *Ibidem*, p. 235.

(98) *Ibidem*, p. 226.

(99) J. GARCIA GARRIDO, *Casuismo y Jurisprudencia romana*, M. 1972.

(100) E. VOLTERRA, *Instituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1967, p. 7-9; el autor establece una comparación del Derecho Romano con otros derechos conocidos de la antigüedad a fin de poner de manifiesto cómo en éstos falta «una qualsiasi sistematizzazione dottrinale» (p. 8), resalta el hecho sorprendente de que los griegos, creadores de los sistemas matemático y filosófico no hubieran construido un verdadero sistema jurídico (*Ibidem*, p. 9). Esta orientación lógica del sistema romano es ya visible en las normas jurídicas más antiguas (piénsese, por ejemplo en los fragmentos arcaicos de las XII Tablas).

(101) Cf. BETTI, *Esercitazioni romanistiche su casi pratici*, Padua, 1930; PUGLIESE, *Il significato dell'insegnamento del diritto romano oggi*, en Romanitas, 9 (1970), p. 437 y ss.

(102) U. ALVAREZ afirma que el *seminario* es el «grado último de la enseñanza universitaria, difícil de lograr, y aún más de sentir» (*Horizonte...*, ed. cit. p. 432). En él es posible una enseñanza adecuada de las fuentes y del método investigador, con todo su aparato de ciencias auxiliares y matrices. Exige, pues, no sólo la capacidad del que enseña, sino también un cierto grado de preparación en el que aprende. Su actividad debe encauzarse en dos sentidos: 1) análisis y valoración de las más recientes aportaciones científicas en el campo del Derecho Romano; 2) encauzar y dirigir nuevas investigaciones, sugiriendo los problemas y la posible forma de solucionarlos. Una muestra de la eficacia de los seminarios la encuentra U. ALVAREZ en obras como la *Palingenesis* de LENEL y otras similares que «bajo el nombre de los maestros llevan en sí el trabajo anónimo y eficaz de varias generaciones estudiantiles» (*ibidem*, p. 432).

(103) R. BADENES GASSET, *Metodología*, ed. cit., p. 422.

(104) G. MARTINOTTI - A. SCHIAVONE, *Didattica: una indagine sui risultati di un seminario romanistico*, en «Democracia e Diritto» 13-IV (1973) p. 277 ss.; una breve alusión a esta encuesta puede verse en LABEO, 20 (1974) pp. 305-306, a cargo de A. PUGLIESE.

(105) U. ALVAREZ, *Horizonte actual del Derecho Romano*, ed. cit., p. 428.

(106) P. RICOEUR, *Réforme et révolution dans l'Université*, Esprit, 36, 1968, p. 989; refiriéndose a la significación concreta que tuvo el Mayo francés de 1968 para muchos profesionales de la enseñanza decía M. JUFFE que «l'éducateur est celui qui rend possible la perpétuation du processus d'éducation. Cela implique qu'il ne peut ouvrir des moments de ce processus que s'il les parcourt lui-même. L'éducation est donc d'abord, et fondamentalement, auto-éducation» (*relation d'autorité et relation d'éducation*, Esprit 36 (1968) p. 331).

(107) Una de las causas de la actual «crisis educativa» tiene su raíz en la falsa premisa de que se parte todavía en muchos casos y según la cual todos los alumnos son iguales; de ahí la falta de atención al ritmo personal de aprendizaje de cada uno, la deserción de la llamada «ense-

ñanza personalizada» (Cf. E. SCHATZ, *The Teacher as a Learner*, Washington, 1967); V. GARCIA HOZ, *La enseñanza personalizada*, Madrid, 1968; J. DELONCLE, *Orientations actuelles de la psycho-pédagogie*, Toulouse, 1972; H. HANNOUN, *L'attitude non-directive de C. Rogers*, París, 1972).

(108) J. MARITAIN, *Education at the crossroads*, Yale, 1950, p. 50.

(109) A. D'ORS, *Volgarismo giuridico odierno*, Boll. Infor. Ist. Giuridico Sp. in Roma, 1966, p. 3 y ss.

(110) G. GROSSO, *Premesse generali...*, ed. cit. p. 18.

(111) Cf. O. ROBLEDA, *Introduzione...*, ed. cit. pp. 33 y ss.

(112) J. ORTEGA Y GASSET, *Del Imperio Romano*, en «Las atlántidas y del Imperio romano», Rev. de Occidente, Madrid, 1976, p. 134; observa el autor que tal vez la causa de nuestra incapacidad para entender este hecho es el haber nacido «en un tiempo que ha triturado todo derecho con una maza extrajurídica denominada *justicia*» (ib. 134).

(113) B. BIONDI, *Jus*, en «Scritti Iuridici, I», Milano, p. 6.

(114) L. CHIAZZESE, *Diritto romano e civiltà moderna*. BIDR, 51-52 (1948) p. 213. No deja de ser significativo el hecho de que cuando los jurisconsultos romanos quieren determinar los principios supremos de la justicia, establecen reglas de conducta moral: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere...*

(115) Cf. J. DAZA, *Aequitatis ratio*, art. cit., p. 79 ss.

(116) J. IGLESIAS, *Espíritu del Derecho Romano*, Madrid, 1980, p. 83.

(117) L. CHIAZZESE, *Diritto romano...*, art. cit., p. 213.

(118) J. IGLESIAS, *Espíritu del Derecho Romano*, op. cit., p. 84.

(119) B. BIONDI, *Aspetti universali e perenni del pensiero giuridico romano*, en *Scritti Giuridici*, I, p. 451; el autor recuerda que también en los tiempos modernos se ha hablado con frecuencia de una «humanización del Derecho», especialmente en el Derecho penal, ya que es evidente que se trata de un campo particularmente sensible a las exigencias de la *humanitas*.

(120) Cf. la nota bibliográfica selecta que inserta S. RICCOBONO (Jr.) en su trabajo *HUMANITAS*, en «Atti del Congr. Int. di Dir. Rom. e di St. del Dir.», II, 1948, p. 209-210.

(121) S. RICCOBONO (Jr.), *Humanitas*, en op. cit., p. 217.

(122) A diferencia de KRÜGER, que no concede ningún valor especial al hecho reconocido por él, de que en las fuentes jurídicas se establezca una ecuación entre *aequitas* y *humanitas*, F. SCHULZ se apoya sobre él para justificar su visión histórica de la humanización del derecho, que tuvo lugar en el último período de la historia de Roma. S. RICCOBONO entiende que las dos posiciones son exageradas, derivándose ambas del espíritu interpolacionístico de O. GRADENWITZ (*Humanitas*, cit., p. 227). Le parece más propio decir que aquel período no debe atribuirse tanto la función humanizadora del derecho, con la progresiva eliminación de elementos paganos. La *aequitas* anterior deviene *humanitas*, la cual absorbe la mejor tradición jurídica renovada por el *bonum et aequum* y la desarrolla después con los preceptos y valores evangélicos.

(123) *Inst.* I, 6, 2.

(124) Apoyándose en motivos religiosos, JUSTINIANO mantuvo siempre la intención de consolidar la posición de la *aequitas naturalis* sobre bases verdaderamente permanentes, con el fin de hacer desaparecer los antiguos principios de un *ius civile* fundado sobre el nacionalismo y tomar en serio la igualdad de todos los hombres ante Dios (cf. F. PRINGSHEIM, *Aequitas*

der christlichen Kaiser, en «Acta Congr. Iur. Int.», Roma, 1935, p. 148-149). Tampoco debe olvidarse que JUSTINIANO manifestó de diversas maneras su deseo de restaurar la unidad del antiguo imperio sobre el fundamento cristiano (cf. H. JAEGER, *Justinien et l'episcopalis audientia*; R.H.D.F., 38 (1960), p. 2597).

(125) Cf. J. C. MASCHI, *Humanitas come motivo iuridico*, Ann. Univ. Trieste, XVIII, 1948, p. 34 y ss.

(126) B. BIONDI, *Humanitas nelle leggi degli Imperatori Romano-Cristiani*, en «Scritti Giuridici», I, p. 593 y ss.

(127) Cf., entre otros, E. DELARUELLE, *La doctrine de la personne humaine signe de contradiction entre Christianisme et Paganisme au III siècle*, Bull. Litt. Eccles., 53 (1952), p. 161 ss.; C. SCHUTZ - R. SARACH, *El hombre como persona*, Madrid, 1963, passim.

(128) C. 3, 19, 2, 1 (a. 331); cf. MASCHI, *Humanitas romana e caritas cristiana come motivi giuridici*, Ius, 1 (1950) p. 226 y ss.; la *humanitas*, para los emperadores cristianos es considerada bajo su aspecto religioso; los preceptos cristianos son calificados como *praecepta humanitatis* (C. 1,3,52).

(129) B. BIONDI, *Humanitas nelle leggi...*, art. cit., p. 610.

(130) *Sirm.* 13 (a. 419). J. IGLESIAS, estudiando la significación última del *ius romanum*, llega a la conclusión de que «todo lo que habla de *bono et aequo* tiene que ver, de alguna manera, con la *humanitas*, con la *fides*, con la *pietas*, con lo *honestum*, con la *moderatio*, con el *decorum*. Con algo que, compendiando a todo esto se llama *officium*» (*Espíritu del Derecho Romano*, op. cit., p. 85).

(131) P. DE FRANCISCI, *Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del diritto romano*, en «Scritti Ferrini», I, Milano, p. 199 y ss.

(132) E. BETTI, *Forma e sostanza della interpretatio prudentium*; en «Atti Verona», II, Milano, 1951, p. 103 y ss. Cf. también B. BIONDI, *Interpretatio prudentium e legislazione*, en «Scritti Giuridici», I, Milano 1965, pp. 323-364; según este autor, los *prudentes* proceden de determinados conceptos fundamentales, en cuanto que las nociones de *patria potestas*, de *dominium*, de *obligatio*, de *successio*, de *actio*, son las figuras fundamentales y como las células del sistema jurídico. Ningún legislador las ha reconocido, sino más bien la fuerza de la tradición que era valorada por su correspondencia a la realidad de la vida (pp. 140-141).

(133) G. GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano*, Torino, 1960, p. 66.

(134) POMPONIO, en D. 1, 2, 2, 12; así es como, siguiendo las mismas afirmaciones de los romanos contraponemos nosotros su jurisprudencia a la nuestra, en cuanto esencialmente creadora de derecho; y es también así como habitualmente se pone la *interpretatio prudentium* entre las fuentes de Derecho. GROSSO (*Premesse...*, p. 68 ss.) observa, sin embargo que toda *interpretatio*, incluida la de la jurisprudencia romana, tiene formalmente «un valore ricognitivo del diritto, non creativo nel senso di un organo che pone *ex novo* la norma giuridica».

(135) ROTONDI ha hecho notar que de casi ochocientas *rogationes* legislativas, desde principios de la República hasta el siglo primero, sólo treinta hacen referencia al derecho privado (Scritti Giuridici, I, Milán 1922, p. 7. Cf. además, *Ricerche sulla produzione legislativa dei comizi romani*, p. 43-66).

(136) L. MITTEIS, *Röm. Privatr. bis auf die Zeit Diocletians*, I, 1908, p. 30-37.

(137) J. PAOLI, *Legitimum ius*, D.A.S.J. (Mélanges H. Lévy-Bruhl), p. 215 ss.

(138) A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano. Lezioni istituzionali di diritto romano*, Nápoles, 1956, especialmente p. 101 ss. KASER, por el contrario, sostiene que el *ius* es un campo ajeno a los *mores maiorum* (*Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, S.Z., 59 (1939), p. 52 ss.). VOLTERRA ha probado, a nuestro juicio, la improcedencia de esta distinción que, por otra parte, no ha sido aceptada en general (*Sui mores della Famiglia romana*, Rendiconti Accademie Nazionale dei Lincei, 1949).

(139) Cf. G. ROTONDI, *op. cit.*, p. 7 ss. Creemos que la opinión de este autor sigue manteniendo su validez pese a las objeciones hechas por CONSENTINI (*Il carattere della legislazione comiziale romana di diritto privato*, en A. G., 1944, p. 130 ss.)

(140) B. BIONDI, *Interpretatio prudentium e legislazione*, art. cit., p. 323, ss.

(141) P. FUENTESECA, *La necesidad de retornar al estudio del Edicto del Pretor*, en «Investigaciones de derecho procesal romano», Salamanca, 1969, p. 67-92.

(142) E. BETTI, *Forma e sostanza della «interpretatio prudentium»*, en Atti Congreso I. Dir. Rom. (Verona), II, Milán, 1951, p. 103-120.

(143) P. FUENTESECA, *op. cit.*, p. 90; por otra parte, el autor subraya que el estudio del *edictum* es de una importancia excepcional para desentrañar la evolución histórica del Derecho Romano desde fines de la República al pensamiento clásico (*ibidem*).

(144) S. CRUZ, *Direito Romano*, I, Coimbra, 1973, p. 56.

(145) P. FUENTESECA, *Lecciones de Historia del Derecho Romano*, Salamanca, 1970, pp. 57-58. El autor añade que «la valoración de la vida político-constitucional de Roma se ha hecho en gran parte partiendo de conceptos de la ciencia política moderna o del Derecho Público de nuestros tiempos. No se han tenido en cuenta nociones romanas como la *auctoritas*... tampoco se han tenido en cuenta la noción de *imperium*. De ahí que hoy no podamos explicarnos bien la combinación de los tres pilares de la Constitución romana, *magistratura, senatus, populus (ibidem*, p. 58).

(146) *Ibidem*, p. 58.

(147) B. BIONDI, *Diritto e politica nel pensiero romano*, en «Scritti giuridici», I, ed. cit. pp. 47-48.

(148) F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, Firenze, 1946, p. 206; en el texto resumimos a continuación la posición de SCHULZ sobre la certeza del Derecho en Roma. El autor concluye este cap. de su obra diciendo que «no es la seguridad del comercio jurídico lo que está en el corazón de los romanos, sino “la sicurezza del diritto quesito”», p. 218.

(149) C. A. MASCHI, *Certeza del diritto nel diritto romano e nel pensiero contemporaneo*, RIDA, 6 (1959) pp. 338-345.

(150) F. CARNELUTTI, *La crisi del diritto*, Padua, 1963, p. 167.

(151) U. ALVAREZ, *La Jurisprudencia romana en la hora presente*, Madrid, 1966, p. 14-16.

(152) B. BIONDI, *La legislazione di Augusto*, en «Scritti Giuridici», II, p. 83.

(153) C. A. MASCHI, *Certeza del diritto e potere discrezionale del magistrato nel diritto romano*, en «Studi Betti», III, p. 411-449.

(154) *Ibidem*, p. 419; el autor considera que son notas esenciales del Derecho Romano clásico el principio de la pluralidad de las fuentes del derecho (lo cual contribuye a una más completa y diferenciada actividad normativa y jurisprudencial), el principio de no centralización estatal de la actividad normativa, la conciliación entre diversas actividades (normativa y jurisprudencial en el pretor; doctrinal y normativa en la jurisprudencia) y la conciliación entre lo viejo y lo nuevo a través de la tradición, así como la adherencia del derecho a la realidad (p. 420); cf. también este mismo autor en su lib. sobre «*La concezione naturalistica del diritto en degli istituti giuridici romani*», Milano 1937.

(155) D. 1, 3, 21.

(156) El texto de JULIANO a que nos referimos en éste: *non omnium quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest*» D. 1, 3, 20.

(157) A. TORRENT, *Conceptos...*, op. cit., p. 131; SCHULZ señala que las reflexiones críticas sobre el derecho constitucional romano pueden haber sido practicadas también en los ambientes romanos, a imitación de los griegos; pero en Roma estas tendencias han tenido expresión literaria solamente en el libro de un griego (POLIBIO) y de un romano demasiado ligado a sus modelos griegos (CICERON).

(158) Esta expresión se encuentra repetidas veces en los dos arts. de MASCHI citados anteriormente (cf. v. c., *Certezza del diritto nel diritto romano*, art. cit., pp. 340 y 343).

(159) GAYO, 1, 6.

(160) CICERON, *De inventione*, 2, 22, 67. Cf. J. DAZA, *Kyrios Nomos*, Madrid, 1976.

(161) C. A. MASCHI, *Certezza del diritto...*, art. cit. p. 343.

(162) ID., *Certezza del diritto e potere...*, art. cit. p. 447.

DIFERENCIAS ENTRE DELITO Y FALTA EN LA CONFIGURACION DE LOS TIPOS DE ESCANDALO PUBLICO

Juan José DIEZ SANCHEZ
Profesor de Derecho Penal

S U M A R I O

- II. Introducción.
- II. Planteamiento general.
 - 1. Indeterminación legal en la configuración del artículo 431.
 - 2. Protección penal en los delitos de escándalo público.
 - 3. Crítica global.
- III. Análisis de los tipos definidores de las faltas de escándalo público.
 - 1. El artículo 566.5.º
 - 2. El artículo 567.3.º
 - 3. El artículo 577.1.º
 - 4. Crítica global.
- IV. Examen reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.
- V. Conclusión.

I. INTRODUCCION

Este breve artículo pretende aportar algunas reflexiones al siempre complejo tema de la diferenciación de los delitos y de las faltas, centrando su atención en las proposiciones legales que configuran los delitos y las faltas de escándalo público.

Las razones que me invitan a su redacción son múltiples aun cuando todas ellas procedan de un tronco común, cual es el haber tarabajado ya en parte el tema con ocasión de la tesina de Licenciatura. En efecto, en su día efectué un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los últimos años a propósito de la aplicación de los artículos 431 y 432 del Código Penal que tipifican los llamados «delitos de escándalo público»⁽¹⁾. En base a este contacto, desde entonces he seguido con atención cuanto se ha publicado sobre estas figuras delictivas, así como la jurisprudencia que ha ido emanando de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo. Otra razón no menos importante, es la escasa preocupación mostrada por la doctrina acerca de estas normas, mayor todavía por lo que respecta al tema del deslinde delitos-faltas en el escándalo público. Por último, recientes sentencias del Alto Tribunal me han predispuesto a introducirme en el tema, intentando apuntar algunas pequeñas notas diferenciadoras, no sin antes criticar la abundante pero deficiente tipificación que estas figuras tienen en el Código Penal español.

La importancia de lo planteado, así como la extensión ciertamente breve de este artículo, no me permiten más que exponer a grandes rasgos las bases de diferenciación sin entrar por ello en profundas consideraciones. Baste, para situarnos, con señalar que el Código Penal actual, a pesar de su reforma urgente y parcial, de conformidad con la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, (que, por cierto, no ha modificado ni una coma de los artículos que aquí interesan), dispone en nada menos que cinco preceptos qué son delitos y qué son faltas de escándalo público. Así, en el Libro II, dentro del Título IX (de los delitos contra la honestidad), se dedican dos artículos, los correspondientes al Capítulo II, a los delitos de escándalo público⁽²⁾. En el Libro III se destinan, en el Título I (de las faltas de imprenta y contra el orden público), Capítulo I (de las faltas de imprenta), el párrafo

5.º del art. 566; dentro del Capítulo II (de las faltas contra el orden público), el párrafo 3.º del art. 567; y en el Título II (de las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones), el 1.º párrafo del artículo 577, a la regulación de las faltas de escándalo público⁽³⁾. Ni que decir tiene que tan generosa atención legal es muy diversa y criticable desde cualquier ángulo, como tendremos ocasión de poner de manifiesto. Creemos sobra aquí y ahora con señalar esta abundancia de preceptos y tipificaciones para reprimir conductas que pongan en peligro o lesionen intereses tales como la moral, el pudor, la decencia o las buenas costumbres, para darnos una idea de las pretensiones del legislador.

No debemos, por otra parte, dejar pasar la oportunidad de criticar la reforma que se ha llevado a cabo por la Ley Orgánica 8/1983. Dicha Ley Orgánica de «Reforma Urgente y Parcial del Código Penal», para nada ha tenido en cuenta la opinión de la doctrina que abogaba por una profunda modificación de estos tipos penales, al menos en el sentido en que los reformaba el ya fenecido Proyecto de Código Penal de 1980⁽⁴⁾. No es comprensible que hayan quedado incólumes artículos como el 431 o 432 que protegen no se sabe bien qué bienes jurídicos, ni de qué ataques. Parecía pues, ocasión propicia e inaplazable para lograr una adecuada regulación en consonancia con las cambiantes realidades sociales. Podemos, por ello, seguir diciendo que la regulación es deficiente y criticable por cuanto mantiene intacta la configuración del texto anterior, a pesar y contradiciendo lo que se argumenta en la propia Exposición de Motivos de la mencionada Ley, en el sentido de que «era urgente modificar aquellas figuras delictivas cuya actual regulación se ha mostrado, amén de excesivamente severa, jurídicamente defectuosa...». Pocas figuras son tan objetables jurídicamente en su formulación como la del art. 431 y pocas figuras ponen más en tela de juicio el tan valorado principio de legalidad en Derecho Penal. Como señalan COBO Y VIVES⁽⁵⁾ estamos ante un delito en el que sus términos, por precisar una valoración del intérprete «reciben—según la más reciente doctrina—el nombre de cláusulas necesitadas o pendientes de valoración». Dichos autores, tras poner de manifiesto que en ocasiones el juicio de valor puede venir impuesto al intérprete por el ordenamiento jurídico, señalan que «en otras ocasiones, el ordenamiento jurídico puede remitir a otros órdenes normativos (v.g. la moral o las reglas sociales) la

valoración. Esto es lo que ocurre, v.g. en el art. 431 del Código Penal donde se castigan las ofensas al pudor o a las buenas costumbres. El ordenamiento jurídico no determina qué actos ofenden al pudor, ni qué costumbres son buenas o malas. Es el intérprete y, en su dimensión aplicativa el juzgador, quienes han de completar el sentido de la proposición legal, mediante una valoración propia que, no obstante, ha de atenerse, en orden al contenido, a las prescripciones más o menos difusas de los órdenes normativos a los que la proposición legal remita». Es de lamentar que la reforma llevada a efecto no haya intentado poner remedio a tan deficiente determinación, por lo que habrá que seguir esperando confiados en que estos problemas sean abordados como merecen.

II. PLANTEAMIENTO GENERAL

1. *Indeterminación legal en la configuración del artículo 431.*

Partiendo de la realidad legal y, por tanto, de la «inseguridad jurídica» que en concreto proporciona el artículo 431 del vigente Código Penal, parece oportuno efectuar algunas reflexiones previas acerca del mismo con el objeto de que en su momento podamos apreciar las influencias que, obviamente, ejerce sobre los tipos de las faltas de escándalo público.

Acabamos de indicar que estamos, según la opinión dominante, ante una de las «cláusulas necesitadas o pendientes de valoración» por excelencia, con todo lo que ello comporta de incerteza y carencia de taxatividad en la determinación de las posibles conductas subsumibles en este precepto legal. Y, aunque como indica MUÑOZ CONDE⁽⁶⁾ «las cláusulas generales... desde el punto de vista científico y sistemático son preferibles pues suponen un alto grado de abstracción y presentan pocas lagunas...» no es menos cierto que, como el mismo autor reconoce, «precisamente por esto, tienen el peligro de la indeterminación y pueden lesionar el principio de legalidad».

En relación con este tema de la posible vulneración por el art. 431 del principio de legalidad, ya ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional en la sentencia 62/1982, de 15 de octubre⁽⁷⁾. En esta senten-

cia el Tribunal Constitucional reconociendo que... «el legislador, para conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho Penal, debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos», considera que, no obstante, «ello no supone que el principio de legalidad quede infringido en los supuestos en que la definición del tipo interpone conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución, de acuerdo con su artículo 10.2 y en supuestos en que la concreción de tales bienes es la dinámica y evolutiva y puede ser distinta según el tiempo y el país de que se trate; ello sin perjuicio de que la incidencia sobre la seguridad jurídica, en los casos en que se produzca, deba tenerse en cuenta al valorar la culpabilidad y en la determinación de la pena por el Tribunal».

La indeterminación del artículo 431 es paradigmática, como ponen de manifiesto, entre otros autores, MUÑOZ CONDE⁽⁸⁾, RODRIGUEZ MOURULLO⁽⁹⁾, SAINZ CANTERO⁽¹⁰⁾ o COBO Y VIVES⁽¹¹⁾. Todos ellos convienen en mostrar que es éste un tipo necesitado de integración judicial, que el abuso de términos normativos tan vagos y difusos como los de «cualquier modo» (referido a la acción), «pudor y buenas costumbres» (referidos al objeto de protección), y «grave escándalo o trascendencia» (referidos al resultado), propician un excesivo arbitrio judicial, que hace un flaco favor al principio de legalidad. No es para menos si tenemos en cuenta que no pueden determinarse apriorísticamente qué acciones o conductas se hallan tipificadas en el delito de escándalo público, por cuanto de la redacción del precepto no puede deducirse y de la jurisprudencia no se extrae tampoco una nítida conclusión. «Para saber si una conducta cae o no dentro de su esfera—expresa R. MOURULLO—, hay que esperar a que el Juez, ante el caso concreto, determine si hubo ofensa de las «buenas costumbres», que varían según el lugar y el tiempo, y si produjo «grave escándalo» lo que depende de las circunstancias». Como es lógico suponer, tanta solución lleva aparejado el peligro advertido por MUÑOZ CONDE de que el Juez rellene «tales conceptos de acuerdo con sus propias convicciones morales que muy bien pudieran no coincidir con las dominantes en la sociedad».

Tan sólo una nota permite advertir a priori qué conductas pueden ser subsumidas en el precepto comentado. Una parte de la doctrina, tal y como recoge DIEZ RIPOLLES⁽¹²⁾ sostiene «el carácter obsceno del hecho» como cualidad de la acción típica, determinando, pues, que todo acto impúdico, torpe, ofensivo al pudor, de carácter sexual, pueda, en principio, (y dependiendo de las circunstancias de tiempo, lugar, personas, etc.) ser valorado como delito de escándalo público. En la misma línea se ha expresado el Tribunal Supremo en varias sentencias, acuñando incluso la expresión «actos escandalosos per se», v.g. sentencias de 4-3-77, entre otras, para definir aquellos actos «que por sí mismos llevan tal carga ofensiva para el decoro o decencia públicos, que una vez que se realizan traspasando el ámbito estrictamente privado, no puede por menos que reconocerse su alcance y gravedad en orden a vulnerar dichos bienes comunitarios...». En efecto, los actos exhibicionistas, la homosexualidad, la pornografía, principales hechos integrantes del delito de escándalo público, llevan en sí, como cualidad, el carácter de obscenos. No obstante, y a pesar de reconocer su relevancia, es evidente que no basta esta sola cualidad de la acción típica. La jurisprudencia ha estimulado una serie de concreciones, para suplir el silencio legal, que, a salvo las contradicciones que se producen, permiten que conozcamos más o menos el alcance del art. 431. Esto, con ser cierto, no es a nuestro juicio suficiente, ya que en definitiva, se deja al arbitrio judicial una carga harto pesada y peligrosa, lo que provoca en la praxis excesivas dificultades, amén de requerir «en el Magistrado y en el Juez un profundo conocimiento de los hechos, hábitos y costumbres sociales y abandonar un poco para su comprensión la moral estática, rígida y dogmática y atender más a los sentimientos y creencias colectivas», al decir de MARTINEZ PEREDA⁽¹³⁾.

Además y esto es muy importante, nada se ha precisado ni por la doctrina ni por la jurisprudencia acerca de si lo relevante es la gravedad de la acción o la gravedad del resultado, porque evidente es, en líneas generales, que no todos los actos, v.g. exhibicionistas, provocan la misma repulsa, dependiendo muchas veces, no tanto de la acción obscena en sí misma, como del sujeto pasivo que la padece y de su consideración más o menos pudorosa. Pero no vamos a entrar a analizar este punto, por lo demás harto complejo, en tan breve comentario.

2. *Protección penal en los delitos de escándalo público.*

Importante sino esencial es precisar los bienes o intereses jurídicos que se protegen en el delito tipificado en el art. 431. La propia ubicación del tipo dentro de la rúbrica de los «delitos contra la honestidad», obviamente nos señala que aquélla, en sentido amplio, configura el bien jurídico protegido. Pero dicho término es lo suficientemente amplio como para que pensemos que con su empleo poco o nada precisamos. Habremos, pues, de matizar. Es evidente que la honestidad como sinónimo de «decencia, compostura, moderación, recato o pudor» se protege implícita y explícitamente por este precepto, y se hace en tanto en cuanto todo potencial ataque a estos «valores sociales» significa un ataque al común sentido que de tales «valores» tiene una sociedad o grupo social en un momento y lugar determinados.

MUÑOZ CONDE⁽¹⁴⁾ estudia estos delitos entre aquellos que atacan los «valores sociales supraestatales» o «delitos contra la moral sexual», determinando que «afectan a la comunidad en cuanto orden social, es decir, independientemente de su organización como Estado. De tales valores ya no es titular la persona individual aisladamente considerada, sino la comunidad como hecho que se deriva de la convivencia que puede verse conmovida con su lesión». En la misma línea, RODRIGUEZ DEVESA⁽¹⁵⁾ precisa que «el pudor a que se refiere la ley no puede ser otro que la moralidad pública, lo que se ha dado en llamar pudor colectivo»; CUELLO CALON⁽¹⁶⁾ para el que es equivalente el término honestidad a «moralidad pública»; POLAINO NAVARRETE⁽¹⁷⁾ que estima que la «naturaleza propia del delito de escándalo público conecta con una institución ideal de carácter no privativo o individual... se protege un sentimiento, y por tanto, un valor de la convivencia social que, lejos de ser exclusivo de nadie, constituye patrimonio de todos».

En consecuencia, la posición mayoritaria en la doctrina española se inclina por considerar que el bien jurídico protegido en este delito es la «moral sexual colectiva o social» entendida como «aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites el instinto sexual de las personas»⁽¹⁸⁾.

Recientemente, sin embargo, DIEZ RIPOLLES⁽¹⁹⁾ nos ofrece una nueva configuración del bien jurídico como «atentado a la libertad personal o individual», ya que lo que hace punibles a esas acciones «es que involucran al sujeto pasivo en una acción sexual sin su consentimiento, le insertan en un contexto sexual en el que él desempeña un determinado papel sin que haya aceptado previamente tal situación». Desarrollando esta atractiva—y discutible—tesis, concluye diciendo que «estas conductas suponen un atentado a la libertad del sujeto pasivo en cuanto menosprecian su voluntad, voluntad que debiera ser tenida en cuenta antes de involucrarle en una acción sexual». La «libertad personal a la que se alude es la existente para estructurar el comportamiento sexual de uno mismo de un modo u otro».

Este autor reduce—como señala CEREZO MIR⁽²⁰⁾—el contenido «de lo injusto del escándalo público a un ataque a la libertad sexual», único bien jurídico protegido, lo que no deja de ser discutible tanto por la propia redacción del tipo, con el empleo de términos tales como buenas costumbres o escándalo, que hacen referencia no a una persona individual sino a una colectividad como sujeto pasivo protegido, cuanto porque de esta manera, a nuestro juicio, el tipo queda, definitivamente, a merced de consideraciones personales, individuales, excesivamente subjetivas. En este sentido, afirma MUÑOZ CONDE⁽²¹⁾ que «el Derecho no protege la moral sexual del individuo aislado, sino la libertad de ese individuo referida a la moral sexual colectiva». En cualquier caso, no este el momento ni el lugar oportunos para analizar como se debe el reciente planteamiento de DIEZ RIPOLLES.

Queda, en este punto, una precisión relevante. Esta es: ¿De qué protege, de qué actos se protege en esta figura delictiva?. RODRIGUEZ DEVE-SA⁽²²⁾, tras señalar la dificultad en precisar actos que la ley castiga, nos dice que la «acción puede integrarse con hechos de la más variada índole». Esto es lo que se desprende del término empleado por el legislador con la expresión «de cualquier modo», y esto es lo que, en principio, pudiera pensarse de la redacción del precepto. No obstante, y aunque sea obvio por su situación en el cuerpo legal, tanto QUINTANO RIPOLLES⁽²³⁾ como MARTINEZ PEREDA⁽²⁴⁾, requieren un ulterior requisito en la acción, bien sea «un acto deshonesto» en el primer caso, bien que «el acto debe tener un signifi-

cado sexual y ser contrario a la moral sexual y que, por carecer de ese carácter (sexual), el hecho no constituiría delito», según el autor citado en segundo lugar.

Una vez más se refleja la tipicidad excesivamente abierta del precepto y como consecuencia, la indeterminación de las conductas en él subsumibles. El recurso a la jurisprudencia ilustra algo al respecto ya que, entre otras, la sentencia de 21 de junio de 1976 expresa que con este precepto «se obtiene protección contra las actuaciones graves y trascendentes, generalmente de condición sexual, aunque también pueden ser excepcionalmente otras extrañas a ella, deshonestas o carentes de ética, que por consiguiente, en lo objetivo, supongan que el agente realice actos deshonestos o inmorales, de carácter desvergonzado, impúdico, inejemplar o indecente, que ofendan a la moral o a las buenas costumbres, de acuerdo a valoraciones socio-culturales que rijan en el momento del ataque al pudor colectivo». Cuáles actos son graves y trascendentes, qué acciones son deshonestas o carentes de ética, qué valoraciones socio-culturales y quién las determina son, entre otras muchas, las dudas que surgen al releer el considerando de esta sentencia.

3. *Crítica global.*

Subyace en todo este planteamiento una aguda problemática al incidir, como ha puesto de relieve BOIX REIG⁽²⁵⁾ «en la cuestión de las relaciones entre Moral y Derecho, pues qué duda cabe que en los delitos contra la honestidad surge con especial puje la necesidad de precisar los lindes entre uno y otro campo». El texto legal propicia la confusión entre Moral y Derecho, «entre lo que la moral prohíbe y lo que la Ley penal debe castigar» por decirlo con palabras de SAINZ CANTERO⁽²⁶⁾. En efecto, esta confusión viene dada por la utilización en el texto legal de términos tales como «pudor y buenas costumbres» que nos remiten a valoraciones morales, de conciencia, internas, más que a valoraciones propias de un orden jurídico. Si esto es así, no podemos sino rechazar frontalmente tales hechos y analizar, aunque sea someramente, sus consecuencias.

Es opinión comunmente admitida, que la ley penal debe tener una «intervención mínima» en la regulación de la vida social (principio de intervención mínima), y que sólo debe proteger los valores fundamentales del individuo y de la sociedad y no de todos los ataques que contra ellos se dirijan, sino frente a aquéllos más intolerables (carácter fragmentario del Derecho penal). En base a estos argumentos puede decirse con MUÑOZ CONDE⁽²⁷⁾ que el «Derecho penal sólo tiene un mínimo ético que cumplir y no debe intervenir para reprimir hechos que, por muy inmorales que sean, no lesionan derechos de terceros o carecen de nocividad social (in dubio pro libertate)».

Que la Moral no es un bien jurídico protegido, que el Derecho penal no debe emplear sus medios coercitivos para reprimir conductas que ofendan por su carga inmoral, que la mayor parte de las acciones que se subsumen en el artículo 431 lo son por repugnar a las convicciones morales más que por causar una lesión o poner en peligro un concreto bien jurídico, son puntos sobre los que está de acuerdo la mayoría de la doctrina. ROXIN explicitó que «la moral, aunque a menudo, se suponga lo contrario no es ningún bien jurídico... que impedir lo meramente inmoral no entra dentro de la misión del Derecho penal»⁽²⁸⁾.

Ya «la Ilustración aportó el triunfo de la idea moderna de que la exteriorización del instinto sexual, cualquiera que sea su índole, no debe penalizarse sino cuando vaya acompañada de la lesión de un derecho»⁽²⁹⁾. Lo complejo es determinar cuándo la exteriorización de ese instinto sexual lesiona algún derecho. Muchas son las interpretaciones que se sugieren. Algunas de ellas se limitan a enumerar contenidos, y así se destacan entre otros, temas tan heterogéneos, como el de impedir «las excitaciones artificiosas de la dinámica o del instinto sexual», «contener el impulso sexual», «proteger las exigencias racionales de la sexualidad», «evitar la aparición de la corrupción sexual, las malas costumbres, la decadencia...», etc. La jurisprudencia recoge muchas de estas expresiones en sus considerandos, para amparar sus decisiones favorables al castigo de acciones que pongan en peligro las buenas costumbres con hechos o actitudes de carácter sexual, más o menos obscenas, y más o menos públicas. Otras, si como hemos tenido oportunidad de reseñar en el apartado anterior, se

inclinan por considerar que la protección recae sobre un bien jurídico tan relativo como «la moral sexual social», están estableciendo que la moral es un derecho digno de protección, y por tanto, que la moral forma parte del orden jurídico, en cuanto trasciende del fuero interno de cada individuo en concreto hasta llegar a consolidarse como un derecho admitido por el conjunto de la sociedad, o lo que es igual, que la sociedad en su conjunto posee una determinada moralidad que el Derecho penal a través de figuras como el delito de escándalo público eleva a la consideración de bienes jurídicos tutelados con sanciones penales.

Estamos en este punto ante el principal dilema a resolver. Si admitimos que con el delito de escándalo público se tutela la moral sexual social, las consecuencias son de monta. En primer lugar, porque seguimos con el confucionismo moral—derecho—, y el Derecho, como expresa VIVES ANTON⁽³⁰⁾ no debe otorgar «protección penal a intereses ajenos al Derecho concebido como un orden de libertad». En segundo lugar, porque por este procedimiento el peligro de inmiscuirse en la intimidad personal es evidente, toda vez que se está protegiendo contenidos morales, sentimientos sociales o individuales, asumidos con el transcurso del tiempo por la población. Tan sólo el recurso al requisito de que «el hecho trascienda públicamente» puede cerrar algo el tipo, aunque estimamos que no es éste el medio ni siquiera que sea un medio idóneo o suficiente.

Coincidimos con VIVES ANTON⁽³¹⁾ en que un orden jurídico concebido como un orden de libertad «no puede hacer de la moral—ni siquiera de la moral social—objeto de protección penal, porque se halla fundado sobre la idea de que, en el campo moral, el hombre es absolutamente autónomo y está, en consecuencia, sometido a su propia legislación. En este sentido, los artículos 431, 432, 566.5.º y 567.3.º, del Código penal son netamente anticonstitucionales». Mantenemos la tesis, porque creemos que es absolutamente necesario deslindar la Moral (dependiente del fuero interno) del Derecho en general y del Derecho penal en particular («protector de bienes jurídicos como condiciones exteriores de la libertad»). Y tan sólo la Moral vemos en peligro o lesionada, con conductas exhibicionistas, pornográficas u homosexuales. En efecto, el exhibicionismo sexual, salvo el llevado a cabo mediante coacciones o amenazas, no atenta a la libertad del sujeto

pasivo, a no se que consideremos que el menosprecio de la voluntad del que lo contempla, es sinónimo de ataque a su libertad, pues parece evidente que en estos casos el sujeto pasivo tiene fórmulas para evitar tan «indecoroso u obsceno» comportamiento sexual. Parecido resultado nos proporcionan las denominadas «perversiones o prácticas contra natura», aceptadas libremente, aun cuando haya publicidad, porque en ellas no se cercena ninguna libertad sexual. Mucho menos justifica su penalización la pornografía, sea a través de su representación gráfica o escrita. Exclusivamente desde una perspectiva moralista puede deducirse su incriminación.

Alguien puede pensar que damos por sentado que la sociedad española tolera y admite tales conductas y que de su constación nos hacemos eco al expresarnos en dichos términos. Pero no se trata de eso. Nos basamos, no en la posible evolución social en materia sexual, no en el cambio de mentalidad en relación con lo sexual, no en la mayor o menor tolerancia hacia conductas como las descritas, sino tan sólo en la consideración antes expuesta de que el orden jurídico no debe proteger intereses ajenos al Derecho concebido como un orden de libertad. Y en ese sentido y sólo en ese, estimamos que las conductas relacionadas no atacan las condiciones exteriores de la libertad o al menos no en la medida precisa para que puedan ser consideradas como delitos.

III. *ANÁLISIS DE LOS TIPOS DEFINIDORES DE LAS FALTAS.*

Como ya hemos indicado en la Introducción es escasa la atención que ha prestado la doctrina a las faltas, así como la frecuente utilización en sus tipos de conceptos similares a los que configuran los delitos de escándalo público. La bibliografía acerca de las figuras que comentamos se reduce, prácticamente, a lo publicado por MARTINEZ PEREDA hace ahora más de diez años. Es por ello atractivo realizar esta breve incursión en su análisis con el fin de actualizar su estudio.

Será preciso, en todo caso, tener presente lo expuesto en las páginas anteriores ya que, como advertimos, las faltas de escándalo público deben necesariamente traer referencia para su mejor comprensión de los delitos de igual nombre.

No entramos aquí a detallar las diferencias generales entre los términos de «delitos» y «faltas» como infracciones penales, al no ser el objeto de este artículo, remitiéndonos por tanto a las aportaciones que sobre el tema han hecho, entre otros autores, MIR PUIG⁽³²⁾; ni a su interés político-criminal.

1. *El artículo 566.5.º*

Analizando el contexto en el que se halla ubicado el precepto, lo primero que salta a la vista es que se trata de una «falta de imprenta» y que, por lo tanto, su ámbito se reduce a acciones cometidas por medio de la imprenta. Con este sólo dato podemos, pues, advertir que no nos hallamos ante una infracción semejante, aunque de menor entidad penal, a la configurada en el art. 431. Si, en un paso más, constatamos que el propio precepto se refiere a acciones «cometidas por medio de la imprenta, litografía u otro medio de publicación» es lógico concluir que únicamente a través de cualquiera de estos medios de impresión y difusión es posible cometer la falta tipificada en el art. 566.5.º

No cabe por ello hablar en este apartado de una diversidad de acciones al estar el tipo concebido para admitir, tan sólo, acciones gráficas o escritas, es decir, comentarios o representaciones (o quizá doctrinas) pornográficas, quedando fuera actos exhibicionistas, homosexuales u otros que posean una dinámica comisiva diferente a aquélla. Parece más asimilable, al menos en cuanto a la acción, al art. 432, ya que éste requiere también el empleo de la imprenta u otro medio de publicación.

¿Podría servir el número 5.º del art. 566 de delito venial para ambos preceptos?. MARTINEZ PEREDA⁽³³⁾ así lo cree «cuando el medio comisivo fuese el señalado». A nuestro juicio nada hay que oponer a dicha afirmación. ¿Cuáles son, entonces, las diferencias entre los artículos 431 y 566.5.º?. A primera vista, una diferencia fundamental, de carácter cuantitativo, motivada por la utilización del advverbio «levemente» en la falta, (distinción ya señalada por BUENO ARUS y recogida por M. PEREDA). Así, el matiz que delimita el campo de aplicación de la falta se encuentra en la venialidad. Ahora bien, ¿en la venialidad de qué? ¿de la acción, del resultado?. Nuevamente hay que tener en cuenta factores ajenos al desarrollo de

los hechos. Una misma acción podría subsumirse tanto en el delito del art. 431 como en la falta del 566.5.º, dependiendo de las circunstancias en que se efectúe, de los destinatarios, de la proyección que alcance. No obstante, es evidente que hay unas acciones que objetivamente son más graves que otras, que potencialmente pueden producir mayor agravio a la persona directamente afectada o al cuerpo social escandalizado, pero nada impide que estimemos la posibilidad de analizar si la venialidad puede venir determinada por el resultado. Creemos que ello es posible por cuanto si una misma acción puede producir resultados de diferentes efectos, perfectamente puede estimarse que los sentimientos morales lesionados o puestos en peligro, aunque sea levemente, son determinantes de la incriminación. Pero sustentar que la gravedad o venialidad del resultado es determinante, hace peligrar, cuando menos, la objetividad del hecho. Por ello, nos inclinamos a considerar más acertado el criterio de que sea la mayor o menor intensidad o gravedad de la conducta la que deslinde el distinto reproche penal.

Además de esta diferencia cuantitativa, algunas otras matizaciones pueden hacerse. En primer lugar, la diferente técnica legislativa utilizada y, en segundo lugar, el empleo de elementos cualitativos diversos en la descripción legal.

En cuanto al primer aspecto, es conveniente resaltar que, a pesar de que el tipo aparentemente posibilita una menor variedad de conductas incriminables, no es menos cierto que, al no exigirse «escándalo» o «trascendencia», dicha apariencia se empaña, y nos obliga a reiterar que no se pueden precisar a priori los requisitos que son necesarios para «ofender levemente» la moral, o las buenas costumbres o la decencia pública. ¿Hay que pensar que en la mente del legislador aquellos términos estaban implícitos?. Podría opinarse que sí, aunque lo constatable es que, bien por un defecto de técnica legislativa, bien por una consciente eliminación, dichos términos no aparecen reflejados en la descripción de la figura penal. Tal vez por este motivo sea lógico mantener que nos encontramos ante una infracción que no precisa de pautas relevantes de comportamiento, bastando con que se produzca la ofensa—de modo leve—a cualquiera de los referidos bienes protegidos, a través de cualquiera de los medios rela-

cionados en el precepto, para que quede consumado el tipo, siendo irrelevante que los hechos sean o no escandalosos o trascendentes.

En el segundo aspecto apuntado, procede destacar que el legislador hace uso de términos que parecen querer acotar el alcance de la falta, refiriéndose en particular, a la moral, a las buenas costumbres o la decencia pública. Aunque pudiera ser criticable el empleo de estas expresiones y no de otras, y el abuso de términos más o menos sinónimos gramaticalmente y muy similares en cuanto hacen referencia a unos mismos valores, es sin embargo más oportuno recalcar la expresa mención que aquí se hace a la «moral». En efecto, con este precepto no cabe ninguna duda de que se está protegiendo la moral, la moral pública, el concepto de moral que tenga en un momento y lugar determinados un grupo social. No repetiremos lo objetable que esto resulta, pues quedó expresado en su momento a propósito de la protección penal en el delito de escándalo público.

2. *El artículo 567.3.º*

En el mismo Título, pero en el Capítulo destinado a las faltas contra «el orden público» se halla ubicado este artículo.

Reitera el legislador en este precepto la protección de la moral sexual pública, como si de una obsesión se tratase, con las mismas expresiones, es decir, «la moral, y las buenas costumbres o la decencia pública».

Y si en el párrafo quinto del artículo anterior se protegía de los defectos que traían su origen en la imprenta, litografía u otros medios de publicación, aquí se trata de castigar «la exhibición de estampas, grabados u otra clase de actos».

Sigue siendo denominador común a ambas figuras: el empleo del adverbio «levemente», que establece una diferencia cuantitativa antes reflejada, así como la ausencia de toda referencia a la necesidad de «escándalo» o «trascendencia» y la protección del mismo bien jurídico, «la moral sexual pública».

Pero se diferencian en cuanto a la acción. En este punto, la crítica a la norma penal tiene que ser, necesariamente, severa. Comenzando por señalar que no existe razón para realizar dos incriminaciones por separado re-

feridas a un mismo bien, con idénticos elementos, tan sólo diferenciados, en principio, por la acción; hasta llegar a efectuar una descripción de los comportamientos incriminables que se inicia con términos muy concretos y se culmina con un auténtico cajón de sastre.

Puede decirse, sin temor a errar, que las faltas del art. 566.5.º podrían ser subsumidas en el art. 567.3.º bajo la expresión «o con otra clase de actos». En efecto, en este último artículo, se precisa que la exhibición de estampas o grabados (adviértase que el legislador las distingue nítidamente de las representaciones gráficas cometidas a través de la imprenta o de litografías) pueden ofender a la moral. Pero, además, señala que también se puede ofender a la moral «con otra clase de actos». ¿Con qué actos, de qué clase, de qué modo?. Es idéntica esta expresión, al menos en cuanto a su ámbito de aplicación, a la utilizada en el art. 431, esto es, «de cualquier modo»?. Si se pretendía esto, mejor o más propio hubiera sido no describir ninguna posible forma de comisión, limitándose a emplear el «denostado» término del art. 431. Si ese no era el fin, debiera haberse precisado con más detalle qué conductas son incriminables, cerrando de esta manera el tipo.

Creemos que en el fondo se pretendió subsumir en este artículo todas aquellas acciones que, incriminables como delitos en el art. 431, no podían ser incriminables como faltas en el 566.5.º. De esta forma, los dos artículos de las faltas viene a ser la reproducción en lo venial del delito de escándalo público. Otra clase de sugerencia no parece tan ajustada al significado de la expresión que comentamos. Evidentemente puede indicarse que con la frase «otra clase de actos» el legislador se refiere a «exhibiciones» distintas de las que pueden realizarse a través de estampas o grabados, aunque creemos que entonces se habría explicitado «o con otra clase de exhibiciones».

En definitiva, el que «de cualquier modo» (que no sea de los relacionados en el art. 566.5) ofendiere levemente a la moral, a las buenas costumbres o a la decencia pública, será incriminado por el art. 567.3. Cabrán, aquí, por tanto, comportamientos exhibicionistas, de homosexualidad, etc. que no podían subsumirse en la falta anteriormente estudiada. Desde este punto de vista, su ámbito de aplicación es mayor que el anterior al ser

mucho más amplia su dinámica de comisión. MARTINEZ PEREDA⁽³⁴⁾ señala que «no existe aquí el ataque al pudor, al menos en el sentido medio que interesa al Derecho penal. Por ello—continúa—ha podido decirse que se trata de un escándalo público de escasa entidad, un escándalo público venial». Estamos de acuerdo con su afirmación, porque nos parece obvio y evidente que se trata de proteger con esta figura acciones de menor relevancia, de menor peligro, de escaso daño, para la moral sexual pública, toda vez que están subsumidas en el art. 431 aquellas otras relevantes y de mayor consideración. En efecto, es de escasa entidad, pero tal vez por eso mismo tenga poca o ninguna justificación su existencia en el Código penal. Si, como el mencionado autor expone, no hay un ataque al pudor con la entidad suficiente como para interesar al Derecho penal, no tiene razón de ser que haya jurisprudencia reciente aplicando esta norma, ni mucho menos que esta figura continúe vigente en el Código Penal español de finales del siglo XX.

3. *El artículo 577.1.º*

Entiendo que sólo tangencialmente viene a colación este precepto en el estudio que realizamos. La razón de esta aseveración se fundamenta, por un lado, en la creencia de que nos hallamos ante una norma que tutela no la moral sexual sino intereses más generales relacionados con ella, y, por otro, en la seguridad de que residualmente también aporta protección a intereses jurídicos relativos a la moral sexual pública.

Dentro de un abigarrado conjunto de infracciones que se agrupan bajo la rúbrica del Título II, y en particular, ubicado en un artículo que ofrece las más heterogéneas protecciones, el primer párrafo del art. 577 está compuesto de dos partes bien distintas aunque referidas a una misma actividad. En efecto, la única actividad descrita y, por tanto, la única actividad que desencadena la acción penal, es la de «bañarse». Distinguiendo el precepto (y equiparando en sus efectos) dos modalidades comisivas, según que se falte «a las reglas de decencia» o «a las reglas de seguridad» establecidas por la autoridad.

Que se haya agrupado en un mismo párrafo modalidades tan diversas es de todo punto criticable y técnicamente rechazable. Pero mucho más

criticable y reprobable es que se haya vuelto a reiterar una tutela de la decencia pública que a nuestro juicio ya estaba garantizada sobradamente en el art. 567.3.

La razón de esta repetición sólo puede hallarse en el deseo del legislador de singularizar con esta actividad, salvo que quepa argumentar que las reglas de decencia que dicte la autoridad (qué autoridad) difieren de las que con carácter general hemos comentado en otras páginas. Es de suponer que la seguridad, consecuente con su función, dictará reglas de decencia que se ajusten a las convicciones morales, a las buenas costumbres, etc. del lugar, y «se trata de una ley en blanco» como afirma MARTINEZ PEREDA⁽³⁵⁾, que remite para su concreción a la autoridad administrativa, lo que no deja de ser lamentable.

La incriminación no trae causa de una ofensa grave o leve a la decencia, sino de la transgresión de las reglas sobre decencia pública al bañarse dictadas por la autoridad. El incumplimiento de estas reglas, mediante actos «impúdicos» o «indecorosos» devendrá infracción penal, por este artículo. También, claro está, si se infringen las reglas de seguridad dictadas por la autoridad, pero este es un asunto que no analizamos aunque nos parezca más acertado y claro.

4. *Crítica global.*

Sin necesidad de entrar en el fondo de la materia, advertimos la defectuosa técnica legislativa empleada, al requerirse tres artículos para tutelar, al fin, un mismo bien jurídico. Pero ese defecto de articulación por abundancia, deviene pequeño si además se tiene en cuenta que a uno de ellos (al 567.3.º) podrían ser reconducidas las acciones incriminables de los otros dos, con lo que bien puede decirse que en este concreto tema de las faltas hay duplicaciones y reiteraciones innecesarias. Mas aunque la forma y el procedimiento sean importantes (y en Derecho, obviamente, lo son) y, según se desprende del análisis efectuado, sumamente criticable por muchas vías, aún lo es más el fondo.

Inicialmente puede sustentarse la tesis de que en el actual Código Penal la moral sexual pública goza de una «espléndida» protección, al proyectarse la sanción penal en materia de escándalo público desde la más

amplia perspectiva (comisión de cualquier modo) hasta la más concreta conducta (bañarse faltando a las reglas de la decencia). Sin reproducir aquí las reflexiones formuladas en su momento, cabe decir que las normas penales, aunque sea por medio de infracciones veniales, intervienen o vienen en aplicación para supuestos excesivamente fútiles, de poca o nula trascendencia.

De ahí que, remitiéndonos a lo expuesto en la última parte del apartado anterior, consideremos que no hay justificación para perpetuar en el Código Penal normas de la índole de las que analizamos, ya que el Derecho penal, a nuestro juicio, incumple el principio de intervención mínima dando cobijo en su seno a tales formulaciones.

IV. EXAMEN RECIENTE JURISPRUDENCIA TRIBUNAL SUPREMO.

Una reciente sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo (la Ley 16 de marzo de 1983, n.º 3076) acepta el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el procesado, casando y anulando la sentencia impuesta por la Audiencia, en virtud de la cual había sido condenado por un delito previsto y penado en el artículo 431 del Código Penal, y dictando en su lugar nueva sentencia por la que es condenado como autor responsable de una falta contra el orden público prevista y penada en el artículo 567.3.º.

Esta sentencia de 5 de noviembre de 1982 incide en consideraciones que merecen alguna reflexión. Los hechos pueden resumirse así: el autor realiza un acto de exhibición de sus órganos genitales ante una sola mujer, casada y de cuarenta y un años de edad.

El Tribunal Supremo tiene declarado que por regla general los actos de exhibición pública de órganos genitales masculinos (anótese la precisión) integran el delito de escándalo público. La razón de ello es que actos de esa especie son «per se» escandalosos, repugnando al común sentido de la decencia y moralidad. Sin embargo, en este caso, el Tribunal Supremo estima que la subsunción de tal comportamiento en la figura del delito de escándalo público «no es certera ni afortunada». ¿Motivo?.

Las características de la persona «ofendida». En efecto, la decisión jurisprudencial reconoce que se trata de un acto obsceno, grosero, incivil, impropio de una mesurada convivencia social, pero que no produce efectos nocivos dignos de su incriminación como delito, al no producir ni una ofensa al pudor o a las buenas costumbres de modo grave, ni originar escándalo o trascendencia. Es evidente que esta misma acción realizada ante un menor de 21 años no sólo permitiría su subsunción en el art. 431 sino que además vendría agravada por el segundo párrafo del mismo. Pero en este caso, dadas las características del sujeto pasivo afectado, se hace incoherente su aplicación.

Objetivamente la conducta no es grave, objetivamente la exhibición realizada no traumatiza a nadie, pero ¿cómo puede dejarse al arbitrio del juez el castigo? ¿cómo puede diferenciarse jurisprudencialmente el delito y la falta?. No hay regla alguna. Una y otra tienen la misma naturaleza, puesto que una y otra protegen el mismo bien jurídico: la moral sexual. Pueden diferenciarse, unas veces por el «quantum», es decir por la gravedad o levedad de los medios o actos utilizados, por el resultado, esto es, por la producción o no de «escándalo o trascendencia», otras, en fin, por las circunstancias personales o ambientales en que la actividad se desarrolle.

Como quiera que no es posible establecer apriorísticamente módulos más precisos, hay que seguir insistiendo en que serán las circunstancias que concurran en el acto las que determinarán si la intención del autor fue cometer un delito o una falta de escándalo público. Tal es el relativismo que domina esta área del Derecho penal. Ardua misión se encomienda a los jueces, y no deja de ser elogiable que, aunque sea excepcionalmente, el Tribunal Supremo case sentencias como la que someramente hemos comentado.

Otras sentencias menos sugestivas por sus consideraciones, pero también recientes, son las de 2 de julio de 1982 (la Ley, 3244 - R), de 9 de octubre de 1982 (la Ley, 3582 - R), 19 de octubre de 1982 (la Ley, 3590 - R), 10 de noviembre de 1982 (Colex n.º 1320), de 5 de noviembre de 1982 (Colex, n.º 1309), 29 de noviembre de 1982 (Colex n.º 1493) y 24 de noviembre de 1982 (Colex n.º 1492), que castigan como delitos de escándalo público actos de exhibicionismo, masturbación y pornografía.

En conjunto, todas ellas insisten en planteamientos tradicionales, desgastados a fuerza de repetirlos; a nuestro juicio, obsoletos. Así, la primera de las citadas, argumenta que el exhibicionismo «tanto consista en la manifestación del cuerpo humano totalmente desnudo, o de parte de él y, sobre todo en el hombre, la exhibición de sus órganos genitales... es delito de escándalo público... porque ataca la esfera de intimidad y recato con que cualquier actividad sexual debe manifestarse». ¿Dónde queda la libertad del ciudadano para comportarse, aun en materia sexual, sin que automáticamente lesione derechos de terceros o de la colectividad?

Por su parte, la sentencia de 9 de octubre de 1982 concluye que «salvo raras excepciones, en que circunstancias especiales minimizan la intención ofensiva del agente o la perturbación psíquica de la mujer, se ha estimado inaplicable la calificación de simple falta (en los actos de exhibicionismo)».

Por último, dejar constancia que la sentencia de 29 de noviembre de 1982, reproduciendo lo establecido en una abundante jurisprudencia, reitera que «pese al relativismo que quiera predicarse en el enjuiciamiento de las conductas que inciden y lesionan valores éticos y morales, es lo cierto que la pornografía supone, por sí y de por sí, el desbordamiento de aquellos valores para convertir y exaltar la sensualidad en fin de sí misma, provocando la lascivia o la excitación sexual...».

Cuanto comentemos sobre ellas sería excedernos en críticas ya expuestas sobradamente a lo largo del artículo, por lo que declinamos tal posibilidad.

V. CONCLUSION.

Asumiendo lo expuesto hasta ahora, podemos concluir que al margen de la diferente técnica legislativa empleada en la configuración de los tipos de las faltas de escándalo público y de la pluralidad de preceptos utilizados para esta finalidad, el deslinde con los delitos de igual denominación, descansa en último extremo en elementos cuantitativos, por lo que bien puede decirse que globalmente las faltas responden a los mismos objetivos que aquellos, es decir, a la protección de la moral sexual colectiva. La tutela de los «valores» morales frente a ofensas leves, determinará la aplicación de las contravenciones, tipificadas en los artículos 566.5.º, 567.3.º y, marginalmente en el 577.1.º.

NOTAS:

(1) Tesina de Licenciatura leída el día 23 de marzo de 1982 en la Facultad de Derecho de Alicante, con el título «El delito de escándalo público en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», a la que el Tribunal, formado por los profesores don Tomás S. Vives Antón, don Vicente Gimeno Sendra y don Luis Garrido Guzmán, otorgó la máxima calificación. Trabajo inédito.

(2) El artículo 431 dice: «El que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia incurrirá en las penas de arresto mayor, multa de 30.000 a 150.000 pesetas e inhabilitación especial. Si el ofendido fuere menor de veintiun años se impondrá la pena de privación de libertad en su grado máximo».

El artículo 432 está redactado así: «El que expusiere o proclamare por medio de la imprenta u otro procedimiento de publicidad, o con escándalo, doctrinas contrarias a la moral pública, incurrirá en la pena de multa de 30.000 a 300.000 pesetas».

(3) Artículo 566.5.º: «Incurrirán en la pena de multa de 1.500 a 30.000 pesetas: ...Los que de igual manera (por medio de la imprenta, litografía u otro medio de publicación) ofendieren levemente a la moral, a las buenas costumbres o a la decencia pública».

Artículo 567.3.º: «Serán castigados con las penas de uno a diez días de arresto menor y multa de 1.500 a 30.000 pesetas: ...Los que con la exhibición de estampas o grabados o con otra clase de actos ofendieren levemente a la moral, a las buenas costumbres o a la decencia pública».

Artículo 577.1.º: «Serán castigados con multa de 500 a 5.000 pesetas y reprensión privada: Los que se bañaren faltando a las reglas de decencia o de seguridad establecidas por la autoridad».

(4) El texto de los preceptos que destinaba el Proyecto de Código Penal de 1980 a estos delitos, era el siguiente: Título III «Delitos contra la libertad sexual», Artículo 208: «El que ejecutare o hiciere ejecutar a otros actos lúbricos o de exhibición obscena ante menores o mayores de edad, cuando en este último caso se produzca escándalo, será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana». Artículo 209: «El que por cualquier medio público, difunda o exhiba material pornográfico entre personas menores o mayores de edad, cuando en este último caso se ejecuten los actos con escándalo, será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de seis a doce meses». Artículo 210: En todos los supuestos de este capítulo, cuando los actos se realizaren con abuso de profesión o utilizando locales o establecimientos abiertos al público, se podrá acordar, además, la pena de inhabilitación especial o la cláusula de aquéllos. En los casos en que se aprecie en el culpable una desviación patológica sexual, podrá aplicársele, en sustitución de la pena, las medidas previstas en el artículo 145».

(5) COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T. S., «*Derecho Penal. Parte General*». Tomo II. Universidad de Valencia, 1981. p. 111.

(6) MUÑOZ CONDE, F., «*Introducción al Derecho Penal*». Ed. Bosch, Barcelona 1975. pp. 95-96.

(7) BOLETIN DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL N.º 19. Noviembre 1982.

(8) MUÑOZ CONDE, F. *Op. cit.* p. 96.

(9) RODRIGUEZ MOURULLO, G., «*Derecho Penal. Parte General*». Ed. Civitas. Madrid, 1978. p. 62.

(10) SAINZ CANTERO, J. A., «*La reforma del Derecho Penal sexual*». Anuario de Derecho Penal. Tomo XXXI. 1978. p. 256.

- (11) COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T. S., *Op. cit.*, p. 111.
- (12) DIEZ RIPOLLES, J. L., «*Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales pro-vocadoras*». Ed. Bosch. Barcelona, 1982. p. 225.
- (13) MARTINEZ PEREDA, J. M., «*El delito de escándalo público*». Ed. Tecnos. Madrid, 1970. p. 12.
- (14) MUÑOZ CONDE, F., «*Derecho Penal. Parte Especial*». 4.ª edición. Sevilla, 1982. p. 339.
- (15) RODRIGUEZ DEVESA, J. M.ª, «*Derecho Penal español. Parte Especial*». 7.ª edición. Madrid, 1977. p. 170.
- (16) CUELLO CALON, E., «*Derecho Penal*». Tomo II. Volumen II. 14.ª edición. Barcelona, 1975. p. 583.
- (17) POLAINO NAVARRETE, M., «*Introducción a los delitos contra la honestidad*». Anales de la Universidad Hispalense. N.º 25. Sevilla, 1975. p. 126.
- (18) MUÑOZ CONDE, F., «*Derecho Penal. Parte Especial*». *Op. cit.* p. 342.
- (19) DIEZ RIPOLLES, J. L., *Op. cit.* pp. 168 y ss.
- (20) CEREZO MIR, Prólogo al libro de DIEZ RIPOLLES, J. L. «*El Derecho Penal ante el sexo*». Ed. Bosch. Barcelona, 1981. p. X.
- (21) MUÑOZ CONDE, F., «*Derecho Penal...*» *Op. cit.* p. 367.
- (22) RODRIGUEZ DEVESA, J. M.ª, *Op. cit.* p. 170.
- (23) QUINTANO RIPOLLES, A., «*Comentarios al Código Penal*». Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1966. p. 783.
- (24) MARTINEZ PEREDA, J. M., *Op. cit.* p. 92.
- (25) BOIX REIG, J., «*Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de estupro*». Cuadernos de Política Criminal. N.º 1. 1.977. p. 7.
- (26) SAINZ CANTERO, J. A., *Op. cit.* p. 246.
- (27) MUÑOZ CONDE, F., «*Derecho Penal...*» *Op. cit.* p. 366.
- (28) ROXIN, C., «*Problemas básicos del Derecho Penal*». Ed. Reus. Madrid, 1976. p. 23.
- (29) RODRIGUEZ DEVESA, J. M.ª, *Op. cit.* p. 148.
- (30) VIVES ANTON, T. S. «*Comentarios a la legislación penal. Estado de Derecho y Derecho Penal*». Tomo I. Edersa. Madrid. 1982. p. 25.
- (31) VIVES ANTON, T. S., *Op. cit.* p. 27.
- (32) MIR PUIG, S., «*Los términos delito y falta en el Código Penal*». Anuario de Derecho Penal. Tomo XXVI. 1973.
- (33) MARTINEZ PEREDA, J. M. *Op. cit.* p. 220.
- (34) MARTINEZ PEREDA, J. M. *Op. cit.* p. 222.
- (35) MARTINEZ PEREDA, J. M. *Op. cit.* p. 227.

**DE NUEVO SOBRE EL TEMA
«VECINDAD CIVIL, REGIONALIDAD Y
CONDICION POLITICA» (ASPECTOS DE
DERECHO PRIVADO E INTERREGIONAL)**

Pedro-Antonio FERRER SANCHIS
Profesor titular de Derecho Internacional

Tras la paralización que para el denominado «proceso autonómico español» supuso el último tercio del año 1982, por la terminación de una legislatura y el comienzo de otra nueva, otra vez han aparecido en el horizonte político y legislativo muestras que ponen sobre el tapete cuestiones de las cuales nos hemos venido ocupando en ocasiones anteriores⁽¹⁾. Así, el inicio en enero de 1983 de un período parlamentario extraordinario de sesiones (cuya conclusión tiene lugar al redactarse estas líneas en los últimos días de febrero) que ha permitido la aprobación de los cuatro Estatutos de Autonomía todavía pendientes (Islas Baleares, Extremadura, Castilla-León y Comunidad Autónoma de Madrid). Igualmente, y a manera de ejemplos, podemos señalar la conferencia que en el Club «Prisma» de Barcelona pronunció (20-XII-1982) el Presidente del Congreso de los Diputados Profesor Gregorio PECES-BARBA, que incidía en el delicado tema de «nación» y «nacionalidad», para él vocablos prácticamente sinónimos y que en nada suponen un detrimento para el concepto de España como «Nación de naciones»; coincidiendo así, con muy pocos días de diferencia, con lo manifestado en la Facultad de Derecho de Alicante por el Profesor SOLE TURA (14-XII-1982) en una conferencia sobre el cuarto aniversario de la Constitución española de 1978. Y asimismo, en la dinámica que puedan recibir las tareas prelegislativas de revisión de determinados aspectos del Título Preliminar del Código Civil, especialmente en su vertiente de los «conflictos internos» (o «interregionales»), por parte de la Comisión General de Codificación (ahora tras la marcha de su Presidente titular durante tantos años, Profesor HERNANDEZ GIL, al Consejo de Estado); y por la presencia en el Ministerio de Justicia de un nuevo equipo, el del Ministro Sr. LEDESMA.

Dejando para más adelante el comentario a posibles últimos acontecimientos, vamos a detenernos ahora en algunos extremos, en torno a cuestiones acaecidas desde el mes de marzo de 1982, fecha en la cual concluíamos una anterior colaboración en estos mismos «Anales».

De los Estatutos de autonomía que resultaron aprobados en la etapa final de 1982, algunos no supusieron mayores innovaciones con respecto a otros anteriores, ya comentados. Así, el *Estatuto de La Rioja*, aprobado por Ley Orgánica 3/1982 de 9 de junio (B.O.E. 146 de 19 de junio), indica, en los

términos ya habituales, en su Art. 6, que, «A los efectos del presente Estatuto, gozan de la *condición* de riojanos los españoles que según las leyes del Estado tengan *residencia administrativa* en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma de La Rioja. Como riojanos gozan de los derechos políticos definidos en este Estatuto los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido su última vecindad administrativa en La Rioja y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de España. Gozarán también de estos derechos sus descendientes inscritos como españoles, si así lo solicitan, en la forma que determine la legislación del Estado». Por su parte, el Estatuto de Autonomía para la *Región de Murcia*, contenido en la Ley Orgánica 4/1982 de 9 de junio (publicado en el mismo «Boletín Oficial» antes apuntado), señala paralelamente en su Art. 6 que «A los efectos del presente Estatuto gozan de la *condición política* de murcianos los españoles que de acuerdo con las leyes del Estado tengan *vecindad administrativa* en cualquiera de los municipios de la Región de Murcia. Los españoles residentes en el extranjero gozarán de la misma condición si hubiesen tenido su última vecindad en la Región y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de España. De igual condición gozarán sus descendientes inscritos como españoles, si así lo solicitan, en la forma que determine la legislación del Estado»⁽²⁾.

Sólo son pues registrables ciertas pequeñas diferencias terminológicas, que no suponen matizaciones de fondo.

En el mismo sentido, cabe señalar la Ley Orgánica 9/1982 de 10 de agosto (B.O.E. 195 de 16 de agosto) por la que se aprueba el *Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha*, cuyo Art. 3 señala que «A los efectos del presente Estatuto gozan de la *condición política de ciudadanos* de Castilla-La Mancha los que de acuerdo con las leyes generales del Estado tengan *vecindad administrativa* en cualquiera de los municipios de la Región. Gozarán también de los derechos políticos definidos en este Estatuto los españoles residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Región y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de España. Igualmente gozarán de tales derechos sus descendientes, si así lo solicitan,

siempre que figuren inscritos como españoles en la forma que determine la ley del Estado». E igualmente la Ley Orgánica 10/1982 de 10 de agosto (inserta en el mencionado «Boletín» del 16), del *Estatuto de Autonomía de Canarias*, cuyo Art. 4 dice: «A los efectos del presente Estatuto, gozan de la *condición política* de canarios los ciudadanos españoles que de acuerdo con las leyes generales del Estado tengan *vecindad administrativa* en cualquiera de los municipios de Canarias. Como canarios gozan de los derechos políticos definidos en este Estatuto los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en Canarias y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de España. Gozarán también de estos derechos sus descendientes, inscritos como españoles, si así lo solicitan, en la forma que determine la ley del Estado».

Otros Estatutos comportan sin embargo rasgos más sobresalientes. Así, el de *Aragón*, aprobado por Ley Orgánica 8/1982 de 10 de agosto (asimismo en «B.O.E.» del 16 del mismo mes), que comienza indicando (Art. 4): A los efectos del presente Estatuto, gozan de la *condición política* de aragoneses los ciudadanos españoles que de acuerdo con las leyes generales del Estado tengan *vecindad administrativa* en cualquiera de los municipios de Aragón. Gozan también de los derechos políticos contemplados en este Estatuto los españoles residentes en el extranjero que hayan tenido su última vecindad administrativa en Aragón y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de España. Los mismos derechos corresponderán a sus descendientes, si así lo solicitan, siempre que ostenten la nacionalidad española». Y después agrega, como precepto llamativo, por cuanto recuerda (aunque sin el carácter perturbador que en otros lugares hemos censurado)³⁾ el famoso Art. 7-2.º del Estatuto de Cataluña de 1979: «Las normas y disposiciones de la Comunidad Autónoma de Aragón *tendrán eficacia territorial*, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia, y de *las situaciones que hayan de regirse por el estatuto personal u otras reglas de extraterritorialidad*. Las normas que integran el *Derecho Civil de Aragón tendrán eficacia personal*, y serán de aplicación a todos los que ostenten la *vecindad civil aragonesa* independientemente del lugar de su residencia, y excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial» (Art.

9, n.º 1 y 2)⁽⁴⁾. Para terminar concluyendo (Art. 42) que «En aquellas materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, el Derecho propio de Aragón será aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro, en los términos previstos en este Estatuto. En defecto de Derecho propio será de aplicación como supletorio el Derecho general del Estado». También resulta de un cierto interés para nuestro estudio la «Disposición Adicional Quinta»: La aceptación del presente Estatuto no implica la renuncia del pueblo aragonés a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su Historia, los que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establece la Disposición Adicional Primera de la Constitución»⁽⁵⁾.

Dentro de lo difícilmente enjuiciables que resultan los aludidos preceptos, más políticos que jurídicos, y que ante todo denotan una clara vocación expansiva del propio Derecho, territorialista incluso, parece haber en ello un cierto atisbo de una técnica ya arcaica, «cuasi-estatutaria»: de un «*estatuto territorial*» junto a un «*estatuto personal*». No parece aventurado incluso el poder detectar una cierta dicotomía «Derecho Público-Derecho Privado» (integrado este último por el tradicional Derecho foral o especial); de aplicación territorial el primero y sometido a la ley personal determinada por la vecindad civil el segundo (al modo de los Arts. 8 y 9 y 14-16 del Código Civil). Pero las imperfecciones técnicas y terminológicas resultan evidentes (aunque no arrastren los aludidos tan graves inconvenientes del Estatuto catalán de 1979).

Lo expuesto con anterioridad nos sirve de necesario antecedente para poder comprender en parte lo relativo al *Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, aprobado por Ley Orgánica 5/1982 de 1 de julio («B.O.E.» 164 del día 10). No ofrece singularidades la disposición del Art. 4, que repite términos ya muy conocidos: «A los efectos del presente Estatuto, tienen la *condición política* de valencianos todos los ciudadanos españoles que tengan o adquieran *vecindad administrativa* en cualquier municipio de la Comunidad autónoma. Los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido su última vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma Valenciana y acrediten dicha condición en el correspondiente Consulado de España, tendrán los derechos políticos

definidos en el presente Estatuto; el mismo régimen se aplicará a sus descendientes inscritos como españoles, si así lo solicitan, en la forma que determine la ley del Estado».

Y después aparece (Art. 8), con un claro eco de lo aparecido en los Estatutos de Cataluña y Aragón: «Las normas y disposiciones de la Comunidad Autónoma valenciana tendrán *eficacia territorial*, con las excepciones que puedan establecerse y en los casos en que sean de aplicación *el estatuto personal y otras normas de extraterritorialidad*».

¿Supondrá lo transcrito que pueda aparecer un «estatuto personal» peculiar valenciano, o, dicho con mayor precisión y técnica, una «ley personal determinada por una vecindad civil» nueva?. Pues es bien notorio que el régimen precedente se esfumó históricamente al desaparecer el Derecho tradicional y foral valenciano tras los «Decretos de Nueva Planta» de Felipe V. No han faltado quienes se han apresurado a saludarlo de este modo en los medios de comunicación, afirmando que lo que se perdió con el primer Rey borbónico se recuperaba algo más de dos siglos y medio después con el último por el momento, el actual Monarca Juan Carlos I. Lo cierto es que nada concluyente resulta de los términos del Estatuto. Desde luego, se alude repetidamente en su texto al «Derecho valenciano» (Art. 23), que es aplicable en el territorio en materia de competencia exclusiva con preferencia a cualquier otro, y del cual será de aplicación supletoria el Derecho estatal (Art. 27); y entre tales competencias exclusivas de la Generalidad Valenciana figura «la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano» (Art. 31-2.º), con sus correspondientes peculiaridades procesales, llegando incluso en dicho ámbito a los recursos de casación y revisión (Art. 40-1.º b). Pero no se indica nada más, por lo que en tal caso hubiera sido altamente deseable alguna disposición del tipo de la aparecida de en Estatuto asturiano, que prevé la posible compilación de su Derecho propio (lo cual comporta automáticamente la aparición de la correspondiente vecindad civil especial). Al no haber sido así, toda esta materia se presenta en términos inciertos y nebulosos, lo cual resulta perturbador para el entero sistema español de Derecho privado e interregional⁽⁶⁾.

Y aunque propiamente no constituya una Comunidad Autónoma, forzosamente hay que referirse ahora al caso de *Navarra*, que bajo el calificativo de «Comunidad Foral» resulta a todas luces parangonable a éstas. En efecto, el papel de «Estatuto de Autonomía» viene aquí a representarlo la llamada «*Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra*» (N.º 13/1982, de 10 de agosto, «B.O.E.» 195 del día 16 y 204 del día 26). Su Art. 5 nos indica: «A los efectos de la presente Ley Orgánica, ostentarán la *condición política* de navarros los españoles que de acuerdo con las leyes generales del Estado tengan la *vecindad administrativa* en cualquiera de los municipios de Navarra. Los españoles residentes en el extranjero que hayan tenido en Navarra su última vecindad administrativa tendrán idénticos derechos políticos que los residentes en Navarra. Gozarán asimismo de estos derechos sus descendientes inscritos como españoles que lo soliciten en la forma que determine la legislación del Estado».

Y después se añade en el último párrafo del Artículo: «La adquisición, conservación, pérdida y recuperación de la *condición civil foral* de navarro, se regirá por lo establecido en la *Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra*». (Recordemos que en ésta—aprobada por Ley 1/1973 de 1 de marzo—también se prefiere esa denominación de «condición foral» a la habitual de «vecindad civil»).

Por su parte, el Art. 40 se encarga de establecer que «El Derecho navarro, en las materias de competencia exclusiva de la Comunidad Foral, y en los términos previstos en apartados anteriores, será aplicable con preferencia a cualquier otro. En defecto de Derecho propio, será aplicable supletoriamente el Derecho del Estado. En materia de Derecho Civil Foral se estará a lo dispuesto en el Art. 48 de la presente Ley Orgánica». La aludida competencia exclusiva se encuentra prefijada en los Arts. 44 y ss., y en lo que nos importa, en el aludido Art. 48: «Navarra tiene competencia exclusiva en materia de Derecho Civil Foral. La conservación, modificación y desarrollo de la vigente *Compilación o Fuero Nuevo de Navarra* se llevará a cabo en su caso mediante ley foral». Y en cuanto al Tribunal Superior de Justicia, su competencia se extenderá (Art. 61) en el orden civil a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y revisión de Derecho Civil Foral de Navarra.

Se trata pues de una regulación que parece más ajustada y apropiada en su terminología y tratamiento de los aspectos jurídicoprivados interregionales o interterritoriales que la de los Estatutos anteriormente considerados, aragonés y valenciano.

Por lo que respecta a los Estatutos de Autonomía últimamente aprobados por ambas Cámaras, la Ley Orgánica 1/1983 de 25 de febrero, referente a *Extremadura* («B.O.E.» 49 del día 26) vuelve a incidir en términos ya habituales en su Art. 3, cuando atribuye la *condición política de extremeños* a los ciudadanos españoles que tengan *vecindad administrativa* en cualquiera de los municipios de la región, y a los residentes en el extranjero que en ella hayan tenido su última *vecindad administrativa*, y a sus descendientes si así lo solicitan, inscritos como españoles, en la forma que determine una ley del Estado. También se hace mención al reconocimiento de las comunidades extremeñas asentadas fuera de España, en sus aspectos social y cultural, sin que en ningún caso implique concesión de derechos políticos. Por otra parte (Art. 12) se encomienda a la Comunidad autónoma la defensa y protección de las peculiaridades de su derecho consuetudinario, con respecto a las variantes locales y comarcales; e incluso en el Art. 45-1 se va bastante más lejos, pues se llega a hablar (en punto a competencia jurisdiccional civil) del «*Derecho foral extremeño*» (que puede llegar a ser considerado incluso en casación y revisión, como sucede en otros territorios con Derecho propio histórico o foral). La posibilidad innovadora que aquí aparece abierta es pues extraordinaria, a no ser, a lo sumo, que se esté implícitamente contemplando el supuesto de ciertas comarcas en las que tradicionalmente se ha venido aceptando la vigencia del histórico «Fuero del Baylío».

Con todo, mucha más trascendencia reviste la Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero (B.O.E. 51 de 1 de marzo), por la que se aprueba el *Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares*. Resulta muy importante el Art. 6, precepto articulado en dos párrafos:

«1. A los efectos del presente Estatuto, ostentan la *condición política de ciudadanos* de la Comunidad Autónoma los españoles que de acuerdo con las Leyes generales del Estado tengan *vecindad administrativa* en cualquiera de los municipios de las Islas Baleares».

«2. Los extranjeros que *teniendo vecindad* en cualquiera de los *municipios* de las Islas Baleares, adquieran la nacionalidad española, queda-

rán sujetos al Derecho civil especial de las Islas Baleares *mientras mantengan esta vecindad* y salvo en el caso de que *manifiesten su voluntad en sentido contrario*».

Con lo dicho se observa que, como en el caso de Cataluña, nuevamente se vuelve a involucrar la vecindad administrativa en el régimen de la vecindad civil como punto de conexión con el ordenamiento jurídico-privado especial, alterándose gravemente el régimen general del Art. 15 del Código civil en los supuestos de naturalizaciones de extranjeros.

Igualmente se manifiesta la tendencia territorialista y expansiva del Derecho propio en el siguiente Artículo, el 7: «*Las normas y disposiciones de los Poderes públicos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y su Derecho civil especial tendrán eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que se hayan de regir por el Estatuto personal o por otras normas extraterritoriales*». Tendencia por otra parte de afirmación a ultranza de lo propio que por ejemplo también preside el tenor del Art. 9: «Las instituciones de autogobierno... inspirarán también su función de poder público en el sentido de consolidar y desarrollar *las comunes características de nacionalidad* de los pueblos de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera, así como las peculiaridades de cada una de ellas...».

Por lo demás, es de competencia exclusiva de la Comunidad la conservación, modificación y desarrollo de *los Derechos civiles especiales* de la misma (Art. 10 n.º 22), respetándose en la determinación de sus fuentes las normas que en ello se establezcan (Art. 47-2.º); y extendiéndose en materia de competencia jurisdiccional civil los correspondientes recursos de casación y revisión (Art. 49).

En lo que respecta al Estatuto de Autonomía de *Castilla y León* (Ley Orgánica 4/1983 de 25 de febrero, completada por la 5 de 1 de marzo (B.O.E. 52 del día 2) la primera novedad—terminológica—que cabe apuntar es la contenida en el Art. 5 que fija el «*Ambito personal*»: «A los efectos del presente Estatuto, tienen la *condición política* de castellano-leoneses todos los ciudadanos españoles que de acuerdo con las leyes generales del Estado tengan *vecindad administrativa* en cualquiera de los municipios integrados en el territorio de la Comunidad. Gozarán de los derechos

políticos definidos en este Estatuto como castellano-leoneses los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en Castilla y León y acrediten esta condición en el correspondiente consulado de España, ...y sus descendientes si así lo solicitaren en la forma que determine la Ley del Estado».

E igualmente en el caso del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (Ley Orgánica 3/1983 de 25 de febrero, B.O.E. 51 de 1 de marzo 83), el art. 7-2.º habla de la *condición política de ciudadano de la Comunidad*, atribuída a los españoles que de acuerdo con las leyes generales del Estado tengan *vecindad administrativa* en cualquiera de sus municipios; y también (n.º 3) a los españoles residentes en el extranjero que hayan tenido su última vecindad administrativa en la Comunidad y acrediten esta condición en el Consulado, así como a sus descendientes inscritos como españoles en la forma que determine la legislación del Estado». Y finalmente, el Art. 34 también indica que el Derecho propio se aplicará con preferencia a cualquier otro en el territorio de Madrid, teniendo en su caso carácter supletorio el Derecho estatal.

Hemos terminado con ello esta parte de nuestras consideraciones, y como conclusión provisional no podemos dejar de apuntar el que parece reforzarse el carácter interterritorial que van a ofrecer entre nosotros los «conflictos internos» de leyes (esto es, entre ordenamientos con una marcada vocación de aplicación territorial en un determinado espacio geográfico, incluso en el ámbito del Derecho privado con mayores o menores matizaciones). Con ello—y sin perjuicio de lo que pueda resultar de una previsible reforma de la vecindad civil que dentro o fuera del Título Preliminar la pueda aproximar a la residencia habitual o a la condición política, o bien mantenerla como en la actualidad—no parece ofrecer dudas el que el perfil tradicional de los conflictos interregionales entre aforados y no aforados con un matiz por tanto claramente interpersonal (como en su momento puso tan de relieve el Profesor AGUILAR NAVARRO) tenderá a pasar a segundo plano y a aparecer cada vez más difuminado.

NOTAS:

(1) En estos mismos «Anales», t. I, 1982; pp. 133 y ss. Y en «Libro-Homenaje al Prof. SEVILLA ANDRES», en curso de publicación por la Facultad de Derecho de Valencia; fundamentalmente.

(2) El Art. 8, sin mencionar para nada ninguna posibilidad de Derecho especial, indica sin embargo que «La Comunidad Autónoma prestará especial atención al derecho consuetudinario de la Región...». En sí pues no se apunta necesariamente hacia el nacimiento de una «Vecindad civil especial» nueva, a diferencia del caso en otro momento apuntado con Asturias.

(3) «Anales Alicante», I, pp. 141-142. Y revisión del «Derecho de la Nacionalidad», en la «Parte Especial» del *Derecho Internacional Privado de MIAJA DE LA MUELA* (9.ª edic.) Madrid, Atlas, 1982; p. 66.

(4) En el Art. 29-1.º, a) se habla expresamente del «Derecho civil foral aragonés»; en el 33-1.º, b) del «ordenamiento jurídico aragonés»; y en el 35-4.º, del «Derecho civil aragonés, tanto sustantivo como en sus peculiaridades procesales».

(5) «Derechos históricos de los territorios forales y su actualización» en el marco constitucional.

(6) Tampoco la «Ley Orgánica 12/1982 de 10 de agosto», publicada en el «B.O.E.» del día 16, sobre competencias de la Comunidad Valenciana, incide para nada en toda esta cuestión.

LA REFORMA URGENTE Y PARCIAL DEL CODIGO PENAL Y LA REDENCION DE PENAS POR EL TRABAJO

Luis GARRIDO GUZMAN
Profesor Adjunto de Derecho Penal

SUMARIO:

- 1.—Concepto y naturaleza de la redención de penas por el trabajo.
- 2.—Evolución normativa.
- 3.—El artículo 100 del Código penal después de la reforma urgente y parcial de 1983:
 - A) Condiciones generales para su concesión.
 - B) Ambito de aplicación.
 - C) Causas de incapacidad.
 - D) Iniciación.
 - E) Clases y efectos de la redención.
 - F) Supuestos excepcionales de redención sin actividad laboral.
 - G) Pérdida de redención.
 - H) Control judicial.
- 4.—La redención de penas por el trabajo y los beneficios penitenciarios.

1.—Concepto y naturaleza jurídica de la redención de penas por el trabajo⁽¹⁾.

Podemos definir la redención de penas por el trabajo como una institución de prevención especial que sirve para acortar el tiempo de duración de la condena de aquellos sentenciados que desempeñen básicamente una actividad laboral en un centro penitenciario y cumplan los requisitos que establece el Código penal.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la redención de penas se plantean, esencialmente, dos problemas. El primero de ellos, relativo a la duración de la condena, hay autores que consideran que la redención se puede encuadrar dentro del ámbito de la *sentencia indeterminada*. Y así, ANTON ONECA⁽²⁾ afirma que se trata en realidad de una encarnación del sistema progresivo bajo régimen de sentencia indeterminada. En el mismo sentido, DEL ROSAL⁽³⁾ opina que la redención, conjugada con la libertad condicional, da entrada, en buena medida, a la sentencia indeterminada, o al menos deja depender del comportamiento del reo la mayor o menor privación de libertad: las llaves de la cárcel las tiene el recluso en sus manos a través de la redención de penas por el trabajo. Sin embargo, y a pesar del parentesco que mantienen ambas instituciones, BUENO ARUS⁽⁴⁾ afirma que la normativa vigente es suficientemente expresiva sobre la naturaleza jurídica de la institución. El Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias de 1956 dispuso en su artículo 66: «Al recluso trabajador se le abonará un día de su pena por cada dos de trabajo, a efectos de su libertad definitiva...». En el mismo sentido se pronuncia el texto del Código penal vigente: «Al recluso trabajador se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta..., un día por cada dos de trabajo...». A mayor abundamiento, el artículo 220 del Reglamento citado permitía la redención en quienes ya se encuentran en la situación de libertad condicional, «a efectos de acelerar la obtención de su libertad definitiva». Incluso una nota oficiosa del propio Ministerio de Justicia declaraba que «este tiempo de redención es de la misma naturaleza que el tiempo de cumplimiento de la condena, pues ambos dan lugar a la extinción de éste, sin que por consiguiente, cualquiera que fuese la conducta del liberado, sea posible privarle del tiempo redimido por el trabajo...»⁽⁵⁾. A la vista de estos textos legales, afirmamos con BUENO ARUS⁽⁶⁾ que la redención de penas por el trabajo, es esencial-

mente extinción (parcial) de la responsabilidad criminal, y, más concretamente, cumplimiento de la condena (art. 112-2.^a del Código penal). La redención constituye, en definitiva, a nuestro entender, un *medio de liberación*, puesto que el penado, por medio de la actividad laboral, puede liberarse de una parte de la condena. Liberación o cumplimiento que no sólo afecta a la pena privativa de libertad, sino también a las accesorias correspondientes, como dispuso la Orden de 6 de febrero de 1956: «Artículo único. Que la redención de penas por el trabajo, que regula el artículo 100 del Código penal y disposiciones vigentes, reduce no solamente las penas principales privativas de libertad, sino también las accesorias correspondientes a que se refieren los artículos 45, 46 y 47 del referido cuerpo legal».

Dentro de la naturaleza jurídica de la redención de penas se plantea un segundo problema. Ya que mientras algunas referencias legales emplean el vocablo *beneficio* para referirse a la institución, otras veces, aunque las menos, se utiliza el término *derecho*. La doctrina se encuentra dividida, ya que mientras para algunos autores la redención de penas es una concesión graciosa de la Administración, argumentando, en apoyo de tal tesis, entre otros: a) que la palabra beneficio es la que ha venido empleando comúnmente el legislador; b) su asimilación a la libertad condicional, en los primeros momentos, lo que hizo se atribuyese carácter condicional al tiempo redimido, o la idea de que la redención de penas era una especie de indulto concedido discrecionalmente, por tanto, por la Administración; c) el empleo del término *podrán* por parte del artículo 100 del Código penal que era interpretado como una potestad de la Administración que podía poner a redimir a los reclusos.

No obstante, estos argumentos carecen de solidez. La redención de penas por el trabajo constituye un auténtico *derecho subjetivo del penado* que cumpla los requisitos que establece el Código penal. Y ello, porque como mantiene BUENO ARUS⁷⁾: 1) la propia legislación repitió constantemente, hasta el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1948, las expresiones *derecho a redimir*, *derecho al abono de redención*, sin que el silencio posterior suponga una negación de tal carácter; 2) porque, si derecho subjetivo es una determinada situación de poder concreto concedida sobre cierta realidad social a una persona, en la redención de penas por

el trabajo nos encontramos con una situación de poder concreto (los reclusos *podrán* redimir, según dice el artículo 100 del Código penal). El término *podrán* que emplean, tanto el artículo 100 del Código penal como el artículo 65 del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias, quiere decir que los *reclusos podrán redimir* y no que la Administración podrá poner a redimir a los reclusos, como pretenden los partidarios del término beneficio. En definitiva, la redención de penas por el trabajo es un derecho subjetivo de aquellos penados que reúnan los requisitos que señala el Código penal.

2.—Evolución normativa.

Los precedentes históricos de la redención de penas por el trabajo se encuentran en el Código penal de 1822 (art. 144 y ss.), en la Ordenanza General de los Presidios del Reino de 1834 (art. 303 y ss.), en el Código penal de 1928 (art. 174) y en el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1930. ORTEGO COSTALES⁸⁾ ha llegado incluso a citar como precedente de la institución una Ley de los Reyes Católicos de 22 de junio de 1497. En todos estos Cuerpos legales el trabajo y la buena conducta daba lugar a un acortamiento de la condena. Asimismo, en otros países, principalmente Bulgaria, Noruega y en algunos Estados de Norteamérica (California, entre otros)⁹⁾, se admite la reducción de la condena por el trabajo.

Sin embargo, la redención de penas por el trabajo, tal y como la conocemos en la actualidad, nace en el transcurso de la guerra civil española de 1936-39 con una finalidad muy concreta: paliar los efectos de la contienda, aliviando las sobrecargadas prisiones y campos de concentración de prisioneros de guerra y condenados por delitos políticos. Algunos autores de la época, influidos por la pasión y el oportunismo político, olvidando los precedentes reseñados anteriormente afirmaron la *originalidad* de la institución, atribuyendo su creación a una ocurrencia del General Franco¹⁰⁾. Falsa idea que tiñó de tintes políticos partidistas para la posteridad a la redención de penas por el trabajo. Se implanta la redención de penas por Decreto n.º 281 de 28 de mayo de 1937 que, «concede el derecho al trabajo a los prisioneros de guerra y presos por delitos no comunes»¹¹⁾. Por una

Orden del Ministerio de Justicia de 7 de octubre de 1938 se crea un Patronato Central para la redención de penas por el trabajo, dependiente de la Jefatura del Servicio Nacional de Prisiones, asignándole, entre otras funciones, la de proponer al gobierno, al fin de cada año, la condonación de tantos días de condena a favor de los reclusos que hayan trabajado como sea el número de días que hayan trabajado en efecto, con rendimiento real no inferior al de un obrero libre, y que además acrediten intachable conducta. En vista de los efectos beneficiosos que produjo, por Orden Ministerial de 14 de marzo de 1939 se amplía su concesión a los delincuentes comunes, excluyendo del derecho a redimir a quienes trataran de evadirse y los que cometieran un nuevo delito. El Decreto de 9 de junio de 1939 se dicta al objeto de conectar la redención de penas con la libertad condicional, adelantando la concesión de ésta en razón a la reducción operada en la pena como consecuencia del trabajo. La institución sería incorporada al Código penal de 1944, siendo aplicable a todo género de condenados con independencia del delito cometido⁽¹²⁾. La redención sólo era aplicada a las penas superiores a dos años de privación de libertad y se excluía de la misma: a los que hubieran disfrutado del beneficio en condenas anteriores; a los que quebrantaran la sentencia, logrando o no su propósito; los que no hubieran observado buena conducta durante la reclusión y los delincuentes en quienes concurriera peligrosidad social, a juicio del tribunal, expresamente consignado en la sentencia. La tendencia a ampliar la redención de penas comienza con la Orden Ministerial de 6 de febrero de 1956, que interpretando el artículo 100 del Código penal, dispone que la redención de penas reduce no solamente las penas principales privativas de libertad, sino también las accesorias correspondientes. El siguiente paso se daría aprovechando la reforma del Código penal de 28 de marzo de 1963: Se autoriza la redención para las penas superiores a seis meses, y se suprimen dos obstáculos para su concesión, el carácter de peligrosidad social y el de haber disfrutado del beneficio en condenas anteriores. Esta reforma supuso una ampliación considerable de la redención, ya que desde entonces se podía redimir desde los seis meses y un día, tiempo insuficiente para observar, clasificar, asignar puesto de trabajo y tramitar administrativamente la misma. BUENO ARUS⁽¹³⁾ afirmaba que tal benevolencia legal es exagerada, en cuanto que se opone realmente a la finalidad preventiva de

la institución y favorece su concesión automática. Paralelamente, el Reglamento Penitenciario de 1956, sufre dos modificaciones importantes: la primera, el 25 de enero de 1968 y la segunda, el 29 de julio de 1977. En ambas reformas se da una nueva redacción a determinados artículos del capítulo relativo a la redención de penas por el trabajo, ampliando, desde nuestro punto de vista, *desmesuradamente*, los efectos de la institución.

El siguiente estadio de la evolución normativa de la redención de penas por el trabajo, y a raíz de su *exclusión* del Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1980, por haberse convertido, en opinión de MANZANARES ŞAMANIEGO⁽¹⁴⁾, «en un elemento perturbador dentro de las nuevas concepciones penitenciarias o, si se prefiere, en una reliquia del pasado», el futuro de la institución es más que incierto. Tanto la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 como el Reglamento Penitenciario de 1981 han eliminado de su articulado toda mención a la redención de penas por el trabajo, sustituyéndola por unos denominados *beneficios penitenciarios*, haciéndose patente de forma clara, a la vista de los preceptos que los regulan, que se trata, bajo nuestro punto de vista, de una especie de redención de penas por el trabajo *encubierta*, o disfrazada, como afirma DE LA MORENA VICENTE⁽¹⁵⁾.

Pero como quiera que el artículo 100 del Código penal continuaba vigente, el Reglamento Penitenciario, no tuvo más remedio que establecer en su *disposición transitoria segunda* que, «no obstante lo dispuesto en la *disposición derogatoria*, a la entrada en vigor del Presente Reglamento, continuarán vigentes:

a) Los artículos 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1956, relativos a la redención de penas por el trabajo, en tanto continúe la vigencia de lo dispuesto en el artículo 100 del Código penal, texto refundido publicado por Decreto 3.096/1973, de 14 de septiembre.

.....

c) Los artículos 207 a 214, asimismo del Reglamento de 2 de febrero de 1956, relativos al Patronato Central de Nuestra Señora de la Merced, así como las disposiciones reguladoras de éste, que subsistirán hasta que se

promulgue la normativa que regule la Comisión de Asistencia Social, creada por el artículo 74 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el personal de la misma».

A la vista de lo expuesto la situación es realmente compleja, confusa y hasta posiblemente ilegal, ya que, aunque provisionalmente, coexisten, la *redención de penas por el trabajo*, obedece a una vieja filosofía penal y penitenciaria, ya superada, y los *beneficios penitenciarios*, si bien producen los mismos efectos de acortamiento de la condena, tomando como base el desempeño de una actividad laboral, obedecen al principio de ejecución penal judicial, reconocido como postulado fundamental por la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Así las cosas, en el *Proyecto* de Ley Orgánica de Reforma Parcial del Código penal de 1982 se da nueva redacción al artículo 100 introduciendo dos novedades que se podían considerar acertadas. De un lado, se atribuye expresamente a los Jueces de Vigilancia la aprobación de los beneficios de redención de penas por el trabajo con lo que se *judicializa* la institución. En segundo lugar, se extiende la redención, creemos que justamente, a quienes se encuentren en situación de prisión provisional siempre que hubieren estado trabajando. El artículo 100, en su primer párrafo, quedaba redactado de la siguiente manera: «Podrán redimir su pena por el trabajo, desde que sea firme la sentencia respectiva, los reclusos condenados a penas de reclusión y prisión. Al recluso trabajador se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta, previa aprobación del Juez de Vigilancia, un día por cada dos de trabajo, incluidos los realizados durante la prisión provisional y el tiempo así redimido se le contará también para la concesión de la libertad condicional». Con anterioridad, por medio de una proposición presentada por el Grupo Parlamentario de UCD, el 11 de abril de 1978, que llegó a ser dictaminado por la Comisión de Justicia el 25 de octubre de 1978 y aprobada en el Pleno del Congreso del 15 de noviembre, quedando pendiente en el Senado al concluir la legislatura, se pretendía suprimir el inciso «desde que sea firme la sentencia», para abonar los días trabajados con efecto retroactivo a partir del día en que comenzó a trabajar, que pudo ser anterior al momento que la sentencia sea firme⁽¹⁶⁾.

3.—*El artículo 100 del Código penal después de la reforma urgente y parcial de 1983.*

El Proyecto de Ley de Reforma Urgente y Parcial del Código penal (Orgánica) publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, II Legislatura, Serie A, número 10-I, de 25 de febrero de 1983, proponía como nueva redacción para el artículo 100 la siguiente:

«Podrán redimir su pena con el trabajo, desde que sea firme la sentencia respectiva, los reclusos condenados a penas de reclusión y prisión. Al recluso trabajador se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta, previa aprobación del Juez de Vigilancia, un día por cada dos de trabajo, y el tiempo así redimido se le contará para la concesión de la libertad condicional.

No podrán redimir penas por el trabajo:

1.º—Quienes quebranten la condena o intentaren quebrantarla, aunque no logren su propósito.

2.º—Los que reiteradamente observen mala conducta durante el cumplimiento de la condena».

El solo enunciado de esta propuesta de nueva redacción del artículo 100 del Código penal nos produjo la natural sorpresa, toda vez que si la Reforma Urgente y Parcial de nuestro Código punitivo se concebía como un anticipo de la promulgación de un *nuevo* Código penal donde no parece tener cabida, en opinión de gran parte de la doctrina, que no compartimos, la redención de penas, la institución que para MANZANARES SAMANIEGO⁽¹⁷⁾ es una reliquia del pasado, no sólo se resiste a desaparecer, sino que, paradójicamente, experimenta en los últimos tiempos un relanzamiento y una expansión inadmisibles cuando lo atinado en buena lógica jurídica hubiese sido aprovechar la reforma para suprimir el artículo 100 del Código penal.

No obstante, el legislador, una vez más, y por razones de *oportunidad político-penitenciaria*, nos pone de relieve el fundamento de esta modificación en un fragmento de la *Exposición de Motivos* que acompaña a la reforma que comentamos:

«Muchas son las críticas formuladas a la institución de la redención de penas por el trabajo, conocido es el origen de la misma y su supuesta orientación. El penitenciarismo moderno contempla el trabajo de los reclusos en el marco del tratamiento recuperador. Pero si bien un nuevo Código podrá abordar la transformación de esta institución, en el momento actual ello no parece posible porque sin previa modificación total de nuestro sistema de penas es difícil plantear la supresión de algo que, en función del sistema anterior, se plantea como beneficioso para el reo, lo cual, así enfocado, resulta evidente».

La nueva redacción que inicialmente tenía el artículo 100 del Código penal al entrar en el Congreso de los Diputados ofrecía con respecto al texto anterior solamente una novedad, la de *judicializar* la institución: «.....previa aprobación del Juez de Vigilancia.....». Novedad que para BUENO ARUS⁽¹⁸⁾ resulta *supérflua*, ya que los Jueces de Vigilancia habían asumido íntegramente las competencias sobre la redención de penas por el trabajo desde su entrada en funcionamiento el 1 de octubre de 1981⁽¹⁹⁾.

Al texto inicial del artículo 100 le fueron presentadas diversas enmiendas en el Congreso de los Diputados por todos los grupos parlamentarios. La incidencia de las mismas se centró en los siguientes aspectos:

1) Inclusión de la pena de *arresto mayor* junto a las de reclusión y prisión, con lo que se amplía el ámbito de aplicación de la redención, «para que no se produzca el absurdo de que una pena de seis meses y un día de prisión pueda suponer menos tiempo efectivo de prisión que una pena de seis meses», (*Grupo Popular*: enmienda n.º 26, *Grupo Vasco*: enmienda n.º 299 y *Grupo Mixto* (Juan María Bandrés): enmienda n.º 334).

2) Ampliación de los efectos de la redención a los internos que se encuentren en situación de *prisión provisional*, «ya que no puede recaer sobre los inculpados el notorio retraso en la celebración de los juicios», (*Grupo Centrista*: enmienda n.º 123, *Grupo Socialista*: enmiendas núms. 164 y 165, *Grupo Minoría Catalana*: enmienda n.º 275, *Grupo Vasco*: enmienda n.º 300 y *Grupo Mixto* (Juan María Bandrés): enmienda n.º 334).

La Ponencia, a la vista de las enmiendas presentadas, ofreció la siguiente redacción del artículo 100:

«Podrán redimir su pena con el trabajo, desde que sea firme la sentencia respectiva, los reclusos condenados a penas de reclusión, prisión y arresto mayor. Al recluso trabajador se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta, previa aprobación del Juez de Vigilancia, un día por cada dos de trabajo, y el tiempo así redimido se le contará también para la concesión de la libertad condicional. El mismo beneficio se aplicará, a efectos de liquidación de su condena, a los reclusos que hayan estado privados provisionalmente de libertad.

No podrán redimir pena por el trabajo:

1.º—Quienes quebranten la condena o intentaren quebrantarla, aunque no logren su propósito.

2.º—Los que reiteradamente observen mala conducta durante el cumplimiento de la condena».

El Pleno del Congreso de los Diputados en la sesión celebrada el 28 de abril de 1983 aprobó la redacción del artículo 100 del Código penal, tal y como había sido ofrecido por la Ponencia. Tras su paso, sin modificaciones, por el Senado el artículo 100 con su nueva redacción ha sido definitivamente promulgado según Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal (B.O.E. de 27 de junio).

A) *Condiciones generales para su concesión.* En la actualidad las normas aplicables a la redención de penas por el trabajo son el artículo 100 del Código penal y los artículos 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias, de 2 de febrero de 1956, con las modificaciones posteriores (1968 y 1977). Artículos que continúan en vigor, según establece la *disposición transitoria segunda* del Reglamento Penitenciario de 1981. No obstante, algunos extremos de ese articulado penitenciario han quedado parcialmente modificados a partir de la nueva redacción del artículo 100 del Código penal.

Y así, el primero de los preceptos reglamentarios citados, el artículo 65, dispone, complementado y desarrollado lo dispuesto por el artículo 100 del Código penal, lo siguiente:

«1. Conforme al artículo 100 del Código penal, podrán redimir su pena por el trabajo, desde que sea firme la sentencia, los condenados a penas de reclusión, presidio y prisión.

2. Igualmente podrán redimir todos cuantos, por aplicación de leyes especiales que no excluyan este beneficio, se encuentren privados de libertad por resolución firme, cuando el tiempo de privación exceda de seis meses.

3. No podrán redimir pena por el trabajo en la causa que se encuentren cumpliendo:

a) Quienes quebrantaren la condena o intentaren quebrantarla, aunque no lograsen su propósito.

b) Los que reiteradamente observaren mala conducta durante el cumplimiento de la misma. Se entenderán comprendidos en este apartado los que cometieren nueva falta grave o muy grave sin haber obtenido la invalidación de las anteriores, conforme al artículo 116».

En este precepto hay que entender, dada la remisión que se hace al artículo 100 del Código penal que los penados que podrán redimir su pena por el trabajo serán, no sólo los condenados a penas de reclusión, presidio y prisión, como dice el texto reglamentario, sino que, de acuerdo con la nueva redacción del precepto penal los sentenciados a penas de arresto mayor pueden también beneficiarse de esta institución a partir de ahora.

B) *Ambito de aplicación.* La regla general es que pueden redimir pena por el trabajo los condenados a penas privativas de libertad superiores a *arresto mayor*, es decir, desde un mes y un día en adelante. También podrán redimir, dice el artículo 66 del Reglamento Penitenciario, aquellos que se encuentren privados de libertad por aplicación de leyes especiales, siempre que: 1) el tiempo de privación sea superior a un mes y un día, 2) que la ley especial de referencia no excluya expresamente la aplicación de la redención, y, 3) que se encuentren privados de libertad por resolución firme. En todos los supuestos de redención es indiferente el grado penitenciario en que se encuentre el penado.

En cuanto al *trabajo*, tiene que revestir alguna de las modalidades que menciona el artículo 68 del Reglamento: retribuido o gratuito, intelectual o manual, dentro o fuera de los establecimientos, pero en todo caso habrá de ser de naturaleza *útil*.

El precepto es de tal amplitud que resulta imposible que un penado dedicado a una actividad laboral pueda quedar excluido de la posibilidad de redimir su pena. De las modalidades de trabajo mencionadas en el artículo 68, el Reglamento únicamente desarrolla el realizado por *esfuerzo intelectual*, el cual podrá ser:

- «1.º—Por cursar y aprobar las enseñanzas religiosas o culturales establecidas y organizadas por el Centro Directivo.
- 2.º—Por pertenecer a las agrupaciones artísticas, literarias o científicas del establecimiento penitenciario.
- 3.º—Por desempeñar destinos intelectuales.
- 4.º—Por la realización de producción original, artística, literaria o científica» (art. 72).

Incluso recientemente se ha incluido la *laborterapia* como actividad laboral a efectos de redención para que los enfermos psíquicos y físicos puedan beneficiarse de la institución. En estos supuestos la Administración les facilitará los medios adecuados, debiendo ser el trabajo o actividad compatible con el estado de los internos (art. 71/4)⁽²⁰⁾.

C) *Causas de incapacidad*. Para que el penado pueda redimir su pena por el trabajo se requiere además que no se encuentre en alguna de las situaciones de incapacidad que legalmente se establecen: 1.º haber quebrantado o intentado quebrantar la condena, 2.º los que cometieren una segunda falta grave o muy grave, sin haber obtenido la invalidación de la anterior o anteriores (arts. 100 del Código penal y 65 del Reglamento Penitenciario).

Con relación a la primera causa de incapacidad, DEL ROSAL⁽²¹⁾, acertadamente afirmaba, que la encomiable institución de la redención de penas se empañaba en la redacción actual con la equiparación que se hace entre consumación del hecho, en el caso de quebrantar la condena, con el

supuesto de intentarlo, en cuya valoración ha preponderado un criterio subjetivo que debiera de haberse salvado a toda costa⁽²²⁾.

La segunda causa de incapacidad, comisión de una falta grave o muy grave, sin estar invalidada la anterior, significa que la capacidad de redimir sigue subsistiendo con la comisión de una falta grave o muy grave, siendo intrascendente a estos efectos las faltas leves así como las faltas cometidas por los internos en situación de prisión preventiva. Estas causas de incapacidad para redimir están referidas a «la causa que se encuentren cumpliendo», por consiguiente, las causas de incapacidad para redimir no son de carácter permanente, sino que tienen que apreciarse concretamente en cada condena.

D) *Iniciación.* Aunque el anterior texto del artículo 100 del Código penal y el artículo 65 del Reglamento Penitenciario mencionaban como fecha para el comienzo del cómputo de tiempo redimido el de la *firmeza de la sentencia*, algunos autores, entre los cuales destacan BUENO ARUS⁽²³⁾ y RUIZ VADILLO⁽²⁴⁾, realizaban una interpretación progresiva deduciendo que el abono del tiempo redimido se retrotrae al tiempo en que el interno comenzó a trabajar, cualesquiera que fuese la situación procesal en que aquél se encontrase. Como afirma RUIZ VADILLO⁽²⁵⁾, de igual manera que la prisión preventiva sufrida por el delincuente antes de pronunciada la sentencia se cuenta para el cumplimiento de la condena (art. 33 del Código penal), entiendo que a quien trabaja durante esa prisión, si se dan los requisitos imprescindibles a toda redención, debe abonársele el trabajo efectuado en la forma establecida en el Código y en el Reglamento, de tal forma que al hacerse la correspondiente liquidación de condena se contarán como días de prisión preventiva los efectivamente sufridos como tal, más los redimidos por el trabajo. De esta manera, concluye el citado autor, podía decirse que, habiendo condena, la prisión preventiva se hace pena y el trabajo, redención. Esta interpretación, a nuestro entender, se vio confirmada con ocasión de la reforma efectuada por el Real Decreto 2.273/1977, que dio nueva redacción al artículo 66 del Reglamento Penitenciario, suprimiendo, por un lado, la referencia a la firmeza de la sentencia, y disponiendo, por otro lado, que al recluso-trabajador, «le serán de abono los días trabajados, con carácter retroactivo, a partir del día en que dio comienzo el

trabajo». En definitiva, todo penado tiene derecho al abono de redención a partir del día en que dio comienzo al trabajo, sin excluir el tiempo trabajado en la situación de prisión preventiva, siempre que se cumplan los demás requisitos previstos por el artículo 100 del Código penal.

Esta amplia interpretación que postulaba la doctrina ha recibido su consagración en el nuevo texto del artículo 100 del Código penal, ya que la redención se aplicará «...a efectos de liquidación de su condena, a los reclusos que hayan estado privados provisionalmente de libertad».

E) *Clases y efectos de la redención.* Junto a la redención que podemos llamar *ordinaria*, regulada en el artículo 100 del Código penal y en el 66 del Reglamento, cuyo abono es de un día de condena por cada dos de trabajo, hay establecidas además en el Reglamento Penitenciario una serie de causas de redención *extraordinaria*, que con el transcurso del tiempo, y aprovechando las distintas y sucesivas reformas reglamentarias, sobre todo la de 1977, se han ido ampliando a límites que podíamos calificar de excesivos. Son las siguientes:

1.—*Horas extraordinarias:* «El trabajo que presten los penados en horas extraordinarias, o como destinos, o con carácter auxiliar y eventual en los establecimientos», computándose este trabajo, a efectos de redención, «por el número de horas que constituya la jornada legal de trabajo» (art. 71/1).

2.—*Esfuerzos y riesgos extraordinarios:* Serán valorados en días de trabajo, «con un límite de setenta y cinco días por cada año de efectivo cumplimiento», aquellos supuestos de esfuerzo realizado, «siempre con carácter absolutamente voluntario, por los donantes de sangre, así como el esfuerzo físico que un recluso realice o el riesgo que sufra auxiliando a las autoridades de un establecimiento penitenciario en circunstancias especiales» (art. 71/2).

3.—*Circunstancias especiales:* Las circunstancias especiales de, «laboriosidad, disciplina y rendimiento en el trabajo», también deberán valorarse en días de trabajo, «con el límite de uno por cada día de trabajo y de ciento setenta y cinco días por cada año de cumplimiento efectivo de la pena, compatible con lo establecido en el párrafo anterior» (art. 71/3).

De esta manera, acumulando las diversas posibilidades de redención en un período de un año, un recluso puede redimir lo siguiente:

120 días de redención ordinaria (un día por cada dos de trabajo), (art. 66/1).

30 días de redención por horas extraordinarias (art. 71/1).

75 días por donción de sangre o circunstancia similar (art. 71/2).

175 días por laboriosidad, o por alguno de los supuestos del art. 71/3.

El total redimido sería de 400 días, lo que vendrá a suponer que, en este supuesto, dicho recluso, durante el transcurso del año de trabajo habría extinguido 765 días de condena⁽²⁶⁾.

Durante el trámite parlamentario de la reforma del Código penal, una acertada enmienda de Juan Ramón Calero (Grupo Popular) pretendió, sin éxito, adicionar al artículo 100 la regulación contenida sobre las redenciones extraordinarias, tal y como se contemplan en el artículo 71 del Reglamento Penitenciario. De otra forma, decía el parlamentario en su enmienda, la legalidad de estas redenciones extraordinarias serían más que dudosas por exceder de los límites del artículo 100 del Código penal. Es una lástima que no fuese aceptada esta enmienda, ya que, en nuestra opinión, actualmente la redención extraordinaria, tal y como se regula reglamentariamente supone una ampliación excesiva de lo dispuesto en el artículo 100. Lo más razonable, por tanto, hubiese sido incorporar al Código las redenciones extraordinarias.

F) *Supuestos excepcionales de redención sin actividad laboral.* Los efectos de la redención no se interrumpirán, aunque el penado no tenga actividad laboral, en los siguientes supuestos:

1.º *Accidentes de trabajo o enfermedad:* En estos casos, no se interrumpirá la redención, cualquiera que fuese «el tiempo que tarde el penado en curar y ser dado de alta, bien para realizar el mismo trabajo u otro de distinta naturaleza» (art. 70/1.º).

2.º *Penadas gestantes:* «Cuando se trate de penadas trabajadoras, que se encuentren en período de gestación, los sesenta días anteriores y cuarenta posteriores al alumbramiento, dispensándolas durante este tiempo de todo trabajo» (art. 70/2.º).

3.º *Días perdidos por cambios de destino o fuerza mayor:* «Los días festivos, así como los días perdidos en el trabajo por fuerza mayor, destino a otro establecimiento o por razón de enfermedad suficientemente acreditada, siempre que no exceda en este último caso de treinta días consecutivos» (art. 70/3.º).

G) *Pérdida de redención.* Los casos de pérdida de la redención de penas por el trabajo, que establece el artículo 73 del Reglamento Penitenciario, son coincidentes, desde la reforma de 1977, con los supuestos de incapacidad para redimir que fijan, tanto el artículo 100 del Código penal como el artículo 65 del Reglamento. En consecuencia, la redención de penas por el trabajo se perderá:

«1. Cuando realice intento de evasión, consiga o no su propósito. En este caso quedará inhabilitado para redimir en lo sucesivo.

2. Por la comisión de dos faltas graves o muy graves. El penado podrá ser rehabilitado y continuar redimiendo una vez que le haya sido invalidada de su expediente la anotación de la falta conforme al artículo 116 y previa aprobación del Patronato a propuesta de la Junta de Régimen.

Los días ya redimidos serán computables para reducir la pena o penas correspondientes».

Sobre este precepto conviene hacer algunas precisiones: En el supuesto de pérdida de redención por evasión, intentada o consumada, el penado queda inhabilitado para redimir en lo sucesivo, *por la misma condena*, no por la sucesiva, si son varias las responsabilidades penales que tiene pendientes. En el supuesto de pérdida de la redención por la comisión de dos faltas graves o muy graves, el penado puede seguir redimiendo por la misma condena siempre que se le invaliden las faltas disciplinarias que motivaron la pérdida de la redención. Es claro que, tanto en uno como en otro supuesto, para volver a redimir se requiere una nueva autorización del Patronato (ahora del Juez de Vigilancia), demostrativa de que el penado vuelve a poseer los requisitos legales para redimir. También se debe advertir que en ambos casos de pérdida de la redención, los días ya redimi-

dos por el recluso no se pierden y son computables para reducir la pena o penas correspondientes.

H) *Control judicial*. En los supuestos de redención extraordinaria existía el control jurisdiccional de la institución, ya que aquéllas requerían, «el informe favorable del Tribunal Sentenciador, que lo emitirá después de oír al Ministerio Fiscal» (art. 71/4). Sin embargo, la reforma de 1977, que introdujo tan limitado control judicial no aprovechó la oportunidad para judicializar totalmente la redención, pues, a nuestro juicio, esta circunstancia ha venido siendo el obstáculo principal que tiene la institución para continuar subsistiendo dentro del contexto vigente. No puede olvidarse que la Ley General Penitenciaria reconoce como uno de sus principios fundamentales el de la ejecución penal judicial, que se concreta en la nueva figura del Juez de Vigilancia. Tal demanda no es nueva en la doctrina, pues DEL ROSAL⁽²⁷⁾, hace ya algunos años, decía que, la redención de penas por el trabajo, al igual que otras instituciones de prevención especial, debía ser aplicada por jueces de ejecución de penas, de cuyo organismo especializado estamos necesitados, y que funciona en la mayoría de los países con resultados excelente, en cuanto a la garantía que supone para el condenado.

La Dirección General de Instituciones Penitenciarias haciéndose eco de la opinión doctrinal mayoritaria favorable a la *judicialización* de la redención de penas e interpretando las facultades que el artículo 76/2, c. de la Ley General Penitenciaria otorgaba a los Jueces de Vigilancia, ordenó en una *Circular* de 7 de marzo de 1983 que: «.....todas las propuestas de redención de penas por el trabajo, con la documentación correspondiente, serán remitidas, en adelante, directamente, al Juez de Vigilancia.....».

Con la nueva redacción dada al artículo 100 del Código penal definitivamente se judicializa la institución, ya que para abonar la redención al recluso es necesario desde ahora la «previa aprobación del Juez de Vigilancia». Durante el debate parlamentario de este artículo, una enmienda, que no prosperaría, de Juan María Bandrés (Grupo Mixto) pretendía suprimir la expresión previa aprobación del Juez de Vigilancia del párrafo primero ya que, según el parlamentario, al ser el derecho de redimir penas por el trabajo un derecho absoluto no puede condicionarse a la aprobación del

órgano jurisdiccional, de modo que para su abono no ha de ser requerida aprobación alguna. Al mismo tiempo la enmienda adicionaba al párrafo segundo la mención «previa resolución motivada del Juez de Vigilancia», pues la denegación de penas por el trabajo, sí debe requerir resolución judicial motivada⁽²⁸⁾.

4. *La redención de penas por el trabajo y los beneficios penitenciarios*⁽²⁹⁾.

La redención de penas por el trabajo es una institución llamada a desaparecer, como hemos señalado anteriormente, debido, de un lado, a que el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980 la excluye de su articulado, exclusión que por otra parte cuenta con el apoyo de un amplio sector doctrinal y judicial. Las razones que justifican su desaparición vienen recogidas en la *Exposición de Motivos* de aquél, y son resumidamente las siguientes:

1.º La redención de penas había quebrantado el valor nominal de las penas, no sabiendo los Tribunales predecir de antemano cuánto tiempo iba a durar el cumplimiento efectivo de la sanción.

2.º La redención de penas se producía de un modo casi automático, al margen de consideraciones de prevención especial y general, resultando la reducción de la condena impuesta en un tercio o más en la práctica totalidad de las penas privativas de libertad.

3.º La filosofía que inspira el Proyecto es que la pena recaída va a ser realmente cumplida bajo intervención judicial.

4.º La redención de penas se instaura en el Código de 1944 sobre la base del Decreto de 28 de mayo de 1937 aplicable a los presos políticos procedentes de guerra civil, por lo que desde el punto de vista político-criminal es contraproducente, y, por tanto, debe desaparecer.

Los argumentos expuestos no admiten la más leve crítica, incluso se podría añadir, a nuestro juicio, que la redención de penas había alcanzado, sobre todo a raíz de la reforma de 1977, una expansión inadmisibles, como hemos puesto de relieve con anterioridad, extensión que va en contra del

principio de certeza relativa de las penas que se proclama en el moderno Derecho penal. Sin embargo, en favor de la institución, es conveniente y justo indicar que la redención de penas ha sido *manipulada*, sirviendo a la política penitenciaria de los distintos Gobiernos, de uno y otro signo, en cada momento histórico. Y así, en un primer estadio, el de su nacimiento, la redención de penas fue utilizada para solucionar los graves problemas de *hacinamiento* en los centros penitenciarios y en los campos de concentración, como consecuencia de la guerra civil española; en una segunda etapa, la redención de penas sirvió para acortar las penas excesivamente elevadas que imponían los Tribunales, de acuerdo con los preceptos de un Código penal (el de 1944), defensivo, autoritario y riguroso, intentando tranquilizar de esta manera las conciencias de algunos; en una tercera etapa, la redención de penas en conexión con los consabidos indultos generales, sirvió para que los establecimientos penitenciarios no rebasasen una determinada cifra límite que permitía, de un lado, presumir hipócritamente ante el exterior de poseer el número de reclusos más bajo de Europa, y de otro lado, no dedicar ninguna atención presupuestaria a la construcción de nuevos establecimientos penitenciarios que sustituyesen a los viejos e inhóspitos caserones que se utilizaban como centros carcelarios. En la etapa de transición democrática, anterior a la presente, coincidiendo con la reforma del viejo Reglamento (1977), la redención de penas se utilizó como medio de aliviar las tensiones y las situaciones conflictivas del mundo prisional. En la actualidad, pese a los vientos contrarios a la institución, fruto de la reforma urgente y parcial del Código penal (Ley 8/1983, de 25 de junio), la redención es de nuevo *relanzada* por motivaciones políticas coyunturales, teniendo en cuenta la permanente conflictividad en que se desenvuelve la vida en los centros penitenciarios españoles.

Las cosas habían comenzado a complicarse con motivo de la entrada en vigor del Reglamento Penitenciario de 1981 al crear unos beneficios penitenciarios que tienen mucha similitud con la redención de penas por el trabajo, como más adelante tendremos ocasión de comprobar, aunque MANZANARES SAMANIEGO⁽³⁰⁾ afirme que son muy distintos los principios que inspiran a una y otra institución. En consecuencia, se produce una superposición entre la redención de penas y los beneficios penitenciarios que no tiene otra solución, a nuestro entender, que la paralización

de la puesta en práctica de los beneficios penitenciarios, hasta que quede definitivamente suprimida la redención de penas. Para solucionar el problema, MANZANARES SAMANIEGO⁽³¹⁾ propone hasta tres posibles vías: lo más correcto hubiese sido referirse expresamente a la redención de penas por el trabajo mediante disposición transitoria, pero no para mantener la vieja normativa, sino sometiendo aquella institución—en tanto subsistiera—a los nuevos principios de judicialización. Una segunda solución sería haberla regulado, a imagen de la libertad condicional, siguiendo, en todo caso, las directrices marcadas en cuanto a las funciones del Juez de Vigilancia concedidas en los artículos 76/1 y 76/2, a) y c), de la Ley General Penitenciaria. La tercera posibilidad de solución es la regulación de la redención dentro del título VI del Reglamento Penitenciario, como tercer beneficio—o primero—junto a los introducidos en sus artículos 256 y 257, o dedicar a la redención de penas por el trabajo un título propio.

La solución que nos parece más conveniente, al objeto de evitar los problemas que puede generar la situación actual, es regular la redención de penas dentro del título VI que dedica el Reglamento Penitenciario a los beneficios penitenciarios, siempre que, como señalábamos anteriormente, se reconduzca la institución a unos límites razonables.

La Ley General Penitenciaria establece un sistema de recompensas que responde a unos criterios de política criminal diversos de los que motivaron el nacimiento de la redención de penas por el trabajo, tratando al mismo tiempo de que aquéllas no sean concedidas de manera automática, como de hecho viene sucediendo con la redención. En consecuencia, el artículo 46 de la Ley General Penitenciaria establece que, «los actos que pongan de relieve buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento serán estimulados mediante un sistema de recompensas reglamentariamente determinado». Este principio general tiene su desarrollo en el Reglamento Penitenciario en los artículos 105 y 106, que ofrecen un catálogo de recompensas, y en los artículos 256 y 257 que contemplan los denominados beneficios penitenciarios⁽³²⁾.

Los artículos 105 y 106 se encuentran situados en el capítulo IX del título II, que lleva como rúbrica la de «Régimen disciplinario»⁽³³⁾, encuadra-

miento lógico si tenemos en cuenta que la disciplina, elemento básico para garantizar la seguridad, el buen orden y conseguir una ordenada convivencia en los establecimientos penitenciarios, tiene que ir acompañada de un sistema equilibrado de recompensas o beneficios penitenciarios que actúen de estímulo y esperanza para aquellos internos que se hagan acreedores a ello. El artículo 105 dice lo siguiente:

«Los actos que pongan de relieve buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de la responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento, serán estimulados con alguna de las siguientes recompensas:

- a) Concesión de comunicaciones de carácter extraordinario.
- b) Propuestas al Juez de Vigilancia a efectos de valoración por el mismo en la concesión de beneficios penitenciarios.
- c) Premios en metálico.
- d) Donación de libros y otros instrumentos de participación en actividades culturales y recreativas.
- e) Notas meritorias, con anotación en el expediente personal del interno.
- f) Cualquier otra de carácter análogo a las anteriores que, en compatibilidad con los preceptos reglamentarios, pudiera otorgarse».

La elección en cada supuesto de las recompensas y su extensión, «serán determinadas por la Junta de Régimen y Administración del establecimiento, atendiendo a las circunstancias objetivas y subjetivas, así como a la naturaleza de los méritos contraídos». «La concesión de recompensas será anotada en el expediente personal del interno, con expresión de los hechos que las motivaron» (art. 106)³⁴.

Los *beneficios penitenciarios* son regulados en los artículos 256 y 257, únicos que constituyen el título VI del Reglamento Penitenciario. De tales preceptos se deduce que hay dos clases de beneficios, unos que podemos llamar *ordinarios* (art. 256), y otros *extraordinarios* (art. 257).

Los beneficios penitenciarios *ordinarios* se conceden por el Juez de Vigilancia, de acuerdo con las facultades previstas en el artículo 76/2,c, de la Ley General Penitenciaria, previo estudio y acuerdo de los Equipos de Tratamiento, a través de las Juntas de Régimen y Administración de los establecimientos penitenciarios, consistiendo en una *reducción* de la condena de hasta cuatro meses de adelantamiento de la libertad condicional, por cada año de cumplimiento efectivo. El cómputo del tiempo adelantado se podrá realizar cada tres meses de prisión efectiva, correspondiéndole proporcionalmente un mes de reducción. El adelantamiento no tendrá ningún efecto con respecto a la libertad definitiva. La redención de penas sí puede producir una reducción parcial de la pena, sin tener que estar conectada con la libertad condicional.

Los requisitos necesarios que tienen que concurrir en los *penados* para hacerse acreedores al beneficio penitenciario son los siguientes:

- «a) Buena conducta.
- b) Desempeño de una actividad laboral normal, bien en el establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad.
- c) Participación en las actividades de reeducación y reinserción social, organizadas en el establecimiento».

Los beneficios penitenciarios *extraordinarios*, se conceden a los penados en quienes concurren los mismos requisitos anteriores, «de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario..... «En este caso el Juez de Vigilancia tramitará una solicitud de *indulto particular*, previo estudio y acuerdo del Equipo de Tratamiento, a través de la Junta de Régimen y Administración del centro penitenciario, que será de una cuantía de hasta «dos meses por cada año de prisión efectiva...».

El análisis comparativo entre la redención de penas por el trabajo y los beneficios penitenciarios nos da como resultado que la *actividad laboral* es el elemento esencial que sostiene ambas instituciones, y los efectos que producen, en cuanto a reducción de condena son coincidentes, tanto en la versión ordinaria como en la extraordinaria de las dos instituciones.

Igualmente ambas se encuentran intervenidas judicialmente, de acuerdo con uno de los postulados fundamentales que inspiran la Ley General Penitenciaria: *intervención judicial de la ejecución de la pena*. La única diferencia que separa a las dos instituciones es que los beneficios penitenciarios requieren, aparte de buena conducta y trabajo, que el penado participe en su propio tratamiento (porque no puede querer indicar otra cosa el artículo 256/1, c): «participar en las actividades de reeducación y reinserción social, organizadas en el establecimiento»), lo que parece contradictorio con las notas de *voluntariedad* que rodean el tratamiento penitenciario en nuestra legislación, principalmente el artículo 239/3 del Reglamento Penitenciario que afirma el derecho del interno de poder rechazar libremente o no colaborar en su tratamiento, sin que ello comporte consecuencias disciplinarias, ya que ¿acaso no existe una coacción sobre el interno para que acepte el tratamiento, sabiendo que si lo rechaza no estará en condiciones de conseguir los beneficios penitenciarios, y, en definitiva, la reducción de su condena⁽³⁵⁾.

En conclusión, podemos afirmar que nuestro criterio, ya expuesto a lo largo de estas páginas, es que la redención de penas por el trabajo, controlada por el Juez de Vigilancia, como a raíz de la última reforma se ofrece, y limitada a sus justos términos, sin excesos ni arbitrariedades de las que estuvo arropada en otros tiempos, puede seguir cumpliendo un digno papel de estímulo a los penados, dentro de los beneficios penitenciarios.

NOTAS :

(1) Acerca del tema vid., entre otros, ANTON ONECA, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1949, p. 517 y ss.; APARICIO LAURENCIO, *El sistema penitenciario español y la redención de penas por el trabajo*, Madrid, 1954; AYLAGAS, *El régimen penitenciario español*, Madrid, 1951, p. 83 y ss.; BUENO ARUS, «Panorama comparativo de los modernos sistemas penitenciarios», en *Anuario de Derecho penal*, 1969, p. 301 y ss.; BUENO ARUS, «La redención de penas por el trabajo en el Ordenamiento jurídico español», en *Estudios penales y penitenciarios*, Madrid, 1981, p. 161 y ss.; CORDOBA RODA, RODRIGUEZ MOURULLO, CASABO y DEL TORO, *Comentarios al Código penal*, Barcelona, 1972, p. 551 y ss.; DE LA MORENA VICENTE, «El trabajo y la redención de penas en España», en *Revista de Estudios Penitenciarios* n.º 192, enero-

marzo 1971, p. 61 y ss.; DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Penal Español. Parte General*, vol. II, Madrid, 1972, p. 647 y ss.; GARCÍA VALDES, *Régimen penitenciario en España*, Madrid, 1975, p. 199 y ss.; GARRIDO GUZMAN, *Compendio de Ciencia Penitenciaria*, Valencia, 1976, p. 199 y ss.; LANDROVE DIAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2.ª ed., Barcelona, 1983, p. 77 y ss.; LOPEZ RIOCEREZO, «Una aportación ejemplar: la redención de penas por el trabajo», en *Revista de Estudios Penitenciarios* n.º 156, enero-marzo 1962, p. 5 y ss.; UGALDE SANQUIRCE, «Sobre la naturaleza y efectos de la redención de penas», en *Revista de Estudios Penitenciarios* n.º 119, noviembre-diciembre 1955, p. 30 y ss.

(2) ANTON ONECA, ob. cit., p. 518. En el mismo sentido, CASTAÑEDA PEREZ, «La redención de penas, fórmula de indeterminación de la pena», en *Revista de Estudios Penitenciarios* n.º 160, enero-marzo 1963, p. 93 y ss.

(3) DEL ROSAL, J., *Tratado de Derecho Penal Español. Parte General*, vol. I, 3.ª ed. (revisada y corregida por Manuel COBO), Madrid, 1979, p. 202.

(4) BUENO ARUS, «La redención de penas por el trabajo en el Ordenamiento jurídico español», en *Estudios penales y penitenciarios*, Madrid, 1981, p. 165.

(5) Vid. «Rectificación de un error», en *Revista de Estudios Penitenciarios* n.º 142, septiembre-octubre 1959, p. 1.510.

(6) BUENO ARUS, ob. cit., p. 166.

(7) BUENO ARUS, «La suspensión o interrupción de la redención de penas por el trabajo», (separata), en *Revista de Estudios Penitenciarios* n.º 208-211, 1975, p. 6 y ss.

(8) ORTEGO COSTALES, «El trabajo en las prisiones», en *Revista de Estudios Penitenciarios* n.º 55, octubre 1949, p. 8.

(9) Vid. TAFT, *Criminology*, 4.ª ed., Nueva York y Londres, 1964, p. 533, da cuenta de que en el sistema de trabajos penales forestales de California se acredita a los trabajadores penados tres días de su condena por dos días de trabajo.

(10) Vid. AYLAGAS, ob. cit., p. 84; CUERVO, *Fundamentos del nuevo sistema penitenciario español*, Alcalá de Henares, 1941, p. 15 y PEREZ DEL PULGAR, *La solución que España da al problema de sus presos políticos*, Valladolid, 1939, p. 30.

(11) Vid. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte General*, 8.ª ed., Madrid, 1981, p. 909 y ss.

(12) Vid. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, II, Murcia, 1947, p. 355 y ss.

(13) BUENO ARUS, «El sistema penitenciario español», en *Revista de Estudios Penitenciarios* núms. 169-171, 1965, p. 201.

(14) MANZANARES SAMANIEGO, «Apuntes actuales sobre la redención de penas por el trabajo», en *La normativa laboral penitenciaria*, Primeras jornadas de trabajo del Organismo Autónomo «Trabajos Penitenciarios», Madrid, 1982, p. 289.

(15) DE LA MORENA VICENTE, «Situación y desarrollo de la normativa laboral penitenciaria», en *La normativa laboral penitenciaria*, cit., p. 202.

(16) Vid. BUENO ARUS, «La última modificación de la redención de penas por el trabajo», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* n.º 1.156, 25 enero 1979, p. 3 y ss.

(17) MANZANARES SAMANIEGO, «La redención de penas por el trabajo en la actualidad», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* n.º 1.275, 15 mayo 1982, p. 3.

(18) BUENO ARUS, «De nuevo sobre la redención de penas por el trabajo», en *Cuadernos de Política Criminal* n.º 18, 1982, p. 433.

(19) Vid. GARCIA VALDES, *Comentarios a la Legislación penitenciaria española*, 2.ª ed., Madrid, 1982, sobre todo, p. 249 y ss.

(20) Vid. en este mismo número de *Anales* el trabajo de CAMPS RUIZ, «La relación laboral penitenciaria» donde se expone una completa clasificación de las distintas modalidades de actividad laboral que los internos pueden realizar dentro o fuera de los establecimientos penitenciarios.

(21) DEL ROSAL, ob. cit., p. 208.

(22) Vid. GONZALEZ GUITIAN, «Dos problemas del artículo 334 del Código penal (En torno al delito de quebrantamiento de condena)», en ESTUDIOS PENALES, II, *La reforma penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1978, p. 275 y ss.

(23) BUENO ARUS, «El Real Decreto 2.273/1977 de 29 de julio y la redención de penas por el trabajo», en *Cuadernos de Política Criminal* n.º 3, 1977, p. 207.

(24) RUIZ VADILLO, «Comentarios a la reforma del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias aprobada por Real Decreto de 29 de julio de 1977», en *Documentación Jurídica* n.º 15, julio-septiembre 1977, p. 663.

(25) RUIZ VADILLO, ob. cit., p. 664.

(26) Vid. BUENO ARUS, ob. últimamente citada, p. 211 y RUIZ VADILLO, ob. cit., p. 661, con ejemplos de distintos supuestos de redención.

(27) DEL ROSAL, ob. cit., p. 208.

(28) Vid. ORTEGA LLORCA, «El Juez de Vigilancia», en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 1-1982, Universidad de Palma de Mallorca, 1982, p. 191 y ss.

(29) Vid. BELLO LANDROVE, «La redención de penas y otros incentivos del trabajo penitenciario ante el futuro», en R.G.L.J. n.º 2, febrero, 1979, p. 154; GARCIA ARAN, «Los nuevos beneficios penitenciarios: Una reforma inadvertida», en *Revista Jurídica de Catalunya* n.º 1, 1983.

(30) MANZANARES SAMANIEGO, ob. cit., p. 290.

(31) MANZANARES SAMANIEGO, ob. cit., p. 291.

(32) Vid. GARCIA VALDES, «Relación del interno con la vida exterior y beneficios penitenciarios», en *Cuadernos de Política Criminal* n.º 18, 1982, p. 599 y ss.

(33) En sentido crítico calificando de inoportunidad la denominación «régimen disciplinario» que emplean, tanto la Ley como el Reglamento penitenciario, MAPELLI CAFFARENA, *Principios fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, Barcelona, 1983, p. 294.

(34) Vid. GARCIA VALDES, *Comentarios a la legislación penitenciaria española*, 2.ª ed., Madrid, 1982, p. 141 y ss.

(35) Vid. por todos BOIX REIG, J., «Aspectos de la Criminología en España» (separata) en *Revista General de Derecho* núms. 440-441, Valencia, mayo-junio, 1981, p. 18, para quien la voluntariedad en el tratamiento requiere de la ausencia de coerción al mismo, tanto directa como indirectamente, pues de lo contrario la posible manipulación de la personalidad del delincuente es obvia, sobre todo en la segunda de sus modalidades, la indirecta.

«EL MINISTERIO FISCAL COMO ORGANO Y PARTE EN EL PROCESO PENAL CON TRIBUNAL DE JURADOS»*

MIGUEL GUTIERREZ CARBONELL

Fiscal de Audiencia,
Profesor-Colaborador del Depto. D. Procesal,
Secretario Tribunales, Excedente.

* El presente trabajo es el texto íntegro de la Comunicación presentada al II Congreso de la Asociación de Fiscales, celebrado en diciembre de 1982. Las conclusiones formuladas en esta Comunicación fueron aprobadas por la correspondiente Comisión de Trabajo y Pleno del Congreso.

I.—JUSTIFICACION DEL TEMA.

El art. 125 de la Constitución reinstaura «...el Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine», como una de las posibles manifestaciones de la participación popular en la Administración de Justicia (arts. 1-1 y 2 y 117-1 Const.).

La Ponencia a la que se presenta esta Comunicación se intitula «El Ministerio fiscal y los procesos». El comunicante estima que un planteamiento, actual y realista, con proyección de inmediato futuro, sobre dicho tema, no puede, ni debe, verificarse pasando por alto la problemática del Jurado. Tema profundo, ideológica, sociológica, orgánica y procesalmente.

Esquemáticamente, por razón de tiempo y espacio, esbozaremos nuestras provisionales meditaciones sobre el tema de «La posición del Ministerio Fiscal ante el proceso penal con Tribunal de Jurados».

II.—ACOTACIONES PREVIAS: PREMISAS Y OBJETIVOS DEL PRESENTE ESTUDIO.

Partimos de la Constitución, pero la realidad evidencia que ésta tiene diversas lecturas; simplificando: una conservadora y otra progresista.

Y lo que importa es desentrañar la voluntad constitucional, adecuada a la realidad social.

Y así, desde una óptica que reputamos progresista de la Constitución, partimos, en el hilo de nuestro razonamiento desde las siguientes PREMISAS:

A) El Poder Legislativo está constitucionalmente obligando a promulgar una Ley sobre el Jurado. El art. 125 Const. es vinculante, no simplemente programático.

B) Dicha Ley deberá tener rango de orgánica (arts. 81, 122 y 24-2 Const). Parece aconsejable que en la propia L.O.P.J. se fijen, al menos, las líneas maestras de nuestro futuro Jurado.

C) La letra, y el espíritu, del art. 125 Const. posibilitan diversas alternativas para la regulación del Jurado, en los procesos penales. Sistema de Jurado en sentido técnico o estricto (Jueces legos para hechos y técnicos para derecho), o modalidad de Escabinato (ambos tipos de Jueces resuelven, conjuntamente, sobre hechos y derecho). El Derecho comparado sanciona ambos sistemas; hay una tendencia hacia el Escabinato en Europa occidental (Francia, Italia, República Federal Alemana) y una preferente inclinación hacia el Jurado, en el derecho anglosajón. La reciente doctrina procesal española se decanta hacia el Escabinato (Gimeno Sendra: «El artículo 125 de la Constitución, los Tribunales de Jurados y de Escabinos»). No vamos a terciar, aquí y ahora, en la interesante polémica; quede constatado como datos objetivos.

D) El espíritu informador de la Constitución (voluntad constitucional) no prohíbe, ni impide, la adopción del sistema del Escabinato para otros órdenes jurisdiccionales distintos del penal, con respecto a determinados tipos concretos de procesos (cuestiones de relevancia pública o social, intereses difusos de una colectividad... (Arts. 1-1, 117, 122-1 y 125 Const.).

Pero los concretos OBJETIVOS de la presente comunicación son, paradójicamente, más ambiciosos y más modestos.

No se trata, tampoco es posible pues no está promulgada la Ley, ni en fase de Proyecto, de llevar a cabo una relación pormenorizada de la intervención y funciones del Fiscal en el proceso penal ante Jurados. En su día habrá que hacerla.

Lisa y llanamente el fin perseguido es la apertura de un amplio debate, ahora, entre nosotros, sobre una toma de posición: La que corresponde al Ministerio Fiscal, como institución constitucional, frente al desarrollo del principio de la participación popular en la Administración de Justicia. Y de forma más concreta investigar conjuntamente, las líneas generales de la filosofía y de la práctica, del Fiscal, como órgano y como parte procesal, en su intervención en los procesos penales celebrados ante Jurados.

La oportunidad del tema se justifica por la imperativa declaración constitucional de su creación y por el larvado lastre negativo que el Jurado ha tenido ante la Justicia técnica.

III.—¿UN PESIMISMO JUSTIFICADO?

La historia del Jurado en España es tristemente aleccionadora. Ha habido una clara enemiga o una sedicente reticencia contra los jurados. Se les negó, abierta o encubiertamente, la autoridad, el prestigio, el reconocimiento igualitario de su condición de jueces del pueblo; no se atendió a sus necesidades económicas (dietas).

La objetiva lectura de la prensa, de las crónicas judiciales, de las Memorias de la Fiscalía del T. S.—laudatorias y críticas—nos lleva fácilmente a tal conclusión.

Pero esto ya es historia. Nos importa más determinar cuál es, actualmente, la posición de los ciudadanos, de una parte, y de otra, de la llamada Justicia Técnica (Jueces y Ficales) frente a la reinstauración del Jurado.

No se trata de mera curiosidad especulativa. Importa saber, si quienes han de actuar, conjuntamente con el Jurado, creen, o no, en el mismo.

Los estudios de sociología empírica publicados sobre tema son provisionales y modestos.

A) «ACTITUDES DEL PUEBLO ANTE EL RESTABLECIMIENTO DEL JURADO» (encuesta realizada entre ciudadanos no juristas)

DATOS GENERALES:

El 9 % — En oposición.

El 48 % — A favor.

El 35 % — No contesta.

Esta aceptación del Jurado es más alta entre los más jóvenes y los votantes de partidos de izquierda».

También se les preguntó: ¿Qué prefiere ser juzgado por Tribunal con Jurado o por Tribunal compuesto exclusivamente por Jueces profesionales?

El 45 % — Por Tribunal con Jurado.

El 18 % — Por Jueces profesionales.

El 37 % — No responde.

Esta preferencia es más intensa entre:

- Individuos ideológicamente más a la izquierda.
- Personas más jóvenes.
- Personas que han tenido contacto con el mundo de la Justicia».

(Datos tomados de la Memoria del C. G. P. J. de 1982, en su resumen relativo al «Informe sobre las actitudes de los españoles ante la Administración de Justicia»).

La conclusión es clara. Mayoritariamente, el pueblo, encuestado, se manifiesta en favor de la reinstauración del Jurado.

B) ACTITUDES DE LOS JUECES DE CARRERA, ANTE EL RESTABLECIMIENTO DEL JURADO.

- Muy negativa 76 %
- Negativa 8 %
- Intermedia 3 %
- Positiva 8 %
- Muy positiva 5 %

(Datos tomados del Libro «El Juez Español» de J. J. Toharia, encuesta de 1972. Recientemente el Departamento de Sociología de la Universidad de Zaragoza ha realizado un trabajo sobre «El funcionamiento del Poder Judicial visto por sus protagonistas», no lo hemos podido manejar, pero según se nos ha informado viene a coincidir, básicamente, con los datos arriba reflejados).

La comparación es elocuente. Una mayoría abrumadora de la Carrera Judicial (dos tercios) se manifiesta claramente contraria a la reinstauración del Jurado.

Y la experiencia histórica nos demuestra que esto es gravemente peligroso. Porque «buena parte de las dificultades que la institución del Jurado conoció se debieron no ya a su naturaleza o a la de la sociedad española, sino a la reticente actitud que, respecto al mismo (y por razones distintas) mantuvieron sectores tan decisivos como el Gobierno central, las clases medias y los miembros de las carreras judicial y fiscal» (Toharia).

«La hostilidad de la Judicatura hacia el Jurado se hizo patente desde los primeros intentos de introducción. Tradicionalmente, parece haber sido más acusada entre los fiscales...».

Un miembro de la propia carrera judicial calificaba la actitud general de los Magistrados respecto de los jurados «como de indisimulada displicencia, cuanto no desprecio; se los tenía esperando, a veces durante horas, en fríos pasillos, se les daba un trato distante y protector...» (Saiz Gómez, citado por Toharia).

Posiblemente no fue muy distinta la reacción general del Fiscal ante el Jurado.

Comúnmente se afirma que las Memorias de la F. T. S. son críticamente negativas frente al Jurado. Estimo que no debe generalizarse, en la mayoría de ellas se advierte «una constante llamada de atención sobre los defectos de la Ley del Jurado que había que corregir» (J. A. Alejandro, «La Justicia Popular en España»). Pero hay Memorias de claro signo defensor del Jurado (p. e.: La de 1898, de Felipe Sánchez Román; la de 1923, de José Llado y Valls, la de 1924, de Galo Ponte y Escartín...), aunque existen otras de rotunda oposición a dicha institución.

En todo caso, este es un material escasamente estudiado y que debería serlo, con visión de futuro.

Importa, pues, y mucho, crear un clima favorable a la reinstauración del Jurado; disipar los prejuicios contra el mismo; superar el pesimismo derrotista de las precedentes experiencias. Importa sobre todo al Fiscal, por sometimiento y fidelidad a la propia Constitución.

V.—*LA PRAXIS DEL FISCAL COMO ORGANO Y COMO PARTE EN LOS PROCESOS PENALES ANTE JURADO.*

Pese a las naturales dificultades por la carencia tanto de texto legal como de Proyecto, no resulta aventurado, ni ocioso, meditar sobre las líneas generales de la posición del M. F. en el tema enunciado. Porque el Jurado, en cualquiera de sus posibles modalidades, comportará un

cambio notable, una puesta al día, en la actuación del M. F. La dinámica del nuevo proceso, exigirá una mentalidad distinta, con estilo y método de trabajo más fluidos.

En principio, y de raíz, conviene dejar bien sentado lo siguiente. El Jurado es una institución consagrada constitucionalmente; es Poder Judicial y precisamente el que encarna de manera más directa la soberanía popular de la que emana la Justicia.

Por tanto, al margen de cualquier valoración personal de tipo científico, siempre respetable, al Ministerio Fiscal como institución constitucional, le corresponde velar el prestigio (respeto), eficacia e independencia del Jurado (arts. 117 y 125 Const., en relación con el art. 3, uno a tres, del Estatuto Orgánico del M. F. de 30-12-81).

Lograr que tal principio o filosofía se asuma como realidad vivida debe ser tarea prioritaria.

El Fiscal, como órgano, debe tener una intervención, activa y decidida, no puramente formularia, en la compleja fase previa de la formación del Jurado, de acuerdo con las facultades que le atribuya la futura Ley. Nos estamos refiriendo a la capital intervención que puede tener, en evitación de corruptelas, en la formación de las listas de Jurados, en los trámites preparatorios para la constitución del Tribunal lego, recusaciones, persecución del absentismo, petición y ejecución de sanciones... El celo de un Fiscal, no pasivo, debe contribuir al eficaz funcionamiento de la constitución del Tribunal de Jurados.

Y también, al Fiscal como parte procesal, le corresponderá una importante tarea que requiere un nuevo enfoque.

La prueba, practicada íntegramente en el Juicio Oral—hoy, en ocasiones, mera formalidad—exigirá una participación más activa del Fiscal. Por tanto, desde la fase sumarial, el Fiscal, como una parte procesal más, deberá intervenir en la investigación instructora diligentemente.

La articulación de la prueba en el escrito de calificación (o trámite equivalente) será fundamental.

Un punto crucial que deberá ser objeto de especial atención es el relativo a la retirada de acusaciones. Deberán buscarse fórmulas que permitan, con racional flexibilidad, tal retirada acusatoria.

En tal sentido las estadísticas de la época del Jurado son aleccionadoras. Así, «el porcentaje medio de sentencias acordes con las peticiones del Fiscal es básicamente la misma (en los juicios celebrados con Jurado, o sin, entre 1891 a 1932): 54'8 % en los juicios con Jurado y el 57'9 %, en los efectuados sin Jurado». Sin embargo en dicho período «el promedio de asuntos terminados por retirada de la acusación pública resulta ser del orden de un 11'3 % en los juicios sin Jurado». (Datos tomados de Toharia).

Resulta fácil sacar dos conclusiones. Primera, el Jurado no fue más benigno que el Tribunal técnico. Segunda, el Fiscal tenía que preparar cuidadosamente sus pruebas; no acusaba sin pruebas, racionalmente suficientes.

La médula de la actuación ante el Jurado es el Juicio Oral; por tanto hay que revalorizar sus principios informantes (oralidad, intermediación, publicidad, concentración...).

Pese a los buenos propósitos de la Ley E. Cri. «nuestros Jueces han adquirido el hábito de dar escasa importancia a las pruebas del plenario, formando su juicio por el resultado de las diligencias sumariales...», se decía ya en su E. M.—, hoy día, el juicio oral suele convertirse en una práctica mecánica y rutinaria.

Ante el Tribunal de Jurados el juicio oral recuperará su cabal importancia. No se caerá en el formulismo de la reproducción sumarial (p. e., en la prueba documental, arraigado vicio contrario al art. 741 L. E. Crim.). Por tanto, las pruebas deberán practicarse plenamente ante el propio Tribunal; de ahí la importancia de su articulación y práctica, por el M. F. Ante el Jurado hay que probar, plenamente, sin remisiones al sumario (salvo para señalar contradicciones) la realidad de los hechos, base de la acusación.

El informe del Juicio Oral deberá tener un tratamiento distinto del actual. En cuanto a los hechos y valoración de la prueba, el Fiscal se dirige, fundamentalmente, a un Tribunal lego. Su lenguaje será claro, sencillo, directo, asequible a profanos en derecho. Y así se cumplirá, también otra función importante del juicio oral, hoy olvidada, su valor moralizante, de aproximación de la justicia al pueblo.

Por último, le corresponderá al Fiscal, como parte, la interposición de los recursos procedentes, tratando de adecuar las sentencias, por vía impugnatoria, tanto a la verdad material, como al sentimiento popular de la justicia.

Una participación activa del Ministerio Fiscal en la línea expuesta contribuiría positivamente al logro de un anhelado deseo «el paso de una Justicia autoritaria a otra consentida y refrendada por la propia Sociedad» que a través del Jurado, ejerce su soberanía, participando, directamente, en el Poder Judicial (Gimeno Sendra, «Fundamentos del Derecho procesal»).

VI.—CONCLUSIONES.

- 1.^a—El Jurado es una institución consagrada constitucionalmente.
 - 2.^a—El Poder Legislativo está obligado a promulgar la Ley del Jurado, en desarrollo del art. 125 Const.
 - 3.^a—El proceso penal ante Jurados requiere una intervención del Ministerio Fiscal, distinta de la actual, más activa, directa y flexible.
 - 4.^a—A distintos niveles (orgánico y asociativo) deberían propiciarse trabajos tendentes a:
 - a) Estudiar las ventajas e inconvenientes de las distintas modalidades de Jurado (en sentido técnico o Escarbinato).
 - b) Estudiar las memorias de la F. T. S. sobre el Jurado.
- Realizar actos de debate y divulgación sobre el Jurado, dirigidos a contrarrestar los prejuicios históricos de la Justicia técnica contra el mismo y encaminados a rodear de autoridad y prestigio a aquella institución tan necesarios para su eficaz funcionamiento.

EL MATRIMONIO EN EL NUEVO CODIGO DE DERECHO CANONICO

Joaquín MARTINEZ VALLS
Profesor Titular de Derecho Canónico

S U M A R I O

1. INTRODUCCION.
2. EL MATRIMONIO.
 - 2,1. *Aspectos generales.*
 - 2,1,1. Noción de matrimonio.
 - 2,1,2. El problema de los fines.
 - 2,1,3. Situación jurídica de los hijos, y la familia.
 - 2,2. *Impedimentos.*
 - 2,2,1. Impedimentos y su dispensa.
 - 2,2,2. Otras prohibiciones.
 - 2,3. *El consentimiento; incapacidades y los vicios del mismo.*
 - 2,3,1. Nociones.
 - 2,3,2. Incapacidades y vicios del consentimiento.
 - 2,4. *La forma canónica.*
3. PARTE PROCESAL MATRIMONIAL.

1. INTRODUCCION.

El próximo día 27 de noviembre, primer domingo del Adviento, los católicos de todo el mundo estrenamos un nuevo Código de Derecho Canónico⁽¹⁾. Así lo dispone la Constitución Apostólica «Sacrae Disciplinae leges» del 25 de enero de 1983, por la que Juan Pablo II promulga el nuevo Código⁽²⁾. Han ocurrido grandes acontecimientos en el mundo y en la Iglesia, sobre todo el Concilio Vaticano II, y era lógico que las leyes canónicas se sometieran a un proceso de «aggiornamento». Ya que el Código, como se lee en la citada Constitución «es absolutamente necesario para la Iglesia. En efecto, puesto que ella está constituida como un cuerpo social y visible, también tiene necesidad de normas para que su estructura jerárquica y orgánica resulte visible; para que el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas divinamente, sobre todo la de la sagrada potestad y la de administración de los sacramentos, se lleve a cabo de forma adecuada; para que promueva las relaciones mutuas de los fieles con justicia y caridad, y garantice y defina los derechos de cada uno; y, finalmente, para que las iniciativas comunes, en orden a una vida cristiana cada vez más perfecta, se apoyen, refuercen y promuevan por medio de las normas canónicas»⁽³⁾.

El camino recorrido ha sido largo y áspero, desde aquel 25 de enero de 1959 en que el Papa Juan XXIII anunció al mundo la celebración del Concilio y la consiguiente reforma del Código⁽⁴⁾. Como es sabido el Concilio Vaticano II se inauguró el 11 de octubre de 1962 por Juan XXIII y fue clausurado por Pablo VI el 8 de diciembre de 1965.

La Comisión cardenalicia, creada por Juan XXIII poco antes de morir, se reunió una vez el 12 de noviembre de 1963, para un intercambio de pareceres y se acordó comenzar los trabajos a la terminación del Concilio⁽⁵⁾; y así ocurrió, reuniéndose muchas veces la Comisión, consultando a todo el episcopado a través de las Conferencias Episcopales, a las Universidades, a los Dicasterios y otros organismos, así como a numerosos especialistas. Han tomado parte en los trabajos, de una manera más directa, 105 Cardenales, 212 Consultores (de los cuales 77 Arzobispos y Obispos, 73 Sacerdotes seculares, 47 religiosos, 3 religiosas y 12 seculares); en total han dedica-

do 6.375 horas de trabajo en comisión, lo que equivale a 266 días ininterrumpidos⁶⁾. Han sido casi 20 años de dura y esforzada tarea; pues, como dijo Pablo VI en 1977 «la revisión del Código de Derecho Canónico no podía reducirse simplemente a una modificación, ni era un retoque del anterior... sino que conviene se convierta en un instrumento apropiado y acomodado en grado sumo a la vida de la Iglesia después de la celebración del Concilio Vaticano II⁷⁾.

La recién estrenada Comisión formuló diez principios que uniformaran criterios para la ingente labor que comenzaban⁸⁾. Fruto de todo ello ha sido un nuevo Código verdaderamente jurídico, que ha recogido, confirmando, abrogando o subrogando, la abundante legislación surgida después del Concilio⁹⁾. El nuevo Código se presenta mejor sistematizado que el anterior. Se ha reducido el número de cánones, pues tiene 1752, frente a los 2414 del anterior. El esquema del nuevo Código, dividido en siete libros, es el siguiente:

Libro I. *De las normas generales* (cc. 1-203).

Libro II. *Del pueblo de Dios* (cc. 204-746).

Parte I . De los fieles cristianos.

Parte II . De la constitución jerárquica de la Iglesia.

Parte III. De los Institutos de vida consagrada y de las sociedades de vida apostólica.

Libro III. *La función de enseñar de la Iglesia.* (cc. 747-833).

Libro IV. *De la función de santificar de la Iglesia.* (cc. 834-1253).

Parte I. De los Sacramentos.

Parte II. De los demás actos del culto divino.

Parte III. De los lugares y tiempos sagrados.

Libro V. *De los bienes temporales de la Iglesia* (cc. 1254-1310).

Libro VI. *De las sanciones en la Iglesia* (cc. 1311-1399).

Parte I. De los delitos y penas en general.

Parte II. De las penas para cada uno de los delitos.

Libro VII. *De los procesos* (cc. 1400-1752).

Parte I. De los juicios en general.

- Parte II. Del juicio contencioso.
- Parte III. De algunos procesos especiales.
- Parte IV. Del proceso penal.
- Parte V. Del procedimiento en los recursos administrativos y en la remoción o el traslado de los párrocos.

En el libro II se recogen los derechos y deberes de los fieles, aunque los encontramos también a través de todo el Codex.

Vamos a esbozar las normas fundamentales referentes al matrimonio y que se contienen en el libro IV, y, en la parte procesal, en el libro VII. Se han incorporado muchas normas dictadas a partir del Concilio, así como el avance de la jurisprudencia y de la doctrina; se han tenido muy en cuenta los descubrimientos de las ciencias antropológicas y el mejor conocimiento que hoy se tiene del hombre; y todo se ha inspirado en las grandes aportaciones del Concilio, que resalta la dignidad de la persona humana, a la que todas las instituciones han de servir⁽¹⁰⁾, y ha profundizado tanto en un mejor conocimiento de la misma Iglesia⁽¹¹⁾.

2. EL MATRIMONIO.

2,1. Aspectos generales.

2,1,1. Noción de matrimonio.

Con la palabra «matrimonio» se comprende tanto el aspecto negocial como el vincular. Es lo que la doctrina canonística ha consagrado con las palabras matrimonio *in fieri* o como acto, y el matrimonio *in facto esse* o como estado resultante de la válida celebración. El término, por tanto, de matrimonio, es anfibológico.

Quizá fue ésta una de las razones por las que el Código de 1917 no quiso dar directamente una definición del matrimonio, aunque los cánones 1081 y 1082 aportaban elementos suficientes para elaborarla, teniendo en cuenta las características del matrimonio cristiano. Y así lo hizo la doctrina.

La tradición jurídico canónica parte de las clásicas definiciones del Derecho Romano. La de Modestino: «las nupcias son la unión del varón y de la mujer, consorcio de toda la vida, comunicación en el derecho divino y humano»⁽¹²⁾. La otra, del Código Justiniano, y atribuida a Ulpiano: «Nupcias o matrimonio es la unión del varón y de la mujer que contiene la comunión indivisible de vida»⁽¹³⁾. Estas definiciones son ya recogidas por el Maestro Graciano⁽¹⁴⁾ y las leemos en las Decretales de Gregorio IX⁽¹⁵⁾ con ligeros retoques. Y ya después del Codex, se hizo clásica la definición de Cappello: «El matrimonio es la unión legítima, perpétua y exclusiva, entre varón y mujer, nacida de su mutuo consentimiento, ordenada a la procreación y educación de la prole»⁽¹⁶⁾. Otros autores apuntan definiciones—o más bien descripciones—semejantes.

Pero ya hace tiempo que estas definiciones no satisfacían a muchos, por considerarlas incompletas y no subrayar otros elementos importantes y quizá más trascendentales. Sobre todo desde que el Concilio Vaticano II dedicó todo un capítulo de la grandiosa Constitución «Sobre la Iglesia en el Mundo Actual» al matrimonio, y a ensalzar la importancia del amor conyugal⁽¹⁷⁾. Se llega así a una visión mucho más personalista y profunda del matrimonio. Luis Vela ha realizado un estudio muy profundo y documentado sobre las aportaciones de la *Gaudium et Spes* al matrimonio⁽¹⁸⁾. Llega a decir que el amor conyugal es la idea matrimonial central de la GS y que todo se aborda desde el ángulo del amor, como fuerza viva que sostiene al matrimonio en su desarrollo existencial. «El amor conyugal, amor humano—continúa dicho Autor—que es el único que posee un elemento *educativo*, no es un sentimiento, aunque el sentimiento puede acompañar al amor, ni es un acto o serie de actos, sino que es un estado (no estático) que lleva a la transformación real de la persona. Amar es ser otro. Este amor incluye esencialmente el carácter sexuado de la persona y la sexualidad misma... Este ser—el—uno—para—el—otro, que define al varón y a la mujer es, desde el punto de vista antropológico, una *realidad*, que no puede reducirse a ninguna otra... Esta sexualidad es de carácter personal y personalizante y su raíz y su fin es el *Amor*»⁽¹⁹⁾. Y va explicando como ese amor es a) interpersonal, b) dignificante, c) ético, ya que el amor a la persona como valor y en cuanto valor hace qué se convierta en ético, d) ético-jurídico, pues supone dos voluntades de compromiso para siempre, e) primariamen-

te unitivo, «comunidad conyugal», y f) también procreativo. Este amor interpersonal, en el que *la persona misma es el medio* de la relación, tiene una estructura *esencialmente jurídica*, protegida luego por la Ley⁽²⁰⁾.

Volviendo al Vaticano II, leemos en la ya mencionada Constitución *Gaudium et Spes*: «Fundada por el Creador y en posesión de sus propias leyes, la íntima comunidad conyugal de vida y amor está establecida sobre la alianza de los cónyuges, es decir sobre su consentimiento personal e irrevocable. Así, del acto humano, por el cual los esposos se dan y se reciben mutuamente, nace, aun ante la sociedad, una institución confirmada por la ley divina. Este vínculo sagrado, en atención al bien tanto de los esposos y de la prole como de la sociedad, no depende de la decisión humana. Pues el mismo Dios es el autor del matrimonio, al que ha dotado con bienes y fines varios...»⁽²¹⁾. Dejemos el estudio de los antecedentes doctrinales y científicos que impulsaron a los Padres a redactar esta descripción del matrimonio⁽²²⁾. Lo que nos interesa resaltar ahora es que la doctrina del Vaticano II es el fundamento de la descripción que del matrimonio hace el Nuevo Código en el canon con que inaugura el título sobre el Matrimonio, el canon 1055:

«La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados».

Como se ve, esta definición o descripción del matrimonio es mucho más rica, desde todos los puntos de vista, que la que se deducía de los cánones 1081 y 1082 del Código de 1917. Notemos que se define el matrimonio como «*consortium totius vitae*», que comprende el *ius in corpus* del antiguo canon 1081, §82, pero también mucho más. Por tanto el matrimonio *in fieri* será la decisión personal, que no puede ser suplida por nada ni por nadie, por la que se acepta y se da todo ese contenido. Y el matrimonio *in facto esse* será ese mismo consorcio de toda la vida, ya constituido. En un principio se utilizó la palabra *coniunctio*, luego se sustituyó por *communio*, para triunfar definitivamente la de *consortium* que recoge el texto⁽²³⁾. Apuntemos también la importancia de la palabra «*foedus matrimoniale*»

(alianza matrimonial). La expresión foedus, pacto o alianza, es mucho más rica que la de contractus empleada en el Código de 1917, que hoy en el mundo jurídico se reserva más bien a los acuerdos de carácter económico.

2,1,2. El problema de los fines.

Muy importante también es el cambio verificado respecto a los tradicionalmente llamados *fines del matrimonio*. Cualquier estudioso del Derecho Canónico recuerda que fue San Agustín quien elaboró por vez primera una doctrina sobre los bienes del matrimonio: bien de la prole, de la fidelidad y del sacramento o indisolubilidad. Trilogía que ha sido aceptada por la tradición doctrinal hasta nuestros días⁽²⁴⁾. En íntima relación con estos bienes, se fue construyendo el esquema sobre los fines del matrimonio. Pero fue el Código de 1917 el que de una manera más clara y terminante habla de los tres fines del matrimonio, jerarquizándolos, con los conceptos de primario y secundario. Efectivamente, dice el canon 1013,§1 del antiguo Codex:

«La procreación y la educación de la prole es el fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia es su fin secundario».

Y la doctrina daba una interpretación muy estricta a estos fines, de tal manera que el secundario estaba totalmente subordinando al primario⁽²⁵⁾.

El Concilio Vaticano II, y concretamente en la Constitución *Gaudium et Spes*, dio un giro copernicano a esta concepción jerarquizada de los fines del matrimonio. No se hace una recensión exhaustiva de los fines, y, sobre todo, no se apunta ninguna prioridad respecto a los mismos. La cuestión se deja abierta a la elaboración doctrinal y jurisprudencial, principalmente en lo referente al «*bonum coniugum*». Con razón el eminente Profesor García Barberena, refutando a P. Fedel⁽²⁶⁾, pudo escribir: «Decir que nada ha cambiado, que sigue vigente la doctrina tradicional, que todo cuanto el Concilio dice sobre la *communitas vitae et amoris* y sobre el amor conyugal son frases de un documento pastoral sin trasfondo doctrinal ninguno, es ignorar el proceso de elaboración de los textos y negarse a leer el Concilio en serio»⁽²⁷⁾.

I.—JUSTIFICACION DEL TEMA.

El art. 125 de la Constitución reinstaura «...el Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine», como una de las posibles manifestaciones de la participación popular en la Administración de Justicia (arts. 1-1 y 2 y 117-1 Const.).

La Ponencia a la que se presenta esta Comunicación se intitula «El Ministerio fiscal y los procesos». El comunicante estima que un planteamiento, actual y realista, con proyección de inmediato futuro, sobre dicho tema, no puede, ni debe, verificarse pasando por alto la problemática del Jurado. Tema profundo, ideológica, sociológica, orgánica y procesalmente.

Esquemáticamente, por razón de tiempo y espacio, esbozaremos nuestras provisionales meditaciones sobre el tema de «La posición del Ministerio Fiscal ante el proceso penal con Tribunal de Jurados».

II.—ACOTACIONES PREVIAS: PREMISAS Y OBJETIVOS DEL PRESENTE ESTUDIO.

Partimos de la Constitución, pero la realidad evidencia que ésta tiene diversas lecturas; simplificando: una conservadora y otra progresista.

Y lo que importa es desentrañar la voluntad constitucional, adecuada a la realidad social.

Y así, desde una óptica que reputamos progresista de la Constitución, partimos, en el hilo de nuestro razonamiento desde las siguientes PREMISAS:

A) El Poder Legislativo está constitucionalmente obligando a promulgar una Ley sobre el Jurado. El art. 125 Const. es vinculante, no simplemente programático.

B) Dicha Ley deberá tener rango de orgánica (arts. 81, 122 y 24-2 Const). Parece aconsejable que en la propia L.O.P.J. se fijen, al menos, las líneas maestras de nuestro futuro Jurado.

C) La letra, y el espíritu, del art. 125 Const. posibilitan diversas alternativas para la regulación del Jurado, en los procesos penales. Sistema de Jurado en sentido técnico o estricto (Jueces legos para hechos y técnicos para derecho), o modalidad de Escabinato (ambos tipos de Jueces resulten, conjuntamente, sobre hechos y derecho). El Derecho comparado sanciona ambos sistemas; hay una tendencia hacia el Escabinato en Europa occidental (Francia, Italia, República Federal Alemana) y una preferente inclinación hacia el Jurado, en el derecho anglosajón. La reciente doctrina procesal española se decanta hacia el Escabinato (Gimeno Sendra: «El artículo 125 de la Constitución, los Tribunales de Jurados y de Escabinos»). No vamos a terciar, aquí y ahora, en la interesante polémica; quede constatado como datos objetivos.

D) El espíritu informador de la Constitución (voluntad constitucional) no prohíbe, ni impide, la adopción del sistema del Escabinato para otros órdenes jurisdiccionales distintos del penal, con respecto a determinados tipos concretos de procesos (cuestiones de relevancia pública o social, intereses difusos de una colectividad... (Arts. 1-1, 117, 122-1 y 125 Const.).

Pero los concretos OBJETIVOS de la presente comunicación son, paradójicamente, más ambiciosos y más modestos.

No se trata, tampoco es posible pues no está promulgada la Ley, ni en fase de Proyecto, de llevar a cabo una relación pormenorizada de la intervención y funciones del Fiscal en el proceso penal ante Jurados. En su día habrá que hacerla.

Lisa y llanamente el fin perseguido es la apertura de un amplio debate, ahora, entre nosotros, sobre una toma de posición: La que corresponde al Ministerio Fiscal, como institución constitucional, frente al desarrollo del principio de la participación popular en la Administración de Justicia. Y de forma más concreta investigar conjuntamente, las líneas generales de la filosofía y de la práctica, del Fiscal, como órgano y como parte procesal, en su intervención en los procesos penales celebrados ante Jurados.

La oportunidad del tema se justifica por la imperativa declaración constitucional de su creación y por el larvado lastre negativo que el Jurado ha tenido ante la Justicia técnica.

III.—¿UN PESIMISMO JUSTIFICADO?

La historia del Jurado en España es tristemente aleccionadora. Ha habido una clara enemiga o una sedicente reticencia contra los jurados. Se les negó, abierta o encubiertamente, la autoridad, el prestigio, el reconocimiento igualitario de su condición de jueces del pueblo; no se atendió a sus necesidades económicas (dietas).

La objetiva lectura de la prensa, de las crónicas judiciales, de las Memorias de la Fiscalía del T. S.—laudatorias y críticas—nos lleva fácilmente a tal conclusión.

Pero esto ya es historia. Nos importa más determinar cuál es, actualmente, la posición de los ciudadanos, de una parte, y de otra, de la llamada Justicia Técnica (Jueces y Ficales) frente a la reinstauración del Jurado.

No se trata de mera curiosidad especulativa. Importa saber, si quienes han de actuar, conjuntamente con el Jurado, creen, o no, en el mismo.

Los estudios de sociología empírica publicados sobre tema son provisionales y modestos.

A) «ACTITUDES DEL PUEBLO ANTE EL RESTABLECIMIENTO DEL JURADO» (encuesta realizada entre ciudadanos no juristas)

DATOS GENERALES:

El 9 % — En oposición.

El 48 % — A favor.

El 35 % — No contesta.

Esta aceptación del Jurado es más alta entre los más jóvenes y los votantes de partidos de izquierda».

También se les preguntó: ¿Qué prefiere ser juzgado por Tribunal con Jurado o por Tribunal compuesto exclusivamente por Jueces profesionales?

El 45 % — Por Tribunal con Jurado.

El 18 % — Por Jueces profesionales.

El 37 % — No responde.

Esta preferencia es más intensa entre:

- Individuos ideológicamente más a la izquierda.
- Personas más jóvenes.
- Personas que han tenido contacto con el mundo de la Justicia».

(Datos tomados de la Memoria del C. G. P. J. de 1982, en su resumen relativo al «Informe sobre las actitudes de los españoles ante la Administración de Justicia»).

La conclusión es clara. Mayoritariamente, el pueblo, encuestado, se manifiesta en favor de la reinstauración del Jurado.

B) ACTITUDES DE LOS JUECES DE CARRERA, ANTE EL RESTABLECIMIENTO DEL JURADO.

- Muy negativa 76 %
- Negativa 8 %
- Intermedia 3 %
- Positiva 8 %
- Muy positiva 5 %

(Datos tomados del Libro «El Juez Español» de J. J. Toharia, encuesta de 1972. Recientemente el Departamento de Sociología de la Universidad de Zaragoza ha realizado un trabajo sobre «El funcionamiento del Poder Judicial visto por sus protagonistas», no lo hemos podido manejar, pero según se nos ha informado viene a coincidir, básicamente, con los datos arriba reflejados).

La comparación es elocuente. Una mayoría abrumadora de la Carrera Judicial (dos tercios) se manifiesta claramente contraria a la reinstauración del Jurado.

Y la experiencia histórica nos demuestra que esto es gravemente peligroso. Porque «buena parte de las dificultades que la institución del Jurado conoció se debieron no ya a su naturaleza o a la de la sociedad española, sino a la reticente actitud que, respecto al mismo (y por razones distintas) mantuvieron sectores tan decisivos como el Gobierno central, las clases medias y los miembros de las carreras judicial y fiscal» (Toharia).

«La hostilidad de la Judicatura hacia el Jurado se hizo patente desde los primeros intentos de introducción. Tradicionalmente, parece haber sido más acusada entre los fiscales...».

Un miembro de la propia carrera judicial calificaba la actitud general de los Magistrados respecto de los jurados «como de indisimulada displi-cencia, cuanto no desprecio; se los tenía esperando, a veces durante ho-ras, en fríos pasillos, se les daba un trato distante y protector...» (Saiz Gó-mez, citado por Toharia).

Posiblemente no fue muy distinta la reacción general del Fiscal ante el Jurado.

Comúnmente se afirma que las Memorias de la F. T. S. son críticamente negativas frente al Jurado. Estimo que no debe generalizarse, en la mayoría de ellas se advierte «una constante llamada de atención sobre los defectos de la Ley del Jurado que había que corregir» (J. A. Ale-jandre, «La Justicia Popular en España). Pero hay Memorias de claro signo defensor del Jurado (p. e.: La de 1898, de Felipe Sánhez Román; la de 1923, de José Liado y Vallis, la de 1924, de Galo Ponte y Escartín...), aunque existen otras de rotunda oposición a dicha institución.

En todo caso, este es un material escasamente estudiado y que debería serlo, con visión de futuro.

Importa, pues, y mucho, crear un clima favorable a la reinstauración del Jurado; disipar los prejuicios contra el mismo; superar el pesimismo derrotista de las precedentes experiencias. Importa sobre todo al Fiscal, por sometimiento y fidelidad a la propia Constitución.

V.—LA PRAXIS DEL FISCAL COMO ORGANO Y COMO PARTE EN LOS PROCESOS PENALES ANTE JURADO.

Pese a las naturales dificultades por la carencia tanto de texto legal como de Proyecto, no resulta aventurado, ni ocioso, meditar sobre las líneas generales de la posición del M. F. en el tema enunciado. Porque el Jurado, en cualquiera de sus posibles modalidades, comportará un

cambio notable, una puesta al día, en la actuación del M. F. La dinámica del nuevo proceso, exigirá una mentalidad distinta, con estilo y método de trabajo más fluidos.

En principio, y de raíz, conviene dejar bien sentado lo siguiente. El Jurado es una institución consagrada constitucionalmente; es Poder Judicial y precisamente el que encarna de manera más directa la soberanía popular de la que emana la Justicia.

Por tanto, al margen de cualquier valoración personal de tipo científico, siempre respetable, al Ministerio Fiscal como institución constitucional, le corresponde velar el prestigio (respeto), eficacia e independencia del Jurado (arts. 117 y 125 Const., en relación con el art. 3, uno a tres, del Estatuto Orgánico del M. F. de 30-12-81).

Lograr que tal principio o filosofía se asuma como realidad vivida debe ser tarea prioritaria.

El Fiscal, como órgano, debe tener una intervención, activa y decidida, no puramente formularia, en la compleja fase previa de la formación del Jurado, de acuerdo con las facultades que le atribuya la futura Ley. Nos estamos refiriendo a la capital intervención que puede tener, en evitación de corruptelas, en la formación de las listas de Jurados, en los trámites preparatorios para la constitución del Tribunal lego, recusaciones, persecución del absentismo, petición y ejecución de sanciones... El celo de un Fiscal, no pasivo, debe contribuir al eficaz funcionamiento de la constitución del Tribunal de Jurados.

Y también, al Fiscal como parte procesal, le corresponderá una importante tarea que requiere un nuevo enfoque.

La prueba, practicada íntegramente en el Juicio Oral—hoy, en ocasiones, mera formalidad—exigirá una participación más activa del Fiscal. Por tanto, desde la fase sumarial, el Fiscal, como una parte procesal más, deberá intervenir en la investigación instructora diligentemente.

La articulación de la prueba en el escrito de calificación (o trámite equivalente) será fundamental.

Un punto crucial que deberá ser objeto de especial atención es el relativo a la retirada de acusaciones. Deberán buscarse fórmulas que permitan, con racional flexibilidad, tal retirada acusatoria.

En tal sentido las estadísticas de la época del Jurado son aleccionadoras. Así, «el porcentaje medio de sentencias acordes con las peticiones del Fiscal es básicamente la misma (en los juicios celebrados con Jurado, o sin, entre 1891 a 1932): 54'8 % en los juicios con Jurado y el 57'9 %, en los efectuados sin Jurado». Sin embargo en dicho período «el promedio de asuntos terminados por retirada de la acusación pública resulta ser del orden de un 11'3 % en los juicios sin Jurado». (Datos tomados de Toharia).

Resulta fácil sacar dos conclusiones. Primera, el Jurado no fue más benigno que el Tribunal técnico. Segunda, el Fiscal tenía que preparar cuidadosamente sus pruebas; no acusaba sin pruebas, racionalmente suficientes.

La médula de la actuación ante el Jurado es el Juicio Oral; por tanto hay que revalorizar sus principios informantes (oralidad, intermediación, publicidad, concentración...).

Pese a los buenos propósitos de la Ley E. Cri. «nuestros Jueces han adquirido el hábito de dar escasa importancia a las pruebas del plenario, formando su juicio por el resultado de las diligencias sumariales...», se decía ya en su E. M.—, hoy día, el juicio oral suele convertirse en una práctica mecánica y rutinaria.

Ante el Tribunal de Jurados el juicio oral recuperará su cabal importancia. No se caerá en el formulismo de la reproducción sumarial (p. e., en la prueba documental, arraigado vicio contrario al art. 741 L. E. Crim.). Por tanto, las pruebas deberán practicarse plenamente ante el propio Tribunal; de ahí la importancia de su articulación y práctica, por el M. F. Ante el Jurado hay que probar, plenamente, sin remisiones al sumario (salvo para señalar contradicciones) la realidad de los hechos, base de la acusación.

El informe del Juicio Oral deberá tener un tratamiento distinto del actual. En cuanto a los hechos y valoración de la prueba, el Fiscal se dirige, fundamentalmente, a un Tribunal lego. Su lenguaje será claro, secillo, directo, asequible a profanos en derecho. Y así se cumplirá, también otra función importante del juicio oral, hoy olvidada, su valor moralizante, de aproximación de la justicia al pueblo.

Por último, le corresponderá al Fiscal, como parte, la interposición de los recursos procedentes, tratando de adecuar las sentencias, por vía impugnatoria, tanto a la verdad material, como al sentimiento popular de la justicia.

Una participación activa del Ministerio Fiscal en la línea expuesta contribuiría positivamente al logro de un anhelado deseo «el paso de una Justicia autoritaria a otra consentida y refrendada por la propia Sociedad» que a través del Jurado, ejerce su soberanía, participando, directamente, en el Poder Judicial (Gimeno Sendra, «Fundamentos del Derecho procesal»).

VI.—CONCLUSIONES.

1.^a—El Jurado es una institución consagrada constitucionalmente.

2.^a—El Poder Legislativo está obligado a promulgar la Ley del Jurado, en desarrollo del art. 125 Const.

3.^a—El proceso penal ante Jurados requiere una intervención del Ministerio Fiscal, distinta de la actual, más activa, directa y flexible.

4.^a—A distintos niveles (orgánico y asociativo) deberían propiciarse trabajos tendentes a:

a) Estudiar las ventajas e inconvenientes de las distintas modalidades de Jurado (en sentido técnico o Escarbinato).

b) Estudiar las memorias de la F. T. S. sobre el Jurado.

Realizar actos de debate y divulgación sobre el Jurado, dirigidos a contrarrestar los prejuicios históricos de la Justicia técnica contra el mismo y encaminados a rodear de autoridad y prestigio a aquella institución tan necesarios para su eficaz funcionamiento.

EL MATRIMONIO EN EL NUEVO CODIGO DE DERECHO CANONICO

Joaquín MARTINEZ VALLS
Profesor Titular de Derecho Canónico

S U M A R I O

1. INTRODUCCION.
2. EL MATRIMONIO.
 - 2,1. *Aspectos generales.*
 - 2,1,1. Noción de matrimonio.
 - 2,1,2. El problema de los fines.
 - 2,1,3. Situación jurídica de los hijos, y la familia.
 - 2,2. *Impedimentos.*
 - 2,2,1. Impedimentos y su dispensa.
 - 2,2,2. Otras prohibiciones.
 - 2,3. *El consentimiento; incapacidades y los vicios del mismo.*
 - 2,3,1. Nociones.
 - 2,3,2. Incapacidades y vicios del consentimiento.
 - 2,4. *La forma canónica.*
3. PARTE PROCESAL MATRIMONIAL.

1. INTRODUCCION.

El próximo día 27 de noviembre, primer domingo del Adviento, los católicos de todo el mundo estrenamos un nuevo Código de Derecho Canónico⁽¹⁾. Así lo dispone la Constitución Apostólica «*Sacrae Disciplinae leges*» del 25 de enero de 1983, por la que Juan Pablo II promulga el nuevo Código⁽²⁾. Han ocurrido grandes acontecimientos en el mundo y en la Iglesia, sobre todo el Concilio Vaticano II, y era lógico que las leyes canónicas se sometieran a un proceso de «aggiornamento». Ya que el Código, como se lee en la citada Constitución «es absolutamente necesario para la Iglesia. En efecto, puesto que ella está constituida como un cuerpo social y visible, también tiene necesidad de normas para que su estructura jerárquica y orgánica resulte visible; para que el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas divinamente, sobre todo la de la sagrada potestad y la de administración de los sacramentos, se lleve a cabo de forma adecuada; para que promueva las relaciones mutuas de los fieles con justicia y caridad, y garantice y defina los derechos de cada uno; y, finalmente, para que las iniciativas comunes, en orden a una vida cristiana cada vez más perfecta, se apoyen, refuercen y promuevan por medio de las normas canónicas»⁽³⁾.

El camino recorrido ha sido largo y áspero, desde aquel 25 de enero de 1959 en que el Papa Juan XXIII anunció al mundo la celebración del Concilio y la consiguiente reforma del Código⁽⁴⁾. Como es sabido el Concilio Vaticano II se inauguró el 11 de octubre de 1962 por Juan XXIII y fue clausurado por Pablo VI el 8 de diciembre de 1965.

La Comisión cardenalicia, creada por Juan XXIII poco antes de morir, se reunió una vez el 12 de noviembre de 1963, para un intercambio de pareceres y se acordó comenzar los trabajos a la terminación del Concilio⁽⁵⁾; y así ocurrió, runiéndose muchas veces la Comisión, consultando a todo el episcopado a través de las Conferencias Episcopales, a las Universidades, a los Dicasterios y otros organismos, así como a numerosos especialistas. Han tomado parte en los trabajos, de una manera más directa, 105 Cardenales, 212 Consultores (de los cuales 77 Arzobispos y Obispos, 73 Sacerdotes seculares, 47 religiosos, 3 religiosas y 12 seglares); en total han dedica-

do 6.375 horas de trabajo en comisión, lo que equivale a 266 días ininterrumpidos⁽⁶⁾. Han sido casi 20 años de dura y esforzada tarea; pues, como dijo Pablo VI en 1977 «la revisión del Código de Derecho Canónico no podía reducirse simplemente a una modificación, ni era un retoque del anterior... sino que conviene se convierta en un instrumento apropiado y acomodado en grado sumo a la vida de la Iglesia después de la celebración del Concilio Vaticano II⁽⁷⁾.

La recién estrenada Comisión formuló diez principios que uniformaran criterios para la ingente labor que comenzaban⁽⁸⁾. Fruto de todo ello ha sido un nuevo Código verdaderamente jurídico, que ha recogido, confirmando, abrogando o subrogando, la abundante legislación surgida después del Concilio⁽⁹⁾. El nuevo Código se presenta mejor sistematizado que el anterior. Se ha reducido el número de cánones, pues tiene 1752, frente a los 2414 del anterior. El esquema del nuevo Código, dividido en siete libros, es el siguiente:

Libro I. *De las normas generales* (cc. 1-203).

Libro II. *Del pueblo de Dios* (cc. 204-746).

Parte I. De los fieles cristianos.

Parte II. De la constitución jerárquica de la Iglesia.

Parte III. De los Institutos de vida consagrada y de las sociedades de vida apostólica.

Libro III. *La función de enseñar de la Iglesia*. (cc. 747-833).

Libro IV. *De la función de santificar de la Iglesia*. (cc. 834-1253).

Parte I. De los Sacramentos.

Parte II. De los demás actos del culto divino.

Parte III. De los lugares y tiempos sagrados.

Libro V. *De los bienes temporales de la Iglesia* (cc. 1254-1310).

Libro VI. *De las sanciones en la Iglesia* (cc. 1311-1399).

Parte I. De los delitos y penas en general.

Parte II. De las penas para cada uno de los delitos.

Libro VII. *De los procesos* (cc. 1400-1752).

Parte I. De los juicios en general.

- Parte II. Del juicio contencioso.
- Parte III. De algunos procesos especiales.
- Parte IV. Del proceso penal.
- Parte V. Del procedimiento en los recursos administrativos y en la remoción o el traslado de los párrocos.

En el libro II se recogen los derechos y deberes de los fieles, aunque los encontramos también a través de todo el Codex.

Vamos a esbozar las normas fundamentales referentes al matrimonio y que se contienen en el libro IV, y, en la parte procesal, en el libro VII. Se han incorporado muchas normas dictadas a partir del Concilio, así como el avance de la jurisprudencia y de la doctrina; se han tenido muy en cuenta los descubrimientos de las ciencias antropológicas y el mejor conocimiento que hoy se tiene del hombre; y todo se ha inspirado en las grandes aportaciones del Concilio, que resalta la dignidad de la persona humana, a la que todas las instituciones han de servir⁽¹⁰⁾, y ha profundizado tanto en un mejor conocimiento de la misma Iglesia⁽¹¹⁾.

2. EL MATRIMONIO.

2,1. Aspectos generales.

2,1,1. Noción de matrimonio.

Con la palabra «matrimonio» se comprende tanto el aspecto negocial como el vincular. Es lo que la doctrina canonística ha consagrado con las palabras matrimonio *in fieri* o como acto, y el matrimonio *in facto esse* o como estado resultante de la válida celebración. El término, por tanto, de matrimonio, es anfibológico.

Quizá fue ésta una de las razones por las que el Código de 1917 no quiso dar directamente una definición del matrimonio, aunque los cánones 1081 y 1082 aportaban elementos suficientes para elaborarla, teniendo en cuenta las características del matrimonio cristiano. Y así lo hizo la doctrina.

La tradición jurídico canónica parte de las clásicas definiciones del Derecho Romano. La de Modestino: «las nupcias son la unión del varón y de la mujer, consorcio de toda la vida, comunicación en el derecho divino y humano»⁽¹²⁾. La otra, del Código Justiniano, y atribuida a Ulpiano: «Nupcias o matrimonio es la unión del varón y de la mujer que contiene la comunión indivisible de vida»⁽¹³⁾. Estas definiciones son ya recogidas por el Maestro Graciano⁽¹⁴⁾ y las leemos en las Decretales de Gregorio IX⁽¹⁵⁾ con ligeros retoques. Y ya después del Codex, se hizo clásica la definición de Cappello: «El matrimonio es la unión legítima, perpétua y exclusiva, entre varón y mujer, nacida de su mutuo consentimiento, ordenada a la procreación y educación de la prole»⁽¹⁶⁾. Otros autores apuntan definiciones—o más bien descripciones—semejantes.

Pero ya hace tiempo que estas definiciones no satisfacían a muchos, por considerarlas incompletas y no subrayar otros elementos importantes y quizá más trascendentales. Sobre todo desde que el Concilio Vaticano II dedicó todo un capítulo de la grandiosa Constitución «Sobre la Iglesia en el Mundo Actual» al matrimonio, y a ensalzar la importancia del amor conyugal⁽¹⁷⁾. Se llega así a una visión mucho más personalista y profunda del matrimonio. Luis Vela ha realizado un estudio muy profundo y documentado sobre las aportaciones de la *Gaudium et Spes* al matrimonio⁽¹⁸⁾. Llega a decir que el amor conyugal es la idea matrimonial central de la GS y que todo se aborda desde el ángulo del amor, como fuerza viva que sostiene al matrimonio en su desarrollo existencial. «El amor conyugal, amor humano—continúa dicho Autor—que es el único que posee un elemento *educativo*, no es un sentimiento, aunque el sentimiento puede acompañar al amor, ni es un acto o serie de actos, sino que es un estado (no estático) que lleva a la transformación real de la persona. Amar es ser otro. Este amor incluye esencialmente el carácter sexuado de la persona y la sexualidad misma... Esté ser—el—uno—para—el—otro, que define al varón y a la mujer es, desde el punto de vista antropológico, una *realidad*, que no puede reducirse a ninguna otra... Esta sexualidad es de carácter personal y personalizante y su raíz y su fin es el *Amor*»⁽¹⁹⁾. Y va explicando como ese amor es a) interpersonal, b) dignificante, c) ético, ya que el amor a la persona como valor y en cuanto valor hace que se convierta en ético, d) ético-jurídico, pues supone dos voluntades de compromiso para siempre, e) primariamente

te unitivo, «comunidad conyugal», y f) también procreativo. Este amor interpersonal, en el que *la persona misma es el medio* de la relación, tiene una estructura *esencialmente jurídica*, protegida luego por la Ley⁽²⁰⁾.

Volviendo al Vaticano II, leemos en la ya mencionada Constitución *Gaudium et Spes*: «Fundada por el Creador y en posesión de sus propias leyes, la íntima comunidad conyugal de vida y amor está establecida sobre la alianza de los cónyuges, es decir sobre su consentimiento personal e irrevocable. Así, del acto humano, por el cual los esposos se dan y se reciben mutuamente, nace, aun ante la sociedad, una institución confirmada por la ley divina. Este vínculo sagrado, en atención al bien tanto de los esposos y de la prole como de la sociedad, no depende de la decisión humana. Pues el mismo Dios es el autor del matrimonio, al que ha dotado con bienes y fines varios...»⁽²¹⁾. Dejemos el estudio de los antecedentes doctrinales y científicos que impulsaron a los Padres a redactar esta descripción del matrimonio⁽²²⁾. Lo que nos interesa resaltar ahora es que la doctrina del Vaticano II es el fundamento de la descripción que del matrimonio hace el Nuevo Código en el canon con que inaugura el título sobre el Matrimonio, el canon 1055:

«La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados».

Como se ve, esta definición o descripción del matrimonio es mucho más rica, desde todos los puntos de vista, que la que se deducía de los cánones 1081 y 1082 del Código de 1917. Notemos que se define el matrimonio como «*consortium totius vitae*», que comprende el *ius in corpus* del antiguo canon 1081, §82, pero también mucho más. Por tanto el matrimonio *in fieri* será la decisión personal, que no puede ser suplida por nada ni por nadie, por la que se acepta y se da todo ese contenido. Y el matrimonio *in facto esse* será ese mismo consorcio de toda la vida, ya constituido. En un principio se utilizó la palabra *coniunctio*, luego se sustituyó por *communio*, para triunfar definitivamente la de *consortium* que recoge el texto⁽²³⁾. Apuntemos también la importancia de la palabra «*foedus matrimoniale*»

(alianza matrimonial). La expresión foedus, pacto o alianza, es mucho más rica que la de contractus empleada en el Código de 1917, que hoy en el mundo jurídico se reserva más bien a los acuerdos de carácter económico.

2,1,2. El problema de los fines.

Muy importante también es el cambio verificado respecto a los tradicionalmente llamados *fines del matrimonio*. Cualquier estudioso del Derecho Canónico recuerda que fue San Agustín quien elaboró por vez primera una doctrina sobre los bienes del matrimonio: bien de la prole, de la fidelidad y del sacramento o indisolubilidad. Trilogía que ha sido aceptada por la tradición doctrinal hasta nuestros días⁽²⁴⁾. En íntima relación con estos bienes, se fue construyendo el esquema sobre los fines del matrimonio. Pero fue el Código de 1917 el que de una manera más clara y terminante habla de los tres fines del matrimonio, jerarquizándolos, con los conceptos de primario y secundario. Efectivamente, dice el canon 1013,§1 del antiguo Codex:

«La procreación y la educación de la prole es el fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia es su fin secundario».

Y la doctrina daba una interpretación muy estricta a estos fines, de tal manera que el secundario estaba totalmente subordinando al primario⁽²⁵⁾.

El Concilio Vaticano II, y concretamente en la Constitución *Gaudium et Spes*, dio un giro copernicano a esta concepción jerarquizada de los fines del matrimonio. No se hace una recensión exhaustiva de los fines, y, sobre todo, no se apunta ninguna prioridad respecto a los mismos. La cuestión se deja abierta a la elaboración doctrinal y jurisprudencial, principalmente en lo referente al «*bonum coniugum*». Con razón el eminente Profesor García Barberena, refutando a P. Fedel⁽²⁶⁾, pudo escribir: «Decir que nada ha cambiado, que sigue vigente la doctrina tradicional, que todo cuanto el Concilio dice sobre la *communitas vitae et amoris* y sobre el amor conyugal son frases de un documento pastoral sin trasfondo doctrinal ninguno, es ignorar el proceso de elaboración de los textos y negarse a leer el Concilio en serio»⁽²⁷⁾.

Forzosamente el nuevo Código tenía que hacerse eco de la evolución doctrinal en este aspecto. Y así el canon 1055, dice:

«La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, *ordenado* por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole...»

Como se ve, no se hace una enumeración exhaustiva. No se establece una jerarquía de fines. El concepto «bien de los cónyuges» es suficientemente amplio para englobar otros fines tanto objetivos como subjetivos. Y no hay ninguna mención expresa al «*remedium concupiscentiae*» del Codex anterior.

2,1,3. Situación jurídica de los hijos, y familia.

La mayoría de edad se alcanza ahora a los 18 años (canon 97, §1), en lugar de los 21 requeridos por el Codex del 17. El hijo tiene el domicilio o quasi domicilio de aquel a cuya potestad está sometido; pero a partir de los siete años puede adquirir también cuasidomicilio propio, y, si está legitimamente emancipado de acuerdo con el derecho civil, incluso domicilio propio (canon 105,§1).

En cuanto a la situación de los hijos legitimados se ha suavizado mucho la legislación anterior. ahora dice el canon 1140:

«Por lo que se refiere a los efectos canónicos, los hijos legitimados se equiparan en todo a los legítimos, a no ser que en el derecho se disponga expresamente otra cosa».

Antes no podían ser Obispos, ni mucho menos Cardenales.

El cuasidomicilio se adquiere ahora por la permanencia en un lugar durante tres meses (canon 102, §2) en lugar de los seis meses requeridos antes.

El lugar de origen de los hijos es el del de los padres. Pero se abandona la preeminencia del padre, de tal modo que si no tuvieran el mismo domicilio, será el de la madre (canon 101, §1).

Finalmente rige el principio de igualdad absoluta de los esposos. Dice efectivamente en canon 1135:

«Ambos cónyuges tienen igual obligación y derecho respecto a todo aquello que pertenece al consorcio de la vida conyugal».

En cambio en el Codex anterior se refería más bien al campo de la igualdad respecto a la actividad sexual⁽²⁸⁾.

En el canon 1136, se recuerda que:

«Los padres tienen la obligación gravísima y el derecho primario de cuidar en la medida de sus fuerzas de la educación de la prole, tanto física, social y cultural, como moral y religiosa».

Notemos que se dice un *derecho primario*, frente al de la sociedad civil. Las normas referentes a la educación católica y las escuelas y universidades se recogen en el Título III del libro III, cánones 793 al 821. Sería excedernos de los límites de nuestro trabajo, exponer aquí, ni siquiera sumariamente, las disposiciones al respecto. Sólo diremos que se recogen principios de la declaración sobre la educación del Concilio Vaticano II⁽²⁹⁾, así como de pactos y tratados internacionales⁽³⁰⁾.

2,2. *Impedimentos.*

2,2,1. *Impedimentos y su dispensa.*

También aparecen importantes innovaciones respecto a los impedimentos matrimoniales. Se han suprimido todos los impedimentos antes llamados impeditivos⁽³¹⁾; recordemos que el matrimonio celebrado con

esos impedimentos, sin dispensa, era ilícito, pero válido. Se han suprimido también los impedimentos llamados antes de grado menor y que recogía el antiguo canon 1042, con lo cual los mismos impedimentos dirimentes han quedado simplificados y reducidos en su extensión. Pero se mantiene el antiguo impedimento de mixta religión, recogiendo las disposiciones post-conciliares al respecto, que mitiga en mucho la disciplina anterior⁽³²⁾, y le dedica un capítulo autónomo, el VI (canones 1124-1129), sacándolo del contexto de los impedimentos. Y se dan una serie de cautelas para la celebración de estos matrimonios, que también se tendrán que observar cuando se dé el impedimento dirimente de disparidad de cultos.

Respecto a los impedimentos dirimentes en particular hemos de resaltar lo siguiente: se ha suprimido el antiguo impedimento de parentesco espiritual⁽³³⁾. Se mantiene el límite de edad para contraer matrimonio, 16 años para el varón y 14 para la mujer, aunque la Conferencia Episcopal podrá exigir una edad superior, pero sólo para la licitud (canon 1083). En cuanto a la impotencia, se recoge el progreso de la doctrina en los últimos años, sobre todo a partir del famoso «Decretum» de la Congregación de la Fe, del 13 de mayo de 1977⁽³⁴⁾; y así el nuevo canon 1084 habla de impotentia *coeundi*, y no simplemente de impotencia como lo hacía el antiguo Codex en el canon 1068, con lo cual se matiza mucho el alcance del impedimento, ya que no se necesita, como antes exigía la doctrina y la jurisprudencia, «verum semen a testiculis elaboratum», bastando poder realizar la cópula natural y en modo humano y emisión de cualquier líquido elaborado en otras glándulas. Se añade también que si el impedimento es dudoso, de derecho o de hecho, ni se puede impedir el matrimonio, ni se puede declarar nulo. Otra cláusula muy importante: la esterilidad *dolosamente* ocultada a la otra parte para obtener el consentimiento, haría inválido el matrimonio a tenor del canon 1098 que luego comentaremos.

Se transforma el antiguo impedimento de «voto solemne» por el de «voto público perpetuo de castidad en un instituto religioso» (canon 1088). El llamado impedimento de crimen, que antes comprendía también el adulterio con promesa o atención del matrimonio (canon 1075 del antiguo Codex), ahora queda reducido al caso de conyugicidio (canon 1090). La consanguinidad en línea colateral se reduce al cuarto grado, que corresponde al

antiguo segundo grado; pues otra variación notable es que el modo de contar los grados ya no es según el sistema germánico, sino el romano, más simple y adoptado por la mayoría de los Códigos europeos⁽³⁵⁾. La afinidad sólo será impedimento en línea recta (canon 1092). Finalmente en cuanto a la adopción, ya no se canoniza la ley civil de cada país, como decía el antiguo canon 1080, sino que se establece claramente el impedimento en línea recta o en colateral hasta el segundo grado (canon 1094). Se mantiene el resto de los impedimentos que aquí no hemos tratado expresamente.

En cuanto a la dispensa de estos impedimentos, el nuevo Código recoge ya la nueva disciplina implantada a partir del Vaticano II, y que suavizó muchísimo la rígida disciplina anterior⁽³⁶⁾. Incluso la suaviza más, concediendo amplias facultades a los Ordinarios. Así el canon 1078, §2, dice:

«Los impedimentos cuya dispensa se reserva a la Sede Apostólica son:

1.º—El impedimento que proviene de haber recibido las sagradas órdenes o del voto público perpetuo de castidad en un instituto religioso de derecho pontificio.

2.º—El impedimento de crimen».

De todos los demás puede dispensar el Ordinario de lugar, en circunstancias normales.

En peligro de muerte, el Ordinario, e incluso el párroco o sacerdote que asiste, cuando no se pueda acudir al Ordinario pueden dispensar *de todos los impedimentos*, menos el surgido del orden sagrado de presbiterado, según dispone el canon 1079. A fuer de sinceros hemos de señalar que nos hubiera gustado más que no se hubiese hecho excepción alguna; también los sacerdotes, en peligro de muerte, creemos que merecen que se pueda legalizar, en la medida de lo posible, una situación ya creada. Excepción, por otra parte, que no aparecía en los últimos Esquemas del proyecto de Codex, y que fue añadida a última hora. Tampoco se incluye la antigua cláusula que se contemplaba en el canon 1043 «para atender a la conciencia y a la legitimación de la prole, si el caso lo pide»; pensamos que eran frases supérfluas, pues se sobreentiende que si se acude a celebrar el matrimonio religioso en peligro de muerte, será por motivos de conciencia.

2,2,2. Otras prohibiciones.

Sin que constituyan impedimento, el nuevo Código establece una serie de prohibiciones para asistir al matrimonio en ciertos supuestos bien delimitados. Dice el canon 1071, §§§:

«§,1. Excepto en caso de necesidad, nadie debe asistir sin licencia del Ordinario del lugar:

1.º, al matrimonio de los vagos;

2.º, al matrimonio que no puede ser reconocido o celebrado según la ley civil;

3.º, al matrimonio de quien esté sujeto a obligaciones naturales nacidas de una unión precedente, hacia la otra parte o hacia los hijos de esa unión;

4.º, al matrimonio de quien notoriamente hubiera abandonado la fe católica;

5.º, al matrimonio de quien esté incurso en una censura;

6.º, al matrimonio de un menor de edad, si sus padres lo ignoran o se oponen razonablemente;

7.º, al matrimonio por procurador, del que se trata en el c. 1105.

§ 2. El Ordinario del lugar no debe conceder licencia para asistir al matrimonio de quien haya abandonado notoriamente la fe católica, si no es observando con las debidas adaptaciones lo establecido en el c. 1125»⁽³⁷⁾.

Nos parece muy oportuna esta normativa. Pero observemos que no se trata de verdaderos impedimentos; por tanto, si alguien no cumple la norma y asistiera a dichos matrimonios sin la licencia del Ordinario, el matrimonio sería válido. Subrayamos el respeto por las exigencias del derecho natural (p. 3.º) y por el derecho civil (p. 2.º y 6.º). Dificultades surgirán para interpretar lo que se entiende por abandonar *notoriamente* la fe católica. Quizá ayude mucho a una recta comprensión lo que dice el Papa Juan Pablo II en su reciente Exhortación Apostólica «Familiaris consortio».

2.3. El consentimiento, incapacidades y los vicios del mismo.

2,3,1. Nociones.

Es bien sabido que un matrimonio, en Derecho Canónico, puede ser declarado nulo por estos grandes capítulos: 1) Inhabilidad de las partes; 2) Vicios del consentimiento. 3) Defecto de forma. Y el proceso de nulidad tiende precisamente a demostrar que nunca llegó a surgir el matrimonio por uno o varios de los puntos antes mencionados. De tal modo que si nace el matrimonio, y luego es consumado, no se puede disolver por nadie. Si se demuestra que el matrimonio no llegó a surgir, entonces tiene lugar la declaración de nulidad de matrimonio, o sea, aquello que se creía matrimonio, nunca llegó a serlo. Por esto no puede declararse nulo un matrimonio porque haya cesado el amor⁽³⁶⁾, o por otra causa posterior. El matrimonio es válido o nulo desde el principio.

En el Nuevo Código contemplamos una exigencia mayor respecto al consentimiento, una elaboración más cuidada respecto a los requisitos por parte de la voluntad para contraer verdadero matrimonio; se amplía así el abanico de posibles causas de nulidad matrimonial. Se han recogido los grandes avances de las ciencias antropológicas y de la misma jurisprudencia canónica. Ciertamente, por este capítulo, la Comisión Pontificia para la revisión del Codex merece los mejores plácemes. Veamos los aspectos más notables.

El mismo concepto de consentimiento se ha puesto lógicamente al principio del tratado sobre el Matrimonio, después de repetir que las propiedades esenciales son la unidad y la indisolubilidad, y constatar que la causa eficiente del matrimonio es el consentimiento. Para resaltar el progreso de la nueva redacción, transcribimos en paralelo los textos de la redacción del 17 y la actual:

Codex de 1917

Canon 1081,§2:

«El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el cual ambas partes dan y aceptan el derecho perpetuo y exclusivo sobre el cuerpo en orden a los actos que de suyo son aptos para engendrar prole».

Codex de 1983

Canon 1057,§2:

«El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio».

Hace años el Profesor L. Vela construyó una definición del consentimiento que creemos recoge todos los elementos más importantes de dicho acto y su objeto. Decía así: «El consentimiento matrimonial es un acto de relación intersubjetiva, y, por lo tanto, formalmente jurídico, en el cual dos personas sexualmente distintas se entregan y aceptan mutuamente en cuanto personas para formar una íntima comunidad de vida y amor, perfectiva de sí mismas y abierta, por su propia índole a la procreación y educación de la prole»⁽³⁹⁾. La aceptamos plenamente, aunque añadiríamos «comunidad de vida y amor *perpetua y exclusiva...*».

2,3,2. Incapacidades y vicios del consentimiento.

Pasemos a las innovaciones más notables. Una de ellas la contenida en el canon 1095:

«Son incapaces de contraer matrimonio:

- 1.º, quienes carecen de suficiente uso de razón;
- 2.º, quienes tienen un grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se han de dar y aceptar.
- 3.º, quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica».

Es este un texto totalmente nuevo, que ha merecido una larga y profunda discusión en el seno de la Comisión hasta última hora. Recoge, sin duda, los avances de la jurisprudencia reciente que ya venía dictando nulidades por estos capítulos. Pero sobre todo, abre un horizonte muy amplio, que la doctrina y la jurisprudencia de los Tribunales irán desarrollando. Ya hay abundante literatura al respecto; pensemos en la gran variedad de anomalías psíquicas que nos describen los manuales, y que pueden incidir de algún modo en la prestación del consentimiento, o en una incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, o incluso para formarse un juicio no meramente especulativo, sino concreto y práctico acerca de los derechos y deberes del matrimonio.

Otro punto que ha merecido una atención especial y ha sufrido sustanciales cambios y constituye una notable innovación, subsanando así

una lamentable laguna del Codex del 17, ha sido lo referente al error y al dolo. Veamos en líneas paralelas las disposiciones del Código de 1917 y la del de 1983:

Codex 1917

C. 1083,§1. «El error acerca de la persona misma hace inválido el matrimonio.

§2. El error acerca de las cualidades de la persona, aunque él sea causa del contrato, lo invalida solamente:

1.º Si el error acerca de las cualidades de la persona redunda en error acerca de la persona misma;

2.º Si una persona libre contrae matrimonio con otra a la que cree libre, pero que es esclava con esclavitud propiamente dicha».

C. 1084. «El simple error acerca de la unidad, de la indisolubilidad o de la dignidad sacramental del matrimonio no vicia el consentimiento matrimonial aunque dicho error sea causa del contrato».

Codex 1983

C. 1097,§1. «El error acerca de la persona hace inválido el matrimonio.

§2. El error acerca de una cualidad de la persona, aunque sea causa del contrato, no dirime el matrimonio, a no ser que se pretenda esta cualidad directa y principalmente».

C. 1098. «Quien contrae matrimonio engañado por dolo provocado para obtener su consentimiento, acerca de una cualidad del otro contrayente, que por su naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal, contrae inválidamente».

C. 1099. «El error acerca de la unidad, de la indisolubilidad o de la dignidad sacramental del matrimonio, *con tal que no determine la voluntad*, no vicia el consentimiento matrimonial».

Los estudiosos del Derecho Canónico saben bien que en los últimos años ha habido una gran polémica doctrinal sobre el error. La jurisprudencia, por otra parte, ha horadado campos nuevos, no negamos que en ocasiones quizá con titubeos y, a veces, yendo más allá de lo que permitía la norma del antiguo Codex y la mens legislatoris. Desgraciadamente no tenemos ni tiempo ni espacio para exponer con amplitud estos temas, dentro de las limitaciones que exige este artículo, que pretende sólo exponer de una manera general las novedades más importantes del nuevo Codex en materia matrimonial.

Permítasenos tan sólo resaltar que, respecto al nuevo canon 1097,§2, afortunadamente se ha oído la aguda observación del eminente Profesor A. Mostaza, y de otros, en el sentido de que se suprimiera «el error redundans», que aparecía en el esquema anterior al Código, por inútil y por el gran peligro que esto entrañaba⁽⁴⁰⁾.

El canon 1098 es completamente nuevo. Creemos que el Código así, con un gran sentido del carácter personalista del matrimonio, sale al frente de aquellas sangrantes situaciones en que una persona es engañada en algo *grave* relacionado con la convivencia o consorcio conyugal, y que si hubiera sabido tal circunstancia probablemente no se hubiera casado. No negamos el riesgo de interpretación de este canon; pero hemos de confiar también en la ciencia y prudencia de los jueces eclesiásticos, que sin duda seguirán los derroteros que vayan marcando tanto la jurisprudencia de la Rota Romana y altos Tribunales, como la exégesis de probados autores. Observemos además que la Jurisprudencia ya venía dictando sentencias de nulidad por este capítulo⁽⁴¹⁾. Y ya en el año 1957 el Profesor H. Flatten, de la Universidad de Tubinga, publicó un opúsculo pidiendo la incorporación del error doloso en el canon 1083⁽⁴²⁾. Los Autores ya han escrito mucho sobre casos que se pueden contemplar en este nuevo canon⁽⁴³⁾ y en los últimos años la jurisprudencia de diversos Tribunales ha dictado numerosas sentencias de nulidad por cualidades graves dolosamente ocultas. Piénsese, por ejemplo, en los siguientes casos: 1, Error sobre la fe católica de la otra parte. 2, Falta de sinceridad en las cauciones, en caso de matrimonios mixtos. 3, La comisión de un delito grave, homicidio, genocidio, estafa de grandes proporciones, aunque estuvieran ya penados y

cumplida la sentencia. 4, Buscado por la justicia, de la que ha huido a otro país, por graves delitos. 5, Sobre la prole habida en otra unión, legítima o ilegítima. 6, Sobre el estado social. 7, Presentarse como muy honesto, religioso y con un buen trabajo, cuando se es todo lo contrario. 8, Ocultar una enfermedad grave e incurable, que pueda afectar la convivencia, que sea contagiosa o hereditaria, e.g. epilepsia, sífilis, etc. 9, Ocultar la esterilidad. 10, El embarazo «ab alio». 11, Error sobre el padre de la prole recibida o aceptada, etc. No se trata de una lista exhaustiva. Pero creemos que las causas expuestas son suficientemente serias como para perturbar gravemente la convivencia o consorcio de vida. De todas y cada una de estas causas hemos leído sentencias de nulidad dictadas por diversos Tribunales, incluso de la Rota. Naturalmente siempre se habían ocultado y se había engañado *dolosamente*.

Se mantienen el resto de los vicios tradicionales del consentimiento. Así la simulación total y la parcial, o exclusión del bien de la prole, de la fidelidad y de la indisolubilidad (canon 1101). Respecto al matrimonio condicionado, manteniendo los principios, en cuanto a la de presente y pasado, se simplifica lo referente a la condición de futuro, con esta importante norma: «No puede contraerse válidamente matrimonio bajo condición de futuro» (canon 1102, §1). En lo referente al miedo como causa invalidante del matrimonio, ya no se exige, como antes, que sea «iniuste incussus»; se añade la cláusula «incluso el no inferido de propio intento»; con lo cual se supera la famosa discusión del miedo directo o indirecto, y que el legislador de 1917 dejó voluntariamente sin resolver⁽⁴⁴⁾.

2.4. *La forma canónica.*

Se mantiene, en el canon 1108, la forma canónica establecida por el Decreto Tametsi del Concilio de Trento y las modificaciones del Decreto Ne Temere de 1907⁽⁴⁵⁾, que recogió el Codex de 1917. Con lo cual se rechazan las aspiraciones de algunos autores que pretendían que se suprimiera la forma canónica para la validez del matrimonio⁽⁴⁶⁾. Es más, queda fortalecida la idea de la necesidad de contraer ante un ministro o representante de la comunidad eclesial, cuando se autoriza que donde no haya sacerdotes o diáconos, el Obispo, con el voto de la Conferencia episcopal y la li-

cencia de la Santa Sede puede delegar a laicos para que asistan al matrimonio (canon 1112). Nos parece una postura lógica, ya que el matrimonio es esencialmente un sacramento comunitario y por tanto siempre debe asistir alguien «nomine Ecclesiae».

El Ordinario y el párroco pueden dar delegaciones incluso generales a sacerdotes y diáconos para que asistan a matrimonios dentro de su territorio (Canon 1111). En peligro de muerte, o cuando no se pueda tener un ministro competente, y se prevea que la situación va a durar un mes, podrán contraer ante sólo dos testigos (canon 1116).

Una innovación importante. Están exentos de observar la forma canónica aquellos que, *por un acto formal*, han abandonado la Iglesia católica (canon 1117). Por tanto, a partir de la entrada en vigor del nuevo Codex, aquellos, aun bautizados, que de una manera consciente y responsable celebren matrimonio civil y hubiesen abandonado previamente la Iglesia católica con un acto formal, contraerán válidamente incluso para el derecho de la Iglesia. Aspecto que tendrán que tener muy en cuenta los párrocos; pues si algunos de ellos después quisiera contraer canónicamente con otra persona, no podrá hacerlo por existir el impedimento de vínculo o ligamen; a no ser que previamente haya obtenido una disolución o declaración canónicas de nulidad de su matrimonio anterior.

3. PARTE PROCESAL MATRIMONIAL.

Trataremos de resumir los puntos más importantes. A tenor del canon 1673, que recoge en parte lo establecido ya por el Motu Proprio «Causas Matrimoniales» del 28 de marzo de 1971, el fuero competente para resolver una causa de nulidad será:

- «1.º, el tribunal del lugar en que se celebró el matrimonio.
- 2.º, el tribunal del lugar en que el demandado tiene su domicilio o cuasidomicilio.
- 3.º, el tribunal del lugar en que tiene su domicilio la parte actora, con tal de que ambas partes residan en el territorio de una

misma Conferencia Episcopal, y dé su consentimiento el Vicario judicial (Provisor) del domicilio de la parte demandada, habiendo oído a ésta.

4.º, el tribunal del lugar en que de hecho se han de recoger la mayor parte de las pruebas, con tal de que lo consienta el Vicario judicial del domicilio de la parte demandada, previa consulta a ésta por si tiene alguna objeción».

Afortunadamente se ha suprimido el lamentable fuero por «residencia no precaria», que leemos en el Motu Proprio «Causas Matrimoniales»⁽⁴⁷⁾; todos sabemos las fugas de causas al extranjero que propició, incluso a tribunales «fantasmas», con el consiguiente escándalo, y llenando páginas de la llamada prensa del corazón.

Además ahora «son hábiles para impugnar el matrimonio:

1.º, los cónyuges;

2.º, el promotor de justicia, cuando la nulidad se ha divulgado si no es posible o conveniente convalidar el matrimonio» (canon 1674). Se ha suprimido por tanto la prohibición del antiguo canon 1971; así como la contenida en el art. 35§3 de la Inst. «Provida Mater»⁽⁴⁸⁾. Se ha suprimido el antiguo canon 1654; por tanto también los excomulgados pueden ser parte en el proceso canónico.

Se ha eliminado la figura de la «contumacia», un tanto ofensiva para el litigante. Se sustituye por la de «ausencia» (canon 1592).

También notable que en los casos de proceso documental o sumario, será el Vicario judicial o el juez por éste designado quien dicte sentencia (canon 1686). antes era el Ordinario (canon 1990). Se mantiene la ampliación que contemplaba el M. P. «Causas Matrimoniales», o sea, que conste por documento que no admita objeción ni excepción, la existencia de un impedimento dirimente o defecto de forma, o falta de mandato válido de procurador.

Se recoge la innovación importante del M.P. «Causas Matrimoniales» de modo que la Conferencia Episcopal puede permitir que se nombren jueces también a laicos, incluso mujeres; y que uno de ellos pueda formar parte del Tribunal Colegiado (canon 1421,&2).

Se afirma que los abogados tienen derecho a asistir al examen de las partes, de los testigos y de los peritos, salvo circunstancias especiales (canon 1678), así como a conocer las actas judiciales, aunque no estén publicadas.

Se manda que las causas en primera instancia no duren más de un año, y en segunda más de seis meses (canon 1453). Con lo cual, sin duda, se agilizarán mucho las causas. Máxime cuando ahora los Tribunales eclesiásticos españoles ya no tienen que resolver las causas de separación, que afortunadamente pasaron a la jurisdicción civil. Sin embargo se amplía a quince días el plazo para apelar (canon 1630), cuando antes era de diez días.

Finalmente, se mantiene el llamado principio del «favor iuris», o sea, que, en caso de duda, «se ha de estar por la validez del matrimonio, mientras no se pruebe lo contrario» (canon 1660). Notemos que esta presunción cede sólo ante la certeza moral contraria; no ante la simple probabilidad, ni siquiera ante la mayor probabilidad contraria. Certeza moral que ahora será más fácil formarse, dadas las grandes facultades concedidas al Juez en los cánones 1452 & 2 y 1600, para evitar la posibilidad de una sentencia gravemente injusta. Además, y esto es una importante innovación, el Juez, a no ser que las pruebas sean plenas por otro concepto, puede utilizar testigos de *credibilidad* de las partes y otros adminículos de prueba en *todas* las causas de nulidad, según el canon 1679. Antes esto estaba reservado sólo a los casos de impotencia y no consumación (canon 1975, & 1 del Codex del 17).

Además la sentencia deberá indicar los modos en que puede impugnarse (canon 1614), sin duda para evitar que por descuido del Letrado e ignorancia de la parte, ésta quede indefensa. Y no hay que olvidar que, como dice el canon 221:

«Compete a los fieles reclamar legítimamente los derechos que tienen en la Iglesia, y defenderlos en el fuero eclesiástico competente conforme a la norma del derecho».

Junio 1983.

NOTA: Próximamente aparecerá la edición del Nuevo Código de Derecho Canónico, en latín y castellano, editado por la BAC. Han anunciado también ediciones en castellano, con notas explicativas, tanto la Universidad de Navarra, ediciones Eunsa, como la Universidad de Salamanca, ediciones BAC.

NOTAS:

(1) J. M. PIÑERO, en su conocida obra sobre el Código, sostiene que entra en vigor la víspera, ya que litúrgicamente el primer día de Adviento comienza con las vísperas. No compartimos esta opinión, ateniéndonos al canon 202 §1: «En derecho se entiende por día el espacio de 24 horas contadas como continuas, y comienza a la media noche...». Cfr. J. M. PIÑERO, *Nuevo Derecho Canónico. Manual práctico* (Madrid 1983) p. 17.

(2) «Osservatore Romano» del 27 gennaio 1983. Y AAS. 75 (1983) VII-XIV.

(3) Const. Apost. «Sacrae disciplinae leges», ib.

(4) Allocuzione ai Cardinali... AAS 51 (1959) 68-69.

(5) *Communicationes* I (1969) 36.

(6) *Communicationes* 12 (1980) 220.

(7) AAS 79 (1977) 148 y PRAEFATIO, AAS 75 (1983) p. XXIV.

(8) Pueden verse en el Prefacio que antecede al Código, y cuya lectura recomendamos.

(9) La Biblioteca de Autores Cristianos recogió en un volumen toda la legislación postconciliar, haciendo varias ediciones. *Derecho Canónico Postconciliar*. (Madrid 1978); es la sexta edición.

(10) Vide Const. *Gaudium et Spes*. en *Concilio Vaticano II, Constituciones...* (Madrid 1965) 209-356.

(11) Const. sobre la Iglesia, ib. pp. 9-123.

(12) «Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio». D. 2, 2, 1.

(13) «Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuum consuetudinem vitae continens». I.1, 9, 1.

(14) c. 27, q.2, d.1.

(15) II, X, 2,3. También las Partidas de Alfonso X el Sabio, traen la siguiente definición: «Matrimonio es ayuntamiento de marido, e de muger, fecho con tal entención de beuir siempre en vno, e de non se departir; guardando lealtad cada vno dellos al otro, e non se ayuntando el varon a otra muger, nin ella a otro varon, biulendo ambos a dos». L. 1.^a, T.II, P. IV.

(16) F. M. CAPPELLO, *De Sacramentis*. Vol V De Matrimonio. (Taurinii 1950) p. 3.

(17) *Concilio Vaticano II. Constituciones...* BAC. (Madrid 1965) pp. 277 y ss.

(18) L. VELA, «La disciplina matrimonial vigente a la luz del Vaticano II y de la nueva codificación», en *Cuestiones Matrimoniales y Canónicas: Temática Actual*. (Madrid 1976) pp. 11-50.

(19) ib. pp. 36-40. Sin embargo no olvidamos que el amor, por sí sólo, es un elemento subjetivo del matrimonio y no de orden jurídico. Cuando no hay amor, normalmente habrá simulación u otro vicio del consentimiento. Cfr. Pablo VI, *Allocutio ad Praelatos Auditores...* AAS, 68 (1976) 204-208.

(20) ib. pp. 36-40.

(21) *Concilio Vaticano II, o.c. Cons. GS. n. 48, p. 278*.

(22) Quien desee profundizar en este aspecto, puede leer con provecho S. D. KOZUL, *Evoluzione della dottrina circa l'essenza del matrimonio dal C.I.C. al Vaticano II*. (Vicenza 1980). Y también J. HERVADA-P. LOMBARDIA, *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico*. 3 *Derecho Matrimonial*. (Pamplona 1973).

- (23) *Communicationes* 10 (1978) 125. Y *Schema* 1980 c. 1008,1.
- (24) Vide, p. e., A. BERNARDEZ CANTON. *Curso de Derecho Matrimonial Canónico*, (Madrid 1971), pp. 44-51.
- (25) Cfr. L. MIGUELEZ, *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, vol. II, (Madrid 1963) nn. 290-292. ampliamente recoge también esto, además de la evolución verificada por el Concilio Vaticano II, T. GARCIA BARBERENA, en «Esencia y fines del matrimonio en la Constitución "Gaudium et Spes"», en *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónica para Profesionales del Foro*. (Salamanca 1977), pp. 251-280.
- (26) P. FEDELE, «L'Ordinatio ad prolem» e i fini del matrimonio con particolare riguardo alla Costituzione *Gaudium et Spes* del Concilio Vaticano II, en *Ephemerides Iuris Canonici*, 23 (1967) 83.
- (27) T. GARCIA BARBERENA, O. c. p. 280.
- (28) El canon 1111 decía: «Uno y otro cónyuge, desde el momento de la celebración del matrimonio, tienen los mismos derechos y deberes en lo que se refiere a los actos propios de la vida conyugal». Inspirado en el dicho de San Pablo «El marido dé el débito a la mujer; e igualmente la mujer al marido» (I Corint. 7, 3).
- (29) Declaración «Gravissimum educationis momentum». Concilio Vaticano II, ...o. c. pp. 702-721.
- (30) Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado en las Naciones Unidas y suscrito por España el 28 de septiembre 1976 (B.O.E. del 30-IV-77). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 18. La Convención de la Lucha contra la Discriminación en la Enseñanza, de la Unesco (B. O. E. del 1-XI-69), etc.
- (31) En el Código de 1917, estaban comprendidos en los cánones 1056-1058.
- (32) Las más importantes son las siguientes: El Decr. «*Orientalium Ecclesiarum*» del Conc. Vaticano II, en Concilio Vaticano II, *Constituciones...* o. c., pp. 549-564. La Instr. «*Matrimonii Sacramentum*» del 18-III-1966, en AAS, 58 (1966), p. 235. El M. P. De *Episcoporum Muneribus*» del 15-VI-1966, AAS 58 (1966) pp. 467-472. El Decr. «*Crescens Matrimoniorum*» del 22-II-1967, AAS 59 (1967) 165. Y sobre todo el M. . «*Matrimonia Mixta*» del 31-III-1970, AAS 62 (1970) p. 257 s. y las «Normas de la Conferencia Episcopal Española para la aplicación de dicho Motu Proprio, del 25-I-1971, en *Ecclesia*, n. 1529 del 13-II-71.
- (33) *Codex* de 1917, canon 1079, por el que se prohibía el matrimonio entre el ministro y el padrino con el bautizado.
- (34) AAS 69 (1977) 426. Hay abundante bibliografía sobre el particular. Importante el estudio de A. PEREZ RAMOS, «Problemas que plantea el Decreto de la Sda. Congregación de la Doctrina de la Fe, sobre impotencia», en *Curso de Derecho Matrimonial...* 5, (Salamanca 1982), pp. 69-90. Nos remitimos a la bibliografía aquí citada.
- (35) Así dice el canon 108,§2: En línea colateral hay tantos grados cuantas personas hay en ambas líneas, descontando el tronco». Vide también el art. 918 del Código Civil español. Suponemos que el último inciso del art. 919 del mismo Código se tiene que considerar derogado por inútil.
- (36) Cfr. el Motu Proprio «*De Episcoporum Muneribus*» N. IX, 11-16, por el que sólo se reservaban a la S. Sede seis casos de impedimentos. Se promulgó en ASS 58 (1966) 467-472 y lleva fecha del 15 junio 1966. Puede verse también en *Derecho Canónico Postconciliar*, BAC (Madrid 1978) Doc. IX.

(37) Se refiere a las cautelas que se exigen para los matrimonios mixtos; pero ciertamente matizándolas mucho y acomodándolas a cada caso en particular.

(38) La Signatura Apostólica se ha definido sobre el particular, en una coram Staffa del 29 noviembre 1975, publicada en Periódica 66 (1977) 315 y ss. Recordemos también la alocución de Pablo VI, citada en la nota 19.

(39) L. VELA, o. c. p. 41.

(40) A. MOSTAZA RODRIGUEZ, Pervivencia del «error "redundans" en el Esquema de nuevo Código de Derecho Canónico», en Curso de Derecho matrimonial y procesal Canónico... 5, (Salamanca 1982) pp. 140-174. Artículo muy documentado con una amplia bibliografía sobre el tema, a la que nos remitimos.

(41) El Profesor A. MOSTAZA recoge las sentencias más notables, entre ellas la famosa coram Canals de 21 de abril de 1970, tanto en el art. antes citado, como en los siguientes: «El error doloso como causa de nulidad de matrimonio canónico» en XV Semana de Derecho Canónico. El Consentimiento matrimonial, hoy, (Salamanca 1976) pp. 113-191, y «De errore redundante in doctrina et iurisprudentia canonicis», en Periodica... 65 (1976) pp. 385-444.

(42) H. FLATTEN, Irritum und Täuschung bei der Eheschliessung nach kanonischem Recht. (Paderban 1957).

(43) Además de los artículos de A. Mostaza antes mencionados, V. REINA, «Error y dolo en el matrimonio canónico» (Pamplona 1977). G. DELGADO, Error y matrimonio canónico (Pamplona 1975). AA. VV., Il dolo nel consenso matrimoniale, (Cittá del Vaticano 1972), y muchos más. La bibliografía es abundantísima y su relación excede a las pretensiones de este trabajo.

(44) Vide A. BERNARDEZ CANTON, o. c. p. 217.

(45) Es del 2 agosto de 1907, AAS 40 (1907) 525-530.

(46) Henri Wagnon recogió las diversas opiniones al respecto, en el Congreso Internacional de Derecho Canónico, celebrado en Roma del 20 al 25 de mayo de 1968. Cfr. H. WAGNON, La forme canonique ordinaire du mariage, abolition ou reforme?, an Acta Conventus Int. Canonistarum. (Typ. Pol Vat. 1970) pp. 702-718. Sobre la forma vide también F. R. AZNAR GIL, «La revisión de la forma canónica del matrimonio en el Concilio Vaticano II» en Revista Española D. C. 38 (1982) pp. 507-534.

(47) Art. IV, §1, b) de dicho Motu Proprio. AAS 63(1971) 441 y ss. Y en Derecho Canónico Postconciliar, (Madrid 1978). Doc. XLIV, pp. 549-566.

(48) Del 15 de agosto de 1936, AAS 28 (1936) 313 y ss. Y en Código de Derecho Canónico, BAC (Madrid 1978) Apéndice V, pp. 957-1014.

**LAS COACCIONES LABORALES:
LOS PARRAFOS 2.º Y 3.º
DEL ARTICULO 496
DEL CODIGO PENAL**

Javier MIRA BENAVENT
Profesor de Derecho Penal

S U M A R I O :

- I. INTRODUCCION.
- II. EL MARCO SOCIO-POLITICO DEL NACIMIENTO DE LOS NUEVOS TIPOS DEL ARTICULO 496.
- III. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO.
- IV. LA CRITICA DE LOS NUEVOS TIPOS:
 - 1. Valoración Constitucional.
 - 2. Consideraciones de «lege ferenda»: el reciente artículo 177 bis del Código Penal.

I. INTRODUCCION

El párrafo 2.º del artículo 496 del Código Penal, al tipificar aquellas conductas consistentes en obligar a otras personas a través de la violencia o intimidación a iniciar o continuar una huelga, paro o cierre empresarial, pretende delimitar penalmente uno de los conflictos laborales más importantes: el fenómeno de la huelga.

La huelga ha sido definida por los especialistas en Derecho laboral como «un rechazo colectivo y concertado del trabajo, manifestando la intención de los trabajadores de situarse provisionalmente fuera del contrato, a fin de asegurar el éxito de sus reivindicaciones»⁽¹⁾; se trata, pues, de un fenómeno de *actuación colectiva*, de tal manera que cuanto mayor sea el número de trabajadores que secunden la huelga, mayores posibilidades de éxito tendrán éstos en la defensa de sus intereses frente al empresario. Del carácter colectivo que caracteriza a este medio de presión obrera se deriva, como contenido esencial del derecho de huelga, la posibilidad, más bien la necesidad, de que los trabajadores que hayan optado por el ejercicio de este derecho fundamental para defender sus intereses intenten conseguir que todos aquellos implicados en el conflicto laboral se unan a la huelga; entran en juego, entonces, los llamados *piquetes*, es decir aquellos grupos de trabajadores que ejercen, una vez declarada la huelga, la función de informar y dar publicidad de los motivos que la han originado y, al mismo tiempo, intentar convencer y extender la decisión colectiva a todos los trabajadores implicados en el conflicto: en una palabra, los piquetes tratan de *persuadir* a los demás trabajadores para que se sumen a la huelga⁽²⁾.

En este orden de cosas, los nuevos tipos adicionados al artículo 496 intentan delimitar penalmente esa acción de persuasión de los piquetes de trabajadores en huelga, incriminando aquellos casos en los que estos acudan a la violencia o intimidación; sin embargo, a pesar de que aparentemente sea esta la razón de ser de los nuevos tipos, su verdadera función en el ordenamiento punitivo es otra muy distinta, como así lo demuestra el estudio del momento histórico en que nacieron y del bien jurídico protegido. Por tanto, el objeto del presente trabajo no será el tratar de señalar dónde empieza y dónde acaba penalmente la acción lícita de los

piquetes⁽³⁾, ni tampoco el estudio de los elementos de los nuevos tipos⁽⁴⁾, sino que la tarea propuesta es la de denunciar la verdadera finalidad con que nacieron estos tipos, y que, como se verá, no es otra que la de obstaculizar o dificultar el recurso de los trabajadores a la huelga como medio de presión en los conflictos colectivos; de esta forma, los párrafos 2.º y 3.º del artículo 496 constituyen una situación anómala en la protección penal de los derechos fundamentales de la persona, desde el momento en que la Constitución de 1978 reconoce como tal en su artículo 28.2 «el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses».

Para llevar a cabo el trabajo propuesto se ha creído conveniente, como ya se ha apuntado, realizar en primer lugar un estudio de la coyuntura socio-política que introduce las coacciones de tipo laboral en el Código Penal; seguidamente se abordará el tema del bien jurídico protegido en los nuevos tipos para intentar descubrir cuáles son los valores o intereses que realmente se tratan de tutelar; y finalmente, con estos presupuestos como base, se acometerá la crítica, no sólo jurídico-penal, sino sobre todo constitucional, que merecen los párrafos 2.º y 3.º del artículo 496.

II. EL MARCO SOCIO-POLITICO DEL NACIMIENTO DE LOS NUEVOS TIPOS DEL ARTICULO 496.

La Ley 23/1976, de 19 de julio, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal relativos a los derechos de reunión, asociación, expresión de las ideas y *libertad de trabajo*, añadió dos nuevos párrafos al artículo 496 con el siguiente tenor literal:

«Incurrirán en las penas de arresto mayor en su grado máximo y multa de... los que actuando con violencia o intimidación, en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, obliguen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, paro o cierre empresarial».

«Serán castigados con la pena de prisión menor los que, actuando en la forma prevista en el párrafo anterior, fueren ajenos al conflicto o portaren armas o instrumentos peligrosos».

Según la Exposición de Motivos de la Ley, la introducción de los nuevos párrafos obedece a un intento de contrarrestar «la presencia y la creciente actividad agresiva de grupos organizados que se autodenominan piquetes de extensión de huelga, y que maltratan o intimidan a los trabajadores...»; sin embargo, a pesar de tal declaración, para comprender exactamente el sentido y la finalidad de los nuevos párrafos del artículo 496 hay que recordar la coyuntura socio-política en la que se fraguó esta reforma del Código Penal (4 bis).

La Ley de 19 de Julio de 1976 fue la consecuencia en el ámbito penal de otras dos Leyes que acababan de ser aprobadas recientemente: la Ley 17/1976, de 29 de mayo, reguladora del derecho de reunión y manifestación, y la Ley 21/1976, de 14 de junio, sobre asociaciones políticas; una vez en vigor estas dos leyes se hacía urgente la reforma de los preceptos penales que hasta ese momento habían regulado la materia objeto de modificación, toda vez que en dichas leyes se establecía que debían considerarse ilícitas y no permitidas aquellas reuniones, manifestaciones y asociaciones políticas tipificadas como tales en el Código Penal; para acomodar, pues, la legislación punitiva a la nueva regulación de los derechos de reunión y asociación política surgió la reforma de 1976, circunstancia que, además, fue aprovechada para introducir los nuevos párrafos del artículo 496 que aquí se estudian.

Toda esta actividad legislativa puede ser encuadrada en lo que por aquel entonces recibió el apelativo de «apertura política», y que no era más que un intento de perpetuar el régimen franquista acomodándolo a las nuevas necesidades políticas y sociales originadas tras la muerte de su creador mediante una serie de reformas que, aunque muy ruidosas y efectistas, no alteraban en lo más mínimo los presupuestos básicos del sistema⁽⁵⁾: se trataba, utilizando una expresión gráfica, de lavarle la cara al sistema. En este orden de cosas, la finalidad perseguida al introducir los nuevos tipos penales del artículo 496 del Código no era otra que la defender la estrecha concepción que el régimen franquista tenía de los conflictos colectivos y, en especial, de la huelga que, sin bien no estaba prohibida penalmente en todos sus aspectos^(5 bis), era meramente tolerada por las autoridades gubernativas siempre que los huelguistas observaran toda la

extensa serie de limitaciones impuestas por el Real Decreto Ley de 22 de mayo de 1975 sobre conflictos colectivos que la reducían a un instrumento ineficaz para las reivindicaciones laborales⁽⁶⁾; por tanto, al ser considerado el recurso a la huelga como algo excepcional, aunque no prohibido, los nuevos párrafos añadidos al artículo 496 permitían perseguir penalmente, bajo una pretendida tutela del derecho al trabajo, a aquellos trabajadores que trataran de incitar a otros a la huelga: es decir, se perseguía a los llamados piquetes de «*extensión*» de huelga, que además, normalmente, solían estar constituídos por aquellos trabajadores integrados en las organizaciones sindicales entonces clandestinas, quedando por esta vía obstaculizada su actividad en los conflictos colectivos.

Los párrafos 2.º y 3.º del artículo 496 constituyen, pues, la respuesta del régimen a la cada vez más tensa situación político-laboral que se vivía en las postrimerías del estado franquista: la creciente presión del movimiento obrero condujo a crear unos tipos nuevos y agravados de coacciones en vez de aplicar los ya existentes⁽⁷⁾. Además, la extrema sensibilidad del Régimen, reaccionario ante cualquier cuestión político-laboral que cayera fuera de sus coordenadas, se pone de manifiesto con la constatación de varios hechos significativos:

1. Por lo que se refiere a su colocación sistemática dentro del Código Penal, las nuevas figuras sufrieron muchas vacilaciones: El Consejo de Ministros en el que se acordó la remisión a las Cortes del anteproyecto de Ley de reforma del Código Penal incluía los nuevos tipos de coacciones ejecutadas por piquetes entre los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos (Capítulo XII del Título II del Libro II)⁽⁸⁾; semejante proposición no llegó a cuajar, aunque siguió discutiéndose su colocación. Para el Procurador Díaz-Llanos, las nuevas figuras de piquetes debían incluirse entre los *desórdenes públicos* en un nuevo artículo 247 bis, o en todo caso en un nuevo párrafo del artículo 222 (*Sediciones*), pues, para este Procurador, si las nuevas figuras se añadían como párrafos 2.º y 3.º del artículo 496 la competencia para conocer el delito, y eso era lo que según él había que evitar, correspondería a las Audiencias Provinciales, mientras que si se ubicaban entre los desórdenes públicos o entre las sediciones el fallo competiría al Tribunal de Orden Público⁽⁹⁾; en esta misma línea incluso se llegó a preguntar a la ponencia (tal era en aquel momento el trasfondo

emocional del tema) si los nuevos tipos de piquetes se aplicarían para reprimir las huelgas protagonizadas por estudiantes o profesores en los centros docentes⁽¹⁰⁾.

2. La Ley de 19 de julio de 1976 sobre modificaciones de determinados artículos del Código Penal contiene una considerable reducción de las penas correspondientes a los nuevos tipos reguladores de los derechos de reunión, manifestación y asociación; sin embargo, esta reducción de penas no alcanzó a la tipificación de las nuevas coacciones ejecutadas por piquetes, sino que, por el contrario, su penalidad se agravó respecto del tipo principal de coacción del párrafo 1.º del artículo 496.

3. El Real Decreto-Ley de 25 de enero de 1977 suprimió con carácter general la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas impuestas por actos contrarios al Orden Público contenida en la Ley de Orden Público; sin embargo, la Disposición Transitoria del Decreto-Ley preveía (y esto es lo significativo) que esta medida no se aplicaría durante el plazo de un año a las multas impuestas por actos contrarios al orden público que causen daños a establecimientos comerciales o de otro tipo, así como «a los que supongan coacciones para otras personas, ya consistan en obligarlas a realizar actos distintos a los queridos o a impedirles hacer lo que la Ley no prohíbe», aclarándose en el Preámbulo del Real Decreto-Ley que se trata de coacciones, «especialmente en su modalidad de piquetes, cualesquiera que sea su naturaleza». La Disposición Transitoria del Decreto describe la conducta de forma casi idéntica a como se hace en el tipo básico de coacciones del párrafo 1.º del artículo 496 del Código Penal; por ello, resultaba curioso, y así lo observó BOIX REIG, que cuando lo que fundamentalmente se pretendía era sancionar las coacciones en su modalidad de piquetes, deseo expresado en el Preámbulo del Decreto, se describiera la conducta de forma similar al citado tipo básico de coacciones, sin hacerse ninguna alusión al tipo específico de piquetes, es decir, a la conducta expresamente tipificada para tal fin en los párrafos 2.º y 3.º del artículo 496 del Código⁽¹¹⁾; de cualquier modo, concluía el autor citado, se trataba de conductas que, de realizarse, constituirían un delito tipificado en el artículo 496 del Código Penal, por lo que la Disposición Transitoria del Decreto de 25 de enero de 1977 contenía una grave limitación del principio «non bis in idem»⁽¹²⁾.

4. Y finalmente, por lo que respecta a los aspectos procesales del tema, el Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana, en su artículo 3.5.º establece la aplicación, en todo caso, de las normas de procedimiento del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (del procedimiento de urgencia para determinados delitos) a las causas seguidas por los delitos comprendidos en los párrafos 2.º y 3.º del artículo 496 del Código Penal (coacciones cometidas por piquetes).

Aparte de la situación de inconstitucionalidad que supone la vigencia de este Decreto-Ley al vulnerar el principio de reserva de Ley orgánica existente en materia pena⁽¹³⁾, el sometimiento de las causas seguidas por los delitos tipificados en los párrafos 2.º y 3.º del artículo 496 del Código Penal al procedimiento de urgencia regulado en los artículos 779 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a las reglas contenidas en el propio Decreto-Ley constituye una medida altamente criticable fundamentalmente por dos motivos: A. En primer lugar, porque comporta la aplicación de un procedimiento especial y extraordinario a una serie de delitos «sociales» frecuentemente perseguidos, como es el caso, entre otros, de la actuación violenta de piquetes, que no suelen ser cometidos por bandas o grupos organizados y armados (terroristas, que es a quienes el R. D. L. pretende perseguir), por lo que resulta desproporcionado que se apliquen a los piquetes las medidas restrictivas de las garantías jurisdiccionales contenidas en dicho decreto, como son la limitación de los recursos contra los actos y providencias dictados por los Jueces de instrucción o centrales (art. 6) o la posibilidad de decretar la prisión provisional incondicional, aunque el delito tenga señalada pena inferior a la de presidio o prisión mayores (art. 5)⁽¹⁴⁾; B. Y en segundo lugar, porque, como dice ARROYO ZAPATEIRO, la figura contenida en el artículo 496.2 del Código Penal ha sido incluida, por obra del Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, entre aquellos delitos de persecución preferente y primordial integrándose así «en el programa de acción prioritaria de las fuerzas de seguridad, ¡junto al terrorismo y los robos!»⁽¹⁵⁾. De esta manera, continúa diciendo el mismo autor, el artículo 496.2 cumple una función anti-huelga que no descansa en su tenor normativo, sino que se deriva del Decreto-Ley citado, porque «la combinación del delito especial y de la norma procesal extraordinaria viene a criminalizar de facto a lo piquetes de trabajadores en huelga en ge-

neral, y no sólo a los coactivos», convirtiéndose en un verdadero obstáculo para el libre ejercicio del derecho fundamental de huelga; sobre esta base, no es extraño que los cuerpos de seguridad del Estado estén facultados para actuar en el interior de las empresas en las que se ha declarado una huelga, pues basta una denuncia del empresario indicando la posibilidad de daños en las instalaciones para provocar, sin más comprobaciones, una intervención policial; con posterioridad, «los trabajadores detenidos permanecen horas o días en tal condición hasta ser entregados a la autoridad judicial, quien ante la inexistencia de hechos punibles les pone de inmediato en libertad. El daño a la acción organizativa y, en consecuencia al contenido esencial del derecho fundamental resulta, sin embargo, irreparable»⁽¹⁶⁾.

III. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El tema del bien jurídico protegido cobra especial interés cuando se le otorga una función de defensa y conservación de un orden establecido de intereses, cuyo equilibrio se considera indispensable para la supervivencia de un grupo social; no es extraño, pues, que se acostumbre a definir el bien jurídico protegido como un «valor» que merece la protección más fuerte de que dispone el ordenamiento jurídico: la protección Penal. Ante la perturbación de uno de estos valores básicos, el bien jurídico aparece como «nódulo» o corazón del delito, pues ofrece un criterio material sumamente decisivo en la interpretación y construcción de la teoría del delito y, por tanto, de los tipos penales en particular⁽¹⁷⁾. Se impone, por tanto, la determinación y el descubrimiento de aquellos valores o intereses a los que sirve de cobertura la nueva figura regulada en el párrafo 2.º del artículo 496 del Código Penal⁽¹⁸⁾.

La Exposición de motivos de la Ley 23/1976, de 19 de julio, justificaba la introducción de los nuevos párrafos adicionados al artículo 496 en base a que la actividad violenta o intimidatoria de los llamados piquetes de extensión de huelga constituye «no sólo una ofensa a la *libertad de trabajo*, sino también al mismo derecho de huelga, que descansa en la libertad personal del trabajador», suponiendo, «sin duda, un ataque a la seguridad de

los trabajadores»; estas afirmaciones, la semejanza estructural de las nuevas figuras con el tipo genérico de coacción y su ubicación final (después de muchas discusiones) en el artículo 496 (Cap. VI, Tit. XII, delitos contra la libertad y seguridad), son razones que pueden inducir a pensar que el bien jurídico protegido en estos tipos específicos de coacción es la «libertad laboral o de trabajo» del propio trabajador, opinión mantenida abiertamente por algún autor, como HIGUERA GUIMERA⁽¹⁹⁾; de respeto a la «libertad de trabajo» de los trabajadores que no quieran sumarse a la huelga habla también el artículo 6.4 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo; en la misma línea, los trabajos parlamentarios de la Ley de 19 de julio de 1976 demuestran cómo se repetía insistentemente que el bien jurídico protegido en las figuras de nueva creación era el «derecho al trabajo»⁽²⁰⁾, aunque algún Procurador llegó a decir que las actividades de los piquetes constituían una «actuación atentatoria para la economía»⁽²¹⁾.

Sin embargo, a pesar de todo esto, el propio tenor literal del párrafo 2.º del artículo 496 se opone a que el bien jurídico protegido en esta infracción sea el «derecho al trabajo», debido a que sólo se incriminan aquellas conductas consistentes en obligar a otros, con violencia o intimidación, a «*iniciar o continuar*» una huelga o paro; pero cuando se obliga a otro a «*iniciar o continuar*» una huelga, no se le está obligando únicamente a abandonar el trabajo, sino también a que participe *activamente* en la defensa de los intereses obreros, toda vez que la huelga implica necesariamente una *participación activa* en el conflicto y no una mera cesación de la actividad laboral: el huelguista, pues, no es el que no trabaja, sino el que hace la huelga, el que deja de trabajar para presionar al empresario⁽²²⁾. Bajo esta perspectiva, cuando un piquete obliga a un trabajador a iniciar o continuar una huelga lo que está lesionando es el derecho de este último, no a trabajar, sino a no hacer la huelga, a no participar activamente en la acción reivindicativa que toda huelga conlleva: estamos ante un conflicto surgido entre huelguista y no huelguista.

En conclusión: el bien jurídico protegido por el artículo 496.2 del Código Penal no es el «derecho al trabajo», sino el «derecho a no realizar la huelga», a no intervenir activamente en ella⁽²³⁾; y es importante llegar a esta

conclusión, pues la doctrina especialista ha denunciado la utilización, desde una perspectiva conservadora, del «derecho al trabajo» en contra del derecho a la huelga, sobre todo en aquellos países donde este último derecho no viene reconocido a nivel constitucional; de esta manera, «el derecho al trabajo se lanza indistintamente contra los sindicatos y las huelgas, amparando a quienes desean trabajar a pesar de la distinta voluntad del sindicato (cláusulas de seguridad sindical) o de los partidarios de la huelga»⁽²⁴⁾; la conclusión es, pues, importante para, como ha dicho RAMIREZ MARTINEZ, contraatacar intentos reaccionarios o «políticamente indecente» (en terminología de MANCINI) de vaciar el «derecho al trabajo» de su original contenido izquierdista y subversivo para el sistema (derecho a disponer y conservar un puesto de trabajo) y darle un contenido de de-rechas, al menos en parte (protección, también, de los no huelguistas)⁽²⁵⁾.

Por otra parte, que el artículo 496.2 del Código Penal protege *única y exclusivamente* el derecho a no realizar una huelga se deriva de su propio tenor literal, pues como ha advertido MUÑOZ CONDE, sólo se castiga a los que obliguen a otras personas a «iniciar» o «continuar» una huelga, pero no a los que «impidan» a otras personas a declararse en huelga; aquellos casos en los que, mediante violencia o intimidación, se impida el ejercicio o la continuación del derecho de huelga caen fuera del ámbito incriminatorio del párrafo 2.º del artículo 496, gozando únicamente de la protección genérica otorgada por el tipo básico de coacciones del párrafo 1.º del mismo artículo⁽²⁶⁾.

De todo lo anterior se concluye, en mi opinión, que la introducción de los dos últimos párrafos del artículo 496 ha supuesto lo que MUÑOZ CONDE llama una «perversión del concepto de bien jurídico»⁽²⁷⁾; para este autor, la elevación a categoría de bien jurídico, es decir, de valor respetable y que hay que respetar, de determinadas ventajas e intereses del grupo o clase dominante que no tienen un valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad, «es una forma evidente de mantener el “status”, de reaccionar frente a todo lo que signifique progreso y de conservar a toda costa la actual situación; de este modo se abusa del Derecho Penal como sistema de represión en defensa de algunas minorías dominantes...»⁽²⁸⁾.

En mi opinión, pues, lo que realmente protegen los párrafos 2.º y 3.º del artículo 496, mediante la tutela formal del derecho a no hacer la huelga, son los intereses particulares del grupo social que detenta el poder económico en nuestra sociedad, y ello en base a los siguientes argumentos: *en primer lugar*, el derecho a la huelga del trabajador no se protege aquí en todas sus manifestaciones, pues significativamente sólo se castiga, como ya se ha dicho, a los que obliguen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, pero no a los que impidan a otras personas declararse en huelga; en definitiva, se protege el derecho a no estar o a no hacer la huelga, lo cual sólo puede beneficiar a una de las partes del conflicto colectivo.

En segundo lugar, estos tipos agravados de coacción nacen en un momento histórico en el que algunas minorías dominantes podían ver en peligro su poderío económico y político ante una nueva concepción de la sociedad que por entonces comenzaba a consolidarse; de esto y de los intentos de esas minorías por conservar su posición privilegiada ya se ha hablado en el epígrafe anterior.

En tercer lugar, el propio HIGUERA GUIMERA ofrece otro argumento encuadrable en esta línea, pues al plantearse quién es en definitiva el que sufre los perjuicios patrimoniales en orden a determinar la responsabilidad civil nacida de estos delitos, llega a la conclusión de que sería el propio empresario quien sufriría el detrimento patrimonial, al no recibir la contraprestación de los trabajadores que han iniciado una huelga como consecuencia de la coacción de los piquetes^(28 bis).

En cuarto lugar, que los párrafos 2.º y 3.º del artículo 496 se introdujeron en el Código Penal para proteger determinadas ventajas e intereses de un grupo o clase dominante se deriva de la propia formulación típica del precepto, que, como ha dicho ARROYO ZAPATERO, permitía, toda vez que resultaba fáctica y políticamente imposible reprimir a la generalidad de los huelguistas, «actuar selectivamente contra los sindicalistas, que son quienes ordinariamente constituyen los piquetes y por los que las autoridades gubernativas del momento entendían no los violentos, sino todo grupo de dirigentes de un conflicto, los organismos de coordinación del mismo, o de información, desplazados a otros centros de trabajo»⁽²⁹⁾; tales afirmaciones descansan en el propio tenor literal del precepto, como se

desprende de la constatación de dos hechos significativos: A. El párrafo 2.º del artículo 496 requiere, como exigencia típica indispensable para el nacimiento de la infracción, que se actúe «en grupo, o individualmente *pero de acuerdo con otros*», sin duda con la finalidad de reprimir con mayor dureza únicamente aquellas acciones de huelga que estén organizadas o coordinadas, organización y coordinación que en la mayoría de los casos (por no decir en todos) corresponde a las organizaciones sindicales (por tanto, aquellos piquetes que actúen individualmente o fuera de un acuerdo u organización, normalmente sindical, reciben un trato privilegiado al poderseles aplicar únicamente el párrafo 1.º del artículo 496, que comporta una pena más benigna)⁽³⁰⁾; y B. Una de las dos causas de la agravación de la pena contenidas en el párrafo 3.º del artículo 496 consiste en que los autores «fueren ajenos al conflicto»; si se tiene en cuenta que por «ajenos al conflicto» se entendía, como lo sigue entendiendo la doctrina más tradicional⁽³¹⁾, a aquellos que no pertenecen a la empresa o sector económico afectado por el paro, huelga o cierre empresarial, se podrá comprobar, como ha puesto de relieve ARROYO ZAPATERO, que «el precepto se dirigía específicamente contra los entonces denominados «activistas», que no son otros hoy que los miembros del sindicato que participa en la huelga»⁽³²⁾.

Y por último, en este orden de cosas, hay que hacer una referencia a las coacciones al cierre empresarial, cuya introducción en el párrafo 2.º del artículo 496 obedece, en opinión de ARROYO ZAPATERO, «a una mixtificación de la igualdad de trato ante la ley de obreros y patronos en relación a los fenómenos de la huelga y el cierre»⁽³³⁾; para este autor, «el que se tutele tan sólo al empresario frente a las coacciones para que inicie o continúe un cierre patronal, y no para que mantenga abierta o proceda a la apertura de la empresa (por ejemplo, cuando haya recurrido al «lock-out»), pone de manifiesto aún más el sin sentido material y político-criminal del precepto»⁽³⁴⁾.

IV. LA CRITICA DE LOS NUEVOS TIPOS.

Una vez llegado este punto, y asumiendo todo lo dicho hasta el momento, se puede abordar ya con una cierta base la crítica que merecen los

nuevos tipos introducidos en el artículo 496 del Código Penal, procediendo en primer lugar a efectuar su valoración Constitucional, para seguidamente acabar formulando una serie de consideraciones de «lege ferenda» y una breve mención al reciente artículo 177 bis.

1. *Valoración constitucional.*

Ya hemos visto en el epígrafe anterior que el bien jurídico protegido en los nuevos tipos de coacciones ejecutadas por piquetes es el «derecho a no hacer la huelga» y que, lo que en definitiva se plantea en el seno de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 496 del Código Penal es un conflicto entre el huelguista y no huelguista, entre el derecho a hacer la huelga y el derecho a no hacerla; por lo tanto, para formular un juicio de constitucionalidad sobre los nuevos tipos deberá comprobarse previamente cómo valora la Constitución de 1978 ambos derechos.

Respecto al derecho a hacer la huelga, la Constitución lo recoge expresamente como un derecho fundamental en su artículo 28.2.º, cuando establece que «se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses». Más problemático resulta encontrar el reconocimiento constitucional del derecho a no hacer la huelga; según RAMIREZ MARTINEZ, el derecho a no hacer la huelga que tiene el no huelguista únicamente puede encontrar reconocimiento constitucional, a modo de libertad sindical «negativa», en el último inciso del artículo 28.1.º de la Constitución («Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato»), en base a que cuando se obliga a un trabajador a participar en una huelga, se le obliga a participar en la actividad básica del Sindicato, por lo que «se le está obligando a actuar como un sindicato más, a pertenecer “de hecho”, ya que no “de derecho”, al Sindicato»⁽³⁵⁾.

Aun admitiendo, a pesar de lo forzado del argumento, que el derecho a no hacer la huelga encuentre protección constitucional como libertad sindical «negativa», habrá de convenirse que, a pesar de ello, tal protección es menos enérgica que la otorgada al derecho a hacer la huelga; en efecto, como el mismo RAMIREZ MARTINEZ reconoce, el ordenamiento constitucional no valora por igual ambas conductas: 1) Porque el derecho a la huelga se protege expresamente (art. 28.2.º), mientras que el derecho a no

hacer la huelga no se protege de un modo expreso sino sólo implícitamente en el párrafo 1.º último inciso de dicho artículo 28; y 2) Porque según el artículo 10.2.º de la Constitución, los derechos y libertades reconocidos en la norma fundamental deben aplicarse de acuerdo con los acuerdos y tratados internacionales, que en esta materia son los Convenios 87 y 98 de la O. I. T., Convenios que contemplan expresamente la libertad sindical positiva, pero que no contienen referencia expresa alguna a la libertad sindical negativa⁽³⁶⁾.

Por lo tanto, si nos atenemos a lo dicho, se puede concluir que el sistema de protección arbitrado por el Código Penal en esta materia es totalmente injustificado, desde el momento en que se otorga una mayor tutela al «derecho a no hacer la huelga»; en efecto, mientras que los párrafos 2.º y 3.º del artículo 496 (arresto mayor en su grado máximo y multa o, incluso, prisión menor) son aplicables a aquellas conductas consistentes en obligar a otro a iniciar o continuar una huelga o paro, las consistentes en impedir iniciar o declarar una huelga, es decir, aquellas que limiten el ejercicio del derecho a hacer la huelga, únicamente pueden ser subsumidas en el párrafo 1.º del artículo 496 (arresto mayor y multa): en definitiva, el Código Penal otorga una protección común al derecho a hacer la huelga (art. 496.1.º) y una protección privilegiada mediante unos tipos específicos y agravados al derecho a no hacer la huelga (art. 496, 2.º y 3.º)⁽³⁷⁾.

Concluyendo: como ha dicho ARROYO ZAPATERO, «el nuevo precepto invierte directamente el orden constitucional de valores y derechos y opera generando desigualdad de trato legal en una doble medida», pues «la desigualdad no radica sólo en que se protejan desigualmente bienes “iguales”, sino en que se protege más al de menor valor»⁽³⁸⁾; tal circunstancia, y el hecho de que se trate de un precepto legal de origen anterior a la Constitución de 1978, llevan al citado autor «a resolver el conflicto en base a la disposición derogatoria tercera del texto fundamental: el precepto contenido en el artículo 496.2.º, se opone—materialmente—a lo establecido en la Constitución (art. 14, en relación con el artículo 28.2.º) y, en consecuencia, debe estimarse derogado por la misma, efecto jurídico éste para cuya apreciación están legitimados los jueces ordinarios»⁽³⁹⁾.

2. Consideraciones de «*Lege ferenda*»: el reciente artículo 117 del Código Penal.

Dada la inconstitucionalidad de los nuevos tipos introducidos en los párrafos 2.º y 3.º del artículo 496, cualquier consideración posible acerca de su futuro deberá pasar necesariamente por su desaparición del Código Penal.

En efecto; ya hemos visto que, los párrafos 2.º y 3.º del artículo 496, tal y como están redactados, únicamente son congruentes con un ordenamiento jurídico-laboral que considere la huelga como una mera libertad tolerada por las autoridades y no como un auténtico derecho atribuido a los trabajadores para la defensa de sus intereses; es decir, en un marco legal en el que, a pesar de estar tolerada la huelga, se valore más el hecho de no usarla. Esta concepción de la naturaleza jurídica de la huelga era la que se traslucía del Decreto-Ley de 22 de mayo de 1975 sobre conflictos colectivos, vigente cuando se introducen los nuevos párrafos del artículo 496, y que, bajo la pretendida atribución de un «derecho subjetivo» de huelga, en realidad regulaba un modelo «procedente» de huelga sometido a un extenso catálogo de limitaciones formales, materiales y procedimentales que reducían notablemente su operatividad en el marco de los conflictos colectivos⁽⁴⁰⁾; en esta misma línea, los párrafos 2.º y 3.º del artículo 496 venían a restringir en el ámbito penal cualquier intento de extensión «improcedente» de la huelga. En resumen: las numerosas limitaciones contenidas en el Decreto-Ley de 22 de mayo de 1975 sobre conflictos colectivos de una parte, y los nuevos tipos agravados introducidos en el artículo 496 del Código Penal de otra, convertían «de facto» a ese «derecho subjetivo» de huelga, que el citado Decreto-Ley pretendía consagrar, en un instrumento prácticamente ineficaz para las reivindicaciones laborales⁽⁴¹⁾.

Pero es que además, y en ello estriba lo paradójico del caso, los párrafos 2.º y 3.º del artículo 496 ni siquiera cumplen adecuadamente su función restrictiva del derecho de huelga, debido a que la finalidad agravatoria que preside la creación de los nuevos tipos de piquetes resulta frustrada, como se pone de relieve con la constatación de dos circunstancias que, obviamente, pasaron desapercibidas a la hora de efectuar la controvertida reforma de 19 de julio 1976, pero que ponen de relieve la imperiosa

necesidad que hubo entonces por reprimir estas conductas de incidencia político-laboral⁽⁴²⁾:

1. A diferencia de las coacciones comunes del párrafo 1.º del artículo 496, que sólo admiten la violencia, las coacciones realizadas por los piquetes de «extensión» de huelga pueden ser cometidas indistintamente tanto por violencia como por *intimidación*, con lo cual queda zanjada en este punto, por voluntad expresa del legislador, la debatida cuestión acerca de la inclusión o no de la intimidación en el término «violencia» empleado en el citado párrafo 1.º del artículo 496; sin embargo, no fue esta la finalidad perseguida con la admisión de la intimidación en el párrafo 2.º del artículo 496 (pues de haber sido así, se hubiera aprovechado la ocasión propiciada por la reforma para modificar también en el mismo sentido el párrafo 1.º, que es precisamente donde se plantea el mencionado problema hermenéutico), sino que, por el contrario, tal admisión obedece sin duda al deseo de ampliar con ánimo agravatorio el ámbito incriminatorio del tipo de injusto de las coacciones cometidas por piquetes de huelga. Ahora bien, si admitimos con la doctrina más reciente⁽⁴³⁾ que todo supuesto de intimidación encierra una amenaza, y que por ello debe reconducirse siempre al ámbito del delito de amenazas condicionales y nunca al de coacciones, resultará que en aquellos casos en los que una persona emplea la intimidación para vencer la voluntad ajena, y tal intimidación consista en el anuncio de un mal que constituya delito, lográndose finalmente el objetivo perseguido, habrá de aplicarse el tipo de amenazas condicionales del artículo 493.1.º, que establece una pena de *prisión menor*; en consecuencia la ampliación efectuada en el ámbito incriminatorio del párrafo 2.º del artículo 496 al admitir la intimidación *ha venido a beneficiar* a aquellas personas que a través de la misma obliguen a otras a iniciar o continuar una huelga, paro o cierre empresarial, supuestos a los que la reforma de 1976 asignó sólo la pena de *arresto mayor* en su grado máximo⁽⁴⁴⁾.

2. Si admitimos, como hace MIR PUIG⁽⁴⁵⁾, que en aquellos casos en los que varios sujetos son coaccionados por una sola conducta externa se origina siempre un concurso real de delitos y en ningún caso el ideal, y estableciendo el párrafo 2.º del artículo 496 una solución expresa para los casos en que los piquetes coaccionen a la huelga a una pluralidad de tra-

bajadores, resultaría que, como ha observado el mencionado autor, la reciente reforma «no vendría precisamente a agravar, sino generalmente a atenuar el tratamiento de los piquetes de huelga, ya que por ella se convierten en delito único las distintas infracciones cometidas sobre los diferentes sujetos. Resultado éste seguramente no querido por el legislador, sino consecuencia (una más) del escaso rigor con que se acometen las reformas penales en nuestro país, aunque en este caso pueda resultar favorable desde la perspectiva política opuesta a la que inspiró la reforma»⁽⁴⁶⁾.

La concepción de la huelga latente en los párrafos 2.º y 3.º del artículo 496 del Código Penal choca frontalmente, por tanto, con el ordenamiento jurídico-laboral del nuevo Estado Democrático, desde el momento en que la Constitución de 1978 configura el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses como uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos (art. 28, 2.º, sección 1.ª del Capítulo II del Título I). Por ello la función anti-huelga que cumplen los párrafos 2.º y 3.º en combinación con el Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana, es de todo punto incompatible con la función que debe cumplir la huelga en un orden jurídico-social de tipo democrático, y que, como ha dicho RAMIREZ MARTINEZ, no es otra que la de medio para un fin: «la superación de las desigualdades o la remoción de los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran»⁽⁴⁷⁾: en esta línea, el artículo 28.2.º de la Constitución configura la huelga como un derecho instrumental, es decir, como un medio para llevar a cabo el amplio programa de reforma económica, política y social que la propia norma fundamental se fija para el logro de una democracia real y no sólo formal⁽⁴⁸⁾.

Todo lo dicho hasta el momento pone de relieve la falta de adecuación del tratamiento jurídico-penal de los piquetes de huelga a los preceptos constitucionales, y por lo tanto la ya denunciada inconstitucionalidad de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 496: en consecuencia, dichos párrafos deben desaparecer del Código Penal. En realidad, como ha puesto de manifiesto MUÑOZ CONDE, la tipificación de las coacciones realizadas por piquetes era *innecesaria*, pues las conductas que sanciona el párrafo 2.º del artículo 496 son perfectamente subsumibles en el tipo de coacciones co-

munes del párrafo 1.º⁽⁴⁹⁾, y de hecho así lo entendía la Jurisprudencia antes de la reforma de 19 de julio⁽⁵⁰⁾. Ahora bien, la aplicación del tipo de coacciones genéricas a las conductas violentas de los piquetes, consecuencia de la desaparición sin más del Código Penal de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 496 (dado que no existe en nuestro ordenamiento penal ningún tipo específico aplicable a aquellas conductas que impidan a otro a iniciar o continuar una huelga), es una solución que no satisface, porque supondría otorgar idéntica protección tanto al derecho a hacer la huelga como al derecho a no hacerla: es decir, a bienes jurídicos a los que, como ya se ha visto, la Constitución no valora de igual manera.

En mi opinión, la reforma de este tema debe pasar necesariamente por dos puntos: En primer lugar, es necesario que se supriman, por su inconstitucionalidad, los párrafos 2.º y 3.º del artículo 496, con lo que aquellas conductas consistentes en obligar violentamente a otros a iniciar o continuar una huelga caerían en el ámbito incriminatorio de las coacciones comunes del artículo 496.1.º; y en segundo lugar, se debería crear un tipo específico que sancionara cualquier intento de limitar o impedir el ejercicio del derecho de huelga consagrado en el artículo 28.2.º de la Constitución. De esta forma se otorgaría una protección especial al derecho a hacer la huelga y una protección común o genérica al derecho a no hacerla, única manera de respetar el orden constitucional de valores que se señaló en el epígrafe anterior.

La reciente reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 25 de junio de 1983, que ya ha entrado en vigor, ha introducido una importante modificación en materia de protección penal del derecho a la huelga, intentando adecuar en este punto el Código Penal a la Constitución; la citada reforma introduce un nuevo artículo 177 bis que protege expresamente el derecho de huelga:

«Los que impidieren o limitaren el ejercicio legítimo de la libertad sindical o del derecho de huelga serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 3.000 a 300.000 pesetas».

La colocación sistemática de este precepto es acertada, puesto que este artículo está ubicado en la Sección Primera del Capítulo II del Título II del Libro II del Código (Delitos cometidos por los particulares con ocasión

del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las Leyes), pues el derecho de huelga, junto con el de libre sindicación están reconocidos en el artículo 28 de la Constitución entre los derechos fundamentales de los ciudadanos (Sección 1.ª del Capítulo II del Título I). A pesar de ello, la reciente reforma del Código Penal merece, por lo que respecta al tema que aquí nos ocupa, una doble crítica: 1. Ha olvidado suprimir los inconstitucionales párrafos 2.º y 3.º del artículo 496; y 2. Ha asignado al artículo 177 bis tan sólo la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas, con lo que el derecho a no hacer la huelga sigue gozando de una protección superior (arresto mayor en su grado máximo y multa de 30.000 a 300.000 pesetas o incluso prisión menor: artículo 496.2.º y 2.º) a la otorgada por el artículo 177 bis al derecho a hacer la huelga.

Para acabar baste una breve mención al Proyecto de Código Penal de 1980, de cuyo articulado desaparecen las coacciones realizadas por piquetes de trabajadores; en efecto, su artículo 192 regula sólo el tipo de coacciones comunes de forma similar a como lo hace el vigente artículo 496. 1.º. Sin embargo, el grupo parlamentario de Coalición Democrática presentó una enmienda proponiendo un artículo 192 bis que merece ser destacada:

«Quien con ocasión del ejercicio del derecho de huelga durante conflictos laborales ocupase total o parcialmente, sin autorización del propietario o representante y, en su caso, de la autoridad o funcionario competente, bienes privados o públicos no previstos para el ejercicio del derecho de reunión en la forma y tipo previstos en las leyes serán castigados con multa de dos a cuatro meses y arrestos de tres a seis meses».

«Si la ocupación se produce con violencia en las personas o fuerza en las cosas la sanción se impondrá en grado superior y además con la suspensión de funciones de dos a cuatro años cuando se realice con funcionarios públicos».

«Cuando la coacción se ejerciere para impedir o limitar *la libertad de trabajo* con violencia en las personas o fuerza en las cosas, con ocasión de la pretendida defensa del derecho de huelga se impondrán las penas superiores en grado a las aludidas en el párrafo primero de este artículo».

Esta enmienda es significativa tanto en su contenido como por la opción política que propugnan sus firmantes, lo que permite encuadrarla en la línea que sobre el tema se ha intentado trazar en el presente trabajo.

NOTAS:

(1) La definición es de SINAY, citada por OJEDA AVILES, A., en «Derecho Sindical», Madrid 1980, p. 276.

(2) Véase, por ejemplo, OJEDA AVILES, A., «Derecho Sindical», cit. p. 271; y RAMIREZ MARTINEZ, J. M., «Huelga y cierre patronal en la Constitución Española», en el libro homenaje al profesor Bayón Chacón, Madrid 1980, p. 463.

(3) En este sentido, véase el reciente artículo de ARROYO ZAPATERO, L., «Los piquetes de trabajadores en huelga y el delito de coacciones tras la reforma de 1976», en Comentarios a la legislación penal, Tomo II (El Derecho Penal del Estado Democrático), Madrid 1983, pp. 441 y ss.

(4) Un estudio aséptico de los elementos del tipo de coacciones laborales en HIGUERA GUIMERA, J. F., «El delito de coacciones», Barcelona 1978, pp. 256 y ss.; y en RODRIGUEZ DE VESA, J. M.^a, «Derecho Penal, Parte Especial», 8.^a edic. Madrid 1980, pp. 287 y ss.

(4 bis) Sobre la reforma de 1976 en particular, puede verse GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A., «Asociaciones ilícitas en el Código Penal», Barcelona 1977; y del mismo autor, «Asociaciones ilícitas y terroristas», en Comentarios a la legislación Penal, Tomo II (el Derecho Penal del Estado Democrático), Madrid 1983, pp. 109 y ss.). En estos dos artículos se contiene un extenso índice bibliográfico sobre la materia.

(5) Es más, la clave de la supervivencia del régimen franquista durante más de tres décadas estriba precisamente en la habilidad del sistema para acomodarse «a los avatares y cambios que en el interior y el exterior se sucedieron durante tan extenso período, pudiéndose hablar, no sin razón de franquismos, en plural» (BARBERO SANTOS, M., «Política y Derecho Penal en España», Madrid 1977, p. 90). En este sentido, resultan significativas las palabras del entonces Ministro de Justicia, que, al presentar al Pleno de las Cortes el Proyecto de Ley de modificación del Código Penal sobre derecho de reunión, Asociación y libertad de trabajo, después de haber hablado sobre la modificabilidad de las leyes cuando así lo exigían las circunstancias, acabó diciendo: «Los hombres de mi generación que no hayan aprendido esta lección de prudencia política, después de las experiencias vividas y sufridas, *es que no han aprendido nada*» (Diario de Sesiones del pleno del día 9-6-1976, n.º 27, p. 119).

(5 bis) El Código Penal sólo penaba, como delito de sedición en el artículo 222, aquellas huelgas que atentaran contra la seguridad del estado; de ahí que, como seguidamente veremos, algún procurador intentase incluir los nuevos tipos de piquetes en el artículo 222 y no en el 496.

(6) Véase DURAN LOPEZ, F., «Derecho de huelga y legalización del conflicto de clases», publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1976, pp. 142 y ss.

(7) La maniobra, por lo demás, no era nueva, pues ya el Código Penal de 1928 incluyó en su seno unos tipos especiales de incidencia en el mundo laboral, que fueron consecuencia, al igual que los nuevos párrafos del actual artículo 496, del temor de la Dictadura de Primo de Rivera ante las crecientes reivindicaciones sociales y que la condujo a introducir en los artículos 677 y ss. del Código de 1928 fórmulas vagas, en las que el casualismo y la farragosidad se combinaban dando lugar a repeticiones innecesarias del tipo principal de coacción; los preceptos de referencia son de difícil lectura, y responden a la ideología del régimen que les dio la vida (según BARBERO SANTOS, el Código de 1928 posee una clara impronta totalitaria o fascista, ob. cit. p. 57). Por lo tanto, se pueden establecer paralelismos entre el Código de 1928 y el caso que nos ocupa, pues en ambos la impotencia y el temor del régimen ante las presiones sociales conduce a idénticas soluciones: reiteraciones inútiles y agravadas del tipo principal de coacción, ampliación de su ámbito admitiendo la intimidación y una mayor dureza en las penas.

(8) Véase HIGUERA GUIMERA, J. F., «El delito de coacciones», cit. p. 53: no cita este autor la fuente de donde obtiene esta información.

(9) Diario de sesiones de la Comisión de Justicia correspondiente a la sesión celebrada el 22 de junio de 1976, n.º 705, pp. 44 y 45.

(10) Así, la Procuradora Tey Planas, Diario de Sesiones de la Comisión de Justicia del día 22 de junio de 1976, n.º 705, p. 37. Recuérdese, además, que fue con motivo de la discusión de esta Ley cuando un grupo de procuradores pidió que se incluyera en el Código Penal una condena expresa a los grupos, asociaciones o partidos comunistas, nacionales o internacionales (véase el diario de sesiones del Pleno correspondiente a la sesión celebrada el 14 de julio de 1976, n.º 28, pp. 7-8).

(11) BOIX REIG, J., «Algunos aspectos de la responsabilidad civil subsidiaria», en Cuadernos de Política Criminal, n.º 3, 1977, p. 50.

(12) BOIX REIG, J., «Algunos aspectos...» cit. pp. 50-51; llega este autor a la conclusión de que, por esta razón, ni siquiera en los casos de daños y coacciones era aplicable el arresto sustitutorio por impago de multa gubernativa, considerando por tanto, que la responsabilidad personal subsidiaria fue definitivamente desterrada de la Ley de Orden Público por el Real Decreto Ley de 25 de enero de 1977.

(13) Sobre la cuestión de la reserva de ley en materia penal y de la improcedencia constitucional, en este tema, de la vía del Decreto-Ley puede verse el trabajo de BOIX REIG, J., «El principio de legalidad en la Constitución», en «Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal», Bilbao 1983, pp. 59 y ss.

(14) En este sentido, véase el trabajo de GOMEZ BENITEZ, J. M., «Crítica de la política penal del Orden Público», en Cuadernos de Política Criminal, n.º 16, 1982, pp. 55 y ss.

(15) ARROYO ZAPATERO, L., «Los piquetes de trabajadores en huelga...» cit., p. 456.

(16) ARROYO ZAPATERO, L., «Los piquetes de trabajadores en huelga...» cit. pp. 456-457.

(17) Véase COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T. S., «Derecho Penal, Parte General», T. I-II, 3.ª edic., Valencia 1981, p. 331.

(18) Sobre el tema, véase MIRA BENAVENT, J., «El concepto de violencia en el delito de coacciones», Memoria de Licenciatura, inédita, pp. 66 y ss.

(19) HIGUERA GUIMERA, J. F., «El delito de coacciones», cit. pp. 52 y 55. En el mismo sentido, aunque no de un modo tan expreso como HIGUERA GUIMERA, véase RODRIGUEZ DEVE-SA, J. M., «Derecho Penal, P. E.» cit. p. 228.

(20) Véanse los Diarios de Sesiones del Pleno correspondientes a las sesiones celebradas los días 9 de junio de 1976 (n.º 27) y 14 de Julio de 1976 (n.º 28); véase también el diario de sesiones de la comisión de justicia correspondiente a la celebrada el día 22 de junio de 1977, n.º 705, pp. 35 y ss.

(21) Intervención del Procurador Madrid del Cacho (de la ponencia), Diario de Sesiones de la Comisión de Justicia del día 22 de junio de 1976, n.º 705, p. 39.

(22) RAMIREZ MARTINEZ, J. M., «Huelga y cierre patronal en la Constitución Española», cit. p. 461.

(23) En el mismo sentido, ARROYO ZAPATERO, L., «Los piquetes de trabajadores en huelga...», cit. p. 445.

(24) OJEDA AVILES, A., «Derecho Sindical», cit. p. 311.

(25) RAMIREZ MARTINEZ, J. M., «Huelga y cierre patronal en la Constitución Española», cit. p. 461.

(26) MUÑOZ CONDE, F., «Derecho Penal, Parte Especial», 4.ª edic. Sevilla 1982, p. 171.

(27) Reproduzco a continuación, con algunas modificaciones, uno de los apartados (pp. 67-68) de mi Memoria de Licenciatura «El concepto de violencia en el delito de coacciones», inédita.

(28) MUÑOZ CONDE, F., «Introducción al Derecho Penal», Barcelona 1975, p. 49.

(28 bis) HIGUERA GUIMERA, J. F., «El delito de coacciones» cit. p. 273.

(29) ARROYO ZAPATERO, L., «Los piquetes de trabajadores en huelga...», cit. p. 448; véase también DURAN LOPEZ, F., «Derecho de huelga y legalización del conflicto de clases», cit. p. 153, nota 32.

(30) Sobre el tipo aplicable a aquellos piquetes que actúen por su cuenta y riesgo, véase MUÑOZ CONDE, F., «Derecho Penal, P. E.», cit. p. 171.

(31) Véase RODRIGUEZ DEVESA, J. M., «Derecho Penal, P. E.», cit. p. 290; para HIGUERA GUIMERA, «se es ajeno al conflicto cuando no se guarda ninguna clase de relación con la empresa en que se desarrolla ese conflicto» («El delito de coacciones», cit. p. 266).

(32) ARROYO ZAPATERO, L., «Los piquetes de trabajadores en huelga...», cit. p. 454.

(33) ARROYO ZAPATERO, L., «Los piquetes de trabajadores en huelga...», cit. p. 457.

(34) ARROYO ZAPATERO, L., «Los piquetes de trabajadores en huelga...», cit. p. 458. El paréntesis es mío.

(35) RAMIREZ MARTINEZ, J. M., «Huelga y cierre patronal en la Constitución española», cit. p. 461; en el mismo sentido, aunque con algunas reticencias al respecto, ARROYO ZAPATERO, L., «Los piquetes de trabajadores en huelga...», cit. p. 446 (Las reticencias en la p. 446, nota 13).

(36) RAMIREZ MARTINEZ, J. M., «Huelga y cierre patronal en la Constitución española», cit. p. 462; en el mismo sentido, aceptando los argumentos de RAMIREZ, véase ARROYO ZAPATERO, L., «Los piquetes de trabajadores en huelga...», pp. 445-456.

(37) En el mismo sentido, ARROYO ZAPATERO, L., «Los piquetes de trabajadores en huelga...», cit. p. 446.

(38) ARROYO ZAPATERO, L., «Los piquetes de trabajadores en huelga...», cit. p. 455.

(39) ARROYO ZAPATERO, L., «Los piquetes de trabajadores en huelga...», cit. pp. 455-456: inconstitucionalidad de los nuevos tipos que comparto plenamente. A favor de la constitucionalidad, MORILLAS CUEVAS, «El derecho a la huelga y sus límites penales», Granada 1982, p. 183.

(40) Sobre el modelo de huelga regulado por el Decreto-Ley de 22 de mayo de 1975 y la pretendida atribución de un derecho subjetivo de huelga en dicho decreto, véase DURAN LOPEZ, F., «Derecho de huelga y legalización del conflicto de clases», cit. pp. 142 y ss.

(41) Como ya hemos visto, el mismo resultado se consigue hoy, una vez derogado el Decreto-Ley de 22 de mayo de 1975, con la aplicación del Real Decreto-Ley 3/1979 de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana a los párrafos 2.º y 3.º del artículo 496 del Código Penal: véase supra II,4.

(42) Véase MIRA BENAVENT, J., «El concepto de violencia en el delito de coacciones», Memoria de Licenciatura inédita, pp. 138 y ss.

(43) En este sentido, véase GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A., «Sobre el delito de coacciones» en Estudios Penales y Criminológicos, VI, Universidad de Santiago de Compostela, 1983, pp. 116 y ss.; MIR PUIG, S., «El delito de coacciones en el Código Penal», en A. D. P. C. P. 1977, pp. 283 y ss.

(44) En aquellos casos en los que las amenazas condicionales tengan asignada una pena inferior a aresto mayor en su grado máximo, este argumento no es sostenible.

(45) MIR PUIG, S., «El delito de coacciones...», cit. pp. 302 y ss.

(46) MIR PUIG, S., «El delito de coacciones...», cit. p. 304.

(47) RAMIREZ MARTINEZ, J. M., «Huelga y cierre patronal en la Constitución Española», cit. p. 440.

(48) RAMIREZ MARTINEZ, J. M., «Huelga y cierre patronal en la Constitución española», cit. pp. 440 y 441.

(49) MUÑOZ CONDE, F., «Derecho Penal, P. E.», cit. p. 171. En el mismo sentido, aunque con algunas matizaciones, HIGUERA GUIMERA, J. F., «El delito de coacciones», cit. p. 271; y BAJO FERNANDEZ, M. «Derecho Penal Económico», Madrid 1978, p. 549: este autor, sin embargo, advierte los posibles riesgos de la desaparición de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 496, pues «no hay que olvidar que la tipificación del ejercicio abusivo del derecho de huelga en los distintos preceptos comunes del Código Penal obliga a una interpretación judicial plena de condicionamientos políticos» (p. 549), corriéndose el riesgo de que se consideren las actividades huelguísticas como delitos de traición o sedición (p. 549 in fine).

(50) Véase por ejemplo las Sentencias de nuestro Tribunal Supremo de 3-XII-1934, Jurisprudencia Criminal tomo 131 n.º 276; de 24-XII-1934, J. C. tomo 131 n.º 358; de 16-1-1935, J. C. tomo n.º 132 n.º 34; de 19-XI-1935, J. C. tomo 135 n.º 100; de 12-XI-1968, J. C. n.º 1503; y de 20-XII-1973, J. C. n.º 1647.

EL IMPERIO ROMANO EN EL SIGLO IV: LA NUEVA SITUACION HISTORICA

Alberto PEREZ VIVO

Profesor Adjunto de Derecho Romano

1.—El trasfondo socio-económico y político

Cualquier intento de comprender la situación del mundo romano durante el siglo IV debe partir del análisis de los acontecimientos que habían configurado la vida del Imperio a lo largo del siglo inmediatamente anterior. Porque durante él alcanza su momento culminante aquella conciencia de crisis que los historiadores hacen remontar a los orígenes mismos del Imperio.

Aparte de la amenaza exterior que representaba la presión de los pueblos bárbaros, la situación interna se hacía insostenible como consecuencia de una crisis multiforme de índole política, social, económica, militar y religiosa. Como observa REMONDON, para cada una de estas formas de crisis existe una serie infinita de causas y efectos que quedan convertidas en causas secundarias que la agravan y, «entre estas formas diversas, muchos embrollos que las agravan más todavía»⁽¹⁾.

El peligro de desintegración del Imperio fue afrontado por la dictadura instaurada por Diocleciano y que inmediatamente después sería reforzada por Constantino, a comienzos del siglo IV. El emperador dejó de ser el primero de los ciudadanos (*Princeps*) y se convirtió en un monarca (*Dominus*) investido de una misión divina. El Estado, paralelamente, se transformó en una enorme máquina administrativa, totalmente centralizada, dirigida por una red muy amplia de burócratas que controlaban y reglamentaban la vida política, la economía, la religión, si bien su eficacia real, por diversas razones, debe considerarse muy problemática⁽²⁾.

Es notable, por ejemplo, el número de *constituciones* que se conservan en el Código Teodosiano relativas a la organización financiera y al régimen fiscal, así como a otros aspectos de la administración del Imperio. En todos estos campos es fácil constatar la minuciosidad de la reglamentación, el desarrollo de la burocracia y de los controles. Limitándose al ámbito fiscal, GAUDEMET resume la situación haciendo referencia a la ineficacia del modo de percepción de los impuestos, a la resistencia de los contribuyentes, a la falta de conciencia de los agentes imperiales y, en fin, a la incapacidad del poder para asegurar una política coherente⁽³⁾.

El mantenimiento de esta burocracia agravó más aún la situación de las clases populares⁽⁴⁾, ya muy precaria desde el siglo anterior. El intento de Diocleciano de sanear la moneda, recurriendo a una política deflacionista, se frustró posteriormente, cuando Constantino decidió fundamentar su sistema económico sobre el oro, desencadenando una inflación que más adelante no pudo ya contenerse.

Al cambiar el eje del Imperio con la división del mismo entre la parte oriental y occidental, decidida por Diocleciano, y con la fundación de Constantinopla (año 320) como nueva capital, siendo emperador Constantino, Oriente se convirtió en el centro del comercio y de la producción.

El Occidente, agrícola y rural, obligado a mantener un ejército poderoso, sometido a una presión fiscal creciente, se empobrecía económicamente, al mismo tiempo que veía a su población disminuir a causa de las guerras, el hambre y las pestes. Faltaba la mano de obra y las gentes rehuían los trabajos más onerosos (campesino, decurión, minero, artesano)⁽⁵⁾.

Constantino decidió recurrir a medidas extraordinarias para poner fin a esta situación, vinculando a los individuos con su profesión y obligando a los descendientes a meterse en ella⁽⁶⁾. Tal régimen, que equivalía a un sistema de castas, será posteriormente desarrollado por sus sucesores, con pocos resultados. Una de las formas que existieron para sustraerse a estas disposiciones fue, junto con el ingreso en el ejército o en las filas del clero, la huida de los afectados⁽⁷⁾.

Cuando los campesinos y los pequeños propietarios no producían lo suficiente para satisfacer los impuestos fiscales, sus tierras pasaban al Estado. Esto propició el aumento de las familias de terratenientes, en torno a las cuales se concentraban grandes masas humanas en busca de subsistencia, mientras que muchos colonos abandonaban su patrimonio, e, incluso su libertad, para acogerse a la protección de los grandes propietarios⁽⁸⁾.

En el año 365 Valentiniano I amplió el papel que venía desempeñando el *defensor civitatis*, con el fin de que este funcionario pudiera ofrecer tal protección, en lugar de los patronos privados, aunque esta institución no

consiguió resultados importantes. Como, por otra parte, los *defensores* se mostraron con excesiva frecuencia vanales y contribuyeron a acentuar la opresión, en el año 371 el emperador Valente autorizó a los grandes propietarios a percibir los impuestos en todas sus posesiones.

Al llegar al poder Constantino, la pieza esencial del sistema de los impuestos era la *jugatio-capitatio*. Este sistema, calificado por PIGANOL como «la plus arbitraire et la plus bizarre des inventions fiscales»⁽⁹⁾, se atribuye a Constantino, aunque la opinión prevalente es que este emperador sólo hizo un intento de regularlo y de darle una mayor consistencia⁽¹⁰⁾.

Según la interpretación más fundada, el impuesto del gran propietario se dividía en *jugatio* (correspondiente al impuesto territorial) y *capitatio humana et animalium* (siendo el *caput* la unidad tributaria por hombres y animales). El impuesto del pequeño propietario es la *capitatio plebeia*, comprendiéndose bajo esta rúbrica tanto el impuesto sobre las propiedades como las cargas personales.

Este sistema, que no se aplicó de igual modo en las distintas provincias, tuvo, por diversas razones, un mayor arraigo en el Occidente. Tanto los inconvenientes que entrañaba el sistema mismo, como la incapacidad para hacer frente a la crisis económica por parte del Estado, impidieron que el proyecto inicial de simplificación de los impuestos fuera una realidad positiva y beneficiosa para la sociedad romana⁽¹¹⁾.

Constancio II, en el año 357, establece que, a pesar de las exenciones concedidas a los clérigos por él mismo y sus antecesores, se limiten éstas en lo referente a los impuestos territoriales, disponiendo, entre otras cosas lo siguiente:

«De his sane clericis, qui praedia possident, sublimis auctoritas tua non solum eos aliena iuga nequaquam statuet excusare, sed etiam pro his, quae ipsi possident, eosdem ad pensitanda fiscalia perurgeti. Universos namque clericos possessores dumtaxat provinciales pensitationes fiscalium recognoscere iubemus...»⁽¹²⁾.

A la larga sólo se benefició el grupo de los *potentiores*, al aumentar la concentración de la propiedad agraria. Aumentaron los ingresos del Esta-

do, pero no hubo contención del gasto público, para hacer frente a la crisis. En suma, se llegó, con la parálisis de la vida económica, a una esclavización de los agricultores en el campo y de los artesanos en la ciudad. El sentimiento de impotencia se apoderó de las gentes, ya que, como dice ROSTOVTZEFF, «todo esfuerzo honrado se hallaba de antemano condenado al fracaso; y cuanto más producía un individuo con su trabajo, más le quitaba el Estado». El rasgo más saliente de la vida económica del imperio romano fue el empobrecimiento progresivo y «cuanto más pobre iba siendo el pueblo, más primitiva se hacía la vida económica del Imperio»⁽¹³⁾.

Una constitución de Constantino, del año 313, a propósito de los abusos que se habían introducido en el ámbito fiscal, es muy ilustrativa de la situación indefensa de las clases más modestas del Imperio:

«Quoniam tabularii civitatum per conclusionem potentiorum sarcinam ad inferiores transferunt, iubemus, ut quisquis se gravatum probaverit, suam tantum pristinam professionem agnoscat»⁽¹⁴⁾.

La injusticia que combate aquí el emperador es una de las que provocaron más ásperas protestas y críticas más frecuentes a lo largo del Bajo Imperio, a saber, la actitud condescendiente de los *tabularii* de las ciudades que, sometiéndose a las presiones de los *potentes*, ponían una parte de las contribuciones de éstos «à la charge des petites gens»⁽¹⁵⁾.

El emperador decide que los contribuyentes que pudieran demostrar esta sobrecarga indebida, quedaran libres de ella. Sin embargo, se trataba, una vez más, de una solución insuficiente y transitoria; restablecía temporalmente la equidad en este campo, pero no evitaba que los abusos volvieran a repetirse. El vicio del sistema consistía en dejar a funcionarios subalternos el establecimiento «des rôles d'impôts»⁽¹⁶⁾, ya que se mostraban incapaces de resistir a las promesas o a las amenazas de los *potentes*. Sólo funcionarios de más alto rango hubieran podido tener más independencia y autoridad para hacerse respetar. Ya Diocleciano había pensado confiar a los gobernadores la tarea de fijar los impuestos. En el año 324 el propio Constantino prescribe que se hagan las inscripciones sobre las listas de impuestos de cada ciudad, bajo el control de los gobernadores de pro-

vincia y, poco después, declarará que no hay que dejar a los *principales* la repartición de los *numera extraordinaria*, ya que tal tarea incumbe a los gobernantes⁽¹⁷⁾.

El grupo social de los *potentes* (o *potentiores*) estaba constituido sobre todo por los grandes propietarios y los grandes funcionarios que ejercían importantes tareas en la Corte del Emperador o en las provincias. A ellos se hace referencia frecuentemente en las constituciones postclásicas, para denunciar sus abusos⁽¹⁸⁾.

Una de las preocupaciones de los *potentes* era librarse de cargas fiscales, haciendo que recayeran sobre las gentes sencillas⁽¹⁹⁾. El hecho de que participaran en el reparto de impuestos, favorecía su pretensión y daba oportunidades frecuentes para el abuso. Tampoco dudaban en enriquecerse recurriendo a toda clase de recursos y astucias, incluido el chantaje. Un campo preferente de su actuación eran las sucesiones; alegando pretendidas declaraciones orales a su favor, intentan hacerlas prevalecer contra el texto mismo de un testamento escrito. Hay que observar que las afirmaciones de los *potentes* se hacen algunas veces en beneficio del emperador; así aparecen mezcladas en un mismo abuso las tentativas de los *potentes* para aumentar su fortuna y las de los agentes imperiales para asegurar ingresos suplementarios para el Tesoro. Los fines son distintos, pero los procedimientos son idénticos⁽²⁰⁾.

En algunos casos, no dudan en ocupar, sin título para ello, tierras fértiles, sirviéndose de la fuerza («*per potentiam fundos optimos ac fertiles occuparunt*»)⁽²¹⁾. En el año 370 el emperador Valente ordena a Eutropio que busque en Asia

«qui etiam opimi atque utiles fundi fisco grati singulis quibusque potentissimis fuerint et qui contra infecundi ac steriles in damnum rei nostrae paenes actores fuerint derelicti»⁽²²⁾.

Otra forma de imponerse consistía en forzar, bajo amenazas, la realización de determinados contratos relativos a la venta de dominios rurales o urbanos. Con la expresión «*oppressus potentia comparatoris*» se describe, en una constitución de Teodosio I, la situación del vendedor en estos casos⁽²³⁾. Procedimientos semejantes se aplicaban también en el ámbito

de la administración de la justicia, presionando a los jueces o negándose a comparecer ante ellos.

En algunos casos, los *potentes* dan su apoyo a determinados ciudadanos para que puedan sustraerse a sus obligaciones o *munera*⁽²⁴⁾. En particular, ofrecen refugio a los curiales que deseaban evitar sus cargas fiscales, así como a los funcionarios provinciales que temían las relaciones hostiles de sus antiguos administrados⁽²⁵⁾. Por último, no dudan en servirse de su proximidad al *Princeps* o de la posibilidad de acceder a él, para conseguir ventajas, privilegios o modos de actuación libres de control.

Los preámbulos de muchos textos legislativos de esta época constituyen una referencia importante para comprender la ideología que los inspiraba, las preocupaciones de la clase dirigente romana, los fines que perseguían los emperadores y los motivos últimos que determinaron algunas decisiones importantes. Al mismo tiempo, como subraya GAUDEMET, se revelan también aspectos y realidades de la vida cotidiana tan distintos como pueden ser la actitud de los contribuyentes ante la legislación fiscal, el miedo a las amenazas de los bárbaros, la corrupción del tesoro o los cambios de costumbres⁽²⁶⁾.

Como es lógico, existe una relación estrecha entre la legislación del siglo IV y las vicisitudes políticas del Imperio. entre ellas, hay que destacar, entre otras, las siguientes: la abdicación de Diocleciano en el año 305 y los acontecimientos que tuvieron lugar, las dos tetrarquías que siguieron, hasta la llegada al poder de Constantino; el reinado de este emperador, que consolidó el régimen del Dominado e inauguró un nuevo período de relaciones con el cristianismo; la tendencia de Constantino a favorecer el arrianismo, así como su política antipagana; la nueva orientación de Juliano y su intento de restaurar los cultos tradicionales; la obra reformadora de Teodosio y su decisión de declarar al cristianismo la religión oficial del Estado y, por supuesto, la etapa de inestabilidad política con la que se cierra el siglo.

En efecto, el último período del siglo IV se caracteriza, otra vez, por las luchas internas. Desde 379 a 383 hubo tres augustos: Graciano, Valentiniano y Teodosio. El usurpador Máximo eliminó al primero de ellos y se

apoderó de toda la prefectura de las Gallias; posteriormente invade la Iliria e Italia, antes de ser derrotado definitivamente por Teodosio en el año 387. El mismo Teodosio derrotará también a otro usurpador, Eugenio, que había sucedido a Valentiniano II y hacia el cual habían manifestado simpatías los nobles paganos de Roma⁽²⁷⁾.

En el año 395, Arcadio y Honorio suceden a Teodosio, en Oriente y Occidente, respectivamente. Pocos años después iban a tener lugar las grandes invasiones, hecho que constituye un giro fundamental en la historia de Occidente⁽²⁸⁾.

2.—*La unidad jurídica del Imperio y las nuevas bases de la legislación.*

A partir del siglo IV, la producción jurídica es esencialmente occidental. En el siglo siguiente, en cambio, la crisis social y económica, intervencionismo estatal, debilitamiento del poder imperial y las invasiones, junto con otra serie de condicionamientos, afectaron negativamente a la actividad doctrinal en Occidente.

Las bases jurídicas continúan siendo, en ambas partes del Imperio, las del derecho clásico, siendo también comunes algunos factores de la evolución del derecho, como el cristianismo, así como muchas de las consecuencias que se derivaron de la transformación de las estructuras políticas, sociales y económicas⁽²⁹⁾. Tanto en Oriente como en Occidente tienen lugar la desaparición del procedimiento formular, la atenuación del formalismo, la fusión de instituciones civiles y pretorias⁽³⁰⁾.

El mantenimiento de la unidad jurídica se debió, en gran medida, a la legislación⁽³¹⁾. Porque si, desde la mitad del siglo IV, las *leges* sólo entran en vigor en aquella parte del imperio en que son publicadas, las disposiciones que se toman en una de ellas son conocidas en la otra e inspiran a menudo su propia legislación. En el siglo V, al ser publicado el Código Teodosiano en ambas partes del Imperio, se realiza la unidad legislativa definitivamente, aunque es indudable que entre el derecho oriental y occidental persisten una serie de diferencias, tanto en la doctrina como en la práctica⁽³²⁾.

En este contexto, es importante hacer referencia aquí a la tendencia que prevaleció durante la primera parte de este siglo en la romanística, de atribuir al Oriente, en especial a las escuelas de Berito y Constantinopla, una tarea renovadora singular, que transformó profundamente el derecho clásico⁽³³⁾. Según esto, las interpolaciones de los compiladores tenían su base fundamentalmente en la reelaboración llevada a cabo en esas escuelas.

S. RICCOBONO y otros romanistas reaccionaron contra esta tendencia, negando la trascendencia que se atribuye a esas escuelas, considerando que las interpolaciones tienen sólo un carácter formal, defendiendo el desarrollo de la Jurisprudencia romana por sus propios impulsos y, en suma, intentando demostrar que, a pesar de los cambios evidentes que se producen en el derecho durante estos siglos, no puede hablarse de un derecho sustancialmente nuevo⁽³⁴⁾.

Posteriormente, a partir de los estudios de LEVY⁽³⁵⁾ volvió a revalorizarse el papel de Occidente. El Derecho vulgar, que ha pasado a ser categoría histórica fundamental⁽³⁶⁾ tuvo un arraigo profundo en la práctica jurídica occidental, ya antes de la Compilación influyó en las legislaciones de los pueblos bárbaros y tuvo una incidencia notable en la formación del Derecho privado de Justiniano⁽³⁷⁾.

Por otra parte, los romanistas han sometido a crítica, con nuevos datos, la tesis que atribuía una trascendencia singular a la labor reformadora de las escuelas bizantinas, menospreciando a la jurisprudencia posterior a la época clásica y exaltando, en cambio, la obra de interpolación de los compiladores de Justiniano. F. SCHULZ, sin abandonar el método histórico-crítico, llega a afirmar el carácter occidental de la labor llevada a cabo por la jurisprudencia postclásica, ya que sólo en muy pocos casos se puede demostrar su origen oriental⁽³⁸⁾. El pensamiento jurídico postclásico ha recibido también nueva luz al analizar, como hizo BIONDI, la legislación posterior a Constantino en relación con la doctrina cristinana, que dejó una huella profunda en ella⁽³⁹⁾.

En otro orden de cosas, es indudable que el análisis de las fuentes postclásicas pone de relieve que a partir de Diocleciano, se modifican aspectos fundamentales del ordenamiento jurídico. Al asentarse el poder im-

perial sobre bases absolutistas, cambia también lógicamente la concepción misma del Estado, de sus funciones y de sus fines. Así se va afirmando inexorablemente la preeminencia de sus necesidades y tareas sobre los intereses de los individuos particulares.

Este desarrollo progresivo encuentra una expresión eminente en la legislación⁽⁴⁰⁾. La nueva configuración abstracta del ente estatal se contrapone claramente a la noción de *res publica*, tal como la tenían presente los emperadores de la edad clásica del Principado y los juristas romanos, a saber, una noción concreta, no institucionalizada y que no se distinguía de la colectividad de los *cives*. Esto explica, entre otras cosas, por qué la *utilitas publica* sustituye a la antigua *utilitas communis* (o *utilitas omnium*, o *utilitas rei publicae*) y se opone a ella.

Hay que tener presente, a este propósito, que el concepto de *utilitas communis* aparece en la literatura romana, en toda su amplitud con Cicerón⁽⁴¹⁾, influenciado por los filósofos griegos. Su punto de partida consistió en afirmar la necesaria congruencia entre lo *utile* y lo *honestum*⁽⁴²⁾, según habían enseñado los estoicos. Pero como ha puesto de relieve J. GAUDEMET⁽⁴³⁾, una vez esbozado el problema moral de las relaciones entre ambos conceptos, se orienta, sin notar el cambio, hacia el problema *político* de las relaciones entre el interés público y el interés privado, pese a que los términos de las dos relaciones no son idénticos. Quizá sin advertirlo, la discusión de moral teórica cede su lugar a otra más concreta y urgente para el hombre político, a saber, «la place à faire à l'utilité publique»⁽⁴⁴⁾.

La primacía que otorga a la utilidad común se revela en la afirmación categórica de que «*communis utilitatis derelictio contra naturam est*»⁽⁴⁵⁾, pese a afirmar en otro lugar que «*honestitatis comparatione ea, quae videntur utilia, vincuntur*»⁽⁴⁶⁾.

Tal utilidad común no es entendida como el interés del Estado, considerado como una fuerza superior a los individuos y que se impone a ellos, sino como la *utilitas civium* que debe buscarse siempre por imperativo de la justicia: «*fundamenta iustitiae, primum ut ne qui noceatur; deinde ut communi utilitati serviatur*»⁽⁴⁷⁾.

Por otra parte, esta utilidad común no está, en absoluto, en contradicción con el interés de cada uno, si este se concibe rectamente; al contra-

rio, se identifica con él, ya que si la utilidad de todos «*ad se quisque rapiet, dissolvetur omnis humana consortio*»⁽⁴⁸⁾. En otro lugar insiste en que «*danda erit opera, ut omnes intelligant, si salvi esse velint, necessitati esse parendum*»⁽⁴⁹⁾.

Precisando la naturaleza de esta utilidad común (que Cicerón llama *utilitas omnium, utilitas civium, utilitas populi...*), G. LONGO ha destacado el hecho de que el servicio a ella tiene un contenido efectivo en las finalidades políticas del Estado. El interés concreto de la colectividad se realiza a través de la práctica de la *iustitia*, de modo que sólo sirve realmente a la *res publica* lo que es justo y legítimo; respecto a tal *utilitas publica* deben considerarse subordinados todos los otros intereses⁽⁵⁰⁾.

En este sentido, no parece que pueda hablarse de una diferencia entre la *utilitas omnium* y la *utilitas publica*. Cuando Cicerón dice que en nombre de la *publica utilitas* se pueden realizar algunas veces actos injustos, tal observación debe referirse al interés del Estado. Algunas veces, intereses exclusivos del Estado, se presentan, en nombre de la justicia, como intereses públicos, cuando no deberían calificarse como tales⁽⁵¹⁾.

En suma, la concepción ciceroniana es coherente con las tendencias de la edad clásica del Principado, cuando la *utilitas publica* coincidía con la *utilitas omnium*, siendo, por otra parte, la *res publica* no un concepto abstracto o formal sino *res populi*. Y *populus* no era otra cosa que la pluralidad de *cives*. En esta situación, no podía entenderse una contraposición entre los intereses del Estado y las *utilitates omnium*, aun cuando la utilidad común puede exigir, en algunas circunstancias, el sacrificio del *commodum* de un individuo particular⁽⁵²⁾. Estas nociones fundamentales son las que se reflejan en los textos de la jurisprudencia clásica, que no podían representarse un principio abstracto de *utilitas publica* referido a un ente estatal contrapuesto a los individuos.

Con el triunfo del absolutismo, en la época de los Severos la posición del Estado frente a los ciudadanos queda fortalecida y, coincidiendo con la gran crisis del Imperio, la noción de *utilitas communis* de la época clásica va siendo transformada hasta convertirse, en la época postclásica en razón de Estado, abstracto y formal.

Constantino, que usa la expresión *utilitas omnium* en una constitución del año 333, en la que se reitera el reconocimiento de la *episcopalis audientia*⁽⁵³⁾, emplea en otra ocasión los términos *utilitas civitatum* oponiéndola claramente al interés privado e imponiéndose a él sin reparo alguno. Es el año 329 y se plantea el problema del poder paterno en un caso concreto; el Emperador dispone:

«Filiis decuriorum, qui decem et octo annorum aetate vegetantur, per provinciam Karthaginem muneribus civis adgregari praecipimus. Neque enim opperendum est, ut solvantur familia et sacris explicentur, cum voluntates patrum praeiudicare non debeant utilitatibus civitatum»⁽⁵⁴⁾.

El desarrollo de la *utilitas publica*, entendida como interés del Estado (en realidad, como expresión de los complejos intereses que hacen referencia al ente público, que, en aquella época se levanta ante los individuos y subordina a sus conveniencias las *utilitates civium*) es muy notable desde Constancio. Este emperador la invoca como motivo determinante en varios campos. En materia militar, por ejemplo, dispone:

«De cetero, quotiens aliqua necessitas depoposcerit transferri de loco milites ad alium locum, communicato tractabu cum magistro equitum ac peditum id fieri oportebit, ut ad ea loca, quae publica utilitas depoposcerit, transferantur»⁽⁵⁵⁾.

También apela a ella a propósito de temas fiscales⁽⁵⁶⁾, o de carreteras⁽⁵⁷⁾, o del *cursus publicus*⁽⁵⁸⁾. En fin, la *utilitas publica* aparece también en fórmulas de alcance general, como cuando dirigiéndose al Prefecto del Pretorio, en el año 340, dice:

«Cuncti, qui per suffragia praesidium aut rationalium adepti sunt dignitatem, a iudicibus iniuncta protinus exequi debent. Nam si saepe de palatio serenitatis nostrae ad exactiones mittuntur neque his honor in quo sunt positi, opem praestet utilitate publica praevalente, tanto magis oportet iussis obsequi»⁽⁵⁹⁾.

Con Valentiniano I, la *utilitas publica* pasa a ser el principio fundamental que debe guiar a los jueces en la interpretación de las leyes⁽⁶⁰⁾. Por otra parte, el emperador Valente llega a autorizar, en nombre de ella, la transgresión de las reglas normales de la jerarquía judicial, con el fin de asegurar más eficazmente la búsqueda de la verdad⁽⁶¹⁾.

NOTAS :

(1) R. REMONDON, *La crisis del Imperio Romano de Marco Aurelio a Anastasio*, Barcelona, 1967, p. 26; Cfr. también, entre otros, M. ROSTOVITZ, *Historia social y económica del Imperio Romano*, Madrid, 1967 (vol. II); E. DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana*, V, Nápoles, 1975, p. 23 y ss.; A. H. JONES, *The Later Roman Empire*, Londres, 1964; J. VOGT, *La decadencia de Roma*, Madrid, 1968, p. 36 y ss.; F. ALTHEIM, *Le déclin du Monde Antique*, París, 1955.

(2) Cf., entre otros, R. GANGHOFFER, *L'évolution des institutions municipales en Occident et en Orient au Bas-Empire*, París, 1963.

(3) *Aspects politiques de la codification théodosienne*, en «Etudes de droit romain», I, Univ. de Camerino, 1979, p. 363 y ss. Una exposición actualizada del ambiente social y político del Dominado puede verse en el cap. IV de *Lineamenti di Storia del diritto romano*, Milán 1979, espec. p. 631 y ss., escrito por G. CERVENCA. La situación administrativa, en el tránsito del s. III al siglo IV es estudiada por M. SARGENTI, *Le strutture amministrative dell'impero da Diocleziano a Costantino*, en «Accademia romanistica constantiniana. Atti II.º convegno internazionale», Perugia, 1976, p. 228 y ss.

(4) En el capítulo VII del vol. V de su *Storia...*, titulado «L'economia e le classi sociali» (138 y ss.) DE MARTINO ofrece una visión general y documentada del problema.

(5) Cf. J. GAGE, *Les classes sociales dans l'empire romain*, París, 1964, espec. p. 390 y ss.; J. GAUDEMET, *Les abus des potentes au Bas-Empire*, en sus «Etudes de droit romain», III, Univ. Camerino, 1979, p. 435 y ss.; a propósito de los impuestos, cf. L. CERATI, *Caractère annonaire et assiette de l'impôt foncier au Bas-Empire*, Milán, 1975; A. PIGANIOL, *La fiscalité du Bas-Empire*, en sus «Scripta Varia», III, Bruselas, 1973, p. 293 y ss.

(6) C. Th., XIV,3,2; IX, 40,3; IV,6,2.

(7) Cf. R. MACMULLEN, *Social mobility and the Theodosian Code*, Journ. of Roman St. 54 (1964), p. 49-53.

(8) A. PIGANIOL, *La crise sociale du Bas-Empire*, «Scripta varia», III, ed. cit., p. 324 y ss.

(9) A. PIGANIOL, *La fiscalité du Bas-Empire*, op. cit., p. 295.

(10) A. PIGANIOL, *La capitation de Dioclecién*, op. cit., p. 279 y ss.

(11) Cf. la importante aportación de F. DELEAGE, *La capitation du Bas-Empire*, París, 1945; el autor insiste en la exposición de los modos de aplicación del sistema en las diferentes provincias. Sobre el tema del *caput* y el *lugum* en España, cf. A. BALIL, *La España del Bajo Imperio...*, en «Actas III Congr. Esp. Est. Clási.», I, Madrid, 1968, P. 175-207.

(12) *Historia social y económica...*, ed. cit. p. 470-471.

(13) C. Th., XIII, 10, 1.

(14) J. GAUDEMET, *Constantin, restaurateur de l'ordre*, en sus «Etudes de Droit Romain», Univ. de Camerino, 1980, II, p. 662.

(15) *Ib.*, p. 662.

(16) C. Th., XII, 16, 4.

(17) J. GAUDEMET, *Les abus des «potentes»...*, op. cit., p. 129 y ss.

(18) C. Th., XIII, 10, 1.

(19) J. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 131.

(20) C. Th., XIII, 11, q.

- (22) *Inscrip. de Efeso*, año 370 (Cf. J. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 131).
- (23) C. Th., XII, 3, 1.
- (24) C. Th., I, 15, 1. En el año 390 Valentiniano II obligó a los *potentiores* a comparecer ante los jueces en las causas criminales.
- (25) «Leur terre apparait donc, en Occident comme en Orient, et depuis le milieu du IV siècle comme un domaine clos, où les fonctionnaires impériaux n'osent plus se hasarder» (J. GAUDEMET, *ib.*, p. 134).
- (26) J. GAUDEMET, *La législation du IV siècle: programme d'enquête*, en «Etudes de droit romain», I, ed. cit., p. 157.
- (27) Cf. R. MACMULLEN, *The Roman concept of Robber-pretender*, RIDA, 10, (1963), p. 221-225.
- (28) A. H. JONES, *The Later Roman Empire*, ed. cit., p. 194 y ss.
- (29) Cf. J. GAUDEMET, *La formation du droit séculier...*, París, 1979, p. 110 (con Bibl.).
- (30) Otras instituciones, como la *stipulatio* o la *traditio* decaen en esta época (cf. BISCARDI, *Il problema storico del diritto giustiniano*; Atti del Cong. Int. Dir. rom., 1951, II, 236 y ss.).
- (31) Cf. M. KASER, *Storia del diritto romano*, Milán, 1979, p. 245 y ss.; donde el autor explica las consecuencias que se derivan del hecho de que la producción del nuevo derecho quedara reservada, en la monarquía absoluta al emperador.
- (32) Cf. J. GAUDEMET, *La formation du droit séculier...*, ed. cit., p. 112-113.
- (33) Cf. P. FUENTESECA, *Oriente y Occidente en la Compilación de Justiniano*, Informac. Jurid. n.º 109, (1952), 457 ss., con información bibliográfica y síntesis del problema.
- (34) Cf. S. RICCOBONO, *Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano*, en «Mélanges Cornil», II, 237 y ss.
- (35) E. LEVY, *Westen und Osten...*, art. cit., 230 y ss.; muy importante es su aportación *West Roman Vulgar Law (the law of property)*, Philadelphia, 1951 (cf. la importante recensión de esta obra hecha por G. PUGLIESE en A. G. II, (1951) 119 y ss.). Posteriormente, LEVY publicó su *Wertrömische Vulgarrecht...* Weimar, 1956.
- (36) Cf. M. GARCÍA GARRIDO, *Las actuales orientaciones romanísticas*, Rev. Der. Not. 39 (1963), p. 22.
- (37) El contexto general en el que se encuadra el problema del derecho romano vulgar es el dualismo clasicismo-vulgarismo, estudiado, entre otros, por F. WIEACKER (una de sus aportaciones es *Vulgarismus und Klassizismus im römischen Recht der ausgehenden Antike*, en «Studi De Francisci», III, 1956, 117 y ss.; ver también M. KASER, *Il Volgarismo e il diritto post-clássico*, Encuesta de LABEO 6 (1960) 229 y ss.
- (38) F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946; *Classical Roman Law*, Oxford, 1951; menos radical se muestra WOLFF, buscando un término medio entre tendencias extremas (*Roman Law. An historical introduction*, Norman (USA) 1951).
- (39) B. BIONDI, *Il Diritto Romano Cristiano*, I-II, Milán, 1952.
- (40) Cf. G. LONGO, *Utilitas publica*, Labeo 18 (1972), p. 7 y ss.
- (41) Cf. M. STEINWENTER, *Utilitas publica-utilitas singulorum*, en «Festschr. Koschaker», I, 1939, p. 90 y ss.
- (42) CICERON, *De officiis*, III, 26; III, 28; III, 53.

- (43) J. GAUDEMET, *Utilitas publica*, RHD 29 (1951), p. 467 y ss.
- (44) *ib.*; p. 469; el autor comenta este hecho observando que si para los estoicos, no podía haber conflicto entre lo *honestum* y lo *utile*, «il n'en va plus de même des rapports de l'Intérêt public et de l'intérêt privé, et c'est au premier, qu'en bon Romain, Cicéron accorde la préférence» (*ib.*; p. 469). De este modo, más que planteando un nuevo problema, el espíritu romano triunfa aquí en la solución concreta que se le da.
- (45) CICERON, *De offic.* III, 6.
- (46) *ib.*; III, 32.
- (47) *ib.*; I, 10.
- (48) *ib.*; III, 16.
- (49) *ib.*; II, 21; a propósito del concepto de *necessitas*, cf. MAYER MALY, *Obligamur necessitate*, ZSS 83 (1966) 47 y ss.
- (50) G. LONGO, *Art. cit.*; p. 13.
- (51) Cf. J. GAUDEMET, *Utilitas publica*, art. cit., p. 471.
- (52) G. LONGO, *art. cit.*, p. 64.
- (53) *Sirmond.* I, Tras renovar el reconocimiento de la *episcopalis audentia*, insistiendo en el carácter inapelable de las sentencias de los obispos, la constitución termina con estas palabras: «*Quidquid itaque de sententiis episcoporum clementia nostra censuerat et iam hac sumus lege complexi, gravitatem tuam et ceteros pro utilitate omnium latam in perpetuum observare convenit.*»
- (54) C. Th., XII, 1, 7.
- (55) C. Th., 1, 7, 1.
- (56) «*Sola iubemus exigi, quae factis a novis indictionibus a liisve praeceptis continentur et quae aniversaria consuetudine antiquitus postulantur: aut, si inexcusabilis necessitas quidam novum exigat nec dilationem publica utilitas patiat, referri a ceteris iudicibus ad viros clarissimos praefectos praetorio et eorum arbitrio flagitanda deposci statim que id nostrae intimari clementiae...*» (C. Th. XI, 16, 7).
- (57) C. Th. VIII, 5, 3.
- (58) C. Th., VIII, 7, 7: «*Instaurata necessaria sanctione, id volumus de cetero custodiri... Excipimus tamen officia cursus publici sollicitudinem sustinentia, nec enim tanto muneri adminiculum denegari publica permittit utilitas.*»
- (59) C. Th., VI, 2, 3.
- (60) En el año inicial de su mandato (364), dirigiéndose a Mamertino, Prefecto del Pretorio, dispone: «*Superfundis enfyteuticis seu patrimonialibus dibus Iulianus legem consultissiman dedit, scilicet ut, qui ex his vel ad privatorum iura transirent vel minuto canone condicionis fisco locationibus tenerentur, ad statum retraherentur antiquum. Hanc legem quidam iudicum interpretati pravius sunt quam utilitas publica postulabat, ut eiusmodi praedia ex rebus privatis nostris eruentes ibi tantummodo satisfacerent legi, ubi non intererat fisci vectigalibus, utrumne privato iure an enfyteutico possideret...*» (C. Th., V, 15, 17).
- (61) C. J., I, 40, 5; en el año 384, Valentiniano II impone a los *magistri equitum et peditum, amantes rei publicae*, el respeto de las *communes utilitates* (C. Th. VIII, 5, 43); otras disposiciones de los emperadores, a finales del siglo IV, pueden verse en J. GAUDEMET, *Utilitas publica*, art. cit., p. 482 y ss.

**ESCOLIOS A LA LEY 30/81
DE 7 DE JULIO**

Luis Fernando SAURA MARTINEZ
Profesor de Derecho Civil

I.—DE LA RATIFICACION POR PODER DE LA DEMANDA POR MUTUO ACUERDO.

Dentro de las dudas planteadas por las normas procesales de la Ley 30/81 de 7 de julio al inicio de la vigencia, se inscribía la referente a ser o no precisa la comparecencia personal de los cónyuges, a fin de ratificar la demanda de separación o de divorcio interpuesta por ellos de común acuerdo.

Ciertamente, en aquellos primeros momentos eran perfectamente sostenibles las dos posturas al respecto, dado el tenor del número 4 de la Disposición Adicional 6.^a, y la ausencia de jurisprudencia acerca del mismo.

Dice, en efecto, el referido número 4: «En el plazo de tres días a contar desde la presentación de la petición, el Juez requerirá a las partes para que dentro de igual plazo se ratifiquen por separado en su petición de separación o divorcio».

Manteniendo la postura favorable a la necesaria comparecencia personal de los cónyuges a efectos de ratificación, entendía Vega Sala: «Esta ratificación, dice la ley, deberán hacerla los esposos por separado, y entendemos que personalmente y no por poder, pues la finalidad parece que entendemos que personalmente y no por poder, pues la finalidad parece que es la comprobación de la libertad con que acuden al divorcio, y aceptan los pactos del convenio, de lo contrario no tendría sentido alguno que tuvieran que hacerlo por separado»⁽¹⁾.

En el mismo sentido, Entrena Klett apuntaba: «La manifestación acorde de ambos consortes de querer separarse o divorciarse tiene que hacerse a la presencia judicial y por separado»⁽²⁾.

La postura contraria, mantenida por nosotros⁽³⁾, se podía apoyar, fundamentalmente, en el hecho de la no exigencia expresa de dicho requisito por la ley, por lo que «ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus»; del propio modo, si al amparo del artículo 55 era posible contraer matrimonio mediante apoderado, no parecía dislate sostener la posibilidad de ratificación de la demanda de separación o divorcio también por el mismo medio; finalmente, importaba, asimismo, tener en consideración que las Dis-

posiciones Adicionales de la ley 30/81 son normas procesales a las que, subsidiariamente, han de ser de aplicación las establecidas por la Ley de Enjuiciamiento Civil que faculta, en diversos preceptos, la ratificación por medio de poder especial al caso.

En esta misma línea se pronuncia Fosar Benlloch, escribiendo: «No debe olvidarse para la interpretación de este precepto, que el Congreso, en su sesión de 22 de junio de 1981, rechazó expresamente en este punto la redacción dada a este párrafo por el Senado en la que se disponía que «el Juez requerirá a las partes para que en plazo de tres días a contar desde dicho acto se ratifiquen personalmente por separado en su petición de separación o divorcio». Por supuesto que por ser un acto trascendental no podrá ratificarse el Procurador si no tuviere poder especial al efecto. Las facultades generales características de un poder general para pleitos, no habilitan para dicha ratificación»⁽⁴⁾.

Pero si el planteamiento doctrinal era razonable en sostenimiento de ambas posturas, habría de ser la interpretación judicial la que inclinara la balanza en uno u otro sentido, habiéndose pronunciado ya al respecto la Audiencia Territorial de Valencia, como pasamos a reseñar.

En el mes de septiembre de 1981, se planteó, ante un Juzgado de 1.ª Instancia de Elche, demanda de divorcio deducida por ambos cónyuges de común acuerdo, dándose la circunstancia de residir uno de ellos, por razones de trabajo, fuera de España. Prevista la ausencia de dicho cónyuge y a fin de soslayar el obstáculo de la ratificación de la demanda, se procedió a otorgar por éste poder general para pleitos, al que se añadió la siguiente frase: «Especiales para ratificar en nombre del poderdante la demanda de divorcio a interponer de común acuerdo con su esposa D.ª..... ante Juzgado de 1.ª Instancia de esta ciudad».

Oportunamente, recayó en el procedimiento de méritos providencia acordando la ratificación personal de los cónyuges. Contra la referida providencia se interpuso recurso de reposición, resuelto por Auto cuyo Considerando segundo decía: «Que independientemente de ello, es lo cierto que el párrafo cuarto de la disposición adicional sexta, de la ley antes citada, exige indefectiblemente y como requisito imprescindible para la admisión a trámite de la petición de divorcio suscrita por ambos cónyuges, y de

mutuo acuerdo, el de la ratificación ante el órgano judicial y por separado de la citada petición, ello como garantía de que dichos cónyuges han procedido con absoluta libertad al adoptar la decisión de interesar el divorcio, y de que en definitiva se hallan también de acuerdo con los hechos narrados en la demanda, en las causas de divorcio invocadas y en el convenio regulador de sus relaciones personales y patrimoniales, concediéndoles el citado precepto incluso la oportunidad de disentir a posteriori de un acuerdo al que se hubiera podido llegar antes. Se entiende, y así debe dejarse sentado, que es precisamente el trámite de la ratificación por separado y ante la judicial presencia, una de las piezas esenciales y claves en el procedimiento de divorcio por mutuo acuerdo, de forma que eludir tal trámite, supondría no sólo lesionar el principio de contradicción, esencial a todo proceso, que en el de mutuo acuerdo, y precisamente por ello, por partir de previo acuerdo se viene a concretar en la posibilidad de disentir a posteriori de una decisión anteriormente tomada».

Contra el Auto resolutorio del recurso de reposición se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Territorial de Valencia, cuya Sala Primera, se pronunció al respecto, mediante Auto de 17 de mayo de 1982, manifestando en su primer Considerando: «...que formulando por ambos cónyuges conjuntamente demanda de divorcio, interesando la disolución del matrimonio por este medio con aprobación del convenio regulador de efectos, se acuerda por el Juez la ratificación de los solicitantes por separado concediendo término para ello que pudiendo hacerlo la esposa presente, no es así por parte del marido ausente del territorio nacional por razón del trabajo, sin haber dejado poder especial a tal efecto, la actora insistiendo en la tesis sustentada en reposición de la referida providencia y ahora de su recurso contra el Auto que la desestimó, sostiene la valencia del poder general otorgado por el Sr.... a Procuradores con la cláusula genérica que inserta al folio 27 de los autos para algunos efectos de la referida demanda, y que lo aduce, en evitación de dilaciones; punto de vista éste, que no puede aceptarse pues si el apartado 4.º de la Disposición Adicional 6.ª de la Ley 30 de 7 de julio de 1981 ordena de manera imperativa que las partes se ratifiquen por separado en la petición de divorcio, es obvio que mientras tal exigencia no se cumpla no puede admitirse a trámite la demanda formulada en ese sentido; y no basta con la expresión que se lee al final del

poder que—como se ha dicho—reviste matiz genérico pero no específico al fin de divorcio instado por la mujer y la aprobación del convenio regulador, y mientras no se aporte poder especial con esa finalidad concreta, o se produzca la ratificación en la forma dicha, se alza obstáculo insuperable para lo postulado inicialmente, porque además cabe como igualmente apunta el Juzgador, que la otra parte hubiese variado de postura en lo que se le atribuye presentado el escrito como presuntamente conforme, y que no se puede lograr la convicción de ello si no hace dicho interesado una manifestación de voluntad concreta en tal sentido mediante la ratificación, o por otro medio específico fehaciente en derecho».

II

DE LA CAUSA 2.ª DEL ARTÍCULO 86 DEL CODIGO CIVIL

Sin ser ninguna de las causas de divorcio recogidas en el artículo 86 del Código Civil modelo de perfección técnica, acaso sea la segunda de ellas la más imprecisa y ambigua, seguro chortal de las más extravagantes y peregrinas interpretaciones a la hora de su aplicación.

Por su virtud, pues, es causa de divorcio: «El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia».

Un intento de aproximación interpretativa a la causa de referencia, arroja, ineluctablemente, las inquietantes incongruencias siguientes:

1.—Si transcurrido un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal puede ejercitar la acción de divorcio tanto el cónyuge actor como el que hubiera formulado reconvencción, es evidente que se está premiando, tan arbitraria como inexplicablemente, al esposo cuya reconvencción hubiere sido desestimada—muchas veces por ha-

berla basado en ilusorias e inexistentes circunstancias, cuando no en desvergonzadas, injuriosas o indignantes acusaciones—.

2.—Si transcurrido un año desde la interposición de la demanda de separación personal no hubiese recaído sentencia, pero se hubiera dictado, pasado dicho plazo sentencia desestimatoria ¿se podrá interponer la demanda de divorcio en tanto que el transcurso de un año establecido por la causa que nos ocupa se ha producido efectivamente?

Con relación al primer punto—posibilidad de interposición de la demanda de divorcio por el reconveniente vencido—la incongruencia se hubiera podido soslayar fácilmente, sustituyendo tan sólo dos palabras, de tal forma que, en lugar de disponer como lo hace «una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación», hubiera establecido «una vez firme la resolución estimatoria de la demanda o reconvenición». Teniendo en cuenta, por otra parte, que en su actual redacción, la palabra separación unida a la frase «resolución estimatoria de la demanda» es absolutamente superflua y reiterativa, en tanto la resolución sólo puede referirse, en este caso, al proceso separatorio.

Por lo que respecta a la segunda de tales incongruencias, es evidente que, dictada una sentencia desestimatoria de la separación, no podrá prosperar una demanda de divorcio presentada con posterioridad a aquélla y basada en haber transcurrido «de facto» el año sin haberse dictado sentencia en la primera instancia. No podrá prosperar en tanto pugna con el espíritu que el legislador, pensamos, quiso imprimir al respecto, a pesar de su desafortunada expresión.

Sobre este punto, se muestra dubitativo Fosal Benlloch, manifestando: «Lo que no puede asegurarse es que el demandante que se ha retrasado algunos días o meses después de vencer el plazo de un año desde la interposición de la demanda de separación y que se ve sorprendido por una sentencia adversa o desestimatoria de la demanda de separación pueda prevalerse de esta causa de divorcio, a partir de la sentencia adversa, lo que deja en la incertidumbre e inseguridad jurídica al que pretende hacer uso de esta causa de divorcio, obligándole a una—anormal—diligencia procesal; demandar sin demora el divorcio»⁽⁵⁾.

Pero, todavía, conviene añadir a lo expuesto una nueva complicación, esta vez con ocasión del proceso consensual introducido por la Disposición Adicional 6.^a de la Ley 30/81, y, más concretamente, en relación con su número 3.º que al referirse a los documentos a acompañar en cada caso por los cónyuges litigantes, establece en su apartado 3.º: «En el supuesto del artículo 86,2.º la resolución estimatoria de la demanda de separación o testimonio acreditativo de la interposición de la demanda de separación personal, siempre que el otro cónyuge se adhiera a la misma».

Frase, la última de este párrafo 3.º, asaz perturbadora y de compleja matización, porque, ¿a qué demanda ha de adherirse? ¿a la de divorcio? ¿a la de separación?. La recta lectura del texto legal nos conduce a la de separación indudablemente, y ello, además, por cuanto se inscribe en el proceso consensuado que exige una actuación de consuno por los cónyuges, de suerte que, o habrán formulado ambos la demanda de divorcio, o lo habrá hecho uno de ellos con consentimiento del otro, —y es que es de suponer aparezca acreditado en la demanda por alguno de los medios válidos en derecho— a lo que se debe añadir la necesidad de su ratificación en todo caso, a tenor del número 4.º de la referida Adicional.

Sentado, pues, que la adhesión lo ha de ser a la demanda de separación, es interesante hacer algunas consideraciones a tal propósito, deslindando los dos supuestos posibles ínsitos en dicho párrafo 3.º, y así, en el primero de ellos ¿qué explicación tiene la adhesión del otro cónyuge a la demanda cuando hubiera sido más lógico exigirla a la sentencia, cuando sea ésta la que se acompañe a la demanda de divorcio?. En la segunda hipótesis, cuando se aporte el testimonio de la interposición de la demanda de separación, ¿por qué adhesión cuando el cónyuge demandado podría haberse mantenido en rebeldía o, lo que es peor, contestado a la demanda, siquiera no hubiera reconvenido?.

Pero, en ambos casos; 1.º—¿En qué momento y en qué proceso habrá de mostrarse la adhesión, en el de separación o en el de divorcio?. 2.º—El proceso de separación, necesariamente contencioso por esta vía, hubo de sustentarse en alguna de las causas del artículo 82 del Código, por lo que parece excesivo pedir al demandado, no ya que reconozca paladinamente, sino que se adhiera a una demanda en que, gran parte de las veces, figura-

rá como adúltero, crápula, libertino, irresponsable, infractor de los deberes conyugales o paterno-filiales, etc. 3.º —¿Cómo se compadece este párrafo 3.º con el supuesto de haber prosperado la reconvenición pero no la demanda de separación?

A este respecto, apunta Etelvina Valladares: «...si todavía no se ha producido la resolución, es posible pasar de la separación a petición de uno de los cónyuges a la separación de mutuo acuerdo... Si todavía no ha recaído resolución judicial, habrá de adherirse el otro cónyuge a la demanda presentada por uno sólo de ellos como requisito previo a la solicitud de divorcio de mutuo acuerdo»⁽⁶⁾.

Habiendo oportunidad de proseguir el pleito por el cauce de la Adicional 6.ª, en aplicación del apartado k) de la 5.ª, el problema se puede solventar fácilmente. En caso de haberse ya dictado resolución en el proceso de separación, la exigencia estricta y literal de la disposición que comentamos hará, en la mayoría de los casos, absolutamente inviable la posibilidad de su ejercicio.

III

SENTENCIA DE DIVORCIO Y RECURSO DE AUDIENCIA EN REBELDIA

A diferencia del legislador de 1932 que, para la sustanciación de los procedimientos sobre divorcio, se decantó en favor del juicio declarativo en menor cuantía—con la oportuna adecuación a la materia a que habría de servir de cauce—, el legislador de 1981 ha preferido—siquiera nominalmente—el trámite señalado para los incidentes en los artículos 741 a 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—con las modificaciones expresadas en la Ley 30/81 de 7 de julio—para encauzar, a su través, los litigios relativos a nulidades matrimoniales suscitados como consecuencia de las causas de nulidad previstas en los números 2 y 3 del artículo 73 del Código Civil, los referentes a separación y divorcio contenciosos, y a las demás que se formulen al amparo del Título IV del Libro I de dicho cuerpo legal y no tengan señalado un procedimiento específico.

Esta referencia del legislador de 1981 impone, inexorable y previamente, la concreción conceptual del incidente. Valga al respecto, por su concisión y claridad, la definición que del mismo, y en su sentido forense, nos ofrece el Diccionario de la Real Academia: «Cuestión distinta del principal asunto del juicio, pero con él relacionada, que se ventila y decide por separado, a veces sin suspender el curso de aquél, y otras, suspendiéndolo, caso éste en que se denomina de previo y especial pronunciamiento».

Y, precisamente, habrá de ser esta precisión conceptual la que nos obligue, seguidamente, a su análisis comparativo con la acepción que el proceso incidental adquiere en la Disposición Adicional 5.^a de la Ley 30/81, y en este menester resalta, poderosamente, el cambio de naturaleza que la meritada ley imprime al procedimiento apuntado, de suerte tal que, desustanciándolo, lo vacía de su prístina significación para trocarlo, lisa y llanamente, en un proceso declarativo más, con todas las secuelas y derivaciones que tal categoría comporta, y que no pudo pasar desapercibida al legislador de 1981.

Líneas atrás, al referirnos a las preferencias del legislador de hogaño, añadíamos el adverbio «nominalmente», conectorio no gratuito si compulsamos el procedimiento escogido por el legislador actual—incidental—con el que, en su día, eligiera el de 1932—el declarativo de menor cuantía—. El resultado del cotejo es tan sorprendente que, puesto a beber en las fuentes anteriores, ha «bebido» nuestro legislador hasta la referencia a no ser necesario el acto de conciliación previo. Referencia obligada al introducir un proceso de menor cuantía que, a tenor del artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, generalmente lo exige, pero superflua al referirlo a los incidentes, que nunca lo ha requerido en atención a su propia naturaleza; «incidunt in rem de que agitur».

A nuestro parecer, fue más acertada la adecuación del procedimiento de menor cuantía a las nuevas exigencias que comportaba la Ley de Divorcio y llamar a las cosas por su nombre, que recoger ese mismo procedimiento en su casi literalidad, pero trocándole el nombre y desvirtuando al tiempo la naturaleza del proceso cedente del apelativo.

Por otra parte, es oportuno destacar el párrafo que, bajo el epígrafe de Disposiciones Adicionales, sirve de introducción a ellas, y que reza: «En

tanto no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil, se observarán las siguientes normas procesales».

La lectura del párrafo transcrito, conduce a las conclusiones siguientes: 1.^a—Paladina proclamación del carácter provisional de las referidas normas y, condignamente, de la manifiesta necesidad de modificar la mencionada ley procesal. 2.^a—Alusión expresa a esta ley que, consecuentemente, debe entenderse como supletoria en todo caso, y no sólo en sus artículos 741 a 761.

La segunda de las anteriores conclusiones pone de relieve una situación posible, no prevista expresamente por la Ley 30/81, susceptible de producir consecuencias peeturbadoras de, en algunos casos, imposible reparación.

En efecto, la Disposición Adicional 3.^a establece la competencia territorial para conocer de los procedimientos sobre nulidad, separación y divorcio, disponiendo: «Será Juez competente... el de 1.^a Instancia del lugar del domicilio conyugal. En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales será Juez competente, a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado. Los que no tuviesen domicilio ni residencia fijos podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante».

Ocurre, en ocasiones, que se puede ignorar el domicilio del demandado—y aún que se prefiere ignorar con evidente mala fe en este caso—previniendo para este supuesto el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «Cuando no conste el domicilio de la persona que deba ser notificada, o por haber mudado de habitación se ignore su paradero, se consignará por diligencia, y el Juez mandará que se haga la notificación fijando la cédula en el sitio público de costumbre, e insertándose en el Diario de Avisos donde lo hubiere, y si no en el Boletín Oficial de la Provincia...».

Situación nada infrecuente en los que a los procedimientos de separación y divorcio se refiere, a tenor de la multitud de Edictos publicados en la prensa cotidiana.

Y como al amparo de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil se puede llegar hasta sentencia sin haberse citado ni emplazado personalmente al demandado ni una sola vez; sin haberle hecho en su persona siquiera una notificación, dispone para estos casos el artículo 777 de aquélla: «El demandado que por no tener domicilio conocido haya sido emplazado por edictos, será oído contra la sentencia firme cuando concurren todas las circunstancias siguientes: 1.^a—Que la solicite dentro de un año contado desde la fecha de la publicación de la ejecutoria en el Boletín Oficial de la Provincia. 2.^a—Que acredite haber estado constantemente fuera del pueblo en que se ha seguido el juicio, desde que fue emplazado para él hasta la publicación de la sentencia. 3.^a—Que acredite asimismo que se hallaba ausente del pueblo de su última residencia al tiempo de publicarse en él los edictos para emplazarlo».

Y el artículo 778: «En todos estos casos, la pretensión que deduzca el litigante rebelde para que se le oiga contra la sentencia firme se sustanciará por los trámites establecidos para los incidentes, y con audiencia de los demás interesados que hayan sido parte en el pleito.

Como se trata de hipótesis reales y absolutamente posibles, causa extrañeza la falta de previsión del legislador sobre este punto, en tanto puede conducir a situaciones irreparables, al menos en aquellos supuestos en que habiendo recaído sentencia de divorcio, de conformidad con el artículo 89 del Código Civil, el cónyuge demandante hubiera contraído nuevo matrimonio en el interregno entre la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial de la Provincia y su firmeza definitiva transcurrido un año desde la publicación de ésta.

Desde nuestro punto de vista el problema no tiene solución posible, en estricta y rigurosa aplicación de la legalidad vigente y, más concretamente, de la interpretación del artículo 89 del Código Civil en relación con el párrafo primero de la Disposición Adicional 9.^a.

En los supuestos ordinario el problema se orilla mediante aplicación del artículo 787: «Las sentencias firmes dictadas en rebeldía del demandado podrán ser ejecutadas, salvo el derecho de éste para promover contra ellas el recurso de rescisión o audiencia expresado en los artículos anteriores. El que haya obtenido la sentencia no podrá, sin embargo, disponer

libremente de las cosas de que se le haya dado posesión hasta haber transcurrido los términos antes señalados para oír al litigante condenado por ella...». Soluciones las de ambos párrafos que, es de presumir, no satisfarían ni al demandado rebelde, ni al nuevo consorte.

Sin embargo, el problema que nos ocupa podría hacer reverdecer la vieja polémica en torno de la diferencia entre inexistencia y nulidad matrimonial.

NOTAS:

(1) F. Vega Sala.—*Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*. Barcelona, 1981. p. 151.

(2) Carlos María Entrena Klett.—*Matrimonio, separación y divorcio*. Pamplona, 1982. p. 589.

(3) Luis Fernando Saura.—«En torno a las normas procesales de la Ley 30/1981 de 7 de julio. Dudas e incertidumbre». En *Boletín Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. Núm. 4/81. Octubre-Diciembre. pp. 29 y ss.

(4) Enrique Fosar Benlloch.—*Estudios de Derecho de Familia*. Tomo II. Vol. 2.º. Barcelona 1982. p. 728.

(5) E. Fosar Benlloch.—Op. cit. Tomo II, Vol. I. p. 237.

(6) Etelvina Valladares.—*Nulidad, separación y divorcio*. Madrid 1982. p. 450.

QUÉ EFICACIA Y PARA QUÉ JUSTICIA (A PROPÓSITO DE NUESTRO SISTEMA PUNITIVO)

Perfecto ANDRES IBAÑEZ

Vocal del Consejo General del Poder Judicial

(*) Texto de la ponencia presentada por el autor al Congreso extraordinario de la *Asociación Profesional de la Magistratura*, celebrado en Madrid los días 10-13 de febrero de 1983, sobre el tema «Justicia eficaz».

1. *Dos lecturas para un lema.*

Para un observador ajeno que careciera de toda otra referencia, la simple noticia de un colectivo de magistrados autoconvocándose en torno al lema *Justicia eficaz* sería seguramente evocadora de algo más que una gozosa celebración festiva de las excelencias de la actual coyuntura de la función y del oficio. aunque sólo fuera por lo que ya a una simple aproximación superficial en términos de lenguaje corriente sugiere la propia semántica de los términos empleados.

Si el hipotético observador fuese un cierto español de a pie que capta el «flash» informativo desde un mínimo de civil interés por los problemas del entorno, vería con toda probabilidad en los convocados o reunidos a un grupo de jueces *justamente* (valga la redundante expresión) preocupados por el *statu quo* de un área de la institucionalidad estatal que a la conciencia de la gente de hoy más que arcano comienza a aparecer caótico.

Desde una perspectiva menos «laica» es casi seguro que la elección como tema de debate—es decir, en clave al menos eventualmente interrogativa—de la calidad que en este caso se toma de entre las que pudieran (afirmativa o negativamente) predicarse de la justicia-servicio público, no dejaría de producir cierta sorpresa. Porque la voz *eficacia* en el diccionario remite a *efecto*, que puede ser, también según el diccionario, «bueno» o «malo», o «deplorable», o «desastroso», y que en última instancia viene de *hacer*. Y no se nos negará que en el contexto de una concepción sacral de la justicia, ampliamente generalizada y compartida—sobre todo intra-muros de palacio—casi hasta la fecha, y de la que permanecen visibles supervivencias litúrgicas y no sólo, no habría el menor espacio para preguntas o actitudes capaces de implicar el más leve cuestionamiento o duda, desde luego incompatible con el carisma de la actividad⁽¹⁾. Todo ello en virtud de una lógica de auto-preservación, que es en último término la que recorre el sistema por cuya estabilidad tal cual *debe* velar entre otros el aparato judicial.

Lo intuía muy bien un viejo magistrado, personaje de SCIACIA: «...cuando una religión comienza a tener en cuenta la opinión laica, está bien muerta, aún sin saberlo. Y lo mismo la justicia. La administración de justicia...»⁽²⁾.

Pues bien, es claro que preguntarse abiertamente acerca de la eficacia o no de algo o alguien que antes estaba fuera o por encima de discusión, aparte su carga de sano «laicismo» comporta un cambio de perspectiva. O quizás mejor de horizonte con a su vez, por lo menos, dos perspectivas posibles. No necesariamente excluyentes por principio, pero que suelen darse en el marco de discursos netamente diferenciados y políticamente contrapuestos.

Puesto que hablamos de perspectivas, diríase apurando el símil óptico que en el fondo del asunto late una cuestión previa de «enfoque». Porque puede gustarnos básicamente lo que hay, sin perjuicio incluso de admitirlo perfectible, y ello llevará a nuestro esfuerzo a concentrarse en «un más acá» de racionalización y mejora en la mecánica de un aparato bueno en sí, pero cuyo rendimiento medido en unidades del *mismo* «producto» debe, sin embargo, aumentarse. O bien, por el contrario, puesto que la eficacia es un valor instrumental, la estimación insatisfactoria del nivel de la calidad de aquel, conducirá necesariamente a la demanda de un cambio en los propios elementos constitutivos del «sistema productivo». Porque, no nos engañemos, se produce aquello y sólo aquello para lo que se tiene aptitud, para lo que se está preparado.

Dos son pues, en síntesis, las actitudes que cabe mantener frente a una cuestión como la que nos ocupa. A partir del acuerdo básico en la constatación ya tópica de que la justicia vive una grave situación de crisis, falla el consenso cuando se trata de diagnosticar su etiología y determinarse a propósito de las eventuales salidas. Para unos—¿los más?—todo se reduce a una cuestión de medios, a la resolución de un problema técnico abordable por la vía de la pura recualificación funcional de *estos* aparatos. Otros estiman—estimamos—que lo que se entiende como «el problema» (endémico, no se olvide) debe ser tomado por indicador. Es fundamentalmente un síntoma que remite a regiones y responde a razones más profundas del complejo institucional y está bien lejos de admitir verdaderas soluciones en una clave puramente eficientista.

Por decirlo esquemáticamente: ¿estamos ante un simple—aunque grave—desajuste susceptible de solución dentro de la propia economía del sistema? ¿Se da una inadecuación «patológica» reversible y tratable

exclusivamente en el plano instrumental, o por el contrario todo ello es expresión de una forma de coherencia «fisiológica» en la relación medios/fines, que evoca una consciente opción valorativa?

Una larga serie de datos, muchos accesibles a la observación superficial, autorizan a pensar que no es por casualidad que esta justicia es como es y hace lo que hace. Por no hablar de lo que no hace.

2. *El actual sistema punitivo: su significación.*

Para el punto de vista tradicional, hasta la fecha dominante y desde luego «de sentido común» en la materia, el conjunto de instituciones enmarcadas en lo que se conoce como «sistema penal»⁽³⁾ tenía por cometido el tratamiento de las disfuncionalidades más llamativas producidas en el interior de un cuerpo social esencialmente sano.

Sin embargo, la observación de que determinadas ciencias sociales han hecho objeto al área de la justicia penal, ese complejo de instituciones que va de la ley a la cárcel pasando por la policía y por el juez, ha abierto camino a una impresión bien diferente. Para CHAPMAN, por ejemplo, el sistema judicial tiene como función la de «crear criminales»⁽⁴⁾.

Aparato de control social por excelencia ejerce una tarea complementaria, aunque esencial en el marco de todo un cúmulo de dispositivos cuyo objetivo mediato sería asegurar el mantenimiento y la reproducción del orden imperante, velar por la conservación de este estado de cosas en sus mismos términos. Traducir determinados fenómenos del antagonismo social a formas tolerables de conflictividad individualizada.

Por eso, se dice, su eficiencia es fundamentalmente criminalizadora y se desarrolla a través de un cuidadoso proceso francamente selectivo que—para atenernos a los límites de lo que aquí nos interesa—comienza ya en la misma configuración del tipo penal y desemboca, aunque no acaba, en la cárcel.

No es posible ignorar que en nuestra sociedad, y más en la presente situación de crisis, acceder al *status* de delincuente es algo que está

mucho más al alcance de unas que no de otras categorías de personas. Y ello en función de presupuestos esencialmente arbitrarios (no gratuitos) en cuanto expresión de una previa elección valorativa en el plano de la política penal: se protegen más o menos determinados intereses, ubicados en determinadas regiones del sistema. Por eso, el mismo CHAPMAN ha escrito que, en muchos casos, «si se prescinde del factor de la condena, no hay diferencias entre criminales y no criminales»⁽⁵⁾.

Algo que no por que pueda sonar a escandaloso deja de ser meridiana-mente claro si se compara el sospechoso celo con que ese tratamiento se escatima a quienes atentan desde las alturas de la pirámide social contra la fiscalidad del Estado y otros fundamentales intereses colectivos y la prodigalidad con que se dispensa a quienes—en virtud de una dinámica de apropiación de lo ajeno esencialmente equivalente—se llevan, al fin y al cabo «el chocolate del loro». Aún cuando como suele suceder se haya puesto previamente a estos últimos en una situación que tantas veces les bloqueaba toda otra posibilidad alternativa.

Nuestras leyes e instituciones son tan implacables con los muchachos del «mono», los del «tirón» o del «cassette» (y desde luego no estoy por la justificación sin más de estas conductas), como ridícula y sospechosamente impotentes frente a conocidas actividades de depredación económica a gran escala o de corrupción administrativa en perjuicio de todos⁽⁶⁾.

Por eso puede decir BARATTA que «la criminalidad, más que un dato preexistente, descubierto objetivamente por las instancias oficiales, es una *realidad social* de la que éstas últimas son elemento constitutivo. Porque constituyen tal realidad social a través de una percepción selectiva de los fenómenos, que se traduce en el reclutamiento de una circunscrita población criminal seleccionada de entre la más amplia franja de aquellos que ejecutan acciones previstas por las leyes penales y que comprendiendo todos los sectores sociales, representa no la minoría sino la mayoría de la población»⁽⁷⁾.

De esta manera se hace evidente que la ley penal—por acción y no menos por omisión—ejerce un trato netamente diferencial en el momento previo de tipificar o no determinadas conductas desviadas. Por otra parte,

conocidos estudios sociológicos⁽⁸⁾ han puesto de manifiesto también cómo los cuerpos policiales encuentran a los delincuentes precisamente donde les buscan, mientras existen auténticas zonas de inmunidad, sobre todo en ciertos estratos superiores de la sociedad.

¿Es concebible mayor situación de impotencia en cualquier sector del aparato estatal que la de un juez de instrucción (incluso juez «central») de este país con su miserable *attrezzo* frente a la complejidad y sofisticación de uno cualquiera de los grandes fraudes de que se tiene noticia?.

Habría que convenir, por tanto, que no le falta razón a DOMINIQUE CHARVET cuando valorando todos estos datos termina viendo a la institución judicial, de la que forma parte, como «garante, no de la aplicación de la ley a todos sino más bien de la exoneración de todo control legal de la actividad de algunos»⁽⁹⁾.

3. *Política «penal» versus política «criminal».*

El actual grado de desarrollo de las ciencias sociales ha puesto claramente de relieve cómo un elevado porcentaje de las conductas criminalizadas tienen que ver directamente con las profundas desigualdades que recorren vertebralmente el sistema. (La sola intuitiva puesta en relación de las cifras del paro y las de la evolución de cierto tipo de delincuencia ahorran cualquier otro argumento). Esta circunstancia hace que la falta de una atención adecuada en sede política (si se da o no una incapacidad constitutiva sería otro tema) por parte de las instancias a las que correspondería la responsabilidad de remover (ahora incluso por imperativo constitucional) la raíz de las disfuncionalidades y contradicciones de que se nutre una porción sustantiva de las magnitudes de la criminalidad, convierte la respuesta penal no en la pretendida *ultima ratio*, sino en auténtica *unica ratio* muchas veces.

Siendo ésto muy grave lo sería algo menos si la «oferta» judicial y penitenciaria respondieran siquiera tendencialmente a la imagen que intentan proyectar de sí mismas. Pero lo cierto es que si de la primera cabe decir con fundamento lo que antes se ha expuesto, el fracaso de la cárcel

como espacio de rehabilitación y resocialización es ya un lugar común en cualquier discurso que no quiera ser burdamente mistificador⁽¹⁰⁾.

Marginación social, criminalidad y represión carcelaria son realidades que se encuentran estrechamente inter-implicadas en una especie de relación de circularidad. En la inmensa mayoría de los casos la primera de aquellas variables está en la base de la delincuencia primaria, que resulta ulteriormente reforzada a partir de la segregación que la prisión impone. A la marginación básica se añade una suerte de sobre-marginación institucional que hace que la única adaptación posible sea la que realmente se da al propio medio carcelario y todo lo que significa. Está tristemente demostrado que la influencia de la experiencia institucional sobre el «desviado primario» se traduce en compulsión efectiva a organizar su vida futura en torno al hecho mismo de la desviación. Es el afianzamiento en el camino de lo que los criminólogos llaman bien gráficamente «carrera criminal»⁽¹¹⁾, de la que un paso fundamental, constitutivo cabría decir, es la interiorización por el sujeto de los modelos de comportamiento propios de la subcultura carcelaria.

«Pero—son palabras de GEORGE JACKSON, escritas desde la cárcel, desde su condición de negro encarcelado en un penal americano°¿qué podemos decir de estos asilos de los que ningún interno sale curado? Al contrario, salen de la prisión más dañados física y mentalmente que cuando entraron. Esa es la realidad. Tal como están las cosas ¿continuarías investigando al interno o te preguntarías dónde comienza la responsabilidad administrativa?»⁽¹²⁾.

La irracionalidad puede adquirir connotaciones ciertamente dantescas cuando en ese medio, inhumano en el mejor de los casos, se producen situaciones como las que, por ejemplo, relata el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales en la causa seguida en la Audiencia Provincial de Ciudad Real contra doce funcionarios del establecimiento de alta seguridad de Herrera de la Mancha⁽¹³⁾. Y ya, en el límite, cuando la institución de «máxima seguridad» hacia el exterior, no garantiza e incluso pone directamente en peligro la supervivencia física de los internos, como puede deducirse de la elevada tasa de suicidios⁽¹⁴⁾.

Hay que añadir que, como es bien sabido, la privación de libertad en un número altamente significativo de los casos, tiene carácter preventivo más que formalmente penal. Resulta por todo ello difícil no compartir el juicio de FERRAJOLI cuando se refiere a esa «paradoja institucional» de «una comunidad confiada al control total del Estado, pero en cuyo interior no rige control ni regla alguna sino la ley del más fuerte (...) una sociedad artificial, producida por el derecho que es al propio tiempo sociedad natural sin reglas y sin derechos, donde revive el «homo homini lupus» (...) un aparato coercitivo, máxima expresión del poder del Estado sobre el ciudadano, pero en cuyo interior el Estado está ausente: y no el Estado de derecho, sino simplemente el Estado en su acepción hobbesiana, capaz de asegurar la vida y la incolumidad personal»⁽¹⁵⁾.

Todo lo expuesto justifica a nuestro entender que entre nosotros no quepa hablar de otra cosa que de política *penal* y ejercida en condiciones tales que hacen de ella un potente factor criminógeno, un potente factor de multiplicación y reforzamiento de los fenómenos que supuestamente se trataría de erradicar.

Una adecuada política *criminal* exigiría como presupuesto previo la clara toma de conciencia de las limitaciones e insuficiencias de la respuesta punitiva, y de la necesidad de su reducción a la condición de efectiva *ultima ratio* dentro de un riguroso sistema de garantías. Al mismo tiempo, la puesta en ejercicio de una clara estrategia de transformación social e institucional orientada a remover desde el fondo las condiciones que hacen del fenómeno criminal algo perteneciente a la «normalidad» del orden establecido y que sólo puede ser efectivamente abordado en una rigurosa perspectiva de cambio.

4.—*Incidencia de la falta de una adecuada política criminal en el papel del juez penal.*

La falta hasta la fecha (en el plano intencional incluso) de una política *criminal* adecuada da lugar a que la punitiva sea la única respuesta institucional a toda una serie de fenómenos, fundamentalmente radicados en las capas marginales de esta sociedad.

Así, complejísimas situaciones sociales resultan tratadas de modo exclusivamente represivo y de forma totalmente inadecuada pensando en lo que exigiría su eventual erradicación.

Los tipos penales se configuran, como es bien sabido, abstrayendo determinados datos de una secuencia de comportamientos reales socialmente dados. Tales variables pasan a ser así jurídicamente relevantes y consideradas merecedoras de reproche en su conjunto, lo que supone la virtual irrelevancia en principio a esos efectos de todas las demás. De cuáles sean unas y otras dependerá el sentido de la eficacia del precepto y de su proyección práctica.

Pues bien, por poner un ejemplo tomado de la más mordiente cotidianeidad, nuestras leyes penales, —las de un país que carece en absoluto del mínimo de preocupación institucionalizada en materia de prevención y no digamos ya asistencia a la drogadicción—, prescinden con absoluta tranquilidad de conciencia de datos como: 1.º que el «síndrome de abstinencia» por falta de la dosis precisa de determinadas drogas duras ejerce tal compulsión en quien lo padece como para hacer inútil en el plano de la prevención especial cualquier medida penal; 2.º que el «consumidor-puro», el único teóricamente impune, no tiene realidad estadísticamente relevante, siendo por el contrario arquetípico el adicto que precisa ejercer un mínimo de «tráfico» para sustentar el propio consumo.

De este modo, la carencia de una atención efectiva al problema en las sedes administrativas en que el mismo debiera afrontarse, unida a una legislación que choca abiertamente con el dato sociológico, producen el resultado de poner en manos de la justicia la tarea sucia (y vana) de contener mal-tratando el crecimiento del número de personas que encarnan un género de «delincuencia» que en su estado actual sólo puede explicarse merced a la decisiva aportación causal del propio sistema. Semejante divorcio entre la realidad y el orden punitivo lleva a la diaria criminalización de individuos gravemente enfermos de cuya dramática situación personal al parecer sólo interesa el dato penalizado que constituye puramente el síntoma de todo un síndrome del que friamente se hace abstracción.

Por otra parte, por vía de interpretación jurisprudencial puede llegarse a situaciones de corte tan inequívocamente surrealista como la de que la «liberalidad consistente en brindar varias chupadas de cigarrillo de “hachis” supone no sólo la donación a que se refiere el art. 344 del Código Penal, sino además “acto de iniciación en el consumo, equivalente y subsumible en el ‘promover’ legal...”⁽¹⁶⁾. Esto sobre el fondo de una situación social en que cerca de un 50 % de los jóvenes comprendidos en edades entre los 15-20 años ha hecho uso del «porro», que precisamente se fuma pasándolo entre quienes lo comparten⁽¹⁷⁾. Y en un momento en que «la cannabis ha dejado de ser una droga contestataria y contracultural, si es que en algún momento lo fue, y al igual que en otros países occidentales ha pasado a ocupar un rango de cotidianeidad encontrándose en todos los ambientes: burguesía, profesiones liberales y técnicos, estudiantes, proletariado y lumpenproletariado, no revistiendo su consumo mayor significación que la de facilitar una cierta evasión edonista»⁽¹⁸⁾.

Con ésto quiere decirse—y el anterior es un único ejemplo pero suficientemente ilustrativo—que en ausencia de una verdadera política *criminal* el juez se verá siempre inevitablemente constreñido a desempeñar una función de *suplencia regresiva*. A contener coactivamente dentro de los límites de lo tolerable las consecuencias de *lo que no se hace* en las instancias del sistema primariamente encargadas de prevenir o evitar, removiendo sus antecedentes conocidos, mucho de lo que ulteriormente termina por ser injustamente criminalizado. A producir auténticos «chivos expiatorios» sobre los que proyectar las insuficiencias y las culpas de esta sociedad, que encuentra así un factor adicional de cohesión de sus miembros «sanos» frente a quienes no lo están⁽¹⁹⁾.

Las situaciones de crisis como las que actualmente vivimos tienen la dudosa virtud de ofrecer en clave expresionista la confirmación de lo que se viene diciendo. O lo que es lo mismo: cuanto mayor y más cruel es la desigualdad, mayor también la necesidad de control social. Cuando más patente se hace la ausencia de justicia en las relaciones sociales, más penetrante y necesaria resulta la presencia represiva de la justicia como institución.

5. Sobre el actual sistema punitivo de nuestro país.

En la *Memoria* elaborada por el Consejo General del Poder Judicial en 1981, podía leerse textualmente: «No es que la justicia como organización sea mala o buena, adecuada o inadecuada, es que *i o hay empresa*»⁽²⁰⁾, elidiéndose prudentemente con esa fórmula de recio sabor tecnocrático el *no hay justicia* que, por imperativo de coherencia exigía el mismo contexto.

No cabe aquí una referencia pormenorizada a los distintos planos que integran lo que hemos llamado nuestro sistema punitivo. Pero sí al menos sugerir esquemáticamente las notas más relevantes desde el punto de vista de lo que nos interesa. Al mes de diciembre de 1982 puede afirmarse en síntesis que:

1.º En el orden legislativo es evidente la presencia de un verdadero movimiento «descodificador», utilizando la conocida expresión de IRT⁽²¹⁾, que se concreta en la dispersión de fuentes normativas penal-procesales, con quiebra de su unidad sistemática y notorias inconsecuencias en el plano de los principios informadores. Desde el punto de vista procedimental se constata una abierta ruptura con la línea garantista que inspiraba nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882⁽²²⁾. Desde el ángulo propiamente penal puede pensarse en la quiebra de, entre otros, el principio de legalidad que comportan disposiciones como, por poner sólo un ejemplo, el art. 1 del Real Decreto-ley de 26 de enero de 1979 sobre protección de la seguridad ciudadana.

2.º Leyes como la Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los su-puestos previstos en el art. 55.2.º de la Constitución, hacen aún más simbólico el carácter de judicial de las fuerzas de policía de este país. Y al mismo tiempo, como no podía ser de otro modo, confinan con demasiada frecuencia a la administración de justicia en el papel mecánicamente legiti-mador de lo actuado autónomamente por esa instancia del ejecutivo. Esto llega al colmo en aquellos casos en que es la propia policía quien por sí misma decide cuándo debe prescindir del juez.

3.º También el ejecutivo se reserva el control directo del Ministerio Fiscal, cuya reorganización relativamente democrática en que según sus mentores habría de traducirse la puesta en práctica del nuevo Estatuto, viene demorándose de forma evidente.

4.º La disfuncionalidad del servicio judicial llega al punto de que, sencillamente, no sólo es que los ciudadanos desconfíen de la justicia, es que el juez es el primero que no puede creerse. Porque faltan los mínimos (y ya hemos visto que no sólo «empresariales») para dar cumplimiento a las exigencias que en este ámbito plantea la autodefinición de un Estado como «social y democrático de derecho». La justicia judicial en un país democrático sólo puede decirse existente a partir de determinados presupuestos que aquí todavía no se dan. Me atrevería a decir por eso que, si quisiera recuperarse el vocablo para poder referirlo en un futuro deseable, sin despertar ecos demasiado penosos en la memoria de las gentes, a una institución profundamente renovada, valdría la pena pensar en dejar de someterlo al desgaste que supone su reiteradamente acrítica y tópica asociación a aquella en su actual situación.

A quien pueda parecerle ésto exagerado le invitaría al esfuerzo necesario para tratar de vivir imaginativamente la experiencia desde «la piel del justiciable»⁽²³⁾. Del de todos los días, de ese que, prescindiendo aunque sea mucho prescindir del dato pre-procesal, de «lo irrelevante» para el derecho, pasa sin asistencia letrada en su detención. Se ratifica en lo declarado, pero nunca ante el juez y fácilmente sin haber leído lo que tiene suscrito con su firma. Ingres a sin saber muy bien hasta cuando en prisión preventiva en virtud de una resolución «standard». O, en el mejor de los casos, quedando en libertad se ve obligado a acudir repetidas veces al juzgado por extrañas exigencias de un procedimiento llamativamente «arítmico». Tiene un abogado de oficio al que no conoce. Que tal vez presta su conformidad a la calificación del fiscal sin haber cambiado con su «cliente» una palabra. Aunque con un poco de suerte pudieran encontrarse en los pasillos unos minutos antes del juicio, uno o tal vez más años después de aquellos hechos...

En la otra cara de la medalla la evidencia no menos real y recurrente en la práctica del ingente volumen de conductas que desde sectores privilegiados de esta sociedad violan gravemente las leyes penales en situación de verdadera impunidad. Y para cuyos autores, cuando a pesar de todo topan con la justicia, las cosas discurren de muy distinta forma, al menos en lo que a costes humanos se refiere.

6. *Acerca de la eficacia represiva de esta justicia.*

Si las presentes consideraciones se abren con el doble interrogante que les sirve de título, es por que ésta que para muchos es ya justicia, a mi al menos me parece ya terriblemente *eficaz*. ¿De qué clase de eficacia?.

En la respuesta que creo ha de darse a esta pregunta, veo la clave de la situación actual de nuestro sistema punitivo. De la permanencia de esa situación que si por algo se caracteriza es precisamente por su tremenda incidencia represiva.

¿Cabe mayor exasperación de la reacción punitiva que la que supone trasladar en bloque los momentos de prevención e intimidación propios de la pena al proceso penal en sí mismo?.

Si el proceso penal es uno de los momentos de verdad de la consistencia democrática de un sistema político, el principio de presunción de inocencia a su vez representa el verdadero banco de pruebas de la calidad del primero.

Los autores consideran que la presunción de inocencia tiene un significado plural: es regla de tratamiento del imputado y a la vez regla de juicio. En el primer sentido, señala NOBILI, se refiere a la condición de imputado y en particular a su libertad personal; en el segundo afecta al sector de las pruebas y de la decisión sobre el hecho, como criterio para la adquisición del material probatorio y de su valoración⁽²⁴⁾.

De este modo, donde el principio tenga efectiva vigencia, como dice gráficamente VALIANTE, en ausencia de una condena definitiva, el sujeto a quien se impute un delito es igual a todos los demás, debe poder gozar de la estima de todos y, antes aún, de la del Estado⁽²⁵⁾. Y, por otra parte, se dará una eficaz actuación del imperativo de inmediatez, como previa exigencia de una adecuada obtención y apreciación del material probatorio.

No parece difícil ilustrar hasta qué punto todo esto es por hoy ajeno a nuestra realidad procesal.

Vigente sí la presunción de inocencia al amparo del art. 24 de la Constitución, que no es poco, también es cierto que ha dado lugar a interesan-

tes prácticas jurisprudenciales, sobre todo y primero del Tribunal Constitucional. Pero la normalidad estadística va por otros derroteros.

Piénsese a ese respecto en el carácter regular con que debe aplicarse la prisión preventiva a partir de la vigencia de los arts. 503 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su nueva redacción⁽²⁶⁾. Y en la perpetuación de las situaciones de privación de libertad en que se traduce el tremendo deterioro de la maquinaria judicial. Sin contar con el gravamen adicional que supone el deplorable estado de los centros de detención...

En el segundo aspecto son de destacar las escasas posibilidades que nuestro juez penal tiene de producir o de orientar siquiera por sí mismo la prueba. De manera que al contradictorio apenas le queda otro sentido que el puramente ritual, en vista de la importancia y el peso de la actividad instructora, de matiz policial en gran medida.

No debe resultar extraña por tanto la sistemática proyección de la «reforma de la justicia» en ese futuro sin tiempo, tedioso lugar común de abundante y conocida literatura ministerial. Al fin y al cabo ¿dónde los eternos beneficiarios del actual (casi eterno) estado de cosas iban a encontrar un modelo procesal-penal con mayor funcionalidad a su oscuro proyecto?.

Es por lo que creo que, como he dicho, sólo desde unos presupuestos políticos diferentes puede proyectarse una justicia distinta.

Unos presupuestos políticos que demanda la propia vigente Constitución democrática en su apuesta clara por la efectividad real de los derechos fundamentales de la persona.

7. Por una nueva eficacia para una justicia distinta.

Lo hasta aquí expuesto lleva por necesidad a cuestionarse con carácter previo a cualquier opción instrumental el modelo de justicia que se quiere para propiciar desde él un cierto tipo de eficacia.

Desde luego se admite que la mejora de las condiciones materiales de la actual administración de justicia supondría un avance que no puede

subestimarse. Pero ya se ha dicho, y a ello nos remitimos, por que hay razones para pensar que no es por casualidad que al modelo de justicia propia de este sistema le ha correspondido desde siempre ese peculiar género de eficaz-ineficacia.

Por eso se estima que la salida de tal viejo círculo vicioso pasa por una previa clara opción política en el terreno de los valores. Por la exigencia de un cambio de cualidad en las relaciones sociales y profundas transformaciones en el tejido institucional.

Sería presuntuoso apuntar «soluciones», pero sí cabe formular ciertas exigencias prioritarias de inaplazable ejecución, por las que tendría que pasar una política de la justicia al servicio de la democracia. Sin ánimo de exhaustividad, desde luego, podrían avanzarse los siguientes:

1.º Una profunda reconsideración de los bienes jurídicos merecedores de protección penal y de su jerarquía relativa a la luz de la Constitución. Consistiendo la sanción penal en una privación de derechos que son fundamentales de la persona, es evidente que su aplicación sólo puede tener lugar cuando ello resulte impuesto por la relevancia constitucional de los bienes de cuya protección se trate.

2.º Ya dentro del ámbito propiamente penal, debe atenderse prioritariamente a la tutela de determinados intereses de primario carácter social: la salud, el medio ambiente, la economía pública, el trabajo...

3.º En la misma línea y como contrapartida, urge proceder a la despenalización de determinadas conductas. Con carácter puramente ilustrativo podría pensarse en cuestiones como la interrupción voluntaria del embarazo, drogas blandas, opinión, tráfico automovilístico, etc. A tal efecto habría que tener en cuenta la evolución experimentada por los modelos culturales vigentes en nuestro país, así como determinadas experiencias legislativas de otros como Alemania e Italia.

4.º Deberá ponerse inmediato remedio a aquellos problemas de la actual administración de justicia que tienen más directamente que ver con su miseria material. Simultáneamente habrá de afrontarse la reforma del procedimiento, atendiendo a aspectos como:

a) Fortalecimiento de la gestión directa del juez durante todo el proceso.

b) Disponibilidad real de la policía.

c) Ampliación de la incidencia del principio acusatorio.

d) Recuperación para el plenario de su carácter de verdadero juicio y con ello de la oralidad y contradicción como condiciones esenciales.

c) Modificación de la regulación actual de la prisión preventiva, que sólo podrá imponerse por tiempo limitado, previa valoración judicial del caso concreto y por razones de estricto carácter procesal.

f) Dar efectividad a la asistencia letrada al detenido a lo largo de todo el procedimiento y desde la detención policial.

g) Hacer igualmente efectiva la gratuidad de la justicia, sin que ello repercuta en la calidad de la defensa.

5.º No menos urgente parece la apertura de cauces realmente practicables a la opinión pública en el interior de la institucionalidad judicial. El conocimiento fundado de la verdadera dimensión y naturaleza de los problemas es paso necesario para suscitar una demanda social cualitativamente distinta y no fácilmente manipulable, como lo viene siendo hasta ahora desde las «ideologías del orden» y en clave de puro reduccionismo represivo. No será demasiado fácil, pero habrá de conseguirse que el hombre de la calle sustituya por una actitud crítica y comprensiva de la completa etiología de los fenómenos estudiados la habitual propensión a hacer cuestión de orden público y tratable sólo punitivamente cualquier forma de desviación.

6.º Probada hasta la saciedad la terrible realidad y nulas posibilidades humanizadoras de la cárcel, y puesto que esta sociedad no parece por el momento capaz de prescindir de ella, se impone limitar su aplicación a lo indispensable, modificando absolutamente su situación y potenciando la respuesta en práctica de fórmulas alternativas y modalidades atenuadas de internamiento.

Una reflexión serena, pública y abierta por parte de los profesionales de todos los ámbitos implicados e interesados en las cuestiones aborda-

das, con amplia participación social, es no obstante el mejor camino para abrir vías a una auténtica superación del presente estado de cosas. Serviría además para poner en marcha una dinámica capaz de evitar en el futuro la separación y el aislamiento que han sido el mejor caldo de cultivo de un caos en que la justicia apenas puede reconocerse.

Mientras eso no tenga lugar, una tremenda hipoteca continuará pesando sobre aspectos fundamentales de nuestra vida civil. Porque, para decirlo con palabras de PELLEGRINO ROSSI, de incuestionable vigencia: «La libertad política tiene particular necesidad de la justicia; ambas son dos condiciones sociales inseparables entre sí. Cuando una de ellas ha existido durante un transcurso de tiempo, la otra nace necesariamente; y si alguna llega a faltar, la otra tarda poco en desaparecer o en ser desnaturalizada»⁽²⁷⁾.

NOTAS:

(1) Me refiero a esa vieja concepción mítica de la justicia que mientras proyectaba todo lo relacionado con ésta en las esferas de lo inefable y fuera del alcance de cualquier planteamiento crítico, cerraba los ojos a bien evidentes formas de control político. Arquetípico es al respecto el Discurso leído por el Ministro AUNOS en el acto de apertura de tribunales de 1943 (Ed. Reus, Madrid 1943, vid. especialmente pp. 44 y ss.).

Expresivas consideraciones en la misma línea pueden encontrarse en DE MIGUEL, *Jaque a la justicia*, Barcelona 1980, pp. 43 y ss. entre otras. Propugna el autor «el abandono de los cuadros judiciales si existe incorporación a una ideología activa cualquiera». (op. cit. pp. 44).

(2) *Il contesto*, Torino, 5.ª edición 1979, p. 87.

(3) Cfr. sobre el particular P. ROBERT/C. FAUGERON, *La justice et son public. Les représentations sociales du système pénal*. Genève 1978, pp. 45 y ss.

(4) *Lo stereotipo criminale*, trad. R. Palmiteri, Torino 1971, p. 7.

(5) Op. cit., p. 6.

(6) «...los cinco expedientes remitidos al fiscal sobre actuaciones de bancos que pudieran ser constitutivos de delito suelen quedar paralizados cuando llegan a manos del correspondiente juez instructor». («Malestar en el Banco de España», *Tiempo de hoy*, 29 de noviembre de 1982. Para un tratamiento sumamente riguroso y pormenorizado del tema, puede verse C. VILADAS JENE, *Los delitos de quiebra: norma jurídica y realidad social*, Barcelona 1982, entre otras, pp. 263 y ss.

- (7) *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna 1988, p. 181.
- (8) Cfr. J. YOUNG, «Polizziotti e drogati», *Comunità*, n.º 168, XII 1972.
- (9) «¿Crisis de la justicia, crisis de la ley, crisis del Estado?» en *La crisis del Estado*, Ed. de N. Poulantzas, trad. de S. Vilar, Barcelona 1977, p. 305.
- (10) Cfr. F. MUÑOZ CONDE, «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», en *La Reforma del derecho penal*, Ed. a cargo de S. MIR, Barcelona 1980, vol. I, pp. 61 y ss.
- (11) Sobre este tema vid. por todos R. BERGALLI, *La recalda en el delito: modos de reaccionar contra ella*, Barcelona 1980, especialmente pp. 267 y ss.
- (12) En *Soledad Brother. Cartas de prisión*, trad. J. Freyre, Barcelona 1971, p. 65.
- (13) Vid. *El País* de 27 de julio de 1982. sobre este «affaire» M. REVUELTA, *Herrera de la Mancha. Una historia ejemplar*, Madrid 1980.
- (14) Cfr. «Muertes en la cárcel», *El País*, 10 de julio de 1982. «Otra muerte en Carabanchel», id. 21 de julio de 1982.
- (15) «Carcere e diritti fondamentali», en *Questione giustizia*, 1/2, 1982, pp. 358-359.
- (16) Tribunal Supremo, Sala 2.ª, ss. 25 de enero de 1980, 11 de febrero de 1980, 2 de julio de 1980, entre otras.
- (17) Cfr. *La población española ante las drogas, Documentación social*, n.º 42 (monográfico) enero-marzo 1981, p. 111.
- (18) «Cannabis», de SOLE INSA, SOLE PUGG, SAN MOLINA, BERNARDO, en *Toxicomanías. Un enfoque multidisciplinar*, de varios autores, Barcelona 1981, p. 189.
- (19) Cfr. P. ROBERT/C. FAUGERON, op. cit.
- (20) *Memoria* elaborada por el Consejo General del Poder Judicial sobre el estado de la justicia en 1981, *Boletín de Información* número extraordinario, julio de 1981, p. 29.
- (21) *L'età della decodificazione*, Milano 1979.
- (22) He desarrollado este tema en «Cien años después. Lo que queda de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Poder Judicial*, septiembre 1982, n.º 4, pp. 41 y ss.
- (23) Tomo la expresión del título de la obra de J. LIBMANN, *La peau du justiciable*, París 1979.
- (24). *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna 1979, p. 15.
- (25) *Il novo processo penale*, Milano 1975, p. 160.
- (26) «La Ley 16/80, de 22 de abril que modificó los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en lo relativo a la prisión provisional, determinó un aumento muy importante del número de internos en situación de preventivos», Consejo General del Poder Judicial, *Memoria*, Madrid 1982, p. 87.
- (27) *Tratado de derecho penal*, trad. de C. Cortés, 2.ª ed. Madrid 1872, tomo primero, p. 13.

**NOTA SOBRE «EL PENSAMIENTO
FILOSOFICO Y POLITICO
DE ANTONIO LABRIOLA»**

Manuel ATIENZA

1. Antonio Labriola (1843-1904) ocupa un lugar en la historia de las ideas políticas por haber sido el introductor del marxismo en Italia, iniciando con ello una importante tradición cultural que cuenta con nombres tan significativos como los de Mondolfo, Gramsci, Della Volpe, Cerroni, Coletti, etc. Las obras más importantes de Labriola están traducidas al castellano, pero el libro de Juan Ruiz Manero, *El pensamiento filosófico y político de Antonio Labriola* (Universidad de Alicante, 1983), es no sólo el primer estudio global sobre este autor escrito en castellano (dejando a un lado algunos breves trabajos introductorios como el prólogo de Sacristán a una de las traducciones a que antes me refería —*Por qué leer a Labriola*, prólogo a A. Labriola, *Socialismo y filosofía*, Alianza Editorial, Madrid, 1968), sino, simplemente, el primer libro escrito sobre Labriola por un autor no italiano (existen sin embargo artículos de K. Korsch, G. V. Plejánov, D. Riassanov o F. Mehring).

Aunque se trata de una tesis de doctorado, el libro de Ruiz Manero supera con mucho lo que convencionalmente se entiende por tal, al menos en nuestro país: estamos en efecto, ante una obra de madurez, bien escrita y en la que de sus orígenes académicos sólo queda algún vestigio estilístico sin importancia. Lo mejor del libro es que logra dar una síntesis equilibrada y razonablemente crítica del pensamiento de Labriola que resulta a un tiempo profunda y clara. No hay nada en él que quepa calificar en justicia como «lo peor», pero quizás no hubiese estado de más un último capítulo sobre «la fortuna histórica de Labriola» en que se analizara su influencia sobre autores italianos marxistas o no marxistas (como Croce). El lector habría agradecido también algunos datos más de carácter biográfico que podrían ayudar a entender mejor determinados aspectos de su pensamiento; por ejemplo, para aclarar sus tomas de postura frente a la religión hubiese sido interesante saber si Labriola era o no creyente (en algún lado aparece un texto en que se declara anticatólico, pero sin más precisiones), o en qué momento dejó de serlo, etc. En definitiva—para decirlo de manera un tanto pomposa—además de al filósofo y al político hubiese sido interesante conocer también al hombre.

2. La trayectoria intelectual de Labriola no deja de tener algunas curiosas analogías con la de Marx. Al igual que éste, Labriola se inició filosó-

ficamente en el pensamiento neohegeliano y recibió después la influencia del herbartismo (que cumple un papel parecido al del materialismo francés en el caso de Marx); fue consciente de vivir en un medio hostil (alguna vez se definió como «un alemán perdido en Italia») y—como Marx—estaba dotado de un espíritu caústico que resulta especialmente visible en los juicios que le merecieron sus contemporáneos (Loria, Ferri, etc.); su carácter, que propendía a la intransigencia, debía resultar poco apto para las tareas de organización política, de modo que sus relaciones con F. Turati—el fundador del socialismo italiano—recuerdan las de Marx con Lasalle. Sin embargo, a diferencia de Marx, Labriola no parece haber tenido una sólida formación económica y su evolución hacia el socialismo fue mucho más larga y complicada que la de aquél, por más que en su obra no falten elementos de continuidad, como pone de manifiesto Ruiz Manero aceptando la opinión del propio Labriola.

La primera etapa en el pensamiento de Labriola es la que corresponde al período que va de 1861 a 1873. Durante estos años recibe la influencia del hegelianismo «crítico y abierto» de Bertrando Spaventa que le facilitaría su posterior evolución hacia el marxismo. Además, Spaventa defendía la idea de la ruptura entre mundo humano y mundo de la naturaleza que cumple un papel importante en las obras posteriores de Labriola. En los diversos trabajos académicos que escribe, durante su primer período, Labriola defiende la dialéctica de Hegel frente a la «vuelta a Kant» y se interesa por la filosofía de la historia; de Spinoza acepta la reducción de la ética a psicología y su propuesta de una moralidad fundada no en un ideal externo a los hombres, sino en el conocimiento de las leyes de que dependen las acciones humanas; y en el pensamiento de Sócrates (de su interés por Sócrates es seguramente consecuencia el «procedimiento máyutico» que adoptará en su obra de madurez, los *Ensayos*) destaca el elemento de religiosidad y la necesidad de certeza ética. Desde un punto de vista político, Labriola es, durante este período, un conservador moderado que defiende la necesidad de una religión depurada de elementos medievales y que mantiene una actitud de «pesimismo nacional» con respecto a la historia italiana que más tarde trasladará al desarrollo del socialismo en Italia.

El segundo período (1873-1866) se caracteriza por la influencia del herbartismo que tiene lugar tanto en el terreno filosófico general como en el campo de la psicología y la pedagogía. La filosofía de Herbart estaba en abierta oposición a la de Hegel, pero no en cuanto al idealismo, sino en cuanto al monismo ontológico hegeliano. La principal influencia de Herbart y del herbartismo en Labriola se podría condensar en los dos siguientes puntos. En primer lugar, en la concepción de la metafísica (de la filosofía) no como visión total del mundo, sino como crítica y corrección de los conceptos que son necesarios para pensar la experiencia; es decir, la filosofía aparece no como un saber substantivo, sino como un saber adjetivo, de segundo grado. En segundo lugar, en la importancia que atribuye a la psicología social, disciplina que Herbart había contribuido a fundar. Esto último llevaba consigo también la distinción (de orden tanto ontológico como metodológico) entre los procesos histórico-sociales y los físico-naturales (algo que estaba ya en Spaventa), y la importancia atribuida a la singularidad de los procesos históricos frente a las abstracciones especulativas de los hegelianos.

La influencia herbartiana aparece también en los escritos de este período de temática moral. Así, Labriola va a concebir la libertad no como algo dado al hombre, sino como un resultado de la formación de la personalidad: «la libertad consiste en la posibilidad de querer según motivos» (p. 118). De esta forma, se oponía tanto al indeterminismo espiritualista como al determinismo mecánico naturalista y destacaba, además, la importancia de la pedagogía, esto es, la necesidad de formar un carácter moralmente bueno. (En *La sagrada familia*, Marx había defendido tesis parecidas, pero poniendo el acento más en los elementos sociológicos que en los psicológicos). Con respecto a la religión, Labriola considera ahora que esta no puede fundamentar la moralidad (una tesis típicamente kantiana), pero reconoce en la religión una «instancia educadora de los hombres para la moralidad» (p. 124). Finalmente, frente al Estado liberal abstencionista defiende un concepto ético pedagógico del Estado (en este caso radicalmente antikantiano), es decir, un modelo paternalista de Estado («autoritario» lo llama Ruiz Manero) que era consecuencia de la impugnación a que había sometido a los dos presupuestos de la doctrina liberal: la idea de

que los hombres, en virtud de su racionalidad, tienden de manera espontánea hacia el bien, hacia el obrar moralmente recto; y la suposición de que el libre juego de las voluntades individuales produce por sí mismo un orden social óptimo, una sociedad armónica.

El tercer período, el período de transición, transcurre desde 1886 hasta 1890. Labriola se sigue ocupando (en un trabajo de 1887) de los problemas de la filosofía de la historia y, al destacar la especificidad del mundo humano-social frente al mundo natural, plantea la exigencia de una indagación genética de cada fenómeno específico, oponiéndose así al teleologismo omniexplicativo hegeliano. En la Iglesia católica ve ya—signo de su nuevo radicalismo político—un obstáculo para el progreso civil y plantea, en consecuencia, la necesidad de disminuir su influencia social. Ruiz Manero destaca también en este período la orientación antijacobina del democratismo de Labriola lo que, por cierto, parece estar en oposición con su anterior concepción «autoritaria» del Estado. Finalmente, en su conferencia *Del socialismo* (de 1889) defenderá un socialismo de inspiración en gran medida iusnaturalista y en el que se advierte también la influencia del «socialismo jurídico». Aquí (a diferencia de su obra propiamente de madurez, es decir, de su etapa marxista) el socialismo aparece como la culminación (no la ruptura) del liberalismo; y la doctrina socialista se centra en la lucha por estos cuatro derechos: el derecho a la existencia, a la cultura, al trabajo, y a la completa compensación del trabajo realizado.

En su época propiamente de madurez (a partir de 1890), Labriola se esfuerza por elaborar una cultura socialista nacional, colabora episódicamente con Turati y otros líderes socialistas, pero mantiene siempre una actitud muy crítica respecto a la teoría y a la práctica de los socialistas italianos. Ruiz Manero describe su situación dentro del movimiento socialista como la de «un francotirador, desvinculado orgánicamente del socialismo italiano, pero no por ello menos comprometido con él» (p. 195).

3. La obra fundamental de Labriola, con la que se inicia la tradición marxista italiana, son los tres *Ensayos sobre la concepción materialista de la historia* (*In Memoria del Manifesto dei Comunisti; Del materialismo storico. Dilucidazione preliminare; Discorrendo di socialismo e di filosofia*)

escritos entre 1895 y 1898. Ruiz Manero destaca una serie de ideas clave en el marxismo de Labriola que, me parece, pueden reducirse a las siguientes.

1) El protagonista del proceso hacia el socialismo es el conjunto progresivamente autoorganizado de los trabajadores. Labriola concibe precisamente al partido socialista como la expresión de la autoconstitución de la clase obrera en sujeto político, y no como una instancia externa a dicha clase. El marxismo aparece definido como la consciencia racional o teórica del socialismo, de tal manera que el marxismo (o el socialismo marxista) ni es puro conocimiento, pura ciencia, con ausencia absoluta de juicios de valor, ni tampoco la pura afirmación de la voluntad de transformación social. En palabras de Ruiz Manero: «el marxismo no sería pura teoría, puro conocimiento, sino que, bien al contrario, los elementos científicos que el marxismo contiene, su dimensión de conocimiento objetivo de la realidad social, habría de entenderse desde la exigencia de mostrar el carácter no arbitrario ni ilusorio de un determinado proyecto emancipatorio, el socialismo (perteneciente, obviamente, al campo extracientífico de los juicios de valor) que de algún modo es previo a la indagación científica (situada en el terreno de los juicios de hecho) que muestra la posibilidad y los elementos esenciales de las vías pertinentes para su posible realización» (p. 231). Esta concepción del marxismo como racionalidad científico-praxeológica reaparecería hoy—según Ruiz Manero—en autores como Agnes Heller o Rudolf Bahro. Ambos, como Labriola, habrían puesto de manifiesto la presencia inescindible en Marx de juicios de valor y de conocimiento objetivo.

2) Como consecuencia de la discontinuidad existente entre realidad natural y mundo humano, la historia aparece como un «terreno artificial», como algo cualitativamente diverso del mundo de la naturaleza, de manera que la ciencia histórica constituiría un campo de conocimiento autónomo con respecto a las ciencias de la naturaleza. Además, Labriola es un crítico de la noción (ideológica) de progreso histórico, si bien se mantuvo abierto a una concepción más específica del progreso, entendiendo por tal la comunicabilidad, la transmisión y el incremento de los productos de la civilización. En todo caso, la concepción materialista de la historia de

Labriola no pretende ser la visión intelectual de un gran plan o designio, sino solamente un método de investigación.

3) A propósito de las relaciones entre infraestructura y superestructura (y aunque Labriola no usara esta terminología) Ruiz Manero considera que en la obra del marxista italiano cabe destacar el carácter *efectivo* de las diversas zonas superestructurales que aparecen como componentes reales del proceso histórico y en absoluto como un mero «reflejo» de la base económica, al estilo de Plejanov. Labriola habría enfatizado el carácter insustituible del conocimiento concreto, específico y analítico de los diversos procesos históricos, así como la imposibilidad de reducir la historia a sociología.

Por otro lado, Labriola distingue dos grandes niveles en la superestructura: lo que cabría llamar las «formas del espíritu objetivo» (Derecho, Estado y moral), directamente determinadas por la base económica; y las «formas del espíritu absoluto» (el arte, la religión, la ciencia), indirectamente determinadas. Precisamente, a propósito de estas últimas formas superestructurales, cabe destacar la importancia que Labriola atribuye a la naturaleza como motivo y fuente de sugerencias para la creación artística y la fabulación religiosa. Marx habría admitido el papel de la naturaleza en la producción del arte, pero no en la religión, cuya génesis radicaría exclusivamente en las condiciones sociales y en el sufrimiento generado por éstas. «En este sentido—concluye Ruiz Manero—los planteamientos labriolanos, pienso, pueden suponer un interesante correctivo a la tradicional crítica marxista de la religión: en cuanto posibilitan la apertura a la consideración del sufrimiento *natural* como una de las raíces de la fantasía religiosa» (p. 264). Y, a propósito de la ciencia, el planteamiento de Labriola puede resumirse así: «El conocimiento científico, socialmente determinado en su génesis, trasciende, sin embargo, una vez logrado, las determinaciones sociales que se hallan en su base y es, en cuanto tal conocimiento, neutral, de modo que “la ciencia que la época burguesa, por sus mismas condiciones, ha fomentado y hecho crecer gigantescamente, es la única herencia de los siglos pasados que el comunismo acepta y hace suya sin reservas”» (p. 265).

4) La filosofía, para Labriola, no es un saber sobre el mundo distinto y superior al de las ciencias positivas, sino una reflexión *de segundo grado*

sobre los conceptos, los métodos y los resultados de las construcciones científicas. Es decir, Labriola no sólo rechaza—como antes vimos—las extrapolaciones de la ciencia natural al terreno histórico, sino que niega también la posibilidad de ver en la concepción materialista de la historia el punto de partida de una nueva omnisciencia (al estilo de lo que luego sería el Diamat).

Además, Labriola defendió la autonomía filosófica del marxismo, opiniéndose tanto a un marxismo kantianizado como a las interpretaciones positivistas del marxismo. El núcleo central del método marxista no sería la dialéctica (que Labriola entiende como una forma de exposición, no como un método de investigación), sino el *método genético*, es decir, la forma del pensamiento que concibe las cosas no en cuanto son, sino en cuanto devienen.

5) Finalmente, Labriola se interesó—en los últimos años de su vida—por el problema de la crisis del marxismo, y aunque no llegó a escribir nada sobre el particular, su postura podría resumirse así: fue consciente de la existencia de un desfase entre el imponente crecimiento orgánico y político experimentado por los partidos socialistas en las últimas décadas del XIX y el desarrollo teórico del movimiento que él juzgó estancado e incapaz de analizar adecuadamente las transformaciones habidas desde Marx; pero para él, se trataba de una crisis de desarrollo, de una crisis *en* el marxismo, no de una crisis *del* marxismo; la solución la veía, en consecuencia, en el desarrollo de la doctrina desde dentro del propio marxismo, por lo que rechazó tanto el revisionismo de Berstein como la ortodoxia de Kautsky. En resumen: intransigencia en los principios, por un lado, y reivindicación de una orientación crítica, por el otro.

4. La intencionalidad de Ruiz Manero al caracterizar de esta forma el pensamiento de Labriola no puede ser otra que la de «salvar» al marxista italiano de las diversas «deformaciones» sufridas por el marxismo a lo largo de su historia: economicismo, dogmatismo, determinismo histórico, científicismo, etc. Sin embargo, si se analiza con algún detalle (en una «segunda lectura» cabría decir) el libro en cuestión, nos encontramos en el mismo—a veces explícita y otras veces implícitamente—una serie de observaciones que, prácticamente, vienen a echar por tierra casi todas las determinaciones «positivas» del marxismo de Labriola.

Así, en primer lugar, la caracterización del marxismo como racionalidad científico praxeológica no parece haber impedido a Labriola adoptar una «concepción rígidamente determinista» (p. 288) según la cual el socialismo aparece como una «necesidad ineluctable» (p. 291). Ni tampoco le impidió justificar el colonialismo con el argumento (que también está en Marx y sobre todo en Engels) de que la expansión del capitalismo era el prerequisite para su posterior desaparición (p. 334). Es decir, que Labriola habría prescindido por completo del problema de los valores morales (¡aunque su definición del marxismo sea *también* una definición *moral!*) al abordar problemas concretos como el ya mencionado del colonialismo o el que plantea una curiosa anécdota que refiere su discípulo Croce: preguntado por un alumno acerca de cómo debería hacerse para educar a un papú, Labriola respondía: «provisionalmente lo haría esclavo; y esta sería la pedagogía apropiada para el caso, sin perjuicio de ver si con sus nietos y biznietos se puede comenzar a utilizar algo de nuestra pedagogía» (p. 286). Pero Ruiz Manero no parece pensar que lo anterior sea atribuible a la obra propiamente teórica de Labriola (dejando a un lado que la anécdota del papú parece referirse a la etapa herbartiana y no propiamente marxista de Labriola), sino que trata a pesar de todo—y, en mi opinión, un tanto «a la desesperada»—de «salvar» al marxista italiano: «Ahora bien, la consideración del triunfo del socialismo como inevitable no viene acompañado en Labriola de la pretensión de fundamentar la *deseabilidad* del mismo en esta proclamada *inevitabilidad*; el socialismo no es para Labriola algo (al modo de Kautsky o de un Plejánov, por ejemplo) *que debe ser porque será*. Aun cuando en la obra marxista de Labriola no hay, en rigor, un tratamiento propio de los valores en cuanto tales, si hay, a mi juicio, elementos suficientes como para sostener que no se da en él en modo alguno reducción de los valores a los hechos» (p. 292). A mi me parece, sin embargo, que habría que ser más radical con respecto a Labriola: si en su obra no se da un tratamiento propio de los valores es porque, en efecto, parece incompatible considerar al socialismo como algo inevitable, fatal y, al mismo tiempo, como un valor moral. La anterior afirmación de Ruiz Manero me parece, pues, difícil de conciliar (o, quizás lo inconcilliable sea la propia obra de Labriola) con su concepción del marxismo labriolano como determinado por una exigencia de tipo moral. Y, en todo caso, la idea de que los juicios

de valor son, de algún modo, previos a los juicios de hecho (recuérdese el punto 1) del anterior apartado) me parece profundamente antimarxiana, aunque no sea este el momento de entrar en detalles sobre el particular.

En segundo lugar, la discontinuidad preconizada por Labriola entre mundo natural y mundo humano no se sabe muy bien cómo conjugarla con la defensa de una «concepción genética» en la que «tanto el darwinismo como la interpretación materialista de la historia y cualquier otra explicación de cosas que devienen y se forman, ocupan su lugar (p. 279). Y, por otro lado, el argumento que le permite justificar el colonialismo no parece ser otro que el de la «ideología» del «progreso histórico».

En tercer lugar, el modo de concebir las relaciones entre infraestructura y superestructura no le llevó a Labriola a formarse una idea adecuada del Derecho y del Estado, realidades a las que—y esto podría ser también un motivo de crítica—prestó escasísima atención. El propio Ruiz Manero no deja de reconocerlo: «Mas, con todo, los planteamientos labriolanos sobre el Derecho y el Estado adolecen, a mi juicio, de una carencia fundamental: su no consideración de ambas realidades como espacios en los que también—y no solamente en los períodos revolucionarios—se desarrolla la lucha de clases; o, en otros términos, su no consideración de que en el Derecho y el Estado se expresa una determinada correlación de fuerzas entre las diversas clases (dominantes y dominadas) y, por ende, se expresan también—en grado mayor o menor según dicha correlación de fuerzas, y aún siempre de forma parcial y subalterna mientras no tiene lugar una mutación radical de las relaciones de fuerza entre las clases—los intereses de las clases dominadas, en la medida en que esta expresión es compatible con el mantenimiento del sistema global de dominación» (p. 257).

Por lo que se refiere a la religión, me parece que la postura de Labriola no queda—al menos en el libro de Ruiz Manero—suficientemente clara. ¿Qué quiere decir considerar que el sufrimiento *natural* es una de las raíces de la fantasía religiosa? ¿Significa acaso que la religión debe considerarse como un fenómeno también natural y, en consecuencia, eterno; que el sufrimiento natural necesariamente tiene que expresarse bajo formas religiosas?. Labriola habría «corregido» las tesis de Marx, sólo en el

caso de que la respuesta a este último interrogante fuera positiva pero, en ese caso, la afirmación de Labriola no me parece nada obvia. En cuanto a la ciencia, Labriola, en el texto antes transcrito, manifiesta tener una concepción de la misma francamente positivista (o, si se quiere, neopositivista) y que puede resultar difícil de conjugar con su «crítica» del «progreso» que incluye también el progreso tecnológico (pp. 243 y ss.).

En cuarto lugar, a pesar de su concepción de la filosofía (no como saber substantivo, omnisciente, sino como saber adjetivo, de segundo grado), Labriola—tal como lo señala también Ruiz Manero—no tuvo sino palabras de entusiasmo hacia el *Anti-Dühring* (con Engels mantuvo una intensa relación epistolar) en el que la filosofía marxista (la dialéctica) aparece, en efecto, definida como «la ciencia de las leyes generales del movimiento y la evolución de la naturaleza, la sociedad humana y el pensamiento» (pp. 282-3). Y, en todo caso, el propio método genético de Labriola, que se refiere—como la dialéctica engelsiana—tanto al contenido real de las cosas como a la capacidad lógico-formal de entenderlas como devenientes (p. 279), aparece formulado en términos tan amplios e indeterminados que es incluso difícil considerarlo como un método de investigación científica.

Finalmente, la crisis del marxismo que vivió Labriola al final del siglo pasado es posible—vista desde nuestros días— que fuera, en efecto, una crisis *en* el marxismo, y no *del* marxismo; pero esta es, quizás, la principal diferencia con la crisis de nuestros días. La mejor prueba de que, efectivamente, estamos viviendo la crisis *del* marxismo es que, aunque pudieran resolverse las ambigüedades—que he tratado de poner de manifiesto—en el pensamiento de un marxista como Labriola, lo que quedaría son poco más que afirmaciones casi triviales y que, en mi opinión, no sirven ya para definir una concepción de la filosofía o de la historia. Claro que de esto no tiene la culpa el autor del libro objeto de este comentario.

**LA ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL
Y SU FUNCION TUTELAR DEL
DERECHO AL HONOR**

Juan José MARI CASTELLO-TARREGA
Magistrado

El tema sometido a nuestra consideración lleva como título genérico el de «la responsabilidad civil por lesiones del derecho al honor», expresión que obviamente hace referencia a la obligación de reparar las consecuencias derivadas de ese particular hecho ilícito. Su especialidad vendrá determinada únicamente en la medida en que las reglas generales sobre atribución de responsabilidad civil, se vean afectadas por la naturaleza inmaterial del derecho violado. Aún así, el tema es lo suficientemente amplio como para que pueda ser tratado aquí por extenso. Conviene, por lo tanto, centrar la exposición en algún aspecto particular de la cuestión.

A primera vista pudiera pensarse que reconducir el tema a la perspectiva desde la que va a ser contemplado por el Juez civil, es salirse del contexto general de este curso, en el que se conecta la libertad de expresión con el derecho penal.

Pienso, no obstante, que conviene hacerlo. No sólo porque la responsabilidad civil es materia sobre la que se opera con técnicas de derecho privado, sino que—como veremos—por medio de la acción de responsabilidad civil se puede alcanzar un alto grado de eficacia en la protección del derecho a la honra.

Me ha interesado primero resaltar cómo nuestra jurisprudencia civil ha conseguido configurar esta acción, para mejor reflexionar después en torno a aquellas cuestiones que el nuevo orden constitucional va a hacer aflorar en el futuro, y que tendrá que plantearse—y resolver—también el Juez civil cuando ante él se ejercite una acción de esta naturaleza.

Unas veces con fundamento en razones éticas, otras con apoyo en razones técnico-jurídicas, se cuestionó antaño la resarcibilidad de los perjuicios derivados por atentados contra el honor. Hoy en día es pacífica la opinión que da respuesta afirmativa a ese interrogante. El principio de que se parte puede formularse así: todo atentado contra la honra de una persona comporta un correlativo deber para su autor de reparar el daño, al margen de la responsabilidad penal que pueda engendrar.

En nuestro Derecho, el Código Penal vigente, siguiendo al de 1928, contiene una norma de derecho positivo (artículo 104), que permite el resarcimiento de los daños materiales y morales derivados de atentados al

honor por hechos tipificados en el mismo Código como delictivos. Pero la jurisprudencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, pese a que los Códigos Penales de 1870 y 1932 no recogían esta norma, había ya de antes superado (Sentencia de 14-11-34) su vieja doctrina que negaba la posibilidad de exigencia de responsabilidad civil por el delito de injurias (Sentencia 6-12-1892)⁽¹⁾.

El Código Civil, a diferencia de lo que acontece en el Código Penal, no contiene norma o precepto específico alguno que tutele en vía civil el derecho al honor. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han llegado a ser unánimes y coincidentes en configurar el «honor» como un «bien», un «interés» o un «derecho» jurídicamente tutelado también por el derecho privado.

Cuál haya sido ese proceso a través del cual se ha llegado a esa conclusión, pese a la ausencia de normas expresas, interesa siquiera brevemente ponerlo de relieve, en cuanto que es buen ejemplo de adecuación del ordenamiento jurídico a las exigencias de la dignidad de la persona humana y de las realidades sociales de nuestro tiempo.

A ello ha contribuido, en primer lugar, la construcción jurídica de los derechos de la personalidad, cuya existencia tampoco se cuestiona ya, aunque es verdad que esté todavía sin precisar su naturaleza jurídica, y sin completar su régimen jurídico, en gran medida interdisciplinar. Los derechos de la personalidad no son más que el trasunto fiel de los derechos humanos al campo de las relaciones entre particulares. De aquí que en su regulación interfieran normas de naturaleza pública.

A falta de una norma que, a la manera del artículo 70 del Código Civil portugués⁽²⁾, recoja el principio general de respeto a la persona humana, protegiéndola de cualquier ofensa o amenaza a su personalidad, física o moral, no obstante, la realidad y vigencia de este principio ha sido inducido de particulares normas jurídicas, que se ha incorporado así a nuestro ordenamiento jurídico como norma de derecho positivo, a tenor del artículo 1.4 del Código Civil⁽³⁾. En su virtud, toda violación del mismo genera responsabilidad para su autor, y una correlativa facultad para el ofendido de impedir que continúe la afrenta y de exigir la reparación del daño que se le hubiere irrogado⁽⁴⁾.

En segundo lugar hay que señalar la construcción jurídica del «daño moral», que—no sin esfuerzos—ha concluido en un sólido cuerpo de doctrina que permite atender las exigencias de reparación de los daños sin contenido económico. Se trata de indemnizar «los sufrimientos morales», los «dolores físicos», «las perturbaciones de ánimo», «la alteración de espíritu», «el sentimiento de amargura o dolor» que el sujeto sufre por el menoscabo o demérito de que ha sido objeto en su dignidad. Precisamente aquí se encuentra el origen de las dificultades técnico-jurídicas que se oponían a la resarcibilidad de los atentados contra la honra: no siendo valorable el honor, no es posible fijar la cantidad en que consista el perjuicio⁽⁵⁾.

Junto a lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia no ha dudado en hacer una interpretación del artículo 1902 del Código Civil, al servicio de ese principio general de respeto a la persona humana a que se ha hecho alusión. En su interpretación originaria, este precepto quedaba reducido a fundar la responsabilidad por culpa de los daños materiales causados a un tercero⁽⁶⁾. Luego, su genérica formulación, como al igual ha ocurrido con aquel precepto del Código francés en el que se inspiró, ha hecho posible una interpretación flexible del mismo, que ha permitido comprender en su ámbito tanto los «daños materiales» como los «morales», ha hecho factible su adaptación a las necesidades surgidas por el empleo de la actual tecnología (principio de expansión en la apreciación de la prueba de la culpabilidad-principio de agotamiento de la diligencia debida), y lo ha elevado a la función de ser fundamento jurídico positivo de protección de la persona humana, contemplada ya no sólo en su vertiente patrimonial, sino en su integridad, en consonancia con lo que se ha llamado «recuperación de la persona para el derecho privado»⁽⁷⁾.

La sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de 6 de Diciembre de 1912, inicia toda esta nueva corriente jurisprudencial. Pronunciada en un supuesto de ataque a la honra de una mujer por medio de la prensa, esta sentencia ha dado lugar a numerosos comentarios⁽⁸⁾. Aquí nos interesa recogerla en cuanto que inicia toda una corriente jurisprudencial favorable al concepto del «daño moral» y a la configuración del «honor» como un bien jurídico protegible, susceptible no sólo de generar una responsabili-

dad penal, sino también de índole civil, traducida en una obligación indemnizatoria de los perjuicios ocasionados, apartándose en este sentido por completo de una anterior orientación mantenida por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, con relación al delito de injurias.

La lectura de esta sentencia debe hacerse en el contexto social de la época en que fue dictada. Probablemente no siguiéramos hoy en día la doctrina o justificación que la inspira, para proteger la honra de la mujer soltera. Apoyándose en la idea de que con ello se reducen sus perspectivas para contraer matrimonio, antes cabe hablar de «lucro cesante» que de su propia dignidad personal. Esta concepción es lo que hace confuso el concepto que la Sentencia mantiene del «daño moral», al no aparecer claramente diferenciado del «daño patrimonial indirecto».

Si lo anterior es cierto, también lo es que la doctrina de la época tampoco había llegado a orientaciones claras y generalmente admitidas. Seguía siendo controvertida la cuestión de si el artículo 1902 del Código Civil comprendía también los «daños morales», o sólo los «materiales». En los años 1917 y 1918, posteriores pues a la sentencia, todavía se publicaron sendos trabajos en la «Revista de Derecho Privado», en los que se seguía manteniendo, siquiera fuera para lamentarlo, la tesis negativa⁽⁹⁾. La sentencia comentada no se atreve a responder a esta cuestión, que directamente se le plantea al Tribunal en la formulación de los motivos del recurso. Se impugnan las sentencias de la instancia, entre otros motivos, por violación del artículo 1902 del Código Civil, al afirmarse en ellas que en dicho precepto se comprenden también los «daños morales». El Tribunal se limita a constatar la existencia de un principio jurídico que protege la honra y la fama de la mujer, y cita «Las Partidas» no como derecho vigente, sino como constatación de la «preexistencia» de ese principio en nuestro derecho histórico; pero no se hace referencia alguna a si el fundamento jurídico de esa protección puede encontrarse o no en el artículo 1902 del Código Civil.

Con posterioridad a esa fecha, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse en vía civil en algún otro supuesto de atentados al honor⁽¹⁰⁾. A mi juicio, no es hasta la Sentencia de 31 de marzo de 1930 en que claramente funda la exigencia de responsabilidad civil en el artículo 1902 del Código Civil.

En realidad el Tribunal Supremo ha tenido muy escasas ocasiones de pronunciarse sobre la materia. Se puede afirmar que no superan la docena⁽¹¹⁾. Y en algunas de ellas, nos encontramos antes bien en supuestos de competencia desleal—o lo que hoy podría configurarse como publicidad ilícita—⁽¹²⁾, pero que su insuficiente regulación llevó a instar su protección por la vía del llamado «honor mercantil o comercial», como manifestación particular del sentimiento personal del honor.

Es la Sentencia de 7 de Febrero de 1962, que contiene hasta el presente el más acabado resumen de todo el cuerpo de doctrina sobre la protección al honor por vía civil⁽¹³⁾. Esta doctrina se puede sintetizar así:

1.º Se afirma el honor como derecho de la personalidad, cuya tutela tiene por objeto asegurar la integridad moral de la persona.

2.º Esta tutela puede hacerse valer también por vía civil.

3.º El honor, en vía civil, se define en un sentido muy amplio, abrazando todas las manifestaciones del sentimiento de estimación de la persona (honor civil, comercial, científico, literario, artístico, profesional, etc.).

4.º Su protección se confiere en razón a la ilicitud del comportamiento del ofensor, independientemente de todo daño patrimonial directo o indirecto.

5.º Se otorga al ofendido un poder de accionar contra el ofensor, bien para obtener sólo el reconocimiento de la ilicitud de su comportamiento, bien para el resarcimiento de los daños, bien para hacer cesar el acto injurioso y de hacer suprimir el medio con el que el mismo haya sido realizado y pueda ser divulgado.

6.º Se proclama que en el Derecho patrio están incluidas en la acción de resarcimiento del art. 1902 del Código Civil las lesiones contra el honor.

7.º Se declaran resarcibles los daños patrimoniales directos o indirectos, que sean consecuencia de la ofensa inferida, y también los «daños morales», que se configuran con precisión.

8.º Se atribuye al denominado «dinero de dolor» una función «compensatoria», pero también «satisfactoria» y «punitiva».

9.º Se proclama la posibilidad de coexistencia de una doble indemnización por daños materiales y por daños morales, sin que por ello se indemnice doblemente por un mismo hecho, por tener cada uno de ellos sustantividad independiente.

10.º La valoración de los daños corresponde hacerla al Juzgador conforme a las exigencias de la equidad, y de modo discrecional, sin sujeción a pruebas de tipo objetivo y en atención sólo a las circunstancias y necesidades del caso concreto.

En la doctrina jurídico penal, el tema del honor ha sido ampliamente tratado. Los civilistas incluyen el «honor» dentro del capítulo de los derechos de la personalidad, pero de ordinario se refieren a su régimen jurídico en vía civil en términos de gran generalidad, sin mayores precisiones que las contenidas en la Sentencia comentada. Doctrinalmente, sin duda alguna, el aspecto más acabado es el del «daño moral». La necesidad de tutelar el honor en vía civil, y, particularmente, de otorgarle una acción indemnizadora, ha contribuido en singular medida a elaborar este concepto; pero el concepto y su regulación, no son doctrina específica del honor o la honra, sino que tiene su engarce en una teoría general sobre la responsabilidad civil o sobre el daño.

De otro lado, toda esta construcción sobre la responsabilidad civil por atentados al honor, se ha elaborado sobre el esquema de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, en la que sigue siendo la culpa su fundamento, y esencial la existencia de un resultado lesivo separado del acto o acción que lo ocasiona. Sin embargo, cuando de la lesión de bienes inmateriales se trata—caso de la honra—, aún cuando conceptualmente quepa diferenciar acción y daño, es más dificultoso desconectarlos entre sí. El concepto de la antijuridicidad, o ilicitud del acto, sin dejar de predicarse en la culpa extracontractual, cobra aquí un particular relieve.

Es verdad que una progresiva orientación doctrinal y jurisprudencial ha facilitado los remedios precisos para ciertos casos. Así, el principio de expansión en la apreciación de la prueba, que obvia las dificultades de probanza de la culpa. La jurisprudencia ha llegado incluso a relevar de la prueba del daño, cuando de los hechos mismos en que consista la infrac-

ción, se sigue o se deduce necesariamente su existencia. (Sentencia 28 de abril de 1969).

De todas formas, cabe preguntarse sobre la insuficiencia de esta construcción para encontrar respuestas válidas ante nuevas realidades. Que no son otras, a mi entender, que el nuevo orden jurídico derivado de la Constitución y el fenómeno de la información.

A la entrada en vigor de la Constitución, para encontrar el fundamento de la responsabilidad civil por atentados al honor, ya no se hace necesario acudir al principio general de no causar daño a un tercero, que resulta de lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil. Es en la propia Constitución donde en su artículo 18.1 se garantiza el honor como derecho fundamental de la persona humana, en cuyo respeto tiene su límite la libertad de expresión e información (Art. 20.4).

La doctrina jurídica española, en sus comentarios publicados en torno a la Constitución⁽¹⁴⁾, ha clarificado suficientemente el carácter de norma jurídica de estos preceptos constitucionales, directamente aplicables por los Tribunales y configuradores de verdaderos derechos subjetivos, que todos—poderes públicos y particulares—están obligados a respetar (Art. 9 y 53). El quebrantamiento de este deber general de respeto, proclamado en la Constitución, confiere al agraviado un poder para impetrar la tutela jurisdiccional, que tanto puede ser de orden penal como civil. El ejercicio de este derecho por los particulares agraviados en su honor, es objeto de regulación en la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, que contiene una normativa específica de la responsabilidad civil derivada de los atentados contra la honra.

La consecuencia es que todo ese cuerpo de doctrina que sobre la materia se había elaborado con base en la teoría del acto ilícito extracontractual, sin otras normas particulares de referencia que no fueran las generales reguladoras de la culpa aquiliana, debe ser ahora constituida desde la perspectiva de ese principio general de garantía que la Constitución confiere a la honra como derecho fundamental, sin necesidad de acudir al artículo 1902 del Código Civil, y conforme a las reglas legales que sobre atribución de la responsabilidad civil se contiene en la citada Ley Orgá-

nica, sin olvidar tampoco la «Declaración Universal de los Derechos Humanos», los «Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos» y la «Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre», en razón al valor interpretativo que les atribuye el artículo 10.2 de la Constitución; e incluso la manera misma en que esos textos han sido interpretados y aplicados por el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre de Estrasburgo.

En el texto de la Ley Orgánica 1/82, se configura el honor como un derecho de la personalidad, con los caracteres que la doctrina atribuye a tales derechos (irrenunciabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad) (Artículo 1.3); pero su concepto no viene definido en términos de valores absolutos, sino «en función de datos variables según los tiempos y personas», como afirma la Exposición de Motivos. Su contenido queda delimitado por las leyes, los usos sociales («las ideas que en cada momento prevalezcan en la Sociedad» son palabras empleadas en dicha Exposición de Motivos) y por el propio concepto que la persona tenga de su dignidad (art. 2.1.). Lo que tanto supone como afirmar que la concreción del concepto estará en función —en definitiva— de la opinión que los jueces tengan sobre la cuestión.

Ateniéndonos a lo dispuesto en los números 3 y 7 de su art. 7.º, podríamos definir como atentado al honor a la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona, sean o no relativas a su vida privada o de su familia, que por afectar a su reputación y buen nombre, la difama o hace desmerecer en la consideración general⁽¹⁵⁾.

La responsabilidad civil derivada de este acto ilícito, no queda limitada por la Ley a la sólo resarcibilidad de los perjuicios ocasionados, sino que también posibilita el ejercicio de una acción orientada a poner fin a ese ilícito comportamiento, y a rehabilitar la fama o crédito del ofendido (art. 9.2), en términos todos ellos muy similares a los que ya señaló la Sentencia antes comentada de 7 de febrero de 1962.

Para los supuestos de fallecimiento del titular del derecho, la Ley contiene una serie de reglas por las que se pretende compaginar la extinción de los derechos de la personalidad por la muerte de la persona, con la necesidad de tutelar la «memoria del difunto». De un lado, se atribuye la legitimidad para entablar la acción, o continuar la ya ejercitada por el ofendido, no por la cualidad de heredero del difunto, sino en atención a otros

critérios no necesariamente coincidentes con esa condición (arts. 4, 5 y 6). Pero a su vez, como quiera que la indemnización tiene un contenido económico se hace preciso concretar a quién en definitiva se atribuye ese derecho patrimonial, que puede no serlo el legitimado para accionar (art. 9.4). Por lo demás, la regulación de «la memoria del difunto» o «los ultrajes a los muertos», parece inspirarse más en «sentimientos de piedad», que en la ofensa de «rebote» a los legitimados, es decir, que no es necesario que la ofensa al difunto se traduzca en una ofensa personal para los legitimados supervivientes⁽¹⁶⁾.

En orden a la determinación del contenido del daño—en el que se comprenden tanto los «materiales o patrimoniales» como los «morales»—, establece la Ley una regla de presunción de su existencia que es en absoluto inoperante, porque si referida a los «daños materiales», en todo caso habrá que suministrar al Juez la prueba de la medida del daño; y si referida a los «daños morales», la propia naturaleza del derecho violado comporta por sí mismo su existencia, con lo que nada se añade, y en todo caso seguirá siendo necesario facilitar al Juez, los elementos precisos para su cuantificación.

Respecto a la medida del «daño moral», contiene la Ley una regla contraria al principio de la no proporcionalidad del daño con la culpa, propia de la función compensatoria que se le suele atribuir. Junto a esta función compensatoria del perjuicio sufrido, también se le atribuye una «función satisfactoria» para el perjudicado por lo hecho contra él, e incluso «punitiva», como ya había proclamado aquella sentencia de 1962 a que antes nos referimos. Lo curioso es que esta función a cumplir por la indemnización del daño moral, dado lo que al respecto se dispone en el artículo 9.3 de la Ley, se disocia por completo de la idea de culpa, y se conecta con la gravedad de la lesión (de la que es un dato clarificador a tener en cuenta la amplitud de su difusión)—función satisfactoria—, y con el beneficio obtenido, función punitiva donde la haya, que nos permite interrogarnos si no llegará a consagrarse la pena privada.

Son dos las grandes cuestiones marginadas de esta Ley: el derecho a la verdad y la interrelación entre el derecho a la honra y el derecho de información.

La veracidad o certeza del hecho imputado, que jurídicamente puede configurarse como causa de justificación o excluyente de la antijuricidad del acto, ha sido y es cuestión discutida, a la que las legislaciones han dado un trato distinto, acogiéndola en general, aunque en diferente grado o intensidad.

La omisión de su referencia en la Ley de protección civil del honor, nos lleva a preguntarnos si en ningún caso será admisible la alegación de la «verdad» en el proceso civil y, en su caso, cual sea la amplitud en que deba ser acogida. En la búsqueda de la respuesta adecuada a esta cuestión entran en juego los conceptos que sobre la honra y su esencia se mantengan, qué sea el derecho de información, y, muy particularmente, cual sea el carácter de la relación de este derecho con el derecho a la honra.

La «verdad» y los temas con ella conectados (el interés o relevancia pública del hecho verdadero revelado, el llamado derecho al olvido, la ausencia de malicia o la buena fe, como fórmula jurídica de equidad complementaria de la verdad), el tema de las inmunidades o privilegios de los informadores, son las cuestiones claves que nos darán la medida exacta de la relación entre ambos derechos. En verdad que, como ha escrito Carlos Soria, la «exceptio veritatis» no es sino el instrumento jurídico para asegurar la adecuación entre la honra y el derecho de información⁽¹⁷⁾.

Una respuesta negativa a la pregunta que nos hemos formulado, fundada en la sola omisión de la Ley a esta cuestión, debe ser desechada por cuanto que nos conduciría a supeditar en exceso el derecho de información al derecho a la honra. La tutela que el Juez debe en nuestro orden constitucional tanto a uno como a otro, (no se olvide que el art. 20.1.d) consagra el derecho a una información «veraz»), obliga a encontrar fórmulas de adecuación, entre las que la «verdad» va a jugar un papel relevante.

El Juez civil, ante quien se formule una demanda de responsabilidad civil por una lesión del derecho al honor, vendrá también obligado a pronunciarse sobre estas cuestiones cuando en el proceso se aleguen por vía de excepción. Y la respuesta habrá de darla con sujeción a criterios propios del derecho privado, y no por aplicación análogica de las normas del Código Penal.

En la propia Ley Orgánica 1/82 encontramos referencias sobre las que pudiera elaborarse un cuerpo de doctrina propio. La configuración del

«honor» «en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección», como se dice en la Exposición de Motivos, y así resulta de lo dispuesto en el art. 2.1; el que se declare en su art. 8.1 que no deben reputarse «intromisiones ilegítimas» aquellas en que «predomine un interés histórico, científico o cultural relevante»; el ámbito de protección que en la Ley se reserva a la vida privada, son desde luego todos ellos puntos de referencia que pueden ser de utilidad a este propósito.

El carácter prevalente que la jurisdicción penal tiene en nuestro sistema jurídico, al que expresamente se acoge la Ley Orgánica 1/82 (art. 1.2), quizá reduzca la aplicación práctica de esta Ley por la jurisdicción civil. Sin embargo, su actuación en vía civil puede ser el más acabado y adecuado instrumento jurídico de tutela de estos derechos, si no concebimos la acción de responsabilidad civil como limitada sólo a cumplir una función indemnizatoria, sino que le atribuimos un carácter reparador más amplio, también extensivo a la eliminación del acto ilícito y rehabilitador de la buena reputación o fama del agraviado, como así había proclamado ya la jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, y así lo hace la Ley Orgánica 1/82 (artículo 9.2).

Como ventaja cabe señalar un ámbito de protección mucho más amplio, porque los presupuestos en que se funda la responsabilidad civil se miden con parámetros de mayor flexibilidad que cuando de la exigencia de responsabilidad penal se trata; y porque la ausencia de alguno de aquellos elementos en que ésta se sustenta, no excluye la existencia de responsabilidad civil.

Se hace además innecesario extender el ámbito de protección penal de la honra a los supuestos de comisión culposa, como lo es aquella que ha venido en llamarse «difamación por ligereza», cuya tipificación se ha señalado como aconsejable por algún sector doctrinal⁽¹²⁾, olvidando que el «honor» es también un derecho de la personalidad, cuya eficaz tutela podía obtenerse ya desde antes mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad civil. Acción también suficiente para amparar la honra frente a las «difamaciones genéricas», en donde la imputación precisa de hechos deshonrosos es sustituida por calificaciones, juicios de valor u opiniones

despreciativas o degradantes más o menos fundadas.

De esta suerte se hace factible, sin merma de su adecuada protección, reconducir la protección penal del honor a tan sólo aquellos supuestos de particular gravedad, caracterizados principalmente por el conocimiento de la falsedad del hecho deshonroso alegado e imputado.

Pero sobre todo lo anterior, entiendo que la acción de responsabilidad civil contribuye a la desdramatización de los conflictos. Reconduce el problema a sus justos límites: no se trata de un pulso, de una tensión entre informador y Administración de Justicia; no se trata de ver—cuando no lo haya—un ataque a la libertad de expresión; de lo que se trata es de encontrar el punto de adecuación entre estos dos derechos de la persona humana.

Este es el punto de referencia al que se debe mirar. Promover el ejercicio de las libertades, y asegurar su protección o tutela eficaz, es tarea que a todos nos compete y a la que todos estamos obligados constitucionalmente.

NOTAS :

(1) Jaime Santos Briz: «La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal», editorial Montecorvo, Madrid 1981, pp. 164 y 166.

(2) «La ley protege a los individuos contra cualquier ofensa ilícita o amenaza de ofensa a su personalidad física o moral».

(3) José Puig Brutau: «Fundamentos de Derecho Cívico», T. I., V. I. p. 67; Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1979. Luis Díez Picazo y Antonio Gullón: «Sistema de Derecho Civil», V. I., p. 374, editorial Tecnos, Madrid 1979 (3.ª edición). José Manuel Martín Bernal: «Los derechos de la personalidad en la Constitución española», Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Enero 1979, T. LXXVIII (246 de la colección), p. 32. Ricardo de Angel Yagüe: «La protección de la personalidad en el Derecho Privado», Revista de Derecho Notarial, Enero-Marzo 1974, Año XXI, n.º LX-XXIII, pp. 132 y 133.

(4) Luis Díez Picazo y Antonio Gullón: obra citada.

(5) La sentencia antes citada de 6 de Diciembre de 1882 declaraba que no siendo valorable el honor en los delitos cometidos contra él, no es posible fijar la cantidad en que consista el perjuicio, ni imponer al delincuente, como responsabilidad civil consiguiente a la criminal, la de pagar una indemnización al ofendido.

- (6) Francisco de Asís García Serrano: «El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil», Anuario Derecho Civil, año 1972, p. 800, citando a este respecto a Aramburo y Gayoso.
- (7) Ricardo de Angé debate Yagüe: obra citada, p. 32.
- (8) Francisco de Asís García Serrano: obra citada; Agustín Fernández Albor: «El daño moral en los delitos contra el honor», Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Mayo 1967, T. LIV (222 de la colección), p. 817 y siguientes; Luis Díez Picazo: «Estudios sobre jurisprudencia civil», Ed. Tecnos 1979, Madrid, p. 112.
- (9) Aramburo y Gayoso, citados en el indicado trabajo de Francisco de Asís García Serrano.
- (10) Sentencia de 14 de Diciembre de 1917, 7 de Noviembre de 1919, y 12 de Marzo de 1928.
- (11) Además de los citados, la de 25 de Junio de 1945, 13 de Junio de 1950, 28 de Febrero de 1959, 7 de Febrero de 1962, 4 de Junio de 1962, 27 de Enero de 1973.
- (12) Las de 31 de Marzo de 1930 y 4 de Junio de 1962. Sobre la primera Luis Díez Picazo: «Estudios sobre la jurisprudencia civil», pp. 113 y 117. José María de la Cuesta Rute y Andrés de la Oliva Santos: «Tratamiento jurídico en España de la comunicación publicitaria ilícita», «La Ley» núms. 282 y 285, 1981.
- (13) Luis Díez Picazo: «Estudios de jurisprudencia civil» (p. 117).
- (14) Eduardo García de Enterría: «La Constitución como norma jurídica» en «La Constitución Española de 1978» (Estudio sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría), pp. 90 a 102, Ed. Civitas, S. A., Madrid 1980; Jorge de Esteban: «El Régimen Constitucional Español», p. 128 y ss., Labor Universitaria, Barcelona 1980; José Manuel Martín Bernal: obra citada; Fernando Garrido Falla: «Comentarios a la Constitución», ed. Civitas, Madrid 1980, pp. 128 y ss. y 579 y ss.
- (15) La ley habla de «intromisiones ilegítimas», expresión claramente referida a la vida privada, lo que revela que el propósito inicial de sus redactores reducía su ámbito de protección a este derecho y al de la propia imagen, hasta el punto que el n.º 7 del art. 7.º no iba en la redacción del Proyecto remitido por el Gobierno, siendo introducido en las discusiones del Senado (Revista del Poder Judicial n.º 3, Junio 1982, p. 127).
- (16) De Cupis: «El daño. Teoría general de la responsabilidad civil», p. 661, ed. Bosch, Barcelona 1975).
- (17) Sobre toda esta problemática, Carlos Soria: «Derecho a la información y derecho a la honra». A. T. E., 1981, Barcelona.
- (18) En este sentido, la Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, de 23 de Noviembre de 1981, que por lo demás, junto con la de 21 de Octubre de 1976, excluye la posibilidad de comisión culposa de los delitos contra el honor.

EL PRINCIPIO DE EQUIDAD EN EL NOVUS ORDO POLITICO Y LEGISLATIVO DEL SIGLO IV

Alberto PEREZ VIVO

Profesor Adjunto de Derecho Romano

Resumen de la tesis doctoral que bajo el mismo título, fue leída en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, el 14 de julio de 1982. La misma ha sido dirigida por el Prof. Dr. D. Jesús Daza Martínez y juzgada por el tribunal compuesto por los profesores: Dr. D. José Luis Iglesias Buhigues, Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad de Alicante; Dr. D. Alfredo Calonge Matallanes, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Salamanca; Dr. D. Antonio Ortega y Carrillo de Albornoz, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Málaga; Dr. D. Jesús Daza Martínez, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Alicante y Dr. D. Pelayo de la Rosa Díaz, Profesor Agregado de Derecho Romano de la Universidad de Salamanca.

La tesis obtuvo la calificación de sobresaliente cum laude.

La expresión *aequitatis ratio* es frecuente en las constituciones de Constantino. En alguna de ellas, como la célebre constitución del año 314, parece alcanzar incluso la categoría de norma general cuando el Emperador establece:

Placuit, in omnibus rebus, praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris ratio.

El fin de la investigación consiste fundamentalmente en determinar las nuevas bases teóricas de la *aequitas* y su incidencia en la práctica jurídica, a partir de los primeros años del siglo IV, cuando se consolida el Dominado y se impone la concepción absolutista del poder imperial, al mismo tiempo que la jurisprudencia pierde su «rôle» oficial, y las constituciones del emperador pasan a ser la fuente esencial del derecho.

Esto explica la singular relevancia que tiene en el desarrollo del estudio, el *Codex Theodosianus*, en el que contienen «*Omnes edictales generalesque constitutiones*» desde Constantino hasta Teodosio II.

La *aequitas* de este período no se identifica ya con la equidad clásica romana, cuyo significado fundamental era la idea de correspondencia entre el *ius* y el hecho o realidad concreta, dando lugar a aquel carácter retributivo, matemático y rígido, pero objetivo que constituye un elemento esencial de la mentalidad jurídica romana.

Ahora, son patentes las influencias de la filosofía griega, del mundo helenístico, de los derechos orientales y, por supuesto, del cristianismo, que fue favorecido abiertamente por la legislación imperial y tuvo, a su vez, una participación activa en los contenidos y en la orientación de ésta.

Por tratarse de una realidad compleja, en la que se entrecruzan, por una parte, ideas filosóficas, tradiciones jurídicas y creencias religiosas y, por otra, situaciones concretas relacionadas con el derecho privado, el derecho público, las costumbres de los pueblos y la evolución misma de los principios que rigen la administración de la justicia, el método de trabajo debía ser necesariamente *interdisciplinar*. Por supuesto, no debe entenderse por tal la mera acumulación de conocimientos o datos tomados de distintas disciplinas, sino la búsqueda de sus conexiones profundas, intentando su integración y articulación en una síntesis coherente, y haciendo posible una auténtica y rigurosa comunicación de saberes.

De acuerdo con estos criterios el plan de trabajo y el orden de exposición se han ajustado al esquema lógico siguiente:

En primer lugar, era conveniente tener presentes las dos posiciones más caracterizadas que han mantenido los romanistas, a propósito de la interpretación de las transformaciones evidentes que experimenta la *aequitas* romana en la época postclásica. La diferencia fundamental que las separa no es otra que el modo de entender y explicar la evolución misma del derecho romano.

En unos casos, se habla de un proceso lineal en la formación de este derecho, desde el siglo II a.C. hasta Justiniano, sin que sea preciso recurrir, para explicarlo, a factores externos a su propia dinámica. La prevalencia que adquirió la *aequitas* sobre el *ius* fue debida al desarrollo orgánico del derecho romano, siendo los factores más importantes de esa evolución, la ampliación de la *cognitio extra ordinem*, la desaparición del *praetor* y de las *formulae*, ya en la primera mitad del siglo IV. La equidad se convierte, finalmente, en la sustancia misma de todo el ordenamiento jurídico y pasa a ser el *ius* por excelencia o *ius aequum*.

El otro punto de vista defiende que en la época clásica la *aequitas* no se contraponía al *ius*, del cual era, en realidad, la norma interna y, a la vez, la meta que el derecho positivo aspiraba a conseguir. No había, pues, contraposición ente el *ius aequum* y el *ius strictum*, sino únicamente entre el derecho presente y el derecho ya no existente o derecho arcaico. Al perder su fuerza la tradición romana, por influjo de las doctrinas griegas, los derechos provinciales y el cristianismo, la equidad deja de regular el derecho y de estar a su servicio, para terminar finalmente prevaleciendo sobre él.

Esto supuesto, el capítulo primero estudia los rasgos fundamentales de la nueva situación histórica: Entre otros, y por su incidencia en la legislación, se destacan el intervencionismo estatal, la reforma administrativa, la presión fiscal, las tensiones entre los *potentiores* y los *humiliores*, la conflictividad política y las amenazas exteriores sobre el *limes* del imperio. Como es lógico, se da un relieve especial al hecho de la progresiva integración del cristianismo en la sociedad y en el Estado romano, así como

al movimiento de reacción protagonizado, entre otros, por Juliano, en nombre de la *priscarum legum reverentia*.

En este contexto, era también obligada la referencia al problema de la unidad jurídica del Imperio, que parecía quedar cuestionada desde el momento mismo de su división en las dos partes conocidas como Oriental y Occidental. Tampoco puede pasarse por alto que es entonces cuando la noción clásica de *Res Publica*, que era una noción concreta y no institucionalizada, es sustituida por una concepción abstracta del ente público; paralelamente, la antigua *utilitas communis* o *utilitas omnium* se transforma en *utilitas publica*, entendida como interés del Estado, el cual subordina a sus conveniencias propias las *utilitates civium*. Era lógico que, por ese camino, se introdujeran modificaciones en aspectos fundamentales del ordenamiento jurídico, y por tanto, en la concepción de la equidad y de su función en la vida social.

La *aequitatis ratio* adquiere un relieve singular en la legislación, al iniciarse el *novus ordo* de Constantino, que contenía ya germinalmente la casi totalidad de los cambios institucionales, que alcanzarían posteriormente su desarrollo pleno con Justiniano.

El capítulo segundo, pues, se centra en el estudio de las constituciones de Constantino, en las que se invoca estrictamente la *aequitatis ratio* o principio de equidad, con el fin de determinar el significado preciso que debe darse a este concepto, su relación con la noción clásica de equidad y las posibles innovaciones que, de un modo u otro, haya podido introducir el emperador.

El punto de partida, como es evidente, debía ser la importante constitución del año 314, que contrapone al *ius strictum* la *iustitiae aequitatisque ratio*, que debe prevalecer sobre él. Teniendo en cuenta las más recientes aportaciones de la romanística, se relaciona esta constitución con otros textos legislativos del mismo año, intentando precisar si su interpretación confirma la idea de que se trata de una norma que tiene alcance original, o bien deberá entenderse que los compiladores de Justiniano, aislando determinadas afirmaciones de su contexto, fueron los responsables de un cambio profundo de su significado.

En cualquier caso, la complejidad del problema se hace más patente al considerar que la legislación de Constantino, en su terminología y en sus contenidos tiene influencias ciertas y directas de pensadores cristianos que estuvieron muy estrechamente vinculados con el emperador, en especial el filósofo y jurista Lactancio. Sus concepciones de la *iustitia* y de la *aequitas*, están a la base de numerosas disposiciones legislativas y constituyen su fundamento teórico e ideológico.

Hay que destacar, a este propósito, el esfuerzo de Lactancio por penetrar en el pensamiento jurídico clásico, al mismo tiempo que busca introducir elementos nuevos tomados de la tradición cristiana.

La igualdad esencial de todos los hombres, más radical que cualquier otro posible alegato en favor de una *societas aequa* es la idea básica que domina en su síntesis jurídico-política, completando así el alcance que daba Cicerón a la *aequabilitas*, que era la consecuencia más inmediata que se deducía de su peculiar forma de entender las relaciones entre el *ius*, *aequitas* y *iustitia*.

Los indicios de la influencia de Lactancio sobre los textos legislativos de Constantino han sido analizados ampliamente, entre otros, en la reciente obra de Amarelli «*Vetustas-Innovatio*», que ofrece una serie de datos pormenorizados y de paralelismos textuales muy esclarecedores, aunque tal vez no profundiza suficientemente en los planteamientos teóricos que están a la base de la nueva concepción doctrinal que se estaba elaborando.

El capítulo tercero completa los análisis anteriores relacionando la *aequitatis ratio* con una institución importante, sin precedentes en la época clásica, y que surge y se desarrolla durante el siglo IV: La *Episcopalis Audientia*.

El reconocimiento oficial de esta institución, que durante los siglos anteriores sólo tenía una finalidad religiosa, significó un avance notable en la penetración de los principios cristianos en la sociedad, al otorgarse al episcopado una función preeminente en la administración y control de la justicia.

Desde un punto de vista político las decisiones de Constantino dejan abierto el problema de determinar los motivos reales que pudieron inspirarla; en el campo de la historia del derecho, el interés se ha centrado en el análisis de la naturaleza jurídica de la institución, discutiéndose todavía hoy si se trataba de un mero arbitraje o puede hablarse de una verdadera *jurisdictio*.

En nuestro trabajo, se resumen los contenidos básicos de las disposiciones imperiales sobre la *Episcopalis Audientia*, para centrar posteriormente la atención en un aspecto particular de ésta: su posible influencia en la evolución de la *aequitatis ratio* y en la efectividad real de la misma en la vida social del Imperio, teniendo en cuenta que los *episcopi* no aplicaban solamente las normas de derecho romano, sino también otras tomadas de las tradiciones jurídicas de diferentes pueblos (egipcio, griego, hebreo, entre otros), y que hacían esto, manteniéndose dentro del marco de exigencias que se derivaban de aquella *lex christianorum* a la que apela explícitamente Constantino en el momento de reconocer oficialmente esta institución.

En este sentido, es importante la observación que hace Biondi a propósito de la *episcopalis audientia*: a saber, que su función peculiar consistía no sólo en la sustitución de un juez laico por un juez eclesiástico, sino, sobre todo, en la sustancia misma del derecho que en ella se invocaba y en los criterios que presidían la aplicación de las leyes.

En la última parte de este capítulo se intenta precisar las diferencias que existían entre la *epiekeia* cristiana y aquella otra que procedía de la tradición filosófica griega, en especial del sistema aristotélico; o entre la *lex christianorum* y la *aequitas* que era propia de la tradición romana. No es indiferente, por ejemplo que el propio Concilio de Nicea exhortara a los *episcopi* a juzgar «*secundum legis et aequitatis praecepta*»; o que la ley *cunctos populos* del año 380, exigiera que *in negotiis audiendis, fidem ac sinceritatem geminam praebiturum, et sacerdotis et iudicis*.

El mismo término *audientia*, que los historiadores del derecho consideran excesivamente vago e impreciso, tiene, en la literatura cristiana y en los textos legislativos de los emperadores de este período, un contenido nuevo muy rico que no encuentra precedentes en los textos jurídicos clásicos.

cos y que revela su relación con el sistema de ideas que procede de la tradición bíblico-cristiana.

El capítulo IV estudia la *aequitatis ratio* o principio de equidad teniendo en cuenta su significación en orden a la configuración de una *societas aequa*.

En esta perspectiva, las doctrinas estoicas—desde las primeras formulaciones griegas hasta su desarrollo posterior en el período romano—, adquieren un relieve singular. Su influencia en el pensamiento jurídico y en el mismo cristianismo se hace patente al estudiar o analizar conceptos como *ius naturale*, *naturalis ratio* y *aequitas naturalis* que iban a tener una gran trascendencia en el desarrollo de la filosofía del derecho y del Estado en el mundo occidental.

En los estoicos, la concepción moral es la clave última del sistema. Precisamente en la llamada «época media del estoicismo», caracterizada por la tendencia sincretista, que Cicerón llevará hasta el límite, es cuando se produce una confusión entre el *dikáion phisikón* de Aristóteles, que él sitúa en el mundo del derecho, y el *nomos phisikós* de la tradición estoica, esto es, entre el orden moral y el orden jurídico.

Partiendo de estas concepciones técnicas, y de su influencia en el Derecho romano y en el cristianismo, en este capítulo se explica la relación que tuvo el principio de equidad con el problema de la esclavitud. Aparte de señalar las aportaciones positivas de las formulaciones estoicas y de los principios cristianos, así como sus limitaciones e insuficiencias, se analiza el alcance real que tuvieron algunas disposiciones legales, en especial la institución de la *manumissio in ecclesia*, que constituye una pieza importante dentro de la política legislativa imperial del primer tercio del siglo IV.

Por último, la *aequitatis ratio* es estudiada en este capítulo en su conexión con el concepto de *humanitas*. Pese a la pluralidad y riqueza de este término, en el ámbito del derecho se identificó posteriormente *humanitas* con *aequitas*, viniendo a ser expresión de *benignitas*, *clementia*, *pietas* o *charitas*. Por este camino, como han observado los romanistas, la equidad se convirtió, en muchos casos, en el terreno práctico, en una justi-

ficación del laxismo en el derecho y vino a ser una realidad incierta y evanescente, sin contornos definidos, favoreciendo, por tanto, el proceso de decadencia del *ius*.

Sin embargo es posible hacer un planteamiento diferente e interpretar la *humanitas* desde una perspectiva nueva. No se trata sólo de intentar una mitigación del rigor del derecho positivo, o de introducir una consideración subjetiva del mismo, o, en fin, de resaltar la necesidad de atender a las situaciones concretas en la praxis jurídica. Lo importante, como intentamos poner de manifiesto en la parte final de este capítulo, es que, al invocar la *humanitas*, se está afirmando una nueva idea de hombre, una concepción diferente de las relaciones del individuo con la sociedad, basada en la primacía de la persona y del mundo de valores que le es propio. En esta dirección, la conciencia antropológica del hombre como ser personal, que constituye tal vez la aportación más importante del cristianismo a nuestra cultura, debe ser considerada, como puso de relieve Hegel, un hito en la configuración de la civilización occidental. Dentro de ello el Derecho—y la equidad que lo interpreta y lo aplica—es un factor más, al servicio de ese proceso que llamamos *humanización*.

Las conclusiones más importantes a que nos ha conducido la investigación pueden resumirse brevemente en las proposiciones siguientes:

1.º—Durante el siglo IV, las bases jurídicas continúan siendo, en ambas partes del Imperio, las que habían existido durante el período clásico. Son también como los factores más importantes que incidieron en la evolución del derecho y algunos hechos específicos de esta época, tales como la desaparición del procedimiento formular, la atenuación del formalismo y la fusión de las instituciones civiles y pretorias.

2.º—La transformación de los conceptos de *iustitia* y *aequitas* durante el siglo IV, está condicionada profundamente por el hecho de que desde Diocleciano a Teodosio I, la legislación es la expresión evidente de un progresivo desarrollo hacia la organización unitaria del Estado, de su poder normativo y de su supremacía frente a los *cives*. Esto explica, entre otras cosas, por qué la *utilitas publica* sustituye la antigua *utilitas communis* o *utilitas omnium*, y se opone a ella.

3.º—En la legislación de Constantino, el principio de equidad o *aequitatis ratio*, no es entendido igualmente siempre. En algunas constituciones, es evidente que la *aequitas* mantiene los significados propios de esta noción en la época clásica, tales como, «juicio de valor sobre un caso particular», o «igualdad de trato en casos iguales», o «excepción a una norma por razones particulares».

En otras ocasiones, la *aequitas* es considerada como principio inspirador del derecho, conforme a la concepción griega sistematizada ya por Aristóteles. Cuando esto ocurre, la equidad cumple diversas funciones: regula los casos particulares, que no están contemplados en la ley, corrigiendo a ésta si es necesario; ofrece un criterio hermenéutico para interpretarla de acuerdo con la voluntad del legislador, y, finalmente, aparece como principio creador de derecho, allí donde existe una laguna de ley escrita, a fin de hacer efectivas las exigencias de la justicia.

Finalmente, el influjo del pensamiento cristiano, sobre todo de las doctrinas de Lactancio, introduce elementos nuevos que hacen que la *aequitas* sea, en muchos casos, la expresión de los imperativos que se derivan de la *lex christianorum*.

4.º—El reconocimiento de la *Episcopalis Audientia* es la demostración más evidente de esta última forma de entender y aplicar la *aequitatis ratio*. En esta institución el recurso al Derecho romano—o a los derechos de otros pueblos—se hacía siempre teniendo presente la *epiekeia* bíblica, como ponen de relieve las afirmaciones explícitas de los *episcopi*, que eran los responsables inmediatos de su aplicación práctica.

5.º—A partir del siglo IV, el principio de equidad se constituyó en el factor más importante de humanización de las relaciones sociales.

La confluencia de las doctrinas estoicas, especialmente las romanas, con el cristianismo, tuvo, pese a sus limitaciones consecuencias importantes en la evolución del derecho, y en la toma de conciencia de las condiciones reales que deben darse, para que exista una auténtica *societas aequa*.

El hecho de que la legislación de esta época tendiera a mejorar, por ejemplo, las condiciones de vida de un esclavo o a facilitar su liberación, acentuando el *favor libertatis* o creando instituciones como la *manumissio*

In ecclesia no es lo fundamental. Tampoco lo es la apelación a la *aequitas* como medio para mitigar el rigor del *ius* o como expresión de *benignitas* o *charitas*. El dato nuevo más trascendente consiste en que la *aequitas* se identifica entonces con la *humanitas* y ésta, a su vez, viene a ser la formulación ideal de una nueva concepción antropológica, a saber, aquella que afirma la convicción personal del hombre. A partir de ahí, será posible hablar de igualdad esencial entre los seres humanos, de primacía de la persona sobre las instituciones, de derechos fundamentales inviolables. No sin razón, Justiniano podrá referirse a este hecho singular hablando de una *nova ratio humanitatis*.

**JUZGADO DE VILLENA;
SENTENCIA N.º 39 DE 30 DE ABRIL 1983**

Francisco RUIZ MARCO

1.º—CONSIDERANDO: Que los hechos declarados probados no son constitutivos del delito que se acusa a F. F. M. de contra la seguridad del tráfico por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, tipificado en el art. 340 bis a) 1.º del Código Penal produciendo en su consecuencia su libre absolucíon y ello por cuanto que los datos que configuran dicho delito son uno de carácter objetivo conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y otro subjetivo, el de colocarle en un estado psíquico incompatible para conducir con seguridad creando una situación de riesgo, pero sin que baste la presencia de uno solo de ellos para determinar la punibilidad de la conducta, criterio seguido por la más reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las Sentencias de las Audiencias Provinciales dictadas en grado de apelación; por todo lo que, si no consta la influencia alcohólica sobre la privación de la capacidad para conducir, procede la absolucíon, tal como sucede en el presente caso en el que la tasa de alcoholemia viene contradicha por la apreciación de normalidad en las constantes del individuo y el hecho de serle consentido por la fuerza actuante que continuara en la conduccíon del vehículo,

2.º—CONSIDERANDO: Que frente al criterio del Ministerio Fiscal de entender que la presencia del delito se produce por la existencia de una tasa de alcoholemia superior a 0'08 gramos por 100 cms. cúbicos determinante de la apelación sistemática de las resoluciones que lo contradigan, se trae en apoyo de esta resolucíon no sólo el criterio jurisprudencial recogido en la anterior consideración, sino también el estudio doctrinal del catedrático de Medicina legal Gisbert Calabuig de la Universidad de Valencia, en el que se establece que entre los valores de alcohol en sangre comprendidos entre 0'050 y 0'200 gramos por 100 la valoración jurídica de la alcoholemia debe ir acompañada de los correspondientes signos clínicos de la intoxicación que se extraerán de los datos testificales suministrados por las fuerzas actuantes relativos a su conducta general, apariencia externa, carácter de la palabra, forma de andar, etc.

Merece comentario la presente sentencia, además de por su correcto razonamiento jurídico y conclusíon, por apartarse de la práctica habitual en los Juzgados de instruccíon de nuestra provincia. Contrariamente a lo que se afirma en el tenor literal de la Sentencia, existe una lamentable ten-

dencia a subsumir automáticamente cualquier conducción bajo el efecto de una tasa de alcohol superior al 0'8 por mil, en el tipo diseñado por el art. 340 bis a; es decir, en la práctica forense conducir un vehículo bajo el efecto de bebidas alcohólicas parece ser, exactamente igual, a dar en un aparato mecánico una cifra por encima del 0'8 citado.

I. Aspectos sustantivos.

Frente a un criterio tan simplista, la sentencia comentada, valora el resto de los datos clínicos que obran en el atestado de la Guardia Civil y las demás pruebas aportadas en el proceso tales como constitución física del imputado, declaración del mismo, circunstancias personales, etc. En el primer considerando el juzgador distingue entre el elemento *objetivo del delito*, consistente en conducir con una tasa de impregnación alcohólica superior al límite reglamentario impuesto por el decreto 1980/1973 de 26 de Julio; y el *elemento subjetivo* consistente dice: «en colocarle en un estado psíquico incompatible para conducir con seguridad, creando una situación de riesgo,...». Tras hacer esa correcta distinción, y especificar que la presencia de que uno solo de los elementos no basta para determinar la punibilidad de la conducta, el juzgador llega a la conclusión de que el elemento subjetivo no se halla suficientemente probado. La anterior conclusión, clave de la sentencia, se fundamenta en consideraciones de tipo científico que sucintamente se señalan en el segundo considerando. Los datos, aportados por la defensa, y tenidos en cuenta por el juzgador de instancia, han sido extraídos del estudio de «Medicina Legal y Toxicología» realizado por el catedrático en dicha especialidad de la Facultad de Derecho de Valencia, Juan Antonio Gisbert Calabuig. En el citado estudio y bajo el apartado de valoración médico legal de la alcoholemia, aparece una interesante clasificación en la que se especifica los distintos estados físico-psíquicos en los que queda el sujeto tras haber ingerido determinadas cantidades de alcohol. El referido estudio concluye con la siguiente afirmación «el punto de polémica corresponde a los valores de alcohol en sangre comprendidos entre 0'50 y 2 gramos por mil». En efecto, para esas cifras todas las posibilidades entran en juego.... Por ello, cuando se dan esas cifras el resultado bioquímico debe completarse con el diagnóstico clínico. «Tal diagnóstico debe extraerse de los datos testificales suminis-

trados por las fuerzas actuantes relativos a la conducta general, apariencia externa, carácter, de la palabra, forma de andar, etc. que presente el sujeto. Op. cit. p. 121.

Aunque no haga al caso concreto, también conviene señalar que en el referido estudio se incluye una relación de alteraciones físicas (fiebres graves, efectos de temperaturas extremas, shock nervioso súbito, acidosis, etc. (Op. cit. p. 118) cuya presencia en el sujeto originaría que diera resultado positivo en la prueba del alcoholómetro. ello conduce a la necesidad de constatar el dato matemático con el resto de los datos y circunstancias que obren en la causa al objeto de evitar castigar como delincuentes a simples enfermos.

Junto a los datos clínicos, decíamos más arriba, que también deberán ser tomadas en cuenta las circunstancias personales del imputado. Pero ello de una manera esencial en el tipo de delito que nos ocupa. Así lo dispone el Consejo de Europa en su resolución B (73) de 26 de Abril de 1973, en cuya recomendación n.º 2 especifica «que la sanción deberá adaptarse a la situación personal del conductor y a todas las circunstancias del caso en particular»; no podía ser de otra manera dada, verbigracia, las distintas respuestas de los organismos físicos ante las mismas dosis de impregnación alcohólica, y dado también, aunque ello no sea suficientemente tenido en cuenta por la doctrina (Rodríguez Devesa) y jurisprudencial, que nos hallamos ante delitos en los que el bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico, por lo que, habrán de valorarse cuestiones tales como la pericia contrastada del conductor, densidad del tráfico, etc., ya que todas ellas influyen en la determinación del riesgo generado y, por tanto, en la alteración desfavorable de las probabilidades normales de que se produzca la lesión del bien jurídico protegido (Muñoz Conde, *Derecho Penal*, parte especial, p. 390).

Como conclusión, la sentencia realiza una correcta interpretación y aplicación del tipo diseñado en el art. 340 bis a) del Código Penal, al considerar que debe quedar probada la influencia en el conductor de la tasa de alcoholemia, que tal convicción debe fundarse en todas las *pruebas practicadas* y en todos los datos disponibles (cumpliendo así el mandato contenido en el art. 741 de la LECRIM) y que, en definitiva, el mero hecho de superar un índice matemático no supone automáticamente incurrir en el delito previsto del Código Penal.

II. Aspectos procesales.

El proceso que ha culminado con la sentencia absolutoria comentada, ha discurrido por los trámites regulados en el llamado procedimiento del «Juez del Mazo». Ni la ley 10/1980 ni tampoco las diligencias preparatorias, parecen ser el procedimiento más adecuado para la tramitación de delitos de esta naturaleza y entidad. En el primer caso la falta de garantías y en el segundo la extremada lentitud, son dos aspectos, entre otros, que hacen desaconsejable la utilización de tales procedimientos. Todo ello apunta a la necesidad de crear un procedimiento penal monitorio, similar a los existentes en Francia («*procedure simplifiée*») o en Italia («*Procedimiento per decreto*»); el procedimiento, previsto únicamente para la imposición de sanciones no privativas de libertad, se caracterizaría por una rápida y operativa primera fase, en la que a la vista del atestado policial, el juez impondría una sanción. Notificada al imputado, este puede conformarse, guardar silencio u oponerse a su ejecución. en los dos primeros casos, la sanción adquiere firmeza y tan sólo en el caso de que el imputado se oponga a la ejecución, se abre a la vía de un moderno procedimiento contencioso, ante el Juez del distrito.

Con ello se evitarían un gran número de procedimientos ya que en casos claros, de embriaguez evidente, el imputado se allanaría a la sanción y, tan sólo, en aquéllas ocasiones en que el sancionado o su abogado, tuvieran la firme convicción de inocencia, se accionaría un procedimiento penal con todas las garantías.

